

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ŞİRKET TOPLULUKLARINDA ÜÇLÜ İŞ İLİŞKİLERİ VE İŞ GÜVENCESİ SORUNLARI

Esen DİNDARTÜRK

Danışman

Doç. Dr. Mustafa ALP

2010

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum "Şirket Topluluklarında Üçlü İş İlişkileri ve İş Güvencesi Sorunları" adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

.../.../.....

Esen DİNDARTÜRK

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Şirket Topluluklarında Üçlü İş İlişkileri ve İş Güvencesi Sorunları

Esen DİNDARTÜRK

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

Hukukun ekonomi ile bağlantılı alanlarını düzenleyen kısmı da ekonomik hayatın değişmesi, dengelerin farklılaşması ve beklenen faydaların çeşitlenmesi sonucunda değişip gelişmektedir. Günümüzün ekonomik ve sosyal koşulları şirketler arasında merkezi yoğunlaşma olgusunu güçlendirmekte ve bu doğrultuda şirket toplulukları kavramı önem kazanmaktadır. Merkezi yoğunlaşma neticesinde güçlerini birleştiren şirketler piyasa koşullarında daha kolay rekabet edebilmektedir. Ana şirket ve ana şirkete ekonomik, sosyal ve organizasyonel anlamda bağlı olan fakat ana şirketten ayrı ve bağımsız bir hukuki kişiliğe sahip olan bu şirketler şirket topluluklarını meydana getirmektedir. Bağlı şirketler bakımından ana şirkete bağımlılık ve hukuki bağımsızlık unsurlarının bir arada bulunması şirket topluluğu bünyesindeki iş ilişkilerinde bir takım sorunların doğmasına neden olabilmektedir.

"Şirket Topluluklarında Üçlü İş İlişkileri ve İş Güvencesi Sorunları" başlığını taşıyan çalışmada şirket toplulukları, şirket topluluklarında ortaya çıkabilecek birlikte istihdam, geçici iş ilişkisi, iş sözleşmesinin devri şeklindeki üçlü iş ilişkileri ve şirket topluluklarında iş güvencesi sorunları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Şirket Toplulukları, Birlikte İstihdam, Geçici İş İlişkisi, İş Sözleşmesinin Devri, İş Güvencesi.

ABSTRACT

Master's Thesis

Triple Labour Relations in Multicorporate Enterprises

and Labour Security Conflicts

Esen DİNDARTÜRK

Dokuz Eylül University

Institute of Social Sciences

Department of Private Law

Private Law Program

The law regulations concerning the economic field evolves in conjunction with the economical life which changes, differentiates and expands for the expected benefits. With the economic and social aspects of the life, enterprises tend to join together for centralization, which brings multicorporate enterprises as one of the most important structure. With the centralization process, enterprises have better chance to be able to compete in the market conditions they operate. Multicorporate enterprises consists of the major enterprise and the dependent enterprises which are bound to major enterprise with economic, social and organizational ways, with the exception of holding their own legal titles independently. The conflicts regarding labour relations might occur frequently concerning the dependent enterprises, which is bound the multicorporate enterprise in the nature of the legal independency and organizational dependency of the dependent enterprises.

In the study, titled "Triple Labour Relations in Multicorporate Enterprises and Labour Security Conflicts"; multicorporate enterprises, triple labour relations structured as, cooperate employment, temporary labour relationship, transfer of labour contract that might occur in multicorporate enterprises, and labour security conflicts in multicorporate enterprises, will be considered.

Key words: Multicorporate Enterprises, Cooperate Employment, Temporary Labour Relationship, Transfer of Labour Contract, Labour Security.

ŞİRKET TOPLULUKLARINDA ÜÇLÜ İŞ İLİŞKİLERİ VE İŞ GÜVENCESİ SORUNLARI

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ŞİRKET TOPLULUKLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

§1. ŞİRKET TOPLULUĞU	3
I. Şirket Topluluğu Kavramı	3
II. Şirket Topluluklarında Örgütlenme Çeşitleri	7
III. Yasal Düzenleme	8
IV. Şirket Topluluğu İşletmesinin Unsurları	12
1. İştirak	12
2. Devamlılık	12
3. Bağımsızlık	12
4. Ekonomik Amaçlı Birleşme	13
5. Birlikte Sevk ve İdare	13
V. Şirket Topluluklarını Tek Bir İşletme Kabul Etme Görüşü	13
§2. ŞİRKET TOPLULUKLARINDA İŞVEREN	17
I. Şirket Topluluklarında İşverenin Tespiti	17
II. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi	20
1. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Kavramı	20

2. Tüzel Kişilerin Ayrılığı İlkesinin Teori Karşısındaki Durumu	25
3. Türk Hukuku Bakımından Teorinin Uygulanabilirliği Sorunu	27
a. Dürüstlük Kuralı	27
b. Hakkın Kötüye Kullanılması Kavramı	28
aa. Malvarlıklarının Birbirine Karışması	29
bb. Yetersiz Sermaye	31
cc. Yabancı Yönetim	31
4. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisinin Uygulanış Biçimleri	32
a. Düz Perdeyi Kaldırarak Sorumlu Tutma	32
b. Ters Perdeyi Kaldırarak Sorumlu Tutma	33
c. Çapraz Perdeyi Kaldırarak Sorumlu Tutma	33
d. Borçlunun Perdeyi Kaldırma Teorisinin Uygulanmasını Talep Etmesi	33
5. Şirket Toplulukları Bakımından Perdeyi Kaldırma Teorisinin Uygulanabilirliği	34
III. Organik Bağ	39
1. Organik Bağ Kavramı	39
2. Şirket Topluluklarında Organik Bağın Görünümü	42

İKİNCİ BÖLÜM

ŞİRKET TOPLULUKLARINDA ÜÇLÜ İŞ İLİŞKİLERİ

§3. BİRLİKTE İSTİHDAM	52
I. Birlikte İstihdam Kavramı	52
II. Birlikte İstihdamın Şirket Topluluklarındaki Görünümü	53
III. Şirket Topluluklarında İşin Görülmesi Yönünden Ortak Çalışma Yerlerinin Kullanımı	65
1. Ana Şirkete Ait İşyerinde Bağlı Şirketin Ayrı Bir İşyeri Oluşturması	66
2. Ana Şirket Tarafından İstihdam Edilen İşçiye Bağlı Şirket İşlerinin Gördürülmesi	66
3. Ana Şirkete Ait İşyerinde Bağlı Şirketin Ayrı Bir İşyeri	

Oluşturmaksızın İrtibat Personeli Çalıştırması	67
IV. Birlikte İstihdam Kavramının Diğer Üçlü İş İlişkilerinden Farkı	68
V. Birlikte İstihdamın Sonuçları	69
§4. GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ	72
I. Geçici İş İlişkisi Kavramı	72
1. Geçici İş İlişkisinin Kurulmasının Koşulları	76
a. İşçinin Geçici Olarak Çalışacağı İşe İlişkin Koşul (Benzer İşte Çalıştırılma)	76
b. İşçinin Devir Sırasındaki Yazılı Rızası	77
c. Geçici İş İlişkisinin Süresi	79
2. Geçici İş İlişkisinin Hükümleri	81
a. İşverenin Hak ve Yükümlülükleri	81
aa. İş Sözleşmesinin İşverenle Devam Etmesi	81
bb. Ücret Ödeme Yükümlülüğü	82
cc. İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesine İlişkin Hak ve Yetkileri	85
b. Geçici İşverenin Hak ve Yükümlülükleri	88
aa. Talimat Verme Hakkı	88
bb. Ücret Ödeme Yükümlülüğü	88
cc. Sağlık ve Güvenlik Risklerine Karşı Eğitim Verme Yükümlülüğü	89
dd. İşçiyi Gözetme Yükümlülüğü	89
ee. Diğer Hak ve Yükümlülükler	92
c. İşçinin Hak ve Yükümlülükleri	95
aa. İfa Yükümlülüğü	95
bb. Sadakat Yükümlülüğü	96
cc. İtaat Yükümlülüğü	96
dd. Özen Yükümlülüğü	97
ee. Diğer Hak ve Yükümlülükler	98
3. Geçici İş İlişkisinin Sona Ermesi	99
4. Geçici İş İlişkisine İlişkin Esaslara Aykırılığın Sonuçları	100

II. Geçici İş İlişkisinin Diğer Üçlü İş İlişkilerinden Farkı	101
III. Geçici İş İlişkisinin Şirket Topluluklarındaki Görünümü	102
§5. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ	113
I. İş Sözleşmesinin Devri Kavramı	113
II. İş Sözleşmesinin Devrinde Şekil	117
III. İş Sözleşmesinin Devrinde Tarafların Sorumlulukları	119
IV. İş Sözleşmesinin Devrinde Özellik Arz Eden Hususlar	128
1. Örtülü Sözleşme Devirlerinin Kabul Edilebilirliği	128
2. Sözleşmede Bulunan Devir Kayıtlarının Geçerliliği	131
3. Geçici İş İlişkisinde Sürenin Aşılması	134
4. Birbirini İzleyen İş Sözleşmeleri	137
V. İş Sözleşmesinin Devrinin Diğer Üçlü İş İlişkilerinden Farkı	142
VI. İş Sözleşmesinin Devrinin Şirket Topluluklarındaki Görünümü	144

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞİRKET TOPLULUKLARINDA İŞ GÜVENCESİ SORUNLARI

§6. İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİNE İLİŞKİN SORUNLAR	149
I. 30 İşçi Koşulu Bakımından Doğabilecek Sorunlar	154
II. 6 Aylık Kıdem Koşulu Bakımından Doğabilecek Sorunlar	161
§7. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNİN GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN SORUNLAR	166
I. Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması	166
1. Geçerli Fesih Kavramı	166
2. Geçerli Fesih Nedenleri	167
a. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Nedeniyle Fesih	167
b. İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Fesih	172
3. İş Sözleşmesinin Feshinde Ölçülülük İlkesi	176

a. Ölçülülük İlkesinin İçeriği	176
b. Ölçülülük İlkesinin Amacı	177
c. Ölçülülük İlkesinden Doğan Yükümlülükler	177
d. Türk Hukuku'nda Ölçülülük İlkesinin Uygulanış Biçimi (Son Çare İlkesi)	177
II. Şirket Toplulukları Bünyesinde Görülebilecek Sorunlar	179
1. İşletme Gereklere Bakımından Doğabilecek Sorunlar	179
2. Ekonomik Güçlükler Bakımından Doğabilecek Sorunlar	181
3. Son Çare İlkesi Bakımından Doğabilecek Sorunlar	187
§8. FESİH BİLDİRİMİNE YETKİLİ İŞVERENİN TESPİTİ	193
§9. YARGILAMA SÜRECİNE VE İŞE İADE KARARININ İCRASINA İLİŞKİN SORUNLAR	197
I. Husumet Bakımından Doğabilecek Sorunlar	199
II. Feshin Geçersizliğine Bağlı Sonuçlar Bakımından Doğabilecek Sorunlar	204
SONUÇ	208
KAYNAKÇA	225

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz	: Bakınız
C	: Cilt
dpn	: Dipnot
E	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
K	: Karar
İSGHD	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
md	: Madde
MESS	: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası
S	: Sayı
s	: Sayfa
T	: Tarih
TİSK	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TÜSİAD	: Türk Sanayicileri ve İş Adamları Derneği
vd	: Ve devamı
Y	: Yıl

GİRİŞ

Çağımızın ekonomik ve sosyal gereksinimleri karşısında şirketler; daha güçlü yapılanmalar oluşturma, piyasa koşullarında daha kolay rekabet edebilme, ekonomik risklerin paylaşılması, uluslararası platformda daha kolay örgütlenebilme gibi nedenlerle şirketler arası merkezi yoğunlaşma olgusunu güçlendirerek şirket toplulukları oluşturma yoluna gitmişlerdir. Başlıca iştiğal konusu bünyesinde barındırdığı bağlı şirketlere iştiirak etme olan ana şirket ve bünyesindeki bağlı şirketler şirket topluluğunu oluşturur; ve bu bağlamda şirket toplulukları, bünyesindeki bağlı şirketler arasında merkezi yoğunlaşmayı sağlar.

Şirket toplulukları; ana şirket ve ana şirkete ekonomik, sosyal ve organizasyonel olarak bağlı ve fakat hukuken bağımsız bağlı şirketlerden oluşmaktadır. Bağlı şirketin iradesi üzerindeki ana şirket hakimiyeti; bağlı şirket yönetim kurulunda kendi iradesine tabi bir yönetici bulundurması ya da bağlı şirketin hisse senetlerinin ana şirketin elinde olması şeklinde söz konusu olabilmektedir.

Şirket toplulukları şeklindeki yapılanmaların çoğalması Yasal düzenlemede yer alan boşluk nedeniyle birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Bilindiği üzere şirket topluluğu bünyesindeki şirketler arsında istihdam politikaları ortak belirlenmekte ve insan kaynakları çoğunlukla tek elden yönetilmektedir. Bu doğrultuda işçilerin topluluk bünyesindeki şirketlerde değişik görevlendirmelerle istihdam edilmesi söz konusu olabilmektedir. Topluluk bünyesindeki karmaşık iş ilişkilerinin nitelendirilmesi de işçinin haklarını koruma noktasında önem taşımaktadır. Şirket toplulukları bünyesinde söz konusu olabilecek birlikte istihdam, geçici iş ilişkisi ve iş sözleşmesinin devri şeklindeki üçlü iş ilişkilerinde; işverenler arasındaki ilişkiler ve işverenlerin sorumluluk sınırlarına ilişkin düzenleme boşlukları, doktrinde ileri sürülen görüşler ve Yargıtay Kararları doğrultusunda doldurulmaya çalışılmaktadır.

Şirket topluluklarında işverenin tespiti bakımından doğabilecek sorunlar; işçiyi işverenin hukuken uygun olmayan, geçerli neden olarak sayılmayan keyfi fesihlerine karşı korumayı amaçlayan ve bu doğrultuda işverenin fesih hakkını

sınırlayan bir sistem olan iş güvencesi bakımından söz konusu olabilecek sorunları da beraberinde getirmektedir. İş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilmenin koşullarından olan 30 işçi koşulunun şirket topluluğu bünyesindeki şirketler bazında nasıl hesaplanacağı, 6 aylık kıdem koşulunun şirket topluluğu bünyesindeki farklı şirketlerde geçen çalışmalar bakımından nasıl değerlendirileceği, fesih nedenlerinin şirket toplulukları bakımından geçerlilik denetimi, son çare ilkesinin topluluk bazında yorumu, feshin geçersizliğine ilişkin açılan davada husumetin kime yöneltileceği ve sonrasında yasal süre içinde başvuruların hangi işverene yapılması gerektiği gibi sorunlar şirket toplulukları bakımından önem arz etmektedir.

"Şirket Topluluklarında Üçlü İş İlişkileri ve İş Güvencesi Sorunları" başlığını taşıyan çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın ilk bölümünde şirket topluluklarının hukuki niteliği ortaya konmaya çalışılacak; şirket topluluğu kavramı ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ve organik bağ kavramı da göz önünde bulundurularak şirket topluluklarında işveren kavramı açıklanmaya çalışılacaktır.

İkinci bölümde ise şirket toplulukları bünyesinde ortaya çıkabilecek üçlü iş ilişkileri incelenecektir. Bu doğrultuda; birlikte istihdam, geçici iş ilişkisi ve iş sözleşmesinin devri kavramları ele alınacak ve şirket topluluklarında bu üçlü iş ilişkilerinin görünümüne yer verilecektir.

Çalışmamızın son bölümünü ise; şirket toplulukları bünyesinde ortaya çıkabilecek iş güvencesi sorunları oluşturmaktadır. Şirket toplulukları bünyesinde iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilirliğine, feshin geçerliliğine, fesih bildirimine yetkili işverenin tespitine, yargılama sürecine ve işe iade kararının icrasına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek sorunlar açıklanmaya çalışılacaktır. İş güvencesine ve feshin geçerliliğine ilişkin açıklamalar çalışmamızın sınırını aştığından, konunun anlaşılır kılınmasıyla sınırlı tutulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ŞİRKET TOPLULUKLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Ş1. ŞİRKET TOPLULUĞU

I. Şirket Topluluğu Kavramı

Hukukun ekonomi ile bağlantılı alanlarını düzenleyen kısmı ekonomik hayatın değişmesi, dengelerin farklılaşması ve beklenen faydaların çeşitlenmesi sonucunda değişip gelişmektedir. Bu doğrultuda şirket toplulukları¹ kavramı da önem kazanmaktadır. Ticaret şirketlerinin değişip gelişmesi sonucu oluşan yapılanmalar yeni şirket kurmak, birleşme yolunu seçmek ya da bütünleşme şeklinde olabilir². Mal ve hizmet üreten büyük işletmeler aynı alanda ya da farklı alanlarda yeni işletmeler kurarak giderlerini kısma, emek maliyetini düşürme, riski dağıtma gibi nedenlerle mevcut olan şirketlere katılma yolunu seçmektedirler.

İçinde bulunduğumuz çağın gereksinimleri sonucu ortaya çıkan bağlı işletme oluşumlarına birleşmeler, konzermler, karteller ve trustlar örnek verilebilir³.

Birbirinden farklı ticaret şirketlerinin tek işletme çatısı altında olma amacı ile ekonomik ve hukuki bağımsızlıklarından vazgeçerek toplanması olağan olmakla birlikte; birleşen şirketlerin hukuki bağımsızlıklarından vazgeçmesi, şirket yönetimi ile ilgili ticaret hukukunu ilgilendiren alanlarda çeşitli sorunlara sebebiyet

¹ AYTAC, Zühtü; Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm, Batider, C:VIII, S:4, Aralık 1976, s.97-124; KARAYALÇIN, Yaşar; Üst Kuruluşlar Hukuku, Batider, C:XVI, S:1, Haziran 1991, s.7-47; KILIÇOĞLU, Mustafa, İşveren Kavramının İşlevi ve Üst Kuruluşlara İlişkin Uygulama Sorunları, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Sempozyum, 6-7 Haziran 1997, İstanbul, 1998, (Sempozyum), s.150-152; AYDINLI, İbrahim;Üst Kuruluş İşletmelerinde İşyeri ve İşletme Kavramları Bakımından İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdeliğinin Kaldırılması Teorisinin Görünümü, Çimento İşveren Dergisi, C:13, S:4, Temmuz 1999, (Üst Kuruluş), s.3-20; AYDINLI, İbrahim, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara, 2001, (İşyeri ve İşletme), s.129-160; POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2003, s. 259-261, 1018-1024; AKER, Halit, Hakim İşletme ile Bağımlı Şirket Arasındaki Hukuki İlişki ve Hakim İşletmenin Sadakat Borcu, Batider, C:XXII, S.2, Aralık 2003, s.153-204; MAMAK, Kemal, Finansal Holding Şirketleri, Batider, C:XXIV, S.1, Haziran 2007, s.242-258; OKUTAN NILSSON, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarı'sına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009, s.67 vd.

² AYTAC, s.97-98; KARAYALÇIN, s.9; AYDINLI, Üst Kuruluş, s.4; AYDINLI, İşyeri ve İşletme, s.131.

³ AYTAC, s.98-99.

verebileceğinden; birleşen şirketlerin kendi hukuki bağımsızlıklarını devam ettirmesi tercih edilmekte ve konzern (İşletmelerin Bağlılığı) oluşumlar ortaya çıkmaktadır⁴.

Şirketlerin birleşmesi⁵ (Fusion) durumunda; birleşen şirketler ekonomik ve hukuki bağımsızlıklarını kaybetmektedirler. Konzernler oluşum bakımından, birleşen şirketlerin hukuki bağımsızlıklarını devam ettirmeleri nedeniyle şirketlerin birleşmesinden ayrılırlar. Kartel oluşumlarda ise hukuki bağımsızlık bakımından kartellerle aynı özellikleri taşımakla birlikte; tek elden sevk ve idare unsuru bulunmadığından, konzernlere nazaran ekonomik yönden daha bağımsız oldukları ifade edilebilir. Trust⁶ ise; büyük teşebbüslerin en yüksek kazancı elde etme, rekabeti azaltma ya da tamamen ortadan kaldırma gibi amaçlarla bir elden yönetim ve kontrol olanağına sahip olduğu bir oluşumdur⁷. Trust oluşumların ise hukuki bağımsızlıkları bulunmamaktadır⁸. Trust, kartel, konzern gibi oluşumlar; ekonomik amaçlı birleşmeler olup, bu birleşmeler pazarlama, ham madde tedariki ve sair hususlarda yapılmaktadır⁹. Birleşme, devralma, bütünleşme, işbirliği gibi yapısal değişiklikler neticesinde şirketler arasında merkezi yoğunlaşma (konsantrasyon) söz konusu olmakta; böylelikle güçlerini birleştiren şirketler piyasa koşullarında daha kolay rekabet edebilmektedir¹⁰.

Doktrinde bağlı işletmelerin hukuki değerlendirmesi yapılırken konzern kavramı geniş anlamda bağlı işletme kavramı ile aynı anlamda kullanılmaktayken; dar anlamda konzern birden fazla ticari işletmenin tek elden sevk ve idaresi şeklindeki oluşumları ifade edecek şekilde kullanılmaktadır¹¹.

Bağlı işletmelerin Türk Hukuku'ndaki görünümleri; İktisadi Devlet Teşekkülleri ve ona bağlı bağımsız işletmeler olan "Kanuni Bağlı İşletmeler" ve "Fiili Bağlı İşletmeler" olan "Şirket Toplulukları" şeklindedir¹². Bağlı İşletmeler

⁴ AYTAÇ, s.98.

⁵ Şirket birleşmeleri hakkında bilgi için bkz. PERNSTEINER, Helmut, İşletme Bilimi Literatüründe Birleşme Kavramı (Çeviren:Çağla Ersen), Şirket Birleşmeleri, İstanbul, 2004, s.589-614; OKUR, Ali Rıza, Şirket Birleşmelerinin Kıdem Tazminatına Etkisi, Şirket Birleşmeleri, İstanbul, 2004, s.49-71.

⁶ Trust hakkında açıklamalar için bkz. KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, Anglo-Amerikan Hukukunda Trust Kavramı Trust'ın Tarihi Gelişimi ve Roma Hukuku'na Dayanan Kıta Avrupası Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Batıder, C.XXIII, S.2, Aralık 2005, s.5-28.

⁷ YILMAZ, Ejder, Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2003, (Sözlük), s.707.

⁸ AYTAÇ, s.99; KÜÇÜKGÜNGÖR, s.7.

⁹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.260.

¹⁰ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.1021; Merkezi yoğunlaşmanın türleri için bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.1022-1023.

¹¹ AYTAÇ, s.100.

¹² AYTAÇ, s.115-116.

Hukuku'nda oluşan ekonomik birliklerin en göze çarpanı şirket topluluklarıdır ve bu işletme birliklerinde hukuken bağımsız olan fakat iktisadi olarak ve fiilen ana şirketle bir bütün oluşturan yavru şirketler, ana şirketin yönetim ve sevk bakımından hâkimiyetinde bulunmaktadır¹³. Bu doğrultuda; şirket topluluğu içerisindeki bağlı şirketlerin ayrı tüzel kişiliğe sahip olmalarına¹⁴ rağmen, ana şirket iradesi doğrultusunda faaliyet gösterdiğinden; ana şirket ile bağlı şirketler arasında ekonomik ve idari bütünlük bulunmaktadır¹⁵. Şirket toplulukları bakımından söz konusu olan merkezi yoğunlaşma (konsantrasyon) durumu değerlendirildiğinde; şirket topluluğunun sahip olduğu teknolojinin şirket topluluğu bünyesindeki tüm bağlı şirketlerin amaçlarına uygun olduğu ölçüde kullanılması hedefi; üretim aşamasındaki süreçler ve birbirini tamamlayan nitelikteki malların üretiminden sorumlu olan bağlı şirketlerin birbirini ekonomik olarak tamamlaması; bağlı şirketler arasında ekonomik risklerin paylaşılması ve kârı şirket topluluğu içinde tutarak, bağlı şirketler arasında ekonomik kolaylıkların yaratılması; bünyesinde birçok bağlı şirketi barındıran bir şirket topluluğu şeklinde daha güçlü bir yapılanma oluşturarak hem daha güçlü bir rekabet ortamı oluşturabilme hem de ulusal ve uluslararası platformda daha kolay örgütlenebilme gibi hususların önem taşıdığı ve merkezi yoğunlaşmanın başlıca nedenlerini oluşturduğu görülmektedir¹⁶. Başlıca işteğal konusu bünyesinde barındırdığı bağlı şirketlere işteğal etme olan ana şirket ve bünyesindeki bağlı şirketler şirket topluluğunu oluşturur; ve bu bağlamda şirket toplulukları, bünyesindeki bağlı şirketler arasında merkezi yoğunlaşmayı sağlayan araçlardır¹⁷.

Bağlı şirketin iradesi üzerindeki ana şirket hakimiyeti; bağlı şirketin hisse senetlerinin ana şirketin elinde olması ya da ana şirketin, bağlı şirket yönetim kurulunda kendi iradesine tabi bir yönetici bulundurması şeklinde ortaya çıkabilir¹⁸.

¹³ KARAYALÇIN, s.9-10; AYDINLI, İşyeri ve İşletme, s.132.

¹⁴ MAMAK, s.241.

¹⁵ TUNCAY, A. Can, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E.1987/4243 K.1987/4582 T.05.05.1987 Karar İncelemesi, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Çimento İşveren Dergisi, Y. Eylül 1987, C.1, S.5, (Karar İncelemesi), s.23; ENGİN, Murat, İşveren Kavramı, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Sempozyum, 6-7 Haziran 1997, İstanbul, 1998, (Sempozyum), s.126.

¹⁶ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.1021.

¹⁷ TEKİNALP, Ünal, Tip Sorunu Açısından Holding Kavramı ve İşletme Konusu Üzerine Düşünceler, İktisat ve Maliye, Mart 1974, S.12, (Düşünceler), s.450,452'den Aktaran TUNCAY, Karar İncelemesi, s.23.

¹⁸ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.260, 1020; TUNCAY, Karar İncelemesi, s.23.

Trust, konzern, kartel gibi iktisadi kavramlardan farklı bir niteliğe haiz olan şirket topluluklarının; sadece diğer ortaklıklara katılan "saf şirket toplulukları" ya da ayrıca üretime, ticari faaliyetlere de katılan "karma şirket toplulukları" şeklinde sınıflandırılmaları da mümkündür¹⁹.

Tüzel kişiliğin varlığı, yönetim ve işleyiş yapısının pay sahiplerinden bağımsızlığı, sermayenin paylara bölünmüş olması, özellikle hamiline yazılı hisse senetleri bakımından payın devredilmesi ve devralınması gibi hususların şekilcilikten uzak olması ve sorumluluk sistemi, vergi sistemindeki kolaylıklar gibi anonim şirkete ilişkin özellikler değerlendirildiğinde; şirket toplulukları bakımından anonim şirket şeklindeki yapılanmaların tercih edildiği doktrinde ifade edilmekte²⁰; ve fakat farklı şirket türlerinde yapılanmalara da engel bulunmamaktadır²¹.

Yukarıda anlatılanlar doğrultusunda şirket topluluklarının, aralarında ekonomik, mali ve yönetim birliği olan ana ve bağlı şirketlerden meydana gelen bir üst kuruluş işletmesi olduğu ifade edilebilir. Şirket toplulukları; bünyesindeki aynı ya da farklı iştilgal konularına sahip bağlı şirketlerin ekonomik ve organizasyonel bütünlüğünü sağlayan bir üst kuruluş niteliğine haizdir²². Ana şirket ve bağlı şirket hukuken birbirinden bağımsız ve ayrı tüzel kişiliklere sahip olmakla birlikte; bağlı şirketin ekonomik ve organizasyonel anlamda ana şirkete bağlı olması hasebiyle bağlı şirketin ana şirketten ayrı bir iradesi olduğuna şüphe ile yaklaşılmaktadır²³. Bu doğrultuda; bağlı şirketlerin ana şirketten bağımsız olarak karar vermesi fiilen mümkün olmadığından, çoğu zaman bağlı şirket kendi ticari faaliyetinin haricinde şirket topluluğunun menfaatlerini gerçekleştirmeye yönelik atılımlarda bulunmakta, güçsüz ve çoğu zaman etkisiz konumda olan küçük pay sahiplerinin durumu da şirket toplulukları bünyesinde daha da kötüleşmektedir²⁴.

Şirket topluluğunun menfaati için ekonomik seçimler yapılması ve neticesinde topluluk bünyesindeki bazı bağlı şirketlerin kapatılması söz konusu olabilir ve şirket topluluğu bünyesinde iş gücü kullanımı topluluğun amaçları ve

¹⁹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.260, TUNCAY, Karar İncelemesi, s.23.

²⁰ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.1020; TEKİNALP, Düşünceler, s.450'den Aktaran TUNCAY, Karar İncelemesi, s.23.

²¹ TEKİNALP, Düşünceler, s.450'den Aktaran TUNCAY, Karar İncelemesi, s.23.

²² ALPAY, Güven, Holding Yönetimine Gelince, İstanbul, 1987, s.3'den Aktaran TUNCAY, Karar İncelemesi, s.24.

²³ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.260, 1018.

²⁴ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.1018-1019.

faaliyetleri doğrultusunda şekillenebilir²⁵. Bu doğrultuda şirket topluluğu bünyesindeki bağlı şirketler arasında; birlikte istihdam, geçici iş ilişkisi, iş sözleşmesinin devri gibi üçlü iş ilişkilerinin söz konusu olabilmesi mümkündür. Şirket topluluğu bünyesinde ortaya çıkabilecek üçlü iş ilişkilerine çalışmamızın ikinci bölümünde değinilecektir.

II. Şirket Topluluklarında Örgütlenme Çeşitleri

Ülke ekonomisinin gerektirdiği ihtiyaçlar çerçevesinde şirket topluluklarının farklı biçimlerde örgütlenmeleri olanaklıdır²⁶. Şirket topluluklarındaki örgütlenme; fiili ya da sözleşmeye dayalı, basit ya da nitelikli, alt üst ilişkili ya da aynı düzey, yatay ya da dikey biçimde olabilir²⁷.

Şirket topluluklarında ilgili şirketler arasındaki bir şirketin (holding şirket, hakim şirket, ana şirket); bağlı şirketler ile sözleşme yapılarak hakimiyet kurması halinde sözleşmeye dayalı bir şirketler topluluğundan; sözleşme olmaksızın, fiilen (de facto) diğer bağlı şirketler üzerinde (yavru şirket) hakimiyet sağlaması durumunda ise, fiili hakimiyete dayalı şirketler topluluğundan bahsedilebilir²⁸. Ana şirket hakimiyetinin; oy üstünlüğü, sermaye üstünlüğü, yönetim ve denetim organlarındaki nüfuz gibi unsurlar göz önünde bulundurularak tespit edilmesi olanak dâhilindedir. Üretim alanlarına göre yapılacak bir tasnif ile şirket topluluklarının “tek üretim alanında faaliyet gösteren dikey şirket toplulukları ve riski dağıtma amacı ile farklı üretim alanlarında faaliyet gösteren yatay şirket toplulukları” şeklinde ayrılmaları mümkündür²⁹. Hakimiyet ögesinin sürekliliği bakımından yapılan ayrımlarda ise; hakimiyet ögelerinin devamlı ve sıkı olduğu hallerde nitelikli şirket topluluğundan, hakimiyet ögelerinin sıkı olmadığı hallerde ise basit şirket topluluğundan bahsedilmektedir³⁰. Şirket topluluklarının tek uluslu ve çok uluslu (

²⁵ ENGİN, Sempozyum, s.126.

²⁶ KARAYALÇIN, s.29-31.

²⁷ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.1020.

²⁸ KARAYALÇIN, s.29; ENGİN, Sempozyum, s.126; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.1020; AKER, s.161-169; OKUTAN NILSSON, s.36-57.

²⁹ KARAYALÇIN, s.30; KILIÇOĞLU, Mustafa, Sempozyum, s.151; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.1020.

³⁰ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.1020.

milli-milletlerarası) şekilde yapılanmaları da mümkündür³¹. Ekonomik ve organizasyonel bakımdan ana şirkete bağlı olan bağlı şirketlerin yapılanması ile ilgili olarak ise; alt üst ilişkili şirket toplulukları ya da aynı düzey şirket toplulukları şeklinde bir ayırım yapmak mümkündür. Alt üst ilişkili şirket topluluklarında; ana şirket, ana şirkete bağlı bağlı şirketler ve bu bağlı şirketlere bağlı bağlı şirketler biçiminde bir yapılanma mevcutken, aynı düzey şirket topluluklarında; ana şirket ve ona bağlı birbiriyle aynı düzeydeki bağlı şirketler bulunmaktadır³². Birden çok bağlı şirketin dikey olarak birbirine katıldığı hallerde ara şirket topluluğu ve zirve şirket topluluğu ayırımı yapılabileceği³³; şirketlerin idare merkezinin ayrı bir şehirde olmasını sağlamak için ikametgah şirket toplulukları kurulabileceği de ifade edilmektedir³⁴.

III. Yasal Düzenleme

Uygulamada şirket topluluğu işletmeleri sıklıkla görülmesine rağmen; Türk Hukukunda üst kuruluş işletmeleri ile ilgili ayrı bir kanuni düzenleme yer almamaktadır³⁵. Türk Ticaret Kanunu'nda şirket toplulukları ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte; 466. maddenin üçüncü fıkrasında holding şirketlerinin yedek akçe ayırma zorunluluğu olmadığına ilişkin bir ifade yer almaktadır. Maddede yer alan "...gayesi esas itibariyle başka işletmelere iştiraktan ibaret olan holding şirketleri..." ifadesinin bir tanım mı yoksa bir türe mi değindiği açıkça anlaşılamamakla birlikte; doktrinde maddede yer alan ifadenin bir tanım olarak yorumlanmasının şirket topluluklarının faaliyet sahasını oldukça daraltacağı ve bu nedenle tanım olarak kabul edilmemesi gereği haklı olarak ifade edilmiştir³⁶. Şirketin ticaret unvanında "holding" kelimesini hangi hallerde kullanabileceğine ilişkin düzenleme de hukukumuzda yer olmadığından doktrinde ticaret unvanında "holding" kelimesinin kullanılabilmesi için TTK md 466 holding tanımı kabul edilerek; ancak gayesi esas itibariyle başka işletmelere iştiraktan ibaret olan

³¹ KARAYALÇIN, s.30-31; KILIÇOĞLU, Mustafa, Sempozyum, s.151.

³² POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.1020.

³³ KILIÇOĞLU, Mustafa, Sempozyum, s.151; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.260.

³⁴ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.260.

³⁵ KARAYALÇIN, s.23.

³⁶ AYTAÇ, s.116.

şirketlerin ticaret unvanlarında bu kelimeyi kullanabileceği sonucuna ulaşılmıştır³⁷. Her ne kadar TTK md 466 düzenlemesinin bir tanım olarak kabul edilmesi yüzeysel bir yorum olarak ifade edilebilecekse de, şirket topluluklarına ilişkin olarak hukukumuzdaki düzenleme boşluğu karşısında ticaret unvanı bakımından doktrinde yapılan yorum nedensellik bağı ihtiva etmektedir. Kurumlar Vergisi Kanununda da holding kavramına dolaylı olarak değinilmektedir.

Halen Türkiye Büyük Millet Meclisi gündeminde olan Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 195 ila 209.maddeleri arasında ise şirket topluluğuna ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Tasarının bu haliyle yasalaşması halinde şirket toplulukları bakımından mevzuatta bulunan düzenleme boşluğu önemli ölçüde kapatılmış olacaktır. Tasarının "*Hâkim (ana) ve bağlı (yavru) şirket*" başlığını taşıyan 195. maddesine göre;

"(1) a) Bir sermaye şirketi diğer bir sermaye şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak;

1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya

2. Şirket sözleşmesine dayalı olarak yönetim organında çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya

3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu kullanabiliyorsa;

b) Bir sermaye şirketi diğer bir sermaye şirketini bir sözleşmeye dayanarak veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa;

birinci şirket hâkim (ana), diğeri bağlı (yavru) şirkettir.

(2) Birinci fıkrada öngörülen hâllerden başka, bir sermaye şirketinin paylarının çoğunluğuna veya çoğunluk etkisini haiz miktarda paylarına sahip bulunmak, hâkimiyetin varlığına karine oluşturur.

(3) Bir hâkim şirketin bir veya birden fazla bağlı şirketi aracılığıyla veya onlarla birlikte, bir diğer şirkete hâkim olması dolaylı hâkimiyeti ifade eder.

³⁷ KARAYALÇIN, s.32.

(4) Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı bağlı şirketler hâkim şirketle birlikte, “şirketler topluluğu” (topluluk) nu oluştururlar. Bağlı şirketler “topluluk şirketi” olarak adlandırılırlar.

(5) Şirketler topluluğunun tepesinde, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, sermaye şirketi olmayan, herhangi bir tüzel ya da gerçek kişinin veya işletmenin bulunması hâlinde, 195 ilâ 209 uncu madde hükümleri ile şirketler topluluğuna ilişkin diğer hükümler de uygulanır. Tepedeki gerçek kişi tacir sayılır. Konsolide yıl sonu tablolarına ilişkin hükümler saklıdır.

(6) Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında “yönetim kurulu” ibaresi limited şirketlerde müdürleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile şahıs şirketlerinde idarecileri, diğer tüzel kişilerde yönetim organını ve gerçek kişilerde gerçek kişinin kendisini ifade eder³⁸.”

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 195. maddesi; ana şirketin bağlı şirket üzerindeki hakimiyetinin tespiti bakımından önemli kriterler getirmektedir. Düzenleme incelendiğinde ana şirketin bağlı şirket üzerindeki hakimiyetinin pawnsahipliği yoluyla, sözleşme ile ya da başka yollarla kurulabileceği ifade edilebilir³⁹. Ana şirketin bağlı şirketin paylarının çoğunluğuna ya da çoğunluk etkisini haiz miktarına sahip olmasının hakimiyetin varlığına karine teşkil edeceği de maddede belirtilmiştir. Bir hâkim şirketin bir veya birden fazla bağlı şirketi aracılığıyla veya onlarla birlikte, bir diğer şirkete hâkim olması durumunda da dolaylı bir hakimiyetin kurulmuş olacağı vurgulanmıştır⁴⁰.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın şirket topluluklarına ilişkin ilerleyen maddelerinde; pay ve oy oranlarının hesaplanması, karşılıklı katılma⁴¹, bildirim ile tescil ilan yükümlülükleri⁴², bağlı şirketlerin ve hakim şirketin raporları, bağlı şirketler hakkında bilgi alma⁴³ gibi konular yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Tasarının 202 ve 206. maddeleri arasında sorumluluğa ilişkin düzenlemeler

³⁸ www.tbmm.gov.tr, 05.06.2010.

³⁹ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda yer alan hakimiyet kriterleri hakkında açıklamalar için bkz. OKUTAN NILSSON, s.101-141.

⁴⁰ Hakimiyet türleri hakkında açıklamalar için bkz. OKUTAN NILSSON, s.143-161.

⁴¹ Karşılıklı katılma hakkında açıklamalar için bkz. OKUTAN NILSSON, s.161-223.

⁴² Bildirim yükümlülüğü hakkında açıklamalar için bkz. OKUTAN NILSSON, s.517-531.

⁴³ Bilgi alma hakkında açıklamalar için bkz. OKUTAN NILSSON, s.531-539.

bulunmaktadır⁴⁴. 207 ila 209. maddeler arasında ise özel denetim⁴⁵, satın alma hakkı⁴⁶ ve güvenden doğan sorumluluk⁴⁷ hususları çeşitli hükümler başlığı altında düzenlenmiştir.

Yargıtay 2008 tarihli bir kararında "şirket topluluğu", "şirket grubu", "holding" gibi ifadeler kullanarak; şirket topluluklarının kurumsal ve terimsel temellerine ışık tutmakta ve yapılarına ilişkin açıklamalarda bulunmaktadır⁴⁸. Doktrinde de; açık bir zorunluluk yasal düzenlemede yer almamakla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nun 48. maddesinden hareketle şirket topluluğu ifadesinin ticaret unvanında bulunmasının aranabileceği ifade edilmektedir⁴⁹.

⁴⁴ Hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması ve sonuçları hakkında açıklamalar için bkz. OKUTAN NILSSON, s.223-421.

⁴⁵ Denetim hakkında açıklamalar için bkz. OKUTAN NILSSON, s.539-545.

⁴⁶ Satın alma hakkı hakkında açıklamalar için bkz. OKUTAN NILSSON, s.437-447.

⁴⁷ Güvenden sorumluluğu için bkz. OKUTAN NILSSON, s.447-517.

⁴⁸ YARGITAY, 9.H.D., E.2008/12825, K.2008/18885, T.04.07.2008, Çalışma ve Toplum Disk/Birleşik Metal İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Y.2009/1, S.20, s.365-369, "...4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine göre; "işçi çalıştıran gerçek ve tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren..."denir. Aynı Kanunun yedinci maddesine göre ise; "işveren, 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". Görüleceği üzere holdingler kurumsal olarak ikinci maddede terimsel olarak yedinci maddede iş hukuku literatürüne girmiştir. İşlevsel açıdan ise ortadan kaldırılan 1475 sayılı Kanun dönemi uygulamasındaki içtihatlarla yer almakta benzer kuruluşlar kartel, tröst ve konzern gibi uygulamada isimler almaktadır. Adi ortaklık şeklinde olan kuruluşların tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Terminolojik açıdan holding kavramına Anonim ortaklıklarda (AO) rastlanır. Anonim Ortaklık yavru şirketlerin (yavru ortaklıkların) büyük oranda hisse senetlerine sahip olur. Ya da yönetim kurulunda kendi iradesine sahip yönetici bulundurulur. Her iki durumda da holding ilişkisi söz konusu olur. Hakim ortak "ana ortak" kendisine bağlı ortaklar ise "yavru ortak/yavru şirket" dir. Uygulamada daha sık görülen durum hisse senetlerinin alınması şeklinde gerçekleşmektedir. Ancak senet alımlarının denetimi gerekir, aksi halde hangi şirketin iradesine üstün tanınacağı sorun olur. Türk Ticaret Kanunu'nun 48. maddesinde sözü edilen "ilaveler" kapsamında holding terimi ilave bir terim olarak kullanılabilir. Öte yandan işletmeler arası "merkezi yoğunlaşma" olgusu (konsantrasyon) yabancı ve Türk Hukuk sisteminde ağırlıklı olarak yer almaktadır. Bu bağlamda "konzern düzeni" "bağlı işletmeler" "işletmelerin birleşmesi" ve özellikle "holdingleşme" özel ağırlık taşır. Ana ortaklığın yavru ortaklar üzerinde tam bir egemenliği var ise; başka bir anlatımla yavru ortaklık ana ortaklığın bir bölümü gibi çalışıyor ise "nitelikli ortaklık", egemenlik ögesi sürekli olmayıp sıkı değilse, ana ortaklık yavru ortakların kazanç kaybı olacak şekilde sözleşme yapamıyorsa "basit ortaklık"tan söz edilir. Öte yandan aynı düzey ortaklıklar üretim ve finasta, faaliyetleri aynı ise "yatay ortaklıklar" üretim aşamalarına göre bir düzenleme var ise "dikey ortaklık"lardan söz edilir. (Daha fazla bilgi için bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B.10, İstanbul 2005, sh262, 263; 1019-1025)... "

⁴⁹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.260.

IV. Şirket Topluluğu İşletmesinin Unsurları

Çağımızın ekonomik ve sosyal gerekleri sonucunda ortaya çıkan oluşumların şirket topluluğu olarak adlandırılabilmesi için çeşitli unsurların varlığı gerekmektedir. Şirket topluluğu işletmesinin unsurları birden fazla işletmenin birleşmesi, bu birleşmenin devamlılığı, bağlanan işletmelerin hukuki bağımsızlığı, birleşmenin ekonomik fayda sağlama amaçlı olması ve birlikte sevk ve idaredir⁵⁰.

1. İştirak

Şirket topluluğu işletmesinin oluşumu için en önemli unsur birden fazla işletmenin birbirlerinin payını alarak birleşmesidir⁵¹. Yukarıda da izah edildiği gibi ana şirketin belirlenmesi sözleşme ile ya da fiilen (de facto) yapılmış olabilir.

2. Devamlılık

Şirket topluluğu işletmesinin varlığından bahsedebilmek için şirket topluluğu bünyesindeki şirketlerin iştirak amacının devamının varlığı şarttır. Aksi halde iştiraklerin devamlılık arz etmeden alınıp satılması söz konusu olur ki bu şirket topluluklarının amacı içinde yer almaz.

3. Bağımsızlık

Şirket toplulukları bünyesinde yer alan gerek ana şirket gerekse bağlı şirketlerin hukuki bağımsızlıklarını devam ettirmesi gerekmektedir. Bağlı Şirketler her ne kadar hukuken bağımsız olsalar da ekonomik yönden ana şirketle olan bağılıklarını devam ettirirler⁵². Şirketlerin hukuki bağımsızlıklarının ve ekonomik bağımsızlıklarının her ikisinin ya da birinin var olmadığı durumlarda daha önce değindiğimiz farklı üst kuruluş türleri ortaya çıkmaktadır.

⁵⁰ AYTAÇ, s.98; AYDINLI, Üst Kuruluş, s.5-6; AYDINLI, İşyeri ve İşletme, s.133-136.

⁵¹ AYDINLI, Üst Kuruluş, s.5.

⁵² AYDINLI, Üst Kuruluş, s. 5, AYTAÇ, s. 98.

4. Ekonomik Amaçlı Birleşme

Şirket toplulukları bakımından da tüm diğer ticari işletmelerde olduğu gibi birleşmeler ekonomik amaçlıdır. Özellikle ana şirket; yavru şirketlerin kendisine bağlı olması hasebiyle yavru şirketlerden ekonomik bir fayda sağlamayı amaçlamaktadır⁵³.

5. Birlikte Sevk ve İdare

Şirket topluluğu bünyesindeki bağlı şirketlerin ekonomik olarak ve yönetim bakımından ana şirkete bağlı olduklarını daha önce belirtmiştik. Ekonomik bakımdan daha güçlü olan ve yönetim yetkisini sözleşmesel olarak ya da fiilen (payların çoğunu elinde bulundurmamak suretiyle) eline geçirmiş olan, iştirak etmiş olan ana şirket; şirket topluluklarında birlikte sevk ve idare yetkisini elinde bulundurur. İştirakin esas gayesi de budur⁵⁴.

V. Şirket Topluluklarını Tek Bir İşletme Kabul Etme Görüşü

İş Hukuku'na nazaran Ticaret Hukukunda daha önemli bir yere sahip olan işletme kavramı doktrinde "*iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için örgütlenmiş, aynı işverene ait birden fazla işyerinin bütünü*"⁵⁵ " olarak tanımlanmaktadır. İşletmeler; temelde ekonomik bir amacın gerçekleştirilmesini hedeflemekle birlikte, ekonomik kar amacı gütmeyen ideal bir amacın gerçekleşmesini hedefleyen örgütsel bütünlüklerin varlığı da söz konusu olabilir⁵⁶.

İşletme kavramının sınırlarının çizilmesine ilişkin olarak örgütsel bütünlük kavramından yararlanılabildiği mümkündür. Aynı işverene ait birden çok işyerinin bulunduğu durumlarda bu işyerlerinin tek bir işletme olarak kabul edilip edilmeyeceği değerlendirilirken işyerleri arasında örgütsel bütünlüğün bulunup

⁵³ AYDINLI, Üst Kuruluş, s. 6, AYTAÇ, s. 98.

⁵⁴ AYDINLI, Üst Kuruluş, s. 6, AYTAÇ, s. 98.

⁵⁵ ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 19. Bası, İstanbul, 2006, (İş Hukuku), s. 62; DOĞAN YENİSEY Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul, 2007, s.32.

⁵⁶ DOĞAN YENİSEY, s.35.

bulunmadığı öncelikle incelenmeli; örgütsel bütünlüğün bulunmadığı hallerde tek bir işletmenin varlığından bahsetmemek gerektiği ifade edilmektedir⁵⁷.

Şirket topluluklarında işletme kavramının belirlenmesi uygulama açısından önem taşımaktadır. İşletmenin unsurlarının üretim unsurlarının bir araya getirilmesi, ekonomik fayda sağlama amacı, üretim ünitesi olma, devamlılık ve bağımsızlık olduğu göz önünde bulundurulduğunda; şirket topluluklarının unsurları ile örtüştüğü ve bu doğrultuda birden fazla bağlı şirketi bünyesinde bulunduran şirket topluluklarının ekonomik ve sosyal bütünlük itibarıyla işletme niteliğine haiz olduğu ifade edilebilir⁵⁸. Şirketler arasında; ekonomik bütünlük, sosyal bütünlük, organik bütünlük, faaliyet birliği, coğrafi birlik, yönetim yeri ve yöneticilerin ayniyeti gibi durumlarının söz konusu olduğu hallerde birbirinden hukuken bağımsız ve ayrı tüzel kişiliklere sahip şirketlerin tek işletme sayılması; böylelikle şirket topluluklarının işçi zararına sonuçlar doğurmasının önlenmesi mümkündür⁵⁹.

Aynı kişilerin topluluk bünyesindeki diğer bağlı şirketlerin yönetim kurullarında görev alması, şirket sözleşmelerinde belirtilen amaçların ayniyeti gibi ekonomik birliğin karakteristik unsurlarının ve tüm işçilere aynı iç yönetmeliğin uygulanması, ücret ve eklerinin aynı biçimde hesaplanması, işçilerin aynı çalışma koşullarına sahip olması ve sosyal tesislerin tüm şirketler bünyesinde çalışan işçilerce kullanılması gibi sosyal birliğin karakteristik özelliklerinin şirket topluluğu bakımından bulunması durumunda; şirket topluluğu bünyesindeki ilişkilerin ekonomik ve sosyal bir bütün oluşturacak şekilde yoğunlaşmıştır ve bu durumda şirket topluluğu tek işletme niteliğine haizdir⁶⁰.

Doktrinde; İşletme bütünü oluşturarak şirket topluluğundaki şirketlerin birlikte işveren olduğunu ve işçilerin işçilik haklarından şirket topluluğunun tamamının sorumlu olduğunu belirterek; işveren kavramını somut ve soyut işveren olarak ayıran görüşler de mevcut olup; bu doğrultuda işçinin somut işverenin

⁵⁷ SCHAUB G., Arbeitsrechthandbuch, 11. Auf., München, 2005, § 18 No.10'dan aktaran DOĞAN YENİSEY, s.36, d.pn.119.

⁵⁸ OKUR, Ali Rıza, İş Hukuku Uygulaması, İş Kanunu 14, No:26, (Uygulama), s.3'den Aktaran AYDINLI, Üst Kuruluş, s.7.

⁵⁹ OKUR, Uygulama, s.3 vd.'den Aktaran TUNCAY, Karar İncelemesi, s.25.

⁶⁰ ENGİN, E. Murat, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Ankara, 1993, (İşveren), s.203; ENGİN, Sempozyum, s.131.

şirket topluluğu, soyut işverenin ise bağlı şirket tüzel kişi işveren olduğu ifade edilmektedir⁶¹.

Esasen şirket topluluklarının işletme sayılması ve bağlı şirketlerin tüzel kişiliği ve hukuki bağımsızlığına rağmen şirket topluluğu üst kuruluşu içinde yer alması tüzel kişiliğin tanımına, tüzel kişiliklerdeki gerçeklik ilkesine ve Ticaret Kanunu anlamında tüzel kişiliğe sahip şirketlerin bağımsız kabul edilmesine ilişkin düzenlemelere aykırılık teşkil etmektedir. Ancak bu yapılanma, şirket topluluklarındaki işletme kavramının yönetim, mali ve ekonomik birlik çerçevesinde anlaşılması, sosyal gerçeklik ve iş hukukunun kendine özgü ilkeleri ile bağdaşmaktadır⁶².

Yargıtay'ın ise şirket toplulukları bakımından; tüzel kişilikleri farklı olan iki şirketin işletme olarak kabul edilemeyeceğinden hareketle aynı işletme toplu iş sözleşmesinin kapsamına giremeyecekleri ve kamu kesimine ilişkin düzenlemenin kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı yönünde bir kararı bulunmaktadır⁶³. Doktrinde Yargıtay'ın bu kararının, tüzel kişiliğin bağımsızlığı ilkesi uyarınca doğru kabul edilebileceği ancak kanuni yükümlülüklerden kaçınmak için bu tür tüzel kişilikler kurulması ya da şirket topluluğunun işletme organizasyonunun hiçbir şekilde göz önünde bulundurulmaması nedenleriyle eleştirilmesi gerektiği ifade eden görüşler de mevcuttur⁶⁴. Kıdem tazminatına ilişkin olarak açılmış bir davada ise Yargıtay'ın işletme bütünlüğü kavramından bahsederek, husumetin üst kuruluşa yöneltilebileceği yönünde bir kararı bulunmaktadır.

"... Müesseseler, sermayesinin tamamı bir iktisadi devlet teşekkülü olan Seka tarafından ödenmek suretiyle, teşekkül genel müdürünün önerisi ve yine teşekkül yönetim kurulunun kararı ile kurulmaktadır. Müesseseler tüzel kişiliğe sahip ve sermayeleri ile sınırlı sorumlulukları olmakla beraber bunlar ve bunlara bağlı fabrikaların etüd ve projelerinin hazırlanması, bunların tesisi, idaresi ve bu sanayi

⁶¹ENGİN, İşveren, s.215; AYDINLI, Üst Kuruluş, s.7; AYDINLI, İşyeri ve İşletme, s.138-139.

⁶² AYDINLI, Üst Kuruluş, s.7-8; OKUR, Uygulama, s.3 vd.'dan Aktaran TUNCAY, Karar İncelemesi, s.25.

⁶³ YARGITAY, 9 HD, E:1990/719, K:1990/1242, T:09.02.1990, Tekstil İşveren Dergisi, S:146, Haziran 1990, s.13, AYDINLI, Üst Kuruluş, s.9, dn.36.

⁶⁴ AYDINLI, Üst Kuruluş, s.9.

dalında teknolojik araştırma ve geliştirme etüdlerinin yapılması ve geliştirilmesi, bu konuda her cins üretim planlarının düzenlenmesi hep üst kuruluşa verilmiş görevlerdir. Kısaca ve yasal deyimle müesseseler esas teşekküllerin organizasyonu içinde yer alan yerel imkan ve şartlarla sınırlı, teknik amaçla mal ve hizmet üreten ünitelerdir. Bu müesseseler yukarıda açıklandığı gibi sınırlı sorumlulukları ve görevleri dışında diğer plan ve proje ve bütçe uygulamaları, yatırım ve finansman yönünden ve hatta personel ve işçi atama işlerinde asıl teşekküle bağıdırlar...Bu itibarla Aksu müessesesinde çalışan bir işçinin işçilik hakları sebebiyle Seka'nın hasım gösterilmesinde bir usulsüzlük yoktur...⁶⁵".

⁶⁵ YARGITAY, 9.H.D., E.1985/98111, K.1985/10052, T. 07.11.1985, KOÇ, Sedef, Şirket Gruplarında İş İlişkileri, T.C. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2003, s.53-54.

Ş2. ŞİRKET TOPLULUKLARINDA İŞVEREN

I. Şirket Topluluklarında İşverenin Tespiti

Şirket topluluklarında işverenin tespit edilmesi işçinin haklarının korunması bakımından önem arz etmektedir. Bağlı şirketler hukuken birbirinden bağımsız olmakla birlikte ekonomik olarak ana şirkete bağımlı olduklarından ekonomik zorunluluklar veya grubun stratejileri doğrultusunda şirket topluluğu bünyesindeki işçilerin ana şirket ve bağlı şirketler bünyesinde yer değiştirmesi söz konusu olabilmektedir. Şirket topluluğu bünyesindeki şirketler bakımından bağımlılık ve bağımsızlık unsurlarının bir arada bulunması işverenin tespitini de zorlaştırmaktadır⁶⁶. Şirket topluluklarında işveren kavramı, işçi-işveren ilişkileri ve işçilik haklarının kazanılması bakımından değerlendirme yapılırken; işyeri ve özellikle işletme kavramları önem arz etmiştir⁶⁷.

Şirket topluluğu bünyesinde çalışan işçinin; şirket topluluğu bünyesindeki tek bir şirketin emrinde, birden fazla şirketin aynı anda emrinde çalıştırıldığı ya da işçinin sürekli yer değiştirdiği durumlar; iş görme edimini talep hakkının başka bir işverene devredildiği geçici iş ilişkisi ve işçinin rızası alınarak tüm hak ve borçları ile birlikte sürekli ve kesin şekilde iş görme ediminin başka bir işverene devredildiği iş sözleşmesinin devri müessesesinden farklı olup; işçilik hak ve alacaklarının tespiti, talep edilmesi ve sonrasında yaşanabilecek olası yasal süreçlerde husumetin yöneltileceği tarafın tespiti bakımından önem taşımaktadır⁶⁸. Şirket topluluklarında işveren kavramına bağlı olarak iş güvencesi ile ilgili doğabilecek sorunlar ise çalışmamızın üçüncü bölümünde incelenecektir.

İşveren 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde "*...işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar...*" şeklinde tanımlanmakta fakat şirket topluluklarında işverenin tespiti bakımından değerlendirme yapıldığında yasal düzenlemenin yetersiz kaldığı ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar ekonomik, sosyal ve organizasyonel açıdan ana şirkete bağlı olsa da; İş

⁶⁶ ENGİN, Sempozyum, s.126.

⁶⁷ EKONOMİ Münir, Şirket Topluluklarında-Holdinglerde İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, Sayı 5, 2001, (İşçi İşveren İlişkileri), s.6.

⁶⁸ KOÇ, s.19.

Kanunu'ndaki işveren tanımı karşısında; şirket topluluğu içinde yer alan bağlı şirketlerin tümü ayrı ayrı işveren niteliğine haizdir⁶⁹. Buradan hareketle, şirket topluluklarında işverenin ana şirket ya da şirket topluluğu değil; iş sözleşmesinin tarafı olan işveren olduğu ileri sürülmektedir⁷⁰. Şirket topluluğu bünyesindeki bağlı şirketlerden birinde çalışan işçinin işverenin kim olduğuna ilişkin olarak 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki işveren tanımında ayrıntılı düzenleme yer almadığından, kısa yoldan bağlı şirkette istihdam edilen işçinin işvereni bağlı şirkettir diyebilmek yasal düzenleme karşısında mümkün olsa da; şirket topluluklarının yapısı göz önünde bulundurulduğunda her durumda çözüme ulaşılamayacağı açıktır. Bağlı Şirket her ne kadar hukuken bağımsız ve ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olsa da; ekonomik, sosyal ve organizasyonel açıdan ana şirkete bağlı olduğundan, her durumda ana şirketin saf dışı bırakılarak sadece bağlı şirketin işveren sayılması pek de hakkaniyete uygun görünmemektedir.

Doktrinde şirket topluluklarında işverenin tespit edilmesi sürecinde ikili bir ayrıma gidilebileceği; şirket topluluklarının ekonomik, sosyal ve organizasyonel yapılarının iç içe geçmiş olduğu hallerde şirket topluluğunun tek işletme olduğunun kabulü gerekeceği ve bu doğrultuda şirket topluluğu bünyesindeki şirketlerin her birinin ayrı tüzel kişiliklerinin bulunmasına rağmen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gereken hallerde şirketlerin tümünün işveren niteliğine haiz olduğu; şirket topluluğundaki bağlı şirketlerin benzer ve tamamlayıcı faaliyetler yürütmelerine rağmen tek işletme oluşturmadığı hallerde ise işverenin tespiti sürecinde yönetim hakkının kimde olduğunun önem taşıdığı ifade edilmektedir⁷¹.

Aynı kişilerin topluluğu oluşturan çeşitli şirketlerin yönetim kurullarında bulunması, şirket topluluğu bünyesindeki bir bağlı şirketin ortağının diğer bağlı şirketlerin de ortağı olması gibi hallerde şirketler arasında ekonomik birlik; topluluk içindeki tüm şirketlerde aynı yönetmeliğin uygulanması, işçilerin ücret ve eklerinin aynı biçimde hesaplanması, sosyal tesislerin ortak kullanımını gibi hallerde de şirketler

⁶⁹ EKONOMİ, İşçi İşveren İlişkileri, s.5; SÜZEK, Sarper, Türk İş Hukukunda İşveren, MESS Sicil Dergisi, Mart 2010, (İşveren), s.21.

⁷⁰ SÜZEK, İşveren, s.21.

⁷¹ ENGİN, İşveren, s.199; Yönetim hakkının kullanılması ve sınırları hakkında açıklamalar için bkz. BALKIR, Z. Gönül, İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar, MESS Sicil Dergisi, Aralık 2008, Y.3, S.12, s.73-79.

arasında sosyal birlik bulunmaktadır ve bu koşulların varlığı halinde şirket topluluklarının tek işletme sayılabilmesi mümkündür⁷².

Ekonomik ve organizasyonel açıdan ana şirkete bağlı bir şirkette çalışan işçinin; belirli şartların varlığı halinde İş Hukukunun ihtiyaçları doğrultusunda ana şirkete bağlı olarak çalışmış kabul edilebileceği doktrinde de ifade edilmiş; fakat şartların ne olduğuna ilişkin açıklama yapılmamıştır⁷³. Her ne kadar işçi lehine bir yorumlama yapıldığında bağlı şirketin yanı sıra ana şirketin de işveren olarak kabul edilmesi yerinde gibi görünse de kural olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektiren haller, şirketler arasında organik bağın bulunduğu haller ve birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu haller haricinde ana şirket ve bağlı şirketin tek/birlikte işveren sayılması yerinde değildir. Nitekim Yargıtay'ın da; "... Holding A.O.lar ile Doğan Medya Center'da yani davacı işçilerin çalıştığı işyerinde faaliyet gösteren şirketler arasında menfaat ilişkisi olduğu gerekçesiyle Holding A.O.ların asıl işveren oldukları kabul edilmiş ise de bu sonuca nasıl ve ne şekilde varıldığı somut olarak ortaya konulmamıştır. Davacı taraf dava dışı Yemin Yapının davalılara hizmet vermek amacıyla kurulduğunu, davalılar ve grubundan başkaca gerçek ve tüzel kişiye hizmet vermediğini iddia etmiştir. Davacının bu iddiaları üzerinde durulmalı, Holding anonim ortaklıklar ile holdinge bağlı olduğu ileri sürülen ve davacı işçilerin doğrudan hizmet verdiği şirketler arasındaki ilişki, holdinglerin şirketler üzerindeki etkisinin ne şekilde olduğu tespit edilmelidir. Mahkemece yukarıda anlatılan araştırmalar yapılmadan, Holdinglerin hukuki sorumlulukları "tüzel kişilik perdesinin kaldırılması" ve "organik bağ" kavramları ışığında ele alınmadan eksik inceleme sonucu verilen karar bozmayı gerektirmiştir..."⁷⁴ şeklinde 2008 tarihli bir kararı bulunmaktadır.

⁷² ENGİN, İşveren, s.203; ENGİN, Sempozyum, s.131.

⁷³ TUNCAY, Karar İncelemesi, s.24.

⁷⁴ YARGITAY, 9. H.D., E.2008/12825, K.2008/18885, T.04.07.2008, , Çalışma ve Toplum Disk/Birleşik Metal İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Y.2009/1, S.20, s.365-369.

II. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi

1. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Kavramı

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 47 ve devamı maddelerinde tüzel kişilere⁷⁵ ilişkin hususlar yer almakta ve tüzel kişilerin yaradılış gereği insana özgü olan cins, yaş ve hısımlık dışındaki tüm hak ve borçlara ehil oldukları; kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyeti kazandıkları düzenlenmektedir.

Tüzel kişiliğin yaygınlaşması ve sorumluluktan kurtulmak için araç olarak kullanılabilme ihtimali "perdeyi kaldırma teorisi" olarak adlandırılan ilkenin gelişmesine ortam hazırlamıştır. Tüzel kişiliğin, tüzel kişilerin ayrılığı ilkesini kötüye kullanarak sorumluluktan kaçmaya çalıştığı hallerde perdeyi kaldırma teorisi devreye sokularak tüzel kişilik yokmuş gibi kabul edilmekte; böylelikle kişilerin sorumluluktan kurtulmak adına kullandıkları ayrı tüzel kişilik iddiası çürütülmüş olmaktadır⁷⁶. Bu doğrultuda; tüzel kişiliğin perdesi kaldırılarak tüzel kişiliğin

⁷⁵ Tüzel kişiler ile ilgili tanım ve açıklamalar için bkz; ÖZSUNAY, Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul, 1982, s.3 vd.; AKİPEK, G. Jale/ AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul, 2002, s. 507 vd.

⁷⁶ Perdeyi Kaldırma Teorisi ile ilgili açıklamalar için bkz; TEKİNALP, Gülören/TEKİNALP, Ünal, Perdeyi Kaldırma Teorisi, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, 1995, s.387 vd.; AYDINLI, Üst Kuruluş, s.3vd.; AYDINLI, İşyeri ve İşletme, s.150-160; YANLI, Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklarına Karşı Sorumlu Tutulması, İstanbul, 2000, s.13 vd.;ŞANLI, Cemal, Konişmentonun Devri Alacağın Temliki ve "Perdeyi Kaldırma Teorisi" Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.22, S.2, 2002, s.786 vd.; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.97-99; SEVEN, Vural/GÖKSOY, Y. Can, Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi), İstanbul Barosu Dergisi, C.80, S.6, 2006, s.2455 vd.; BİRBEN, Erhan, Müvekkil Tacir ile Acentenin İşçileri Arasında Bir İş İlişkisi Mevcut Mudur?, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1, 2007, (İş İlişkisi), s.57; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Ankara, 2004, (İş Hukuku), s.131 vd.; ANTALYA, Gökhan, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" 2 Şubat 2008, s.143 vd.; SAĞLAM, İpek, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" 2 Şubat 2008, s.153 vd.; YILDIRIM, Kamil, Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Koruma Sağlayan Enstrümanlar (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" 2 Şubat 2008, s.183 vd.; ÖZTEK, Selçuk/MEMİŞ, Tekin, Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" 2 Şubat

ardındaki gerçek kişilere ulaşılmakta ve tüzel kişilik tüzel kişiliği oluşturan kişiler, üyeler ve yöneticilerden ayrı bir hukuk sujesi olarak değil; tek hukuk sujesi olarak değerlendirilmektedir⁷⁷. Tüzel kişiler bakımından kişi ve mal ayrılığı ilkelerinin somut olay bakımından dikkate alınmaması ile birlikte tüzel kişiliğin perdesi de kaldırılmış olmaktadır.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin hem tüzel kişiliğin borçlarından dolayı ortaklara hem de ortakların borçlarından dolayı tüzel kişiliğe yönelebilmeye imkanı sunduğu için çift taraflı bir etkiye haiz olduğu doktrinde belirtilmektedir⁷⁸.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılacağı haller bakımından durumu somutlaştırmak gerekirse; tüzel kişiliği oluşturan gerçek kişilerin tüzel kişilik arkasına saklanarak sözleşmeden doğan yükümlülükleri ihlal ettiği, 3. kişilere zarar verme amacı güttüğü ve kanuna karşı hile yaptığı hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekliliği bulunduğu ifade edilebilir⁷⁹. Tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin kötüye kullanıldığı ya da bir hukuk kuralının uygulanmasını engelleme amacı ile kullanıldığı durumlarda da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir⁸⁰.

Doktrinde kanunun emredici hükümlerinin tüzel kişiliğin ardındaki gerçek kişiler tarafından dolanılması ve bu yükümlülüklerden kaçınmak amacı ile tüzel kişiliğin kullanılması halinde Medeni Kanunun 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen "hakkın kötüye kullanılması" hali söz konusu olmasına ve bu doğrultuda tüzel kişiliğin kaldırılması için yeterli olmasına rağmen bu hal bakımından hakkın kötüye

2008, s.195 vd.; YILMAZ, Lerzan, Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" 2 Şubat 2008, s.239 vd.; YÜKSEL, Kemalettin, Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması Lighting the Corporate Veil (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" 2 Şubat 2008, s.261 vd.; ULUSOY, Erol, Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" 2 Şubat 2008, s.351 vd.; YAVAŞ, Murat, İcra ve İflas Hukukunda Tüzel Kişiliğin Perdesinin Kaldırılması Teorisi, Terazi Hukuk Dergisi, S.24, Ağustos 2008, s.17 vd; SÜZEK, İşveren, s.22-23.

⁷⁷ SAĞLAM, s.154.

⁷⁸ YANLI, s.1; ÖZTEK/MEMİŞ, s.196.

⁷⁹ SAĞLAM, s.155.

⁸⁰ YANLI, s.252.

kullanılmasının ötesinde kanuna karşı hilenin de söz konusu olduğu görüşü ileri sürülmektedir⁸¹.

Tüzel kişiliğin kaldırılması teorisi ve tüzel kişiliğin organlarının kusur sorumlulukları bakımından değerlendirme yapmak gerekirse; Türk Medeni Kanunu'nun 50. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar" ifadesi dikkati çekmektedir. Doktrinde bu düzenleme ile kanun koyucunun tüzel kişilerin ayrılığın ilkesine bir istisna getirdiği; tüzel kişinin organlarını oluşturan üyelerin kusuru söz konusu olduğunda tüzel kişilik yanında organ üyelerinin de müteselsilen sorumlu kabul edileceği; hatta bu düzenlemenin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine ilişkin ilk pozitif düzenleme olduğu ifade edilmektedir⁸². Yasal düzenleme "kusur"dan bahsetmekle birlikte kusur kavramının nasıl anlaşılması gerektiği bakımından yorum yapmak gerekebilir. Bu doğrultuda kusur kavramı yalnız haksız fiil olarak değil borca aykırılık gibi unsurları da kapsayacak şekilde anlaşılmalı; kusurun varlığı halinde Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması müesseselerine başvurulmadan sorumluluk yoluna gitmek mümkün olmalıdır⁸³.

Türk Medeni Kanunu'nun 50. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenleme tüzel kişilik perdesi teorisi uygulanmaksızın tüzel kişi ardındaki kişilerin sorumluluğu yoluna gidebilmeyi olanaklı kılmıştır. Yasal düzenlemede "*Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar.*" ifadesi yer almakta üyelere ilişkin olarak bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde; üyelerin tüzel kişiliğin ayrı ve bağımsız bir kişiliğe sahip olmasının ardına saklanarak şahsi sorumluluktan kaçınmaya çalışması halini kanun koyucunun düzenleme yaparken atladığı ve bu nedenle düzenlemede sadece "organlar" dan bahsettiği ve fakat üyelerin kötü niyetli bir davranış içerisine girerek sorumluktan kurtulmaya çalışması durumunda hakkın kötüye kullanılması yasağından hareketle hakim somut olayla sınırlı kalacak şekilde üyelerin sorumluluğu yoluna gidebileceği görüşü de ifade edilmektedir⁸⁴. Tekinalp ise; sorunun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin

⁸¹ SAĞLAM, s.155.

⁸² ANTALYA, s.147.

⁸³ ANTALYA, s.147-148.

⁸⁴ SEROZAN, Rona, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1997, s.90 vd.; YILMAZ, Lerzan, s.245-246.

sadece sorumluluk alanında ve tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığı hallerde değil; kişiler arasında özdeşlik şeklinde de görülebileceği ve böylelikle özdeşlik ilkesinin uygulama alanı bulacağını ifade etmiştir⁸⁵.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin ismen zikredilmediği dönemlerde vergi hukukuna ilişkin davalarda teorisinin uygulandığı görülmektedir. Danıştay bir kararında⁸⁶; "...Esasen vergi kanunları hadiseleri mücerret hukuki durum olarak değil, fiili durum olarak mütalaa eder... Hadisede, davacının ortağı bulunduğu ... Limited Şirketi, beşi aynı ve diğer ikisi bir soyadını taşıyan ortaklardan kurulmuş olup, bu durumdan bilistifade ortakların şahsi menfaatlerini korumak hususunda her kararı istedikleri şekilde almaları mümkün bulunmaktadır..." ifadesi ile fiili durumun değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmiş; doktrinde bu karar tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığı şeklinde yorumlanmıştır⁸⁷.

Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin zikredildiğine rastlanmaktadır. Bu doğrultuda; "batı hukuk uygulamalarında yerini bulduğu üzere (Almanca druglift, İngilizce the lift of weil) perdenin kaldırılması yöntemiyle gizlenen amaç ve eylem çıkartılıp sergilenerek sorumluluk belirlenmelidir⁸⁸", "... davalı Örsa Tekstil A.Ş. ve Örsa Holding A.Ş'nin daha önce iflas ettiği, makinanın davacı tarafından Ahmet Aydın'ın ortak olduğu infex firmasına sattığı, satış konusu makinanın falez iplik A.Ş.'ne teslim edildiği, makinayı teslim alan Falez İplik A.Ş.'nin satış bedellerinden sorumlu olduğu Depo emrinde gösterilen meblağın bu davalı tarafından ödenmediği, diğer davalılar yönünden tüzel kişilik perdesinin aralanması talebinin yerinde olmadığı gerekçesiyle falez iplik A.Ş.'nin iflasına, Örsa Tekstil A.Ş. ve Örsa Holding A.Ş. daha önce iflas ettiğinden iflas talebi yönünden karar verilmesine yer olmadığına..."⁸⁹", "Dava dışı Atlasbank Off Shore Ltd.Şti. ile davacı ve davalı Kentbank A.Ş. aynı gruba (Süzer Holding A.Ş.) dahil şirketlerdir. Dava konusu kredi, Kentbank A.Ş.'nin kaynaklarından kullanıldığı halde kredi sözleşmesinde dava dışı Atlasbank Off Shore Ltd. Şti. kredi alacaklısı gibi gösterilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden

⁸⁵ TEKİNALP/TEKİNALP, s.388.

⁸⁶ DANIŞTAY 4. D, E.1961/4471, K.1962/644, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.98.

⁸⁷ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.98, ÖZTEK/MEMİŞ, s.201.

⁸⁸ YARGITAY, HGK, E.2004/4-360, K.2004/431, T.22.09.2004, www.kazanci.com, 03.05.2010.

⁸⁹ YARGITAY, 19.H.D., E.2004/9514, K.2005/3750, T.07.04.2005, www.kazanci.com, 03.05.2010.

gerçek alacaklının Kentbank A.Ş. olduğu görülmektedir..⁹⁰ " ifadelerini içeren kararlar örnek gösterilebilir.

Doktrinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin tereddüde yer bırakmadan açıkça uygulandığı kararın; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi⁹¹ tarafından onanan İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce⁹² verilen karar olduğu ifade edilmektedir⁹³. Yerel mahkeme tarafından ".....Hülasa taraflar (faturadaki) satış sözleşmesinin yapıldığı tarihte iki şirketin ortak ve yöneticileri aynı şahıslardır. Faturaların kesilmesi tarihinden bir iki ay sonra Ege Ltd.Şti.'nin hisseleri devredilmiştir. Bu durum her iki şirket arasındaki iktisadi özdeşliği ortadan kaldırmamakla bilahare yapılan hisse devirlerinin borçtan kurtulmaya matuf muvazaalı devirler olduğu izlenimini vermektedir. Dolayısı ile hukuki açıdan farklı tüzel kişilikler olsa da, iktisadi açıdan bir özdeşlik bulunduğu kabul gibi görülmektedir. Teoride ve MK'nun 2. maddesindeki bir hakkın kötüye kullanılmayacağı ilkesi ışığında durum bu şekilde değerlendirilmektedir. Mahkememizce de ikinci ihtimal, yani hukuki açıdan farklı tüzel kişilikler olsa da 'perdeyi kaldırma teorisi' çerçevesinde her iki davalı şirket arasında kardeş şirket ilişkisinden kaynaklanan özdeşlik mevcuttur. Davalı Ege A.Ş.'nin tek savunması ayrı tüzel kişilik olduklarını borcun tamamından diğer davalının sorumlu olduğu yönündedir. Bu savunma MK.'nun 2. maddesi kapsamında hakkın kötüye kullanılmasıdır. Zira yukarıda da açıklandığı gibi davacı yurtdışı firması ile sözü geçen sözleşmeyi akdeden, malı teslim alan, bir konteynırlık akreditifi çıkaran her iki şirketin ortak temsilcisidir. Bu tarihte her iki şirket ortakları, aynı kişilerden müteşekkildir. Farklı tüzel kişilikler olgusu biçimsel olarak ele alınamaz. Taraflar arasındaki uyuşmazlık boyutları ile dürüstlük kuralları çerçevesinde, hakkaniyet ölçüleri içinde dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Davalı Ege A.Ş.'nin ödeme kabiliyeti olmayan, biçimsel olarak farklı tüzel kişilik bulunan, diğer şirkete borçları yüklemeye yönelik çabaları, kabul görmemelidir. Dolayısı ile sonuç olarak tüm borçtan her iki şirket müteselsilen sorumlu olduğu kanaatine varılmıştır...". Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de yerel mahkemenin bu kararını "..... tüzel kişilik

⁹⁰ YARGITAY, 19.H.D., E.2006/1122, K.2006/9002, T.29.09.2006, ÖZTEK/MEMİŞ, s.220.

⁹¹ YARGITAY, 19.H.D., E.2005/8774, K.2006/5232, T.12.05.2006, www.kazanci.com, 03.05.2010.

⁹² İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, E.2002/843, K.2005/64, T.17.02.2005 SEVEN/GÖKSOY, s.2455-2456.

⁹³ Kararın incelemesi için bkz. SEVEN/GÖKSOY, s.2455-2470.

perdesinin kaldırılarak davaluların sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmamasına.." ifadesini kullanarak onamıştır. Bu karar dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından hukuki dayanak olarak faydalanmak suretiyle; Türk mahkemelerince tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanabilmesi için öncü niteliğe haizdir ve taraflarca farklı tüzel kişi olduğuna ilişkin yapılan savunmaların somut olay bakımından hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal ettiği hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması gerekmektedir⁹⁴.

2. Tüzel Kişilerin Ayrılığı İlkesinin Teori Karşısındaki Durumu

Belli bir amacı ya da menfaati gerçekleştirmek üzere örgütlenerek oluşturulan, hak ve borç edinebilen bağımsız kişi ya da mal toplulukları tüzel kişi olarak adlandırılmaktadır. Mal ayrılığı ve kişi ayrılığı ilkeleri tüzel kişileri oluşturan kişiler ve özgülünen mallar bakımından önem arz etmektedir.

Tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesi; tüzel kişiliğin ortaya çıkması için tüzel kişiliği oluşturan kişilerce tüzel kişiliğe özgülünen mallar bakımından göz önünde bulundurulmalıdır. Şöyle ki; tüzel kişiliğin oluşması için gerekli olan mal varlığı hem tüzel kişiliği oluşturan kişilerce amaç ya da menfaat birliği içinde kişiliğe özgülünmüş olmalı hem de ortakların kişisel malvarlıklarından bağımsız olmalıdır⁹⁵.

Üyelerinden, kendisini oluşturan kişilerden ve organlarının yönetimindeki kişilerden bağımsız ve ayrı bir malvarlığına sahip olan tüzel kişilikte; tüzel kişinin kendisine özgülünmüş, bağımsız malvarlığı ile sorumluluğu ve kişilerin, üyelerin ya da yönetim kademesindeki kişilerin değişmesi hallerinde dahi etkilenmeyen bağımsız ve ayrı bir malvarlığının mevcudiyeti söz konusu olmaktadır⁹⁶. Bu doğrultuda tüzel kişilik kendisini oluşturan kişilerden bağımsız bir hak sujesi olarak nitelendirilmektedir⁹⁷.

Neticesinde tüzel kişilik ister kişi ister mal topluluğu şeklinde örgütlenmiş olsun tüzel kişilik kendisini oluşturan kişiler, üyeler ya da yöneticilerden; tüzel

⁹⁴ SEVEN/GÖKSOY, s.2469-2470.

⁹⁵ ANTALYA, s.146.

⁹⁶ ANTALYA, s.146.

⁹⁷ YILDIRIM, s.183.

kişiliğin malvarlığı ise malvarlığını tüzel kişilere özgüleyen kişilerin, üyelerin ya da yöneticilerin kişisel malvarlıklarından ayrı ve bağımsızdır.

Tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıdığı ve hakkaniyet duygusunu zedelediği durumlarda tüzel kişilerin ayrılığı noktasında ısrar edilmemeli ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi uygulama alanı bulmalıdır⁹⁸. Bu doğrultuda, paravan niteliğine haiz tüzel kişiliğin "tüzel kişiliğin ayrılığı" yönündeki savunması dikkate alınmayacak ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması söz konusu olacaktır⁹⁹.

Tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesi temel kural olmakla birlikte; gerek duyulan durumlarda istisnai olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesine başvurularak tüzel kişilerin özdeşliği yoluna gidilerek somut olay bakımından iki ayrı tüzel kişiliğin de tek bir tüzel kişilik olarak kabul edilebilmesi mümkündür¹⁰⁰. Tüzel kişi ve tüzel kişiyi oluşturan kişilerin, üyelerin ya da tüzel kişinin organlarındaki yöneticilerin özdeş kılınması halinde ve sözleşme, kanun hükümlerinin özdeş kılınması hallerinde tüzel kişiliğin perdesi kaldırılmış olmaktadır¹⁰¹.

Gerek gerçek gerekse tüzel kişiler toplumsal hayatın gereklilikleri neticesinde irade beyanlarında bulunmaktadır. bu irade beyanlarının tüzel kişi ve tüzel kişiyi oluşturan kişiler, üyeler ya da organlar bakımından karşılıklı olarak bağlayıcı olup olmayacağı da bu doğrultuda önem taşımaktadır.

Sözleşmenin uygulanmasında özdeş kılma hali ise, işletme devri sonrasında belli bir süre rekabet etmeme borcu altına giren kişinin yalnız kendisinin değil ortağı olduğu şirketin de rekabet etmeme borçlusu olduğu örneğinde olduğu gibi; sadece sözleşmeyi yapan kişinin değil kendisiyle ekonomik olarak özdeş konumda olan kişinin de dikkate alınmasını gerektirmektedir¹⁰². Böylelikle herhangi bir borca aykırılık halinde kişilerin farklılığı; borca aykırılığın üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirildiği iddia edilemeyecektir.

Kanun hükümlerinin uygulanması bakımından özdeş kılma hali ise; kanun hükümlerinin sağladığı imkanlardan faydalanmak için tüzel kişi- gerçek kişi

⁹⁸ ULUSOY, s.353.

⁹⁹ NOMER, s.786.

¹⁰⁰ AYDINLI, İşyeri ve İşletme, s.151; YANLI, s.21; SAĞLAM, s.154.

¹⁰¹ ANTALYA, s.151 vd.

¹⁰² ANTALYA, s.152; AYDINLI, Üst Kuruluş, s.11.

ayrımının ileri sürüldüğü hallerde ve tüzel kişi-gerçek kişi ayrımının ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması ya da kanunu dolanma aracı olarak kullanılması hallerinde söz konusu olabilmektedir¹⁰³.

3. Türk Hukuku Bakımından Teorinin Uygulanabilirliği Sorunu

a. Dürüstlük Kuralı

Dürüstlük kuralı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde *"Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz"* şeklinde düzenlenmiş ve hakkın açıkça kötüye kullanılması hallerinin mevcut hukuk düzenince korunmayacağı ifade edilmiştir.

Dürüstlük kuralına ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi düzenlemesi temel kural olmakla birlikte doktrinde dürüstlük kuralının kural değil, hakkın kötüye kullanımının istisna olduğu¹⁰⁴; kanuna karşı hile, hakkın kötüye kullanılması, tarafta muvazaa ve namı müstear dolaylı temsil gibi hukuk kurumları ile sonuca ulaşılabilen hallerde dürüstlük kuralına başvurmayaya ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasına ihtiyaç olmaksızın sonuca ulaşılabileceği de ileri sürülmüştür¹⁰⁵. Kefalet, borca katılma, kredi alma, garanti sözleşmesi, muvazaa, kanuna karşı hile, sözleşmesinin hazırlanması ve yapılması sürecinde kusurlu olma, culpa in contrahendo¹⁰⁶ veya haksız fiil gibi özel bir hukuki sebebe dayalı olarak tüzel kişilik ardındaki üye, ortak ya da yöneticilerin sorumluluğu yoluna gidilebilen hallerde ise; kanun koyucunun iradesi ile perde aralanmakta ve ayrıca tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması yoluna gidilmesine gerek kalmamaktadır¹⁰⁷.

¹⁰³ ANTALYA, s.152.

¹⁰⁴ ANTALYA, s.148.

¹⁰⁵ ANTALYA, s.148-149.

¹⁰⁶ "Akit öncesi kusur; taraflardan birinin, sözleşmenin hazırlık aşamasında veya görüşülmesi sırasında, karşı tarafa yanlış bilgi vermek, bazı konuları açıklamamak gibi hareketlerle sözleşmeyi ihlal etmesi." YILMAZ, Ejder, Sözlük, s.131; Bu konuda bilgi için bkz. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2003, s.1083-1095; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2005, s.56-60; ÖZTEK/MEMİŞ, s.214-216.

¹⁰⁷ ULUSOY, s.355.

b. Hakkın Kötüye Kullanılması Kavramı

Dürüstlük kuralına ilişkin düzenleme içeren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında " *Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*" düzenlemesi yer almaktadır.

Hakkın kötüye kullanılmasının hukuki temellerine ilişkin doktrinde Serick tarafından ifade edilmiş olan teori¹⁰⁸ incelendiğinde; hakkın kötüye kullanılmasının hukuki temellerinin öncelikle "hakkın kötüye kullanılması teorisi" ve uygulanacak normun amacına göre her olay bakımından ayrı bir değerlendirme yapmayı gerektiren "normun amacı teorisi" olarak ikiye ayrıldığı; hakkın kötüye kullanılması teorisinin de kendi içerisinde "objektif teori" ve "subjektif teori" olarak ayrıldığı görülmektedir. Hakkın kötüye kullanılmasının şartları yanında kasıt unsurunu da arayan subjektif teori, kusurun, kötüye kullanma niyetinin ispatında yaşanabilecek problemler bakımından doktrinde eleştiriye maruz kaldığı ifade edilmektedir¹⁰⁹. Subjektif teori ise; "tüzel kişiliğin hukuki yapısının kötüye kullanılması" ve "bazı hukuk kurallarının uygulanmasının sağlanması" şeklinde katagorize edilmiş; tüzel kişiliğin hukuki yapısının kötüye kullanılmasının da "kanunu dolanma", "sözleşmeye aykırılık" ve "3.kişileri zarara uğratma" şeklinde gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir.

Hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin düzenlemenin uygulanabilirliği açısından değerlendirme yapıldığında hukuka aykırılık kastı yani subjektif unsur aranmamakta¹¹⁰; zira dürüstlük kuralına ilişkin düzenleme "açıkça hakkın kötüye kullanılması" hallerini hukuk düzenin korumayacağını ifade ederek kast unsuru aranmamaktadır¹¹¹. Bu doğrultuda tüzel kişiliğin arkasındaki kişilerin, üyelerin ve yöneticilerinin kanun koyucu tarafından sorumlu tutulduğu haller haricinde yani perdeyi kaldırma teorisinin uygulama alanları içinde yer alan durumlarda; Medeni Kanun'un 2. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiş olan dürüstlük kuralı ve ikinci fıkrasında düzenlenmiş bulunan hakkın kötüye kullanılması kuralları bakımından

¹⁰⁸ SERICK, Rechtsform und Realitaet juristischer Personen, Berlin-Tübingen, 1955 ve Durchgriffprobleme bei Vertragstörungen unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhaeltnissen, Karlsruhe, 1959'dan Aktaran ANTALYA, s.149 vd., dpn 9; SERICK, Durchgriffprobleme bei Vertragstörungen unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhaeltnissen, Karlsruhe, 1959'dan Aktaran YILMAZ, Lerman, s.241-242, dpn. 31.

¹⁰⁹ ANTALYA, s.150; Eleştiriler için bkz. YILMAZ, Lerman, s.243-244.

¹¹⁰ REINHARD, Festschrift für H Lehmann II, 1956, s.576'dan Aktaran ANTALYA, s.150, dpn.13; KUHN, Festschrift für R Fischer, 1979, s.351'dan Aktaran ANTALYA, s.150, dpn.13.

¹¹¹ ANTALYA, s.150-151.

ortaya çıkmış bir aykırılık halinin kişilerin sorumluluğuna gidebilmek için (tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanabilmesi için) yeterli görüleceği ve ayrıca kast unsurunun aranmayacağı ifade edilmektedir¹¹².

Bir şirket topluluğunda görünüşte yönetim hakkını elinde bulunduran bağlı şirketin; hukuken ana şirketten bağımsız ve ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğunu ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda, tüzel kişilik perdesi kaldırılmalı ve ana şirketin işçilik haklarından sorumlu tutulmalıdır¹¹³.

Tüzel kişiliğin malvarlığı ile tüzel kişiliği oluşturan kişilerin şahsi malvarlıklarının birbirine karışması, sermaye yetersizliği ya da tüzel kişiliğin menfaatine aykırı olarak tüzel kişilik içerisindeki hakim kişi veya grubun iradesine üstünlük tanınması tüzel kişiler bünyesinde ortaya çıkabilir. Malvarlıklarının birbirine karışması, yetersiz sermaye ve yabancı yönetim hallerinde hakkın kötüye kullanılması ihtimali yüksek olduğundan; şartların varlığı halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi uygulama alanı bulacaktır¹¹⁴.

aa. Malvarlıklarının Birbirine Karışması

Ortakların sınırlı sorumluluğu doğrultusunda ortaklık ve ortakların malvarlıkları ayrı tutulmaya çalışılsa da tüzel kişilik ile tüzel kişilik ortaklarının malvarlıklarının birbirine karıştığı hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi uygulama alanı bulmaktadır¹¹⁵. Doktrinde malvarlıklarının birbirine karışmasının yanı sıra tüzel kişinin organizasyonlarının birbirine karışması hali de ortaklar arasındaki organizasyon durumunun özenli şekilde birbirinden ayrılmamış olmasından hareketle; ayırım ilkesinin kötüye kullanılması olarak kabul edilmekte ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir¹¹⁶.

Her ne kadar malvarlıklarının birbirine karışması karşılıklı olarak, hem tüzel kişiliğe sahip ortaklık hem de ortakların malvarlıkları açısından söz konusu

¹¹² SAĞLAM, s.157.

¹¹³ SÜZEK, İşveren, s.23.

¹¹⁴ TEKİNALP/TEKİNALP, s.396; SAĞLAM, s.157.

¹¹⁵ Malvarlıklarının karışması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s.396; YANLI, s.237 vd.; SAĞLAM, s.157 vd.

¹¹⁶ ÖZTEK/MEMİŞ, s.205.

olabilecekse de; tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanabilirliği açısından ortaklığın yani tüzel kişiliğin malvarlığı içerisinde yer alan münferit malların ortaklar tarafından kullanımı durumu önem arz etmektedir. Tüzel kişiliğe ait bir malın ortaklardan biri tarafından kullanılması halinde; ortağın mal ayrılığı ilkesine aykırı davrandığının kabulü gerekir ve bu doğrultuda tüzel kişilik alacaklılarına karşı mal ayrılığı ilkesini ileri süremez, ortak gerçek ya da tüzel kişi olması önem arz etmeksizin kendi şahsi malvarlığı ile de sorumlu olur¹¹⁷. Malvarlıklarının birbirine karışması neticesinde ortaklık ile bir başka ortaklığın ya da ortaklık ile ortakların alanlarının ayrılamadığı durumlarda; yani aynı kişi ya da aynı işletme görüntüsünün söz konusu olduğu hallerde, ortaklık alacaklılarına karşı diğer ortaklık ya da ortakların ayrı hukuk sujeleri olduğuna yönelik itirazları yerinde görülmeyerek tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi uygulama alanı bulacaktır¹¹⁸.

Yargıtay ortaklık ile ortağın malvarlıklarının birbirine karışması durumuna ilişkin olarak örnek gösterilebilecek bir kararında¹¹⁹; Ticaret sicilinde şahsi kaydı yoksa da onbir anonim şirketin ortağı ve yöneticisi olan Müsiad adlı kuruluşa sanayici olarak bildirimde bulunan, İstanbul Ticaret Odasında yöneticilik yapan davalının tacir olduğunun kabul ederek, kredi sözleşmesinden doğan kefalet borcu nedeniyle iflasına karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığını ifade etmiş ve bu doğrultuda "*...Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle davalının ticaret sicilinde şahsi kaydı yoksa da R... Kağıt A.Ş., P... A.Ş., P... A.Ş., B... A.Ş., F... A.Ş., L... Gıda A.Ş., A... Kimya A.Ş.,... Kimya A.Ş., B... Otomotiv A.Ş., O... Otomotiv A.Ş., B... Otomotiv A.Ş.'nin ortağı ve yöneticisi olan MUSİAD adlı kuruluşa sanayici olarak bildirimde bulunan İstanbul Ticaret Odasında yöneticilik yapan davalının tacir olduğunun kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...*" karar vermiştir.

¹¹⁷ SAĞLAM, s. 158.

¹¹⁸ YANLI, s.249.

¹¹⁹ YARGITAY, 19. H.D., E.2000/5828, K.2000/7383, T.02.11.2000, www.kazanci.com, 01.05.2010; Bu kararda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulandığı yönünde bkz. SAĞLAM, s.158; Teorinin uygulandığı sonucunun karardan net bir şekilde anlaşılacağı yönünde bkz. SEVEN/GÖKSOY, s.2459; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.98-99.

bb. Yetersiz Sermaye

Sermayenin tüzel kişiliğe sahip ortaklık bakımından ne zaman yeterli kabul edileceğine ilişkin olarak doktrinde sermayenin somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerektiği¹²⁰ ve ortaklığın sermayesinin ortaklığın faaliyeti ve ihtimal dahilindeki riskler ile karşılaştırıldığında yeterli olması gerektiği¹²¹ ifade edilmektedir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlerin sermaye miktarına ilişkin 24/06/1995 tarihli kanun hükmünde kararnamenin 559. maddesinin dördüncü fıkrası ile değişik 272. maddesine göre "*Özel kanunlarda aksine hüküm olmadıkça esas sermaye miktarı ellimilyar Türk lirasından aşağı olamaz. Bu miktar, Bakanlar Kurulunca on katına kadar artırılabilir*". Anonim şirketlerin sermaye miktarına ilişkin mevzuatımızda düzenleme olmakla birlikte; belirtilen sermaye miktarının kurulan anonim şirketin yeterli olup olmadığı somut faaliyet alanı bakımından değerlendirilmelidir. Faaliyet konusunun somut olayın özelliklerine göre gerekli kıldığı miktarın altında sermayesi olan ortaklıklar bakımından ortakların; sınırlı sorumluluk ilkesini öne sürerek ortaklık alacaklılarına karşı sorumluluktan kurtulabilmesi mümkün olmamaktadır¹²².

cc. Yabancı Yönetim

Yabancı yönetim kavramı doktrinde tüzel kişilik ile tüzel kişilik içerisindeki hakim kişinin ya da grubun menfaatlerinin çatıştığı hallerde yabancı menfaatin tüzel kişiliğin menfaatinden üstün tutulması şeklinde açıklanmaktadır¹²³. Tüzel kişilik içindeki kişi ya da grupların tüzel kişilik menfaatine aykırı şekilde, şahsi çıkarları doğrultusunda tüzel kişiliği yönlendirdiği durumlarda tüzel kişilik üzerinde bir hakimiyet kurulmuş olduğu ifade edilebilir ve somut durum değerlendirilerek gerekli görülen hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması yoluna

¹²⁰ SCHMIDT Karsten, Gesellschaftsrecht, 2, völlig neu bearbeitet und erweiterte Auflage, Könn-Berlin-Bonn-München, 1991, s.186 vd.'dan Aktaran TEKİNALP/TEKİNALP, s.396, d.pn.24.

¹²¹ BUTLER, N.M., "Should Shareholders Be Personally Liable For The Torts Of Their Corporations?", 76 Yale Law Journal, Vol. 1190, 1967, s.1195'dan Aktaran SAĞLAM, s.160, d.pn.29.

¹²² TEKİNALP/TEKİNALP, s.396; SAĞLAM, 159-160; Yetersiz Sermaye ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YANLI, s.86-119.

¹²³ TEKİNALP/TEKİNALP, s.396-397.

gidilebilir¹²⁴. Bu durumda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi uygulanması söz konusu olacak; tüzel kişilik perdesi ardında faaliyetini sürdüren hakim kişi ya da grubun sorumluluğu yoluna gitmek mümkün olabilecektir.

Anonim şirketlerde payların büyük çoğunluğunu elinde bulunduran ve bu doğrultuda tüzel kişiliğin hakimi konumunda olan kişiler bakımından ise; cüzi başkaca pay sahipleri olsa bile; payların çoğunluğunun bir kişide olması neticesinde yönetsel olarak tek kişi ortaklığı bulunduğu hareketle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasına gerek olmadığı görüşü belirtilmektedir¹²⁵. Tek ortağın payların çoğunluğunu elinde bulundurduğu, diğer ortakların ise çok cüzi paylara sahip olduğu durumda tek kişi ortaklığın varlığını kabul etmenin haklı olup olmadığına karar verilirken somut olayın özellikleri de dikkate alınmalıdır¹²⁶.

4. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisinin Uygulanış Biçimleri

a. Düz Perdeyi Kaldırarak Sorumlu Tutma

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin farklı şekillerde uygulanarak kişilerin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi mümkündür¹²⁷. Düz perdeyi kaldırarak sorumlu tutma halinde; tüzel kişilik perdesi kaldırılarak tüzel kişiliğin ardındaki kişinin (tüzel kişinin ardındaki gerçek ya da tüzel kişinin, şirket toplulukları bakımından ise bağlı şirketin eylemleri bakımından ardındaki ana şirketin) sorumlu tutulması söz konusu olmaktadır¹²⁸. Tüzel kişinin ardındaki gerçek ya da tüzel kişinin düz perdeyi kaldırarak sorumlu tutulması halindeki sorumluluk tüzel kişiliğin ardındaki kişinin alacaklı üçüncü kişi ile olan herhangi bir hukuki işleme değil; üyelik ilişkisine dayanmaktadır¹²⁹.

Düz perdeyi kaldırarak sorumlu tutma hali özellikle yapmama borçları yüklenilmesi bakımından önem taşımaktadır. Doktrinde bir yapmama borcu olan

¹²⁴ SAĞLAM, s.158-159.

¹²⁵ SAĞLAM, s.159; Tek kişi ortaklığına ilişkin olarak bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s.397-398.

¹²⁶ TEKİNALP/TEKİNALP, s.398.

¹²⁷ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanış biçimlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s.398-399; YANLI, s. 37-47.

¹²⁸ TEKİNALP/TEKİNALP, s.398.

¹²⁹ WIEDEMANN, Herbert, Gesellschaftsrecht, Ein Lehrbuch des Unternehmens und Verbandsrechts, Band I, Grundlagen, München, 1980, s. 21'den Aktaran YANLI, s.37, dpn.161.

rekabet etmeme borcu örnek gösterilerek; ana şirketin bir sözleşme ile rekabet etmeme borcu altına girdiği bir durumda kendi şirket grubu içinde yer alan başka bir bağlı şirket aracılığıyla rekabet etmeme borcunu ihlal etmesi halinde düz perdeyi kaldırarak ana şirketin sorumlu tutma yoluna gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹³⁰.

b. Ters Perdeyi Kaldırarak Sorumlu Tutma

Ters perdeyi kaldırarak sorumlu tutma halinde ise; tüzel kişiliğin ardındaki gerçek veya tüzel kişinin borç ve yükümlülükleri için tüzel kişilik ya da ana şirketin borç ve yükümlülükleri için pay sahibi ya da ana şirketin hakimiyet alanında olan bağlı şirket somut durumun özelliğine göre sorumlu tutulmaktadır¹³¹.

c. Çapraz Perdeyi Kaldırarak Sorumlu Tutma

Çapraz perdeyi kaldırarak sorumlu tutma halinde ise; düz ve ters perdeyi kaldırma hallerinde olduğu gibi tüzel kişilik ve ardındaki kişiler ya da ana şirket ve aynı şirket topluluğunda yer alan bağlı şirket arasındaki perdeyi kaldırma ilişkisinin yanı sıra aynı konzerne ya da şirket topluluğu içinde yer alan bağlı şirketler arasında yani kardeş ortaklıklar arasında bir değerlendirme yapılmakta ve tüzel kişilik perdesi çapraz olarak kaldırılmaktadır¹³².

d. Borçlunun Perdeyi Kaldırma Teorisinin Uygulanmasını Talep Etmesi

Perdenin kaldırılması teorisinin uygulanış biçimlerinden birisi de borçlunun perdenin kaldırılması teorisinin uygulanmasını talep etmesi halidir. Borçlunun perdenin kaldırılması teorisinin uygulanmasını talep ettiği durumlarda; borç ya da yükümlülük altına girmiş olan borçlu perdenin arkasında kalabileceken; tercihini perdenin kaldırılmasını yönünde kullanmaktadır¹³³.

¹³⁰ TEKİNALP/TEKİNALP, s.398.

¹³¹ TEKİNALP/TEKİNALP, s.398-399; YANLI, s.38; YÜKSEL; s.268; ULUSOY, s.356.

¹³² TEKİNALP/TEKİNALP, s.399; YANLI, s.40.

¹³³ TEKİNALP/TEKİNALP, s.399.

5. Şirket Toplulukları Bakımından Perdeyi Kaldırma Teorisinin Uygulanabilirliği

Bir borç ya da yükümlülük altına girmiş bağlı şirketin mevcudiyeti halinde asıl olan bu bağlı şirketin kendi borcundan sorumluluğu olmasına rağmen; tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektirecek durumlarda aynı şirket topluluğu içerisindeki başka bir bağlı şirketin ya da ana şirketin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi mümkündür. Teorinin uygulanması; şirket topluluğu içindeki şirketlerin malvarlıklarının-organizasyon alanlarının birbirine karışması, bağlı şirketlerin amacını gerçekleştirmeye yetemeyecek kadar az sermaye ile kurulması, bağlı şirketlerin yönetsel olarak payların çoğunu elinde bulunduran ana şirketin etkisi altında olması gibi durumlarda söz konusu olabilir.

Şirket topluluklarındaki işveren kavramı değerlendirilirken tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulandığı haller gerçek işverenin kim olduğuna ışık tutacak ve işverenin belirlenmesinde rol oynayacaktır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektiren şartların ya da organik bağın varlığı halinde; işvereni sadece işçiyi işe alan şirket olarak nitelendirmenin işçilik haklarına zarar vereceği göz önünde bulundurulduğunda, şirket topluluğu içindeki her bir şirketin; şirket topluluğunun ekonomik ve sosyal bütünlüğü göz ardı edilerek; şirketlerin ayrı tüzel kişiliğe haiz olmasından hareketle farklı işverenlerin söz konusu olduğuna yönelik iddialar İş Hukukunun gereklerine uygun düşmeyecektir¹³⁴.

Yargıtay da şirket topluluklarına ilişkin düzenlemelerin öncelikle kanunla yapılması gerektiğine işaret ederek; şirket topluluklarının hukuki sorumluluklarının belirlenebilmesi açısından "tüzel kişilik perdesinin kaldırılması" ve "organik bağ" kavramlarının önem taşıdığı görüşündedir. Anılan kararda; *"...Holdinglelerin hukuki sorumluluğu özellikle "tüzel kişilik perdesinin kaldırılması" ve "organik bağ" kavramları ışığında ele alınmalıdır, ideal olan sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin yasalarda yer alması ya da ortak topluluğuna yönelik sözleşmelerde ayrıntılı açıklamalara yer verilmesidir. Tüzel kişiliğin olması İş Kanunu ikinci maddesi bağlamında işveren olarak kabulü için zorunlu değildir. Kurum olması yeterlidir. Tüzel kişilik, oluşturulacak kişiliğin kendine özgü amaç birliği içinde ve bağımsız bir*

¹³⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, s.131.

varlık olarak ortaya konabilir. Tüzel kişiliğin malları, onu kuran gerçek kişilerden ayrılır, işte tüzel kişilik perdesinin ortadan kaldırılması ile gerçek kişilerin sorumluluğuna gidilebilir.(Antalya, Gökhan; Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, Tebliğ Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (MUHF), İstanbul 2008, sh 146) İkinci şekli ise, "Çapraz Perdeyi Kaldırma"dır. Aynı şirketler topluluğu içinde yer alan kardeş şirketler arasında perdenin kaldırılmasıdır.(Öztek, Selçuk/Memiş, Tekin; Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması(Tebliğ) MUHF, İstanbul 2008, sh 208) Tüzel kişiliğin özellikle sorumluluk konusunda bir koruma yaptığı gerçektir. Tüzel kişi ile ortakların alanlarının organizasyon ve malvarlıklarının birbirine karışması, yetersiz sermaye ve özellikle şirket tüzel kişiliğinin bilinçli olarak üçüncü kişileri zarara uğratılması tüzel kişilik perdesinin ortadan kaldırılması nedenlerindedir.(Öztek/Memiş: sh 197 vd) Başka bir anlatımla bu davalar borçlunun alacaklarından mal kaçırmak amacıyla yaptığı tasarrufların hileli, muvazaalı işlemlerin borçlunun alacaklısına karşı hükümsüz hale gelmesi yaptırımını hedefleyen hakim hukuku biçiminde bir son çaredir. (Yıldırım, Kamil; Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Koruma Sağlayan Enstrümanlar, Tebliğ, MUHF, İstanbul 2008, sh 193)...¹³⁵" ifadeleri ile şirket toplulukları bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanabilirliği değerlendirilmiş ve teorisinin uygulanış biçimleri açıklanmıştır.

Malvarlıklarının ve organizasyon alanlarının birbirine karışması hali şirket topluluklarında da ortaya çıkabilmektedir. Aynı şirket grubu içerisindeki aynı alanda ya da farklı alanda faaliyet gösteren bağlı şirketlerin malvarlıklarının ve organizasyon durumlarının yeterli ve özenli bir şekilde birbirinden ayrılamadığı durumlarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması ihtiyacı doğacak ve bu doğrultuda görünürde sorumlu bağlı şirketin ardındaki diğer bağlı şirketin sorumluluğu yoluna gidilebilecektir. Şirket toplulukları bakımından; malvarlığına yönelik transfer ve kullanımların bağlı şirketler arasında sıklıkla söz konusu olduğu ve muhasebe kayıtları bakımından para aktarımlarının kolaylıkla gizlenebilmesinin mümkün olduğu göz önünde bulundurulduğunda, durumun ortaya

¹³⁵ YARGITAY, 9.H.D., E.2008/12825, K.2008/18885, T.04.07.2008, Çalışma ve Toplum Disk/Birleşik Metal İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Y.2009/1, S.20, s.365-369.

konması ve bu doğrultuda bağılı şirketlerin malvarlıklarının tek bir malvarlığı olarak kabul edilmesi güçleşmektedir¹³⁶. Organizasyon alanlarının birbirine karışması hali bakımından ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması bakımından sadece organizasyon alanında birbirine karışmanın yeterli olup olmayacağına şüphe ile yaklaşılmış ve tüzel kişiliğin ardındaki kişilerin "hukuki görünüş sorumluluğu" na göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹³⁷. Bu noktadan hareketle bağılı şirket alacaklılarının da bağılı şirketin şirket topluluğu ile bütün teşkil ettiği ve grup görüntüsü, grup güveni yarattığı belirtilmektedir¹³⁸. Bu doğrultuda ana şirketin sorumluluğuna; tüzel kişilikler arasındaki farklılığın açıkça sergilenmediği durumlarda "güven sorumluluğu" ilkesine dayanarak gitmek mümkün olacaktır¹³⁹.

Şirket topluluklarında malvarlıklarının karışması hali özellikle yapılan işlemlerin ana şirket tarafından mı yoksa bağılı şirketlerden biri tarafından mı yapıldığının tespit edilemediği durumlarda söz konusu olmaktadır¹⁴⁰. Ana şirket ve bağılı şirketlerde birlikte istihdam edilen personel tarafından yapılan işlemler malvarlıklarının birbirine karışmasına ilişkin tespit sürecinde önem taşımaktadır. Birlikte istihdam edilen personel tarafından hangi şirket adına yapıldığı belirtilmeden işlem yapılması, bağımsız defter ve kayıt tutulmaması, bağılı şirketin bağımsızlığı gereği alması gereken kararların ana şirket tarafından alınması gibi haller¹⁴¹ ve muhasebe kayıtlarının muğlaklığı neticesinde sermayeye ilişkin denetimlerin imkansız hale gelmesi halinde¹⁴² tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve sorumluluk yoluna gidilebilmesi söz konusu olmaktadır.

Yetersiz sermaye hali de şirket toplulukları açısından değerlendirilebilir. Şirket topluluğu içinde yer alan bir bağılı şirketin öz kaynakları ile taahhütleri arasında dengesizliğin söz konusu olduğu durumlarda yani kendi öz kaynaklarını aşarak ekonomik olarak altından kalkamayacağı taahhütler altına girdiği hallerde

¹³⁶ ÖZTEK/MEMİŞ, s.206.

¹³⁷ ÖZTEK/MEMİŞ, s.206.

¹³⁸ BOLT, M., La protection des créanciers sociaux contre les conséquences de la domination, Lausanne, 1988, s.128'den Aktaran ÖZTEK/MEMİŞ, s.206, dpn.27.

¹³⁹ SEVEN/GÖKSOY, s.2468.

¹⁴⁰ SEVEN/GÖKSOY, s.2467.

¹⁴¹ HAMILTON, R. W., The Law of Corporations, St. Paul, Minn, 1996, s.111-112'den Aktaran SEVEN/GÖKSOY, s.2468, dpn. 35.

¹⁴² SCHMIDT, K., Gesellschaftsrecht, Köln Berlin Bonn München, 1986, s.185'den Aktaran SEVEN/GÖKSOY, s.2468, dpn.36.

tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulama alanı bulmaktadır¹⁴³. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması şirketin amacıyla bağdaşmayacak kadar az sermaye ile kurulmuş olduğu durumlarda da uygulama alanı bulabilmektedir¹⁴⁴. Bu doğrultuda, amacıyla bağdaşmayacak kadar az sermaye ile kurulmuş bulunan bağlı şirket bakımından da teorisinin uygulanması söz konusu olabilir.

Şirketin paylarının çoğunluğunun elde tutulması, yönetimde hakimiyeti sağlayan paylara sahip olunması gibi şekillerde ortaya çıkabilecek olan ve bir şirket üzerinde başka bir şirket ya da kişinin hakimiyetini ifade eden yabancı yönetim hali; hukuki yönden bağımsız ve fakat ekonomik olarak ana şirkete bağlı şirketler bakımından da söz konusu olabilir¹⁴⁵. Şirket topluluğu içindeki bağlı şirketlere iştirak eden ve payların çoğunluğunu elinde bulunduran ana şirket bakımından somut duruma göre değerlendirme yapılmalı ve bağlı şirketin borç ve yükümlülükleri açısından sorumluluğuna gidilmelidir.

Bu noktada bağlı şirketin borç ve yükümlülükleri nedeniyle ana şirketin sorumlu tutulabilmesi için; çıkar birliği ile ana şirketin hakimiyeti, ana şirketin haksız davranışı, doğan zarar ile hakimiyet ve haksız davranış arasındaki nedensellik bağının varlığı unsurlarının bir arada bulunması gerekmektedir¹⁴⁶.

Şirket topluluklarında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması ana şirket ve bağlı şirket arasındaki ilişki bakımından olabileceği gibi; aynı şirket topluluğundaki farklı bağlı şirketler açısından da uygulama alanı bulabilir. Bu durumda bağlı şirketin borç ve yükümlülükleri bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi uygulanarak ana ortaklığa ulaşılmakta; sonrasında ise teori tekrar uygulanarak aynı şirket topluluğu içindeki bir diğer bağlı şirkete ulaşılmakta ve sorumluluğu yoluna gidilmektedir¹⁴⁷. Doktrinde Aynı şirket topluluğu içinde yer alan farklı bağlı işletmeler bakımından çapraz olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanabilirliği değerlendirilirken; şirketlerin ekonomik anlamda bağımsız işletme vasfında olup olmadıkları göz önünde bulundurularak; farklı sektörlerde faaliyet gösteren bağlı şirketlerin iktisadi

¹⁴³ BOLT, M., s.36-37 ve 96'dan Aktaran ÖZTEK/MEMİŞ, s.207, dpn.30.

¹⁴⁴ SEVEN/GÖKSOY, s.2467.

¹⁴⁵ ÖZTEK/MEMİŞ, s.208.

¹⁴⁶ YÜKSEL, s.269.

¹⁴⁷ YANLI, s.40; YÜKSEL, s.269-270.

bütünlüğe haiz olmadığı, farklı iktisadi işletmeler olduğu dolayısıyla teorinin onlar arasında uygulanamayacağı; ve fakat tek bir iktisadi işletmenin yürüttüğü, farklı fakat birbirini tamamlayan nitelikteki faaliyetler için birden fazla bağlı şirketin söz konusu olduğu durumlarda bu bağlı şirketler arasında teorinin uygulanabileceği ifade edilmektedir¹⁴⁸. Böylelikle şartların varlığı halinde; farklı bağlı şirketlerin meydana getirdiği şirket topluluğu tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi aracılığıyla tek bir iktisadi işletme kabul edilerek topluluktaki bağlı şirketlerin aynı şekilde sorumlu tutulması mümkün olacaktır¹⁴⁹. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin aynı şirket topluluğu içinde yer alan bağlı şirketler arasında çapraz olarak uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilirken; ilk olarak taraflar arasında iktisadi özdeşliğin var olup olmadığı; yani bağlı şirketlerin faaliyet alanlarının sektörel olarak aynı ya da tamamlayıcı nitelikte olup olmadığı tespit edilmeli; iktisadi özdeşliğin var olduğu durumlarda teori uygulama alanı bulmalıdır. Farklı faaliyet alanlarındaki bağlı şirketler arasında ise iktisadi bütünlüğün olmadığından hareketle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin çapraz olarak uygulanabilmesi mümkün değildir.

Şirket toplulukları bakımından Kanun hükümlerinden fayda sağlamaya çalışmak amacıyla tüzel kişi-gerçek kişi ayrımının ileri sürüldüğü hallerde tüzel kişiliğin perdesinin kaldırılması gerektiği ifade edilebilir. Şöyle ki; 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlere ilişkin düzenlemeler içeren 329. maddesinde "*Şirket, kendi hisse senetlerini temellük edemeyeceği gibi rehin olarak da kabul edemez. Bu senetlerin temellükü veya rehin alınması neticesini doğuran akitler hükümsüzdür*" ifadesi yer almaktadır. Anonim şirket şeklinde örgütlenmiş ana şirket ve bağlı şirketin pay senetleri alımı ve katılımlarında bağlı şirketin ana şirketten pay alımları bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekmektedir¹⁵⁰.

Şirket toplulukları bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanabilirliği değerlendirilirken doktrinde durum örneklendirilmiş; turizm alanında faaliyet gösteren bir şirket topluluğundaki bağlı şirketlerden birinin işyerinde toplu iş sözleşmesi uygulanan turistik bir otel işlettiği, anılan toplu iş sözleşmesinin işçi çıkartılması halinde ağır bir cezai şart öngördüğünü ve fakat bu cezai şartın işyerinin kapatılması neticesinde söz konusu olacak işçi çıkartmaları

¹⁴⁸ SEVEN/GÖKSOY, s.2466; ÖZTEK/MEMİŞ, s.208-209, YAVAŞ, s.21.

¹⁴⁹ SEVEN/GÖKSOY, s.2465, BİRBEN, İş İlişkisi, s. 58.

¹⁵⁰ ANTALYA, s.152.

bakımından uygulanmayacağına ilişkin hükümden hareketle işyerini kapatan ve işçilerini işten çıkartan ancak; aynı otelin aynı şirket topluluğu içerisindeki başka bir bağlı şirket tarafından işletilmesi sonrasında daha önce çalıştırılan ve sendika üyesi olmayan işçilerin işe alınması durumunda; işlemlerin toplu iş sözleşmesini dolanma gayesi ile yapıldığı ve yeni işverenin ayrı bir tüzel kişi olduğuna ilişkin savunmalarının dinlenmemesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁵¹.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektiren hallerde; bağlı şirket ve ana şirketin müteselsilen sorumlu olması gerektiği ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun " Hâkim tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sürat ve intizam dairesinde cerayanına ve beyhude masrafa meydan verilmemesine dikkatle mükelleftir" düzenlemesini içeren 77. maddesi ışığında ana şirket ve bağlı şirkete birlikte husumet yöneltilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁵².

III. Organik Bağ

1. Organik Bağ Kavramı

Birden fazla bağlı şirketi bünyesinde bulunduran şirket toplulukları bakımından organik bağ kavramı¹⁵³ da önem taşımaktadır. Organik bağ kavramına yargı kararlarında da sıkça kullanılmaktadır. Tüzel kişilikler arasındaki organik bağın göz önünde bulundurulması ile birlikte; asıl borçlu şirketin yanı sıra borçlu şirket ile bağı olan ve belli bir düzeyde hukuki ilişkiye sahip şirketlerin de sorumluluğuna gidilebilmekte; böylelikle sorumluluk sınırları genişletilmiş olmaktadır¹⁵⁴. Hem tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hem de organik bağ kavramları sorumluluk sınırlarının genişlemesi sonucunu doğurduğundan; kavramsal olarak farklı olmalarına rağmen bir takım ortak niteliklere sahip olmaları kaçınılmazdır. Hem tüzel kişilik perdesinin kaldırılması halinde hem de şirketler arasında organik bağ bulunan hallerde; sorumluluk sınırı genişletilerek asıl borçlu

¹⁵¹EKMEKÇİ, Ömer, İşveren ve İşveren Vekili Kavramları Üzerine, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, C.I, S.2, 1997, (İşveren ve İşveren Vekili), s.7, 14.

¹⁵²YÜKSEL, s.271.

¹⁵³Organik bağ kavramı ile ilgili açıklamalar için bkz. ÖZTEK/MEMİŞ, s.209-214.

¹⁵⁴ÖZTEK/MEMİŞ, s.209.

olan şirketin ardındaki ya da organik bağ içerisinde bulunduğu gerçek ya da tüzel kişinin sorumluluğuna da gidilebilir; her iki kavramın temelinde de dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının yatmaktadır¹⁵⁵. Şirketler arasındaki organik bağ göz önünde bulundurularak asıl borçlu şirket ile organik bağı bulunan şirketin sorumluluğuna gidilmesi durumu çapraz olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması haline de benzemektedir. Hem şirketler arasında organik bağın bulunduğu durumlarda hem de tüzel kişilik perdesinin çapraz olarak kaldırıldığı hallerde asıl borçlu şirketten başka bir şirketin sorumluluğu yoluna gidilmekteyse de; tüzel kişilik perdesinin çapraz olarak kaldırıldığı hallerde organik bağ halinden farklı olarak şirketin sorumluluğuna gidebilmek için şirketler arasında "iktisadi bütünlük" şartı aranmaktadır¹⁵⁶. Şirket topluluklarında; ana şirket ve bağlı şirketin birbiriyle olan ilişkileri bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin şartları itibariyle uygulama imkanının bulunduğu durumlarda ayrıca şirketler arasında organik bağın varlığını aranmasına gerek olmamakla birlikte; tüzel kişilik perdesinin kaldırılması halinde asıl borçlu şirketin ortaklarının, borçlu şirket ile iktisadi bütünlük içerisinde olan şirketin ve bu şirketin ortaklarının sorumluluğuna gidebilme imkanı söz konusu olmaktayken; organik bağın varlığı halinde borçlu şirket ile organik bağı bulunan şirketin sorumluluğuna gidilebilmekte ve fakat işbu şirketin ortaklarının sorumluluğu yoluna gidilememektedir¹⁵⁷. Sorumluluk asıl borçlu olan şirket ile organik bağı bulunan şirket sınırındadır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ile organik bağ kavramları arasındaki bir diğer farklılık da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanabilmesi bakımından dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık yanında aranan malvarlıklarının birbirine karışması, yetersiz sermaye, yabancı yönetim gibi şartların organik bağın uygulanacağı haller bakımından aranmıyor olmasıdır¹⁵⁸. Böylelikle şirketler arasında ekonomik ya da stratejik bir birlikteliğin varlığı halinde; borçlu şirketin dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı davrandığı hallerde başkaca şartlar aranmaksızın diğer şirketin de sorumlu tutulabilmesi söz konusu olabilecektir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması ile sorumlu tutma halinde

¹⁵⁵ ÖZTEK/MEMİŞ, s.209-210.

¹⁵⁶ ÖZTEK/MEMİŞ, s.210.

¹⁵⁷ ÖZTEK/MEMİŞ, s.210.

¹⁵⁸ ÖZTEK/MEMİŞ, s.210.

borçlu şirketin ardındaki şirketin borçtan sorumlu tutulduğu; şirketler arasındaki organik bağa dayanılması halinde ise tasarrufun iptali, hukuki işlemin iptali, istihkak iddiası gibi sonuçlara ulaşılabileceği görüşü doktrinde ifade edilmektedir¹⁵⁹.

Şirket topluluklarının hukuki sorumluluğunun belirlenebilmesi bakımından "organik bağ" kavramının önemini ifade eden bir karara göre; "... *Holdinglelerin hukuki sorumluluğu özellikle "tüzel kişilik perdesinin kaldırılması" ve "organik bağ" kavramları ışığında ele alınmalıdır, ideal olan sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin yasalarda yer alması ya da ortak topluluğuna yönelik sözleşmelerde ayrıntılı açıklamalara yer verilmesidir..."Organik Bağ" tüzel kişiye karşı olan alacakların takip edilmesinde, bu takibin asıl borçlu şirket ile birlikte onunla belirli bir düzeyde hukuki ilişkiye ve bağa sahip olan şirkete karşı yapılabilmesini sağlayan bir hukuki yoldur. Bu halde iktisadi bütünlük aranmaz. Gerçek kişinin sorumluluğuna gidilemez. Ancak organik bağ içinde olan şirketin malvarlığına el atılabilir. Alacaklılardan mal kaçırmak amacı yeterlidir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasındaki koşul aranmaz. Organik bağın varlığı için ayrı tüzel kişilikler arasında belirli bir iktisadi ve ticari bağımlılığın, amaç ve hareket birlikteliği yeterlidir. (Öztek/Memiş, sh 209 vd.)...¹⁶⁰". Bu kararla; organik bağ ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması arasındaki fark da Yargıtay tarafından belirtilmiş olmaktadır.*

Organik bağın tanımına ilişkin olarak mevzuatımızda bir düzenleme yer almamakla birlikte; 22 ocak 2008 tarihli ve 206764 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü Alım-Satım-Kiralama Ve Kiraya Verme İhale Yönetmeliği'nin tanımlar başlığını taşıyan 4. maddesinin birinci fıkrasının k bendine göre danışman; "...*danışmanlık yapan, bilgi ve deneyimini AOÇ yararına kullanan, danışmanlığını yaptığı işin yüklenicileri ile hiçbir organik bağ içinde bulunmayan, AOÇ'den danışmanlık hizmeti karşılığı dışında hiç bir kazanç sağlamayan ve danışmanlık hizmetlerini veren hizmet sunucularını...*" ifade etmekte; organik bağ ifadesi anılan maddede geçmektedir. 20 temmuz 2002 tarihli ve 24821 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan mülga Kamu İhale Kurumu İhale Yönetmeliği'nin tanımlar başlığını taşıyan maddesinde yer alan "danışman" tanımında da organik bağ kavramının bahsi geçmektedir. 5531 sayılı Orman Mühendisliği, Orman Endüstri

¹⁵⁹ ÖZTEK/MEMİŞ, s.211.

¹⁶⁰ YARGITAY, 9.H.D., E.2008/12825, K.2008/18885, T.04.07.2008, Çalışma ve Toplum Disk/Birleşik Metal İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Y.2009/1, S.20, s.365-369.

Mühendisliği Ve Ağaç İşleri Endüstri Mühendisliği Hakkında Kanun'un tanımlar başlığını taşıyan 3. Maddesinde yer alan danışman tanımında da organik bağ bahsi içeren benzer bir düzenleme bulunmaktadır. 28 Temmuz 1985 tarihli 18825 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan mülga Gençlik Ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği'nin kayıt ve tescilin iptalini düzenleyen 29. Maddesinde *"tescil şartlarına ve taahhütlerine hangi sebeple olursa olsun uymayan veya bu şartları yitiren, tüzel kişiliği sona eren kulüplerin ve şubelerinin kayıt ve tescilleri iptal edilir. Kayıt ve tescili iptal edilen kulüplerin bakanlık ve genel müdürlükle organik bağları sona erer.."* ifadesi yer almaktadır. Anılan düzenlemelerin hiçbiri organik bağ kavramına net olarak işaret etmemektedir.

2. Şirket Topluluklarında Organik Bağın Görünümü

Mevzuatımızda organik bağa ilişkin düzenleme olmaması hasebiyle, organik bağ kavramının değerlendirilebilmesi bakımından yargı kararları önem taşımakta; şirket topluluklarında organik bağın görünümü de yargı kararları ışığında açığa kavuşturulmaktadır. Yargıtay yeni tarihli bir kararında *"...Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre davalı T. T. A.Ş. ile T. İ. A.Ş. ayrı yerlerde kurulu ve faal durumdadır. Adı geçen şirketler arasında işyeri devri olup olmadığı araştırılmış değildir. Yine belirtilen şirketlerle davacı işçi arasında hizmet akti devri veya geçici iş ilişkisi tesis edilip edilmediği de araştırılmamıştır. Şirketlerin aynı asıl işverenden iş alıp almadıkları da belirlenmeli ve sözü edilen şirketlerin ortak yapısı ve faaliyet alanları da tespit olunarak aralarında organik bağ olup olmadığı üzerinde durulmalıdır..."¹⁶¹* ifadesini kullanarak şirketler arasındaki ilişkiler, faaliyet alanları gibi hususlar incelenmeksizin, eksik bir inceleme yapılarak verilen kararı bozma yolunu tercih etmiştir.

Organik bağın varlığı tespiti aynı şirket grubu içinde yer alan şirketler bakımından önem taşımaktadır. Kıdem tazminatının hesaplanması sürecinde işçinin her iki şirkette geçen çalışma sürelerinin birleştirilmesi talep ettiği bir davada Yargıtay şirketlerin aynı holding bünyesinde olmasının da organik bağın tespitinde

¹⁶¹ YARGITAY,9 H.D., E. 2008/15531, K. 2009/1087, T. 3.2.2009, www.kazanci.com, 15.05.2010.

önem taşıdığını ifade etmiştir. "...Davacının 3.7.1987 - Mart 1996 tarihleri arasında çalıştığı anlaşılan S... Bobin AŞ'nin İzmirdeki işyerinde geçen çalışmalarının davalı A. Beşikçioğlu Dış Ticaret AŞ.de 1.4.1996 - 31.3.1999 tarihleri arasında geçen hizmetleri ile iki şirket arasında organik bağ olduğu gerekçesi ile birleştirilerek tüm hizmet süresi nazara alınarak hesaplanıp kıdem tazminatı hüküm altına alınmışsa da her iki şirket sermaye şirketi olup Anonim Şirket mahiyetindedir. İki şirketin bir holding bünyesinde olduğu da iddia edilmemiştir. Bu sebeple organik bağın varlığı gerekçesi ile açıklandığı şekilde sonuca gitmek mümkün değildir. Mahkemece davacının önce çalıştığı S... Bobin AŞ'den davalı A. Beşikçioğlu Dış Ticaret AŞ.ne hizmet devrinin yapılıp yapılmadığının araştırılmalı, hizmet devri sözkonusu ise şimdiki gibi karar verilmeli hizmet devri sözkonusu değilse kıdem tazminatı hesabında yalnız davalı AŞ.işyerinde geçen hizmetler nazara alınarak sonuca gidilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...¹⁶²".

İşe iade talebine ilişkin 2008 tarihli bir kararda da Yargıtay aynı gruptaki şirketler arasında organik bağın varlığının kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. "...Davacı, feshin geçersizliğine ve ise iadesine karar verilmesini istemiştir. Somut olayda davalı şirkete ait aynı iş kolundaki toplam işçi sayısının fesih tarihi itibarıyla 28 olduğu anlaşılmaktadır. Aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Başka bir anlatımla salt aralarında organik bağ bulunduğundan hareketle gruba ait şirketlerde çalışan işçilerin 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması doğru değildir. Davacı işçinin gruba ait şirketlerce birlikte çalıştırıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Bu durumda iş güvencesi hükümleri kapsamına girmek bakımından işyerinde 30 veya daha fazla işçi çalışma koşulu gerçekleşmiş olmadığından davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır... Somut olayda davalı şirkete ait aynı iş kolundaki toplam işçi sayısının fesih tarihi itibarıyla 28 olduğu anlaşılmaktadır. Aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Başka bir anlatımla salt aralarında organik bağ bulunduğundan hareketle gruba ait şirketlerde çalışan

¹⁶² YARGITAY, 9.H.D., E.2002/7086, K.2002/22210, T.25.11.2002, www.kazanci.com, 15.05.2010.

işçilerin 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması doğru değildir. Davacı işçinin gruba ait şirketlerce birlikte çalıştırıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Bu durumda iş güvencesi hükümleri kapsamına girmek bakımından işyerinde 30 veya daha fazla işçi çalışma koşulu gerçekleşmiş olmadığından davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır¹⁶³ ...". Kararda aynı gruba ait şirketler arasında organik bağın varlığının kabulü gerektiği vurgulanmakla birlikte; iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaya ilişkin 30 işçi koşulunun; birlikte istihdamın söz konusu olmadığı durumlarda, grup şirketleri bakımından aynı işkolunda yer alsalar dahi uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Bu doğrultuda; birlikte istihdamın söz konusu değilse, iş güvencesine ilişkin koşullar değerlendirilirken aynı grupta yer alan ve dava konusu şirketle aynı işkolunda yer alan şirketlerin işçi sayıları değerlendirmeye katılamayacaktır. Kararın; aynı grupta yer alan ve fakat bünyesinde 30'dan az işçi çalıştıran şirketlerde yer alan işçiler bakımından iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanabilirliğini sınırladığı açıktır.

Aynı grupta yer alan şirketler arasında organik bağın varlığını kabul eden Yargıtay 2009 tarihli bir diğer kararında; *"...Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine, işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesine karar verilmesini istemiştir. Sendikal örgütlenmenin üye kayıtlarının başladığı 20.06.2008 tarihinden önce başladığı ve işverenin bundan haberdar olduğu anlaşılmaktadır. İki yönetim kurulu üyesinin ortaklıktan ayrılması gibi bir nedenle ve noter ve sicil kayıt işlemi yapılmadan sendikal örgütlenme başladıktan ve üyelik kayıtları başladıktan sonra davalıların aralarında devir sözleşmesi yapmaları ve davalı şirket işçilerinin diğer davalı şirketine işyeri devri ile nakillerinin sağlanması, sendikanın yetki almasını engellemeye yöneliktir. Aynı gruba bağlı ve organik bağ bulunan davalı iki şirket arasındaki devir işleminin muvazaalı ve sendikal örgütlenmeyi engellemeye yönelik olduğu açıktır...¹⁶⁴"* ifadesini kullanmıştır.

Aynı şirket topluluğu içerisindeki şirketler arasında; sırf aynı şirket topluluğunda bulduklarından hareketle organik bağın var olduğu yorumu yerinde görünmemektedir. Şirketler aynı şirket topluluğunda bulunsalar bile aralarında organik

¹⁶³ YARGITAY, 9.H.D., E.2007/29950, K.2008/7008, T.31.03.2008, www.kazanci.com, 15.05.2010.

¹⁶⁴ YARGITAY, 9.H.D., E.2009/24736, K.2009/19738, T.06.07.2009, www.kazanci.com, 15.05.2010.

bağın var olabilmesi için adres ayniyeti, ortaklardan birçoğunun aynı kişilerden oluşması gibi bir takım destekleyici unsurların bulunması gerekmektedir. Aynı şirket topluluğunda olmayan şirketler arasında da; şartların varlığı halinde organik bağın varlığının kabulü ve bu doğrultuda her iki şirketin sorumluluğu yoluna gidebilmek mümkündür. Aynı şirket topluluğu içerisinde yer almayan şirketler bakımından, organik bağın bulunmadığı durumlarda ayrı tüzel kişiliğe sahip şirketlerin birlikte sorumluluğuna gidilemeyeceği zaten açıktır. *"... Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı işçi davalılardan STFA Enerji Telekomünikasyon Sanayi ve Ticaret AŞ.'ye ait işyerinde çalışmış, ücreti onun tarafından ödenmiş ve böylece aralarında tam bir hizmet akdi ilişkisinin kurulmuş olduğu anlaşılmıştır. Davacı bu Anonim şirketin yanında diğer davalı STFA Holding AŞ.'nin de sorumlu olması gerektiği ileri sürülerek onun hakkında da dava açmış ve mahkemece de bu istek gibi her iki davalının sorumluluğu cihetine gidilmiştir. Ancak her iki davalının ticaret ünvanlarından da anlaşılacağı üzere ayrı ayrı anonim şirketler olduğu görülmektedir. Kural olarak arada organik bir bağ bulunmadığı hallerde şirketlerin sorumluluklarının birbirinden farklı olması gerektiği açıktır. Bundan başka işe alma ve çıkarmada görev yerlerini belirlemede holdingin bir etkisi mevcut ise o takdirde de holdingin işçilik haklarından sorumlu tutulması mümkün olabilir. Mahkemece bu konular üzerinde bir araştırma, inceleme ve değerlendirme yapılmaksızın davalı holdingin de sorumlu tutulması hatalıdır..."*¹⁶⁵ yönünde de Yargıtay'ın bir kararı bulunmaktadır. Bu karar bakımından; farklı tüzel kişiliklere ve farklı ticaret ünvanlarına sahip ana şirket ile bağlı şirket ilişkisinde; ana şirketin, iş organizasyonu, işçi alımları, işçi çıkarımları ve görev yerlerinin belirlenmesi gibi noktalarda bağlı şirkete müdahalede bulunduğu hallerde ana şirket ile bağlı şirket arasında organik bağın var olduğu ve işçinin her iki şirketle sözleşme yaptığının kabulü gerektiği; bu doğrultuda her iki şirketin de hukuki sorumluluğu yoluna gidilebileceği ifade edilmektedir¹⁶⁶. Kararın lafzından; organik bağın varlığının, iş organizasyonu, işe alma ve çıkarmada, görev yerlerini belirlemede ana şirketin bir etkisinin

¹⁶⁵ YARGITAY, 9.H.D., E.2001/16226, K.2002/7190, T.07.05.2002, www.kazanci.com, 15.05.2010.

¹⁶⁶ ULUCAN, Devrim, Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sürenin Dolmasından Önce Feshi Haklı Nedenle Feshe Süre Konması ve Aynı İş İlişkisinin İki Ayrı Sözleşme İle Düzenlenmesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armagan, Y.2007, S.1, (İki Ayrı Sözleşme), s.504-505.

mevcudiyetine bağlandığı, etki mevcut değilse sorumluluğu yoluna gidilemeyeceği sonucu çıkmaktadır.

Şirketler arasında organik ilişki bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken; her iki şirketin adresinin aynı olması hali de Yargıtay tarafından organik bağın varlığının kabulü için tek başına yeterli görülmemektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2003 tarihli bir kararında adres ayniyetinin tek başına yeterli olmadığını, işçinin yeni işverene geçişinin ne şekilde olduğunun incelenmesi gerektiğini, organik bağın tespitinde tanık beyanlarının da etkili olduğunu vurgulamıştır. *"...Mahkemece, işyerlerinin açılış ve kapanış tarihlerini, vergi mükellefiyetine giriş ve çıkış tarihlerini, uğraşı konularını Sosyal Sigortalar Kurumundan, Vergi Dairelerinden ve Ticaret Sicilinden araştırmak, iş yerinde keşif yapılarak işyeri kayıtlarını incelemek, davacının dava dışı işverenlerden davalıya geçişinin ne şekilde olduğu hususunda davacı tanıkları yeniden dinlenmek suretiyle, arada devir yada hizmet sözleşmesi devri olup olmadığı açıkça saptanıp, tüm deliller hep birlikte değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar vermek gerekir, salt vekaletnamelerinin üzerinde durulup, vekaletnamelerdeki bazı adreslerin ve soyadlarının aynı olduğu, önceki işverenler ile davalı arasında organik bağ bulunduğu kabul edilerek davalının tüm çalışma süresi üzerinden hesap edilen alacaklardan sorumlu tutulması yönünde verdiği karar dosyadaki diğer deliller değerlendirilmeksizin ve eksik araştırma sonucu oluşturulduğundan isabetsizdir...¹⁶⁷".*

Aralarında organik bağ bulunan aynı şirket topluluğundaki şirketlerin işçilik alacakların sorumluluğuna ilişkin olarak Yargıtay önceleri şirketlerin birlikte sorumluluğu yoluna gitmekteyken içtihadını değiştirmiş; 2005 tarihli bir kararında *"...Davalı G... AŞ. maden ticareti ile uğraşmakta ve işyerinde 22 işçi çalışmaktadır. Dava dışı Ges... AŞ. ise maden üretimi ile ilgili faaliyet göstermektedir. Her iki şirketin faaliyet alanlarının bağlı buldukları işkolları farklıdır. Bu nedenle, iki şirketin işyerlerinin aynı işyeri olduğu kabul edilerek işçi sayısının belirlenmesi hatalıdır. İki Anonim Şirketin bazı ortaklarının ve bazı yönetim kurulu üyelerinin aynı olması sonuca etkili değildir. Organik bağ kavramından hareketle sonuca gidilemez. Aynı işyerinin iki sermaye şirketi tarafından birlikte işletilmesi halinde adi*

¹⁶⁷ YARGITAY, HGK, E.2003/9-279, K.2003/292, T.16.04.2003, www.kazanci.com, 15.05.2010.

ortaklığın varlığı kabul edilerek sonuca gidilebilir ki somut olayda böyle bir iddiada mevcut değildir. Böyle olunca davalı şirket işyerinde 22 işçinin çalıştığı kabul edilerek davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılması mümkün değildir...¹⁶⁸ " ifadesini kullanarak organik bağdan yararlanarak sonuca gidilemeyeceğini vurgulamıştır. Daha sonraki tarihli kararlarda ise şirketler arasındaki organik bağın tespiti esnasında işyeri devri, iş sözleşmesi devri, birlikte istihdam gibi noktalar bakımından eksik inceleme yapıldığı vurgusu yapılmıştır. Yeni tarihli kararlarda ise işyeri devri, iş sözleşmesi devri, birlikte istihdam gibi hususların incelenmesinin uzun sürmesinden işçinin yasal haklarının karşılanması sürecinin uzamasından hareketle yeniden şirketlerin birlikte sorumlu tutulması görüşü benimsenmiştir. Aralarında organik ilişki bulunan şirketlerin işçilik alacaklarından birlikte sorumlu olduklarına ilişkin olarak Yargıtay'ın Dairenin önceki içtihatlarını da açıklayan nitelikte yeni tarihli bir kararı bulunmaktadır. "...İşçinin, aralarında organik ilişki bulunan şirketlerin işçisi olarak çalıştırıldığı anlaşıldığına göre her iki şirketin işçilik haklarından sorumlu olduğu sonucuna varılmalıdır... Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre, davacı işçinin sigortası PAŞ. tarafından yatırıldığı halde, aynı dönemde diğer davalı P. Gıda Üretim ve Paz. AŞ. ait gemilerde çalıştığı şeklinde bonservis düzenlendiği anlaşılmaktadır. Adı geçen davalılar arasında organik bağ olduğu anlaşılmakla, davalılardan P. Gıda Üretim ve Paz. AŞ. yönünden davanın reddi hatalıdır...¹⁶⁹ ". Karardan net olarak anlaşılacakla birlikte işçinin PAŞ. ve P. Gıda Üretim ve Paz. A.Ş. tarafında birlikte istihdam edildiği ya da bir geçici iş ilişkisinin varlığı akla gelebilir. İşçilik alacakları bakımından değerlendirme yapıldığında Yargıtay'ın aralarında organik bağın varlığı tespit edilen şirketler bakımından istihdam edilen işçilerin işçilik alacakları bakımından her iki şirketi de sorumlu tuttuğu görülmektedir. Yargıtay bu yönde ki iradesini bir kararında "...Kural olarak aynı guruba ya da holdinge bağlı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza

¹⁶⁸ YARGITAY, 9.HD., E.2005/34442, K. 2005/37457 , T. 28.11.2005, , www.kazanci.com, 15.05.2010.

¹⁶⁹ YARGITAY, 9. H.D., E. 2007/36967, K. 2009/7586, T. 23.3.2009, www.kazanci.com, 15.05.2010.

çıkılmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında "şirketler arasında organik bağ" dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi (Yargıtay 9.HD. 26.3.1999 gün 1999/18733 E, 1999/6672 K.). Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 28.11.2005 gün 2005/34442 E, 2005/37457 K.). Dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akti devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 22.10.2007 gün 2007/ 5762 E, 2007/ 30979 K.). Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönerek birlikte sorumluluğu benimsemiştir. Somut uyuşmazlıkta; mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, davalı her iki şirketin ortaklarının esasen A. ailesinden aynı şahıslar olup her iki şirketin de aynı işverenlere ait tekstil firmaları olduğu, davalı şirketler arasında organik bağ bulunduğu, davacının çalışmasının bütünlük arz ettiği, çalıştığı yer, yaptığı iş ve pozisyonunda herhangi bir değişiklik olmadan ve hiç ara vermeden çalışmasını sürdürdüğü ve bu süre boyunca kâğıt üzerinde farklı şirketler tarafından sigortaya girdi çıktılarının yaptırıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre davalıların birlikte sorumluluğuna karar vermek gerekirken davalı G. İplik Sanayi Ticaret A.Ş. hakkında açılan davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...¹⁷⁰ " ifadesini kullanarak vurgulamıştır.

Şirketler arasında bulunan özdeşlikler, ekonomik ve organizasyonel bağlantılar organik bağın varlığının tespiti bakımından fikir verebilir. Yargıtay şirket kurucularının kısmen aynı kişilerden oluştuğu, şirketler arasında devrin söz konusu olduğu durumlarda organik bağın varlığını tanımıştır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ; "...Dosya kapsamından borçlu şirket ve şahıslar ile üçüncü kişi şirketin aralarında organik bağ olduğu kurucularının kısmen aynı kişilerden oluştuğu ve şirketlerin arasında devir münasebeti bulunduğu anlaşılmaktadır... yukarıda da açıklandığı

¹⁷⁰ YARGITAY, 9. H.D., E.2009/9436, K.2009/15249, T.02.06.2009, www.kazanci.com, 15.05.2010.

üzere şirketler arasındaki devir ve ortakların aynı kişilerden olması ve organik bağ gözetilerek istihkak iddiasının muvazaalı olduğu kabul edilip alınacağını açtığı davanın kabulüne karar verilmesinden ibarettir. Bunun aksine delillerin takdirinde hataya düşülerek davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir...¹⁷¹" yönünde karar vermiştir.

Aynı yönde Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 1994 tarihli bir kararı daha bulunmaktadır. Anılan kararda; "...Mahkemece yapılacak iş; aralarında unvan benzerliği bulunan davacı şirket ile dava dışı borçlu şirketin sicil kayıtlarının ticaret sicilinden getirilerek, ortakların araştırılması, her iki şirketin ortakları arasında aynı kişi veya kişilere mevcutsa organik bağ bulunduğu kabul edilerek muvazaalı işlem yapmaları sebebiyle, davalı vergi dairesi yönünden, davalı vergi dairesi 6183 sayılı Kanununun gereği haciz haklarını kullanmış olup bankanın kanuna aykırı bir davranışı söz konusu olmaması nedeniyle davalı banka yönünden davanın reddine karar vermektir...¹⁷²" ifadesi ile ortaklar arasında aynı kişi ya da kişilerin bulunduğu durumlarda şirketler arasında organik bağ bulunduğunun kabulü gerektiği ifade edilmektedir.

Şirketlerin ticari işlerinde aynı ünvanı kullanmış olmaları halinde de şirketler arasında organik bağın var olduğu Yargıtay tarafından kabul görmektedir. "...Davacı şirket ile borçlu verdiği çeklerde "Kent Halı" ünvanının kullanmışlardır. Tüm bu hususlar borçlu ile davacı 3 şirketin organik bağ içerisinde olduğunu ve davacı şirketin paravan şirket olarak kurulduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu durumda mahcuzlar davalı borçluya ait olduğunun kabulüyle istihkak davasının reddine karar verilmesi gerekirken davanın kabulü yolunda hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...¹⁷³".

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 2004 tarihli bir başka kararında ise iki şirketin yöneticilerinin aynı kişiler olması ve tarafların birbirine seminer vermiş olmaları gibi hallerin organik bağın varlığına işaret edeceği vurgulanmış ve "...Davalı E... A.Ş. yetkilileri hakkında düzenlenen iddianame ve bir kısım sanık savunmaları, BDDK raporu ile E... A.Ş'nin banka personeline "Off-Shore" hesaplar hakkında seminer vermesi gibi olgulardan hareketle işlemi yapan E... A.Ş. ile dava

¹⁷¹ YARGITAY, 15. H.D., E. 1996/4034, K.1996/4502, T.18.09.1996, www.kazanci.com, 15.05.2010.

¹⁷² YARGITAY, 15.H.D., E.1994/4957, K.1994/6763, T.15.11.1994, www.kazanci.com, 15.05.2010.

¹⁷³ YARGITAY, 15.H.D., E.1994/6177, K.1994/7611, T.19.12.1994, www.kazanci.com, 15.05.2010.

dışı KKTC'deki "Off-Shore" şirketi arasında bir kısım yöneticilerin de aynı kişiler olmasını da gösterdiği üzere organik bağ bulunduğu ve birbirlerinin uzantısı durumunda oldukları...¹⁷⁴" ifadesi kullanılmıştır.

Şirket ortaklarının yakın akraba olması halinde de Yargıtay şirketler arasında organik bir bağın varlığını kabul etmektedir. "...Ödeme gücünü kaybetmiş borçlunun iyi niyetli bir kişiden veya basiretli bir tacirden beklenemeyecek şekilde mevcudunu eksilttiği ve üçüncü şahsın bu durumu bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde yapılan işlemler batıldır. Somut olayda, malvarlığını devreden şirketin aciz halinde olduğu aciz belgesi ile sabittir. Her ne kadar tüzel kişiler arasında akrabalık ilişkisi olmaz ise de iki tüzel kişi arasında organik bağ varsa malvarlığını devralan tüzelkişinin iyi niyetli olmadığı ve işlemin batıl olduğunun kabulü gerekir. Devreden ve devralan şirketin ortakları yakın akraba olduğundan iki tüzel kişilik arasında organik bağın bulunduğu göz ardı edilmemesi gerekir..¹⁷⁵".

Yargıtay'ın organik bağa ilişkin kararları incelendiğinde; şirketler arasındaki işyeri devri, iş sözleşmesi devri veya geçici iş ilişkisi tesisi gibi durumların incelenmeden karar verilen hallerde eksik inceleme yapıldığı ifade edilmekteyken yeni tarihli kararlarda bu tarz ilişkilerin tespiti sürecinin uzun sürmesi ve bu noktada işçinin yasal haklarını kullanma sürecinin uzaması nedeniyle bu içtihattan dönüldüğü ve eski tarihli kararlarda olduğu gibi yeniden organik bağın tespiti halinde şirketlerin birlikte sorumluluğu görüşünün benimsendiği görülmektedir. Böylelikle Yargıtay tarafından ilk görüşü olan şirketlerin birlikte sorumluluğu yeniden benimsenmiştir. Organik bağın tespiti sürecine ilişkin olarak kararların değerlendirilmesi yapıldığında; şirketlerin adres ayniyetinin organik bağın varlığının kabulü için tek başına yeterli olmadığı, şirketlerin ticari ilişkilerinde aynı ünvanı kullanmış olmalarının organik bağın varlığına işaret ettiği, şirket yöneticilerinin aynı kişilerden oluşması, şirket ortaklarının akraba olması, şirket kurucularının aynı kişiler olması ve şirketler arasında devrin söz konusu olduğu hallerde organik bağın varlığının ifade edildiği ve bu hallerin organik bağın tespiti bakımından önem taşıdığı görülmektedir. Bu durumda sadece aynı şirket topluluğu bünyesinde bulunmak şirketler arasında

¹⁷⁴ YARGITAY, 19.H.D., E.2003/7031, K.2004/7242, T.14.06.2004, www.kazanci.com, 15.05.2010.

¹⁷⁵ YARGITAY, 15.H.D., E.2000/5126, K.2001/399, T.23.01.2001, www.kazanci.com, 15.05.2010.

organik bağın varlığını kabul etmek için yeterli olmayacak; Yargıtay Kararlarında anılan bir takım destekleyici unsurların da varlığı gerekecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

ŞİRKET TOPLULUKLARINDA ÜÇLÜ İŞ İLİŞKİLERİ

§3.BİRLİKTE İSTİHDAM

I. Birlikte İstihdam Kavramı

Şirket topluluğunun temelini oluşturan ve ekonomik bağımsızlığını elinde bulunduran ana şirket tarafından, yaşanan ekonomik ve teknolojik gelişmeler sonrasında şirket topluluğu stratejilerinin değişmesi ve mevcut iş ilişkilerinin “işçinin o işverene ait işyerinde çalışması” kalıbından çıkması söz konusu olabilir. İş organizasyonunun ve çalışma şekillerinin değişikliğe uğraması, bu doğrultuda yeni istihdam modellerini ortaya çıkartmaktadır¹⁷⁶.

Birlikte istihdam¹⁷⁷ kavramı 4857 sayılı İş Kanunu’nda düzenlenmemekle birlikte Yargıtay’ın yakın tarihli kararlarında yer alan ve içtihatlar doğrultusunda gelişen bir kavramdır. Yargıtay birlikte istihdam tanımı vermemekle beraber; birlikte istihdam müessesine ilişkin emsal teşkil edebilecek kararlarında birbiriyle organizasyonel bütünlük ve organik bağ içerisindeki şirketler bakımından tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, aynı binada hizmet veren şirketler bakımından birlikte kullanılan binanın ulaşım, temizlik, kafeterya, güvenlik gibi birtakım hizmetlerinin tüm işverenlere karşı verilmesi gibi hallerde birlikte istihdam ilişkisinin varlığını kabul etmiştir.

“... 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

¹⁷⁶ KOÇ, s.18.

¹⁷⁷ Birlikte İstihdam Hakkında açıklamalar için bkz. EKONOMİ, İşçi İşveren İlişkileri, s.10-13; ÇANKAYA Osman Güven/ÇİL Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, 2006, s.271-272;ULUCAN, İki Ayrı Sözleşme, s.499-506; ALP, Mustafa, İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, (Sorunlar), s.195-198, 207; ALP, Mustafa, İş Sözleşmesinin Devri (Tebliğ Metni), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyum 04.04.2009, İstanbul, 2009, (Sözleşmenin Devri), s.310-314; KAR Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması (2008 Yılı Emsal Kararları ile), Ankara, 2009, (İş Güvencesi), s. 510; ÇİL, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (9. Hukuk Dairesi 2008-2009 Yılları), Ankara, 2009, s.634-638; SÜZEK, İşveren, s.21, 22.

kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir...¹⁷⁸".

Yargıtay kararlarından yola çıkarak tanımlamak gerekirse birlikte istihdam; ekonomik ve organizasyonel bütünlük içerisindeki şirket topluluklarında görülen, işçinin işverenine karşı yükümlü olduğu iş görme edimini birbiriyle organik bağı bulunan birden fazla işverene karşı diğer üçlü iş ilişkilerinden farklı olarak yürüttüğü bir istihdam şeklidir.

II. Birlikte İstihdamın Şirket Topluluklarındaki Görünümü

Birlikte istihdam ilişkisi Yargıtay Kararlarında da vurgulandığı üzere özellikle şirket topluluklarında görülen bir çalışma biçimidir. Şirket topluluğu içerisindeki bağlı şirketlerden birinde istihdam edilen işçiye; aynı şirket topluluğundaki diğer bağlı şirketlerinin işlerinin gördürülmesi de sıklıkla söz konusu olmaktadır. Birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu haller bakımından; işçiyi birlikte istihdam eden işverenlerin hukuki sorumluluk sınırları, işçinin farklı işverenler nezdinde geçirdiği sürelerin kıdem tazminatına hak kazanma ve kıdem tazminatının hesaplanması sürecine etkisi, iş güvencesinden yararlanmaya ilişkin koşulların birlikte istihdam edilen işçiler bakımından nasıl değerlendirileceği gibi hususlar önem arz etmektedir. Birlikte istihdama ve birlikte istihdam ilişkisinin sonuçlarına ilişkin yasal düzenlemenin eksikliği nedeniyle; birlikte istihdam ilişkisinin açıklanması ancak Yargıtay Kararları ışığında yapılabilmektedir.

¹⁷⁸ YARGITAY, 9.H.D., E.2008/44450, K.2009/26634, T.12.10.2009, www.kazanci.com, 28.05.2010; Aynı yönde, YARGITAY, 9.H.D., E.2006/29351, K.2007/1018, T.29.01.2007, www.kazanci.com, 05.02.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2009/247, K.2009/37746, T.18.12.2009, www.kazanci.com, 28.05.2010; YARGITAY, 9. H.D., E.2007/27699, K. 2008/6006, T.24.03.2008, Çalışma ve Toplum Disk/Birleşik Metal İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Y.2008/3, S.18, s.311-315; YARGITAY, 9. H.D., E.2008/36332, K.2009/14724, T.26.05.2009, www.kazanci.com. 20.05.2010; YARGITAY, 9.HD., E. 2006/29128, K. 2007/441, T. 23.01.2007, www.kazanci.com. 05.02.2010.

Birlikte istihdam ifadesinin geçtiği kararlar incelendiğinde bu kararlarda belirgin bir birlikte istihdam tanımı verilmediği, " taraflar arasındaki ilişkinin niteliğinin araştırılmaması, taraflar arasındaki üçlü ilişkilerin ve birlikte istihdam ihtimalinin değerlendirilmemesi nedeniyle eksik incelemenin varlığı" olgusunun vurgulandığı görülmektedir.

"...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 birbirleriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Dosya içeriğine göre davacının çalıştığı işyerinde davalı şirket yanında aynı gruba ve aynı faaliyet olan madencilik alanında faaliyet gösteren diğer şirket işçilerinin de bulunduğu, diğer şirketin aynı tarihte ve aynı nedenle bazı işçilerin iş sözleşmesini feshettiği, iş sözleşmesi feshedilen işçilerin açtığı diğer şirkete karşı açtıkları davada, fesihden önce ve sonra işçi alınması nedeni ile feshin geçersizliğine karar verildiği anlaşılmaktadır. Ancak davalı şirketin fesihden önce işçi aldığı tespit edilmekle birlikte, fesihden sonra disiplin kurulu kararı ile çıkarılan ve nakledilen işçilerin yerine alınan işçiler dışında yeni işçi almaması, işyerinde mi galerisinin faaliyetine son vermesi, istihdam fazlası meydana gelmesi, çıkarılan işçi sayısının iş gücü fazlalığı ile orantılı olması, fesih için geçerli neden kabul edilmiştir. Somut uyumsuzlukta davalı işveren yeniden yapılanma ile ilgili bir işletmesel karar ibraz etmemiştir. Ancak galeri kapatılması nedeni ile davacının hizmetine ihtiyaç duyulmadığı da savunulmuştur. Davalı işveren tarafından nakledilen işçiler yerine yeni işçiler alındığına göre, işverenin başka işyerleri, vardır. Diğer taraftan aynı gruba bağlı ve aynı faaliyet alanı madencilikle iştigal eden diğer şirket ile davalı şirket arasındaki bağ açıklığa kavuşturulmuş değildir. İki şirkete ait işyerlerindeki çalışmaların birlikte istihdam olgusu taşıyıp taşımadığı, çalışanların her iki işverene hizmet verip vermediği, şirketler arasında adi ortaklık bulunup bulunmadığı, işçi nakilleri olup olmadığı araştırılmalı, davacı işçinin neden hizmetine ihtiyaç duyulmadığı, işverenin tutarlı davranıp davranmadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı yukarıdaki açıklamalara uygun olarak tutarlılık, keyfilik ve ölçülülük

denetimine tabi tutulmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir...¹⁷⁹”

Aynı anda birden fazla işverene karşı, işçi tarafından ifa edilen hizmetlerin kısmi süreli iş akitleri şeklinde ayrıştırılması mümkün değil ise birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁰. Yargıtay da; hizmetlerin ayrıştırılmaması halinde birlikte istihdam ilişkisinin varlığını kabul etmektedir.

“...Davacı işçi dava dilekçesinde, 2001 yılından itibaren dava dışı R. firmasında çalıştığını. 2004 yılından itibaren ise aynı gruba ait ve aynı yerde faaliyet gösteren davalı şirketin de mali işler yöneticisi olarak görev yaptığını, belirtilen dönemde her iki şirkete birlikte hizmet verdiğini açıklamıştır. Davalı işveren cevap dilekçesinde davacının birlikte istihdama yönelik beyanlarına karşı bir açıklamada bulunmamıştır. Davacı vekili davacının davalı şirket işçisi olarak çalıştığı sırada dava dışı R. firmasının da işlerini yaptığını dair çok sayıda elektronik posta yazışması sunmuştur. Özellikle gurup şirketlerinde ortaya çıkan bu çalışma

¹⁷⁹ YARGITAY, 9.HD, E.2008/44175, K.2008/34718, T. 22.12.2008, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y.2009, S.21, C.6, s.334-336; Aynı Yönde, YARGITAY, 9.HD., E.2006/32360, K. 2007/3281, T. 12.02.2007, www.kazanci.com, 05.02.2010, *“...Davacı gerçekte davalı Bosal Mimaysan Metal İşleme San.A.Ş.nin işçisi olduğu halde muvazaalı olarak diğer davalının işçisi gibi gösterildiğini, her iki şirketin işçilerinin aynı yerde ve aynı işi yaptıklarını, kendisinin sözü edilen davalının aslı işlerinde pres işçisi olarak çalıştığını ileri sürmüştür. Davacının sözü edilen iddiası üzerinde durulmuş olmadığı gibi, hangi işverene ait işyerine iade edildiği de kararda belirtilmemiştir. Öncelikle davalılar arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı fıkrası anlamında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunup bulunmadığı belirlenmeli, böyle bir ilişki bulunmadığı takdirde, muvazaa veya birlikte istihdamın söz konusu olup olmadığı tespit edilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. Eksik inceleme ile karar verilmiş olması hatalıdır.”*; YARGITAY, 9. H.D., E.2006/20150, K.2006/29336, T.06.11.2006, www.kazanci.com., 05.02.2010, *“...Mahkemece dava konusu uyuşmazlık bakımından davalı şirket ile dava dışı anılan şirket arasındaki ilişki asıl işveren alt işveren, geçici iş ilişkisi, iş sözleşmesinin devri gibi hususlar yönünden ayrı ayrı irdelenmemiş, ayrıca varsa "birlikte istihdam" olgusu üzerinde durulmamıştır. Bu nedenle yapılacak iş, her iki şirket arasında yukarıda belirtilen anlamda ne tür bir hukuki ilişki bulunduğu ve muvazaalı bir işlem söz konusu olup olmadığı gerekirse işyerinde bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle tespit edilmeli, işçinin gerçek işverenin hangi şirket olduğu şüpheye yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturularak sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile davanın husumet yönünden reddine karar verilmiş olması hatalıdır...”*; YARGITAY, 9. H.D., E.2006/25131, K.2006/32351, T.11.12.2006, www.kazanci.com, 20.05.2010, *“...Mahkemece, davacının davalıya ait 30.09.2004 tarihinde çevirmen olarak görev yaptığı Focus dergisinden ayrılma ve davacı iddiasına göre davalı işverenin dava dışı Vogel Burda Medya Yayıncılık ve Tic. A.Şirketi tarafından çıkarılan Seninle adlı dergiye Yazı İşleri Müdürü olarak atanması olguları üzerinde durulmamış, davalı şirket ile dava dışı anılan şirket arasındaki bağlantı, davacı işçinin son işverenin kim olduğu, her iki şirketin davacı işçi ve diğer çalışanları birlikte istihdam edip etmedikleri, işyeri yada hizmet akti devri olup olmadığı araştırılmamıştır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır. Belirtilen maddi olgular üzerinde durularak, fesih tarihi olan 10.06.2005 tarihinde davacının gerçek işvereni belirlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir... ”*.

¹⁸⁰ ULUCAN, İki Ayrı Sözleşme, s.497 vd.; SÜZEK, İşveren, s.21.

biçiminde, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene hizmet verebilmektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbirleriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda faaliyet göstermekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Bu hizmetlerin kısmi süreli iş ilişkisinin varlığına imkan verecek şekilde ayrıştırılması da mümkün değilse. "birlikte istihdam" olarak adlandırılacak bir çalışma şekline söz edilebilir. Somut olayda çözümü gereken konu, davacının fesih tarihinde davalı şirketle birlikte adı geçen şirkete aynı anda hizmet verip vermediği hususudur. Mahkemece, davacı işçi, her iki şirket arasında birlikte istihdam ilişkisi olup olmadığı hususu açıklığa kavuşturulmuş değildir. Bu konuda tanıklar dinlenmeli ve dosyada bulunan yazılı belgeler bir değerlendirmeye tabi tutulmalı ve gerekirse işyerinde keşif de yapılmak suretiyle gerçek durum tespit edilmelidir. Aynı zamanda işyerinde davacı dışında başkaca işçilerin de birlikte istihdam kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadığı belirlenmeli ve buna göre öncelikle davacı işçinin iş güvencesinden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda bir karar verilmelidir...¹⁸¹".

"...İşçinin aynı guruba ait şirketlerin bir kısmına ya da tamamına birlikte hizmet vermiş olması ve bu çalışmaların kısmi çalışma şeklinde ayrıştırılmasının mümkün olmaması halinde birlikte istihdam olgusundan söz edilir... Her şeyden önce sözü edilen çalışanın birlikte istihdam kapsamında olup olmadığı bilinmemektedir. Mahkemece eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...¹⁸²".

Birlikte istihdama ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde göze çarpan bir diğer husus ise işçi ve işverenler arasındaki ilişki irdelenirken dosya üzerinden inceleme yapılması neticesinde düzenlenen bilirkişi raporlarının tek başına yeterli bulunmayarak uzman bilirkişiler ile işyerinde keşif yapılması yoluna gidilmesidir. Bu doğrultuda işverenler arasındaki ilişkinin daha kolay tespit edilebilmesi mümkün olmaktadır.

¹⁸¹ YARGITAY, 9.H.D., E.2007/6150, K.2007/14658, T.08.05.2007, www.kazanci.com, 05.02.2010.

¹⁸² YARGITAY, 9. H.D., E.2007/33247, K.2008/114, T.12.02.2008, www.kazanci.com., 05.02.2010.

"...İşyerinde hukukçu, işletmeci işkollarından anlayan bir mühendisten oluşan bilirkişi heyeti ile keşif yapılmalı ve davalı işverenler, hatta işyerinde kurulu diğer şirketler arasındaki ilişki açığa kavuşturulmalıdır. İşyeri veya işyerlerinin fiziksel durumu ve fiili çalışma olgusu da mahallinde yapılacak inceleme sonucu bilirkişi heyeti tarafından değerlendirilmeli ve birlikte istihdam ya da asıl işveren alt işveren olgularının bulunup bulunmadığı, asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı araştırılmalıdır...¹⁸³"

"...Konunun dosya üzerinden hukukçu bilirkişi ile incelenmesi ile çözümü doğru olmaz. İşyerinde hukukçu, mali müşavir ve bir işletmeciden oluşan bilirkişi heyeti ile keşif yapılmalı ve davalı işverenler , hatta işyerinde kurulu diğer şirketler arasındaki ilişki açığa kavuşturulmalıdır...¹⁸⁴".

Birlikte istihdamın söz konusu olduğu durumlarda işçinin her bir işveren ile ayrı ayrı iş sözleşmesi yapması söz konusu olmaz. Başka bir ifade ile işçi ve işverenler arasında tek sözleşmesel ilişki bulunmaktadır¹⁸⁵. Fakat sözleşme serbestisi çerçevesinde aynı iş ilişkisinin; iki farklı işveren tarafından, aynı işçi ile yapılan, iki ayrı iş sözleşmesi ile düzenlenmesine ve böylelikle işverenlerin kendi iradeleri ile aynı iş ilişkisi bakımından ortak sorumluluk üstlenmelerine de engel bulunmamaktadır¹⁸⁶. Bu doğrultuda; işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, işçi tarafından açılacak feshin geçersizliği davasında, işçinin hizmette bulunduğu şirketlerin tümüne, birine veya birkaçına husumet yöneltebilmesinin olanaklıdır¹⁸⁷.

Birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda Yargıtay; işçinin kağıt üzerinde başka bir işverenin işçisi olduğu fakat başka bir şirkete fiili hizmette bulunduğu durumlarda şirketler arasındaki bağı tespit ederek; birlikte istihdam ilişkisinin varlığı halinde birlikte istihdam eden işverenlerden birine husumet yöneltebilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir.

"...Kayıt üzerinde, Kantar Deri Tekstil ve Konf. San.Tic. Ltd. Şirketi işçisi görünmesine rağmen, diğer işçiler gibi davalıya ait işyerinde çalıştığını ve davalı

¹⁸³ YARGITAY, 9.H.D., E.2006/29351, K.2007/1018, T. 29.01.2007, www.kazanci.com, 05.02.2010.

¹⁸⁴ YARGITAY, 9.H.D., E.2006/29128, K.2007/441, T. 23.01.2007, www.kazanci.com, 05.02.2010.

¹⁸⁵ ÇANKAYA/ÇİL, s.272; KAR, İş Güvencesi, s.510.

¹⁸⁶ ULUCAN, İki Ayrı Sözleşme, s.510.

¹⁸⁷ KAR, İş Güvencesi, s.510.

işveren işçisi olduğunu savunmuştur. Ticaret Sicil Kayıtlarına göre, davalı işveren ile davacının kayıt üzerinde görüldüğü dava dışı Kantar Deri Tekstil ve Konf. San.Tic. Ltd. Şirketinin ortakları, faaliyet alanları ve adresleri aynıdır. Davacının iş sözleşmesinin feshine konu olan olay, davalı işverence diğer kendi çalışanlarının iş sözleşmesinin feshinde kullanılan olgu ile aynıdır. Belirtilen bu somut tespitlere göre, işyerinde “birlikte istihdam” olgusunun olduğu ve davalılar arasında adi ortaklık bulunduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de, Özellikle gurup 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. Böyle bir olguda, işçinin birlikte istihdam eden işverenlerden birine davasını yöneltmesi yerindedir...¹⁸⁸”.

Yargıtay; davacı işçi tarafından açılan davalarda, husumet yönünden değerlendirme yapılırken, davalı ve dava dışı şirketler arasındaki ilişkilerin önem taşıdığını ifade etmektedir. Davacının işe iade istemiyle istihdam edildiği bağlı şirkete açmış olduğu bir davada; davacının işyeri şahsi dosyası, yazılı iş sözleşmesi, işten ayrılma bildirgesi, işe giriş bildirgesi ve dosya kapsamına göre Yerel Mahkemenin vermiş olduğu, davanın husumet yönünden reddine yönelik kararı, şirketler arasındaki ilişkinin tam olarak araştırılmadığından hareketle bozmuştur.

“...Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan davalı işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boшта geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur. Davalı işveren, davacının dava dışı E. Holding A.Ş.’nin işçisi olduğunu davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi gerektiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece davacının işyeri şahsi dosyasına, yazılı iş sözleşmesine, işten ayrılma bildirgesine, işe giriş bildirgesine ve dosya kapsamına göre davacının E. Holding A.Ş.’nin işçisi olduğu gerekçesi ile davanın husumet yönünden reddine karar verilmiştir. Davacı vekili, gerçekte davalı şirketin işveren olduğunu, kağıt üzerinde dava dışı E. Holding A.Ş.’nin işveren olarak

¹⁸⁸ YARGITAY, 9.H.D., E.2006/3276, K.2006/7010, T.20.03.2006, www.kazanci.com, 25.05.2010.

gösterilmesinin muvazaalı bir işlem olduğunu ileri sürmüştür. Dosya içeriğine göre davacının SSK. işe giriş bildirgesi dava dışı E. Holding A.Ş. tarafından verilmiş, ücret bordroları da aynı şirket tarafından düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin feshine ilişkin yazının üst tarafında davalı şirketin ismi yer almaktadır. Fesih bildirimini davalı şirket adına İdari İşler ve İş Güvenliği Müdür Yardımcısı A. ile muhasebe müdürü B. imzalamışlardır. Ancak, adı geçen şahıslardan B., 30.10.2003 tarihinde E. Holding A.Ş.' de muhasebe danışmanı olarak atanmış ve kendisine 1.dereceden imza yetkisi verilmiştir. Sözü edilen şahıs aynı zamanda davalı şirket adına avukata vekalet verenlerden birisidir. Her iki şirketin ortaklarının büyük bir kısmı da aynıdır. Mahkemece dava konusu uyuşmazlık bakımından davalı şirket ile dava dışı anılan şirket arasındaki ilişki asıl işveren alt işveren, geçici iş ilişkisi, iş sözleşmesinin devri gibi hususlar yönünden ayrı ayrı irdelenmemiş, ayrıca varsa "birlikte istihdam" olgusu üzerinde durulmamıştır. Bu nedenle yapılacak iş, her iki şirket arasında yukarıda belirtilen anlamda ne tür bir hukuki ilişki bulunduğu ve muvazaalı bir işlem söz konusu olup olmadığı gerekirse işyerinde bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle tespit edilmeli, işçinin gerçek işverenin hangi şirket olduğu şüpheye yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturularak sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile davanın husumet yönünden reddine karar verilmiş olması hatalıdır...¹⁸⁹".

İşçiyi birlikte istihdam eden işverenlerin hukuki sorumlulukları ve sorumluluklarının sınırlarının belirlenmesi de önem arz etmektedir. Birlikte istihdam eden işverenler işçiye karşı müteselsilen sorumludur; işçi ücret ve diğer haklarını birlikte istihdam eden her işverenden talep edebilir¹⁹⁰. Yargıtay da; işçiyi birlikte istihdam eden işverenlerin, işçilik alacaklarından müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği görüşündedir.

"...Davalılar arasındaki birlikte istihdam olarak adlandırılabilir bir ilişkinin varlığı halinde davalıların müştereken müteselsilen sorumlu olduğuna dair karar verilmelidir. Belirtilen yönlerden gerekli inceleme yapılarak gerektiği takdirde

¹⁸⁹ YARGITAY, 9. H.D., E.2006/20150, K.2006/29336, T.06.11.2006, www.kazanci.com, 05.02.2010.

¹⁹⁰ SÜZEK, İşveren, s.22.

birlikten ek hesap raporu alınmak suretiyle bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir...¹⁹¹".

"... İş sözleşmesinin bağımlılık unsuru yönünden gerekli araştırma da yapılmalı ve davacının davalı şirket ile dava dışı kamyon sahibi tarafından birlikte istihdam edilip edilmediği açıklığa kavuşturulmalıdır. Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçiminde işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbirleriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Bu hizmetlerin, kısmi süreli iş ilişkisinin varlığına imkan verecek şekilde ayrıştırılması da mümkün değilse, "birlikte istihdam" olarak adlandırılacak bir çalışma şekline söz edilebilecektir. Bu gibi bir ilişkide, işçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisi vardır. Dairemiz uygulamasına göre işverenlerin tamamı işçilik haklarından sorumludur. Ancak ücretin işverenlerin biri yada birkaçı tarafından ödenmesi mümkündür. Zira, iş ilişkisinde ücretin üçüncü kişi tarafından ödenmesi dahi mümkün olduğundan, işverenlerden birinin diğer işverenler adına bu ödemeyi yapması olanaklıdır. Birlikte istihdamın bulunduğu bir ilişkide ücretler ayrı ayrı

¹⁹¹ YARGITAY, 9.H.D., E.2007/18646, K.2007/24476, T.17.07.2007, www.kazanci.com, 05.02.2010; Aynı yönde, YARGITAY, 9.H.D., E.2007/27903, K.2009/1259, T.03.02.2009, ÇİL, s.634-635, "...Davacı işçi yönünden ücret ve primler davalı Okul Aile Birliği tarafından yatırılmış olsa da, iş görme edimi her iki davalı işverene karşı yerine getirilmiştir. Davalılar arasında davacı işçinin çalıştırılması noktasında amaç ve menfaatte birlik söz konusudur. Davacının iş görme ediminin her bir işveren yönünden kısmi süreli iş ilişkisi biçiminde ayrıştırılması da mümkün değildir. Davacı aynı anda aynı işverenlere karşı iş görme edimini yerine getirmiştir. Bu bakımdan taraflar arasında birlikte istihdam olarak adlandırılacak bir ilişkinin varlığı kabul edilmelidir. Buna göre davaya konu işçilik alacaklarından her iki davalının müşterek müteselsil sorumluluğuna gidilmesi gerekirken, davalı Bakanlık yönünden husumet yokluğu sebebiyle davanın reddi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir... "; YARGITAY, 9.H.D., E:2007/2624, K.2007/30654, T.17.10.2007, www.kazanci.com, 05.02.2010, "... Davacının 1.12.1997 tarihinde davalılardan K ... Apartmanı işyerinde kapıcı olarak çalışmaya başladığı bu işyerindeki çalışmalarını devam ederken 1.10.2001 tarihinde komşu O ... Apartmanı yönetimi ile K. ... Apartman yöneticileri arasında yapılan protokolde davacının her iki apartmanın birlikte hizmet vermesinin ücretinin bir kısmının K ... bir kısmının da Özmen apartmanı tarafından karşılanmasının sigorta kayıtlarının K ... apartmanı tarafından ödenmeye devam etmesinin kararlaştırıldığı ve aktin feshedildiği 13.1.2004 tarihine kadar davacının protokol gereği her iki davalı apartmana birlikte hizmet verdiği başka bir anlatımla 1.10.2001 - 13.1.2004 tarihleri arasında davacının her iki davalı tarafından birlikte istihdamının söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Davacının bu çalışma şekline göre davalılardan K ... apartman işyerinin 1.12.1997 - 1.10.2001 tarihleri arasında geçen çalışmalardan doğacak işçilik alacaklarının tümünden (asgari ücrete göre belirlenecek) tek başına sorumlu tutulmalıdır. 1.10.2001 13.1.2004 tarihleri arasında birlikte istihdam söz konusu olacağından bu dönem için doğacak alacaklardan her iki davalı müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmalıdır. Mahkemenin açıklanan bu esaslara göre davalıların sorumluluklarını belirleyerek sonuca gitmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır... "

işverenler tarafından ödendiğinde ortada tek bir iş ilişkisi olmakla, ücretlerin toplamı üzerinden sigorta primi ödenmesi ve iş sözleşmesinin feshine bağlı ortaya çıkabilecek olan ihbar, kıdem tazminatı ile izin ücretinin bu ücretlerin toplamı üzerinden hesaplanması gerekir. Birlikte istihdamın varlığı halinde ihbar ve kıdem tazminatı ile diğer tüm işçilik alacaklarından her iki işveren birlikte sorumludur...¹⁹²".

Şirket topluluğu bünyesindeki bağlı şirketlerde birlikte istihdam edilen işçiler bakımından, iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanmanın bir koşulu olan 30 işçi koşulunun nasıl değerlendirileceği de önem taşımaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin ilk fıkrası doğrultusunda; *"Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır"*. İşverenler arasında birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda; işçi aynı anda birden fazla işverene hizmet etmekle birlikte, tek bir iş ilişkisinin varlığından hareketle aynı şirket topluluğundaki işçilerin toplam sayısı üzerinden işçi sayısı hesaplanmalı; iş güvencesinden yararlanmaya ilişkin diğer koşulların da varlığı halinde, işçi sayısının 30'un üzerinde olduğu durumlarda işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmalıdır. Yargıtay da birlikte istihdamın söz konusu olduğu hallerde işçi sayısının şirket topluluğundaki tüm işçiler hesaba katılarak hesaplanması gerektiği görüşündedir. Bu durumda; birlikte istihdam edilen işçinin, iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı hakkında değerlendirme yapılırken işçi şirket topluluğu içerisindeki bütün şirketlere hizmet ediyorsa tüm şirket topluluğundaki şirketlerde çalışan işçilerin sayısı hesaba katılacak; şirket topluluğu içindeki bir bağlı şirkette istihdam edilen işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı hakkında değerlendirme yapılırken ise, kural olarak aynı şirket topluluğu içerisindeki tüm bağlı şirketlerde çalışan işçi sayısı hesaba katılmayacağından, o bağlı şirkette çalışan ve birlikte istihdam edilen işçilerin sayısı hesaba katılarak 30 işçi koşulu değerlendirilecektir.

¹⁹² YARGITAY, 9.H.D., E.2007/26179, K.2008/33761, T.16.12.2008,ÇİL, s.635-637.

"... Özellikle gurup 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 edimin; işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı binanın girişinde verilen güvenlik hizmetleri, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, işçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisi vardır ve 30 işçi kıstasında tüm çalışanların, bir başka anlatımla tüm grup şirketlerindeki işçilerin toplam sayısının dikkate alınması gerekir... Buna göre iş güvencesinden yararlanma için gerekli olan 30 işçi sayısı ile işe iade hükmünün hangi işveren üzerinde kurulması gerektiği konulan ele alınmalı ve bu yönde bir karar verilmelidir...¹⁹³".

"...Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada... tüm şirketlere hizmet veren işçiler ile sadece davalı şirkete hizmet veren işçilerin 30 işçi kıstasında dikkate alınması gerekir. İşçi tüm şirketlere hizmet ediyor ise, o zaman tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır...¹⁹⁴".

Birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olmadığı durumlarda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasının gerektiği haller ve şirketler arasında organik bağın bulunduğu haller haricinde, şirket topluluğu içerisindeki diğer bağlı şirketlerde çalışan işçilerin; sadece kendi işverenine hizmet etmesi olgusundan hareketle, işçi sayısının hesaplanması sürecinde diğer şirketlerde istihdam edilen işçilerin dikkate alınması geniş bir yorum olacaktır. İşçi sayısı sadece işçinin iş

¹⁹³ YARGITAY, 9.H.D., E.2006/29128, K.2007/441, T.23.01.2007, www.kazanci.com, 05.02.2010; Aynı yönde; YARGITAY, 9.H.D., E.2006/29351, K.2007/1018, T.29.01.2007, www.kazanci.com, 25.05.2010.

¹⁹⁴ YARGITAY, 9.H.D., E.2007/27699, K.2008/6006, T.24.03.2008, Çalışma ve Toplum Disk/Birleşik Metal İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Y.2008/3, S.18, s.311-315; YARGITAY, 9.H.D., E.2008/28790, K.2009/14187, T.25.05.2009, www.kazanci.com, 05.02.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2008/36332, K.2009/14724, T.26.05.2009, www.kazanci.com, 20.05.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2008/44450, K.2009/26634, T.12.10.2009, www.kazanci.com, 28.05.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2009/247, K.2009/37746, T.18.12.2009, www.kazanci.com, 28.05.2010.

ilişkisi içerisinde olduğu işveren bakımından hesaplanmalıdır. Yargıtay 2006 tarihli bir kararında; şirket topluluğu içerisindeki bağlı şirketlerin ayrı tüzel kişiliklere sahip olmasından hareketle, birlikte istihdam ilişkisini ayrık tutarak, işçi sayısının davacı işçinin istihdam edildiği davalı şirkete ait işyerine göre belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır.

"...Davacının çalıştığı işyerinin ait olduğu şirketin dava dışı Kibar Holding A.Ş.e bağlı bir şirket olduğu, aynı Holding bünyesinde toplam 18 şirketin yer aldığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren, işyerinde toplam 3 işçinin çalıştığını, bu nedenle davacının işe iade davası açma hakkının bulunmadığını ileri sürmüştür. Holding içinde yer alsa da davalı şirketin gerek Holding, gerek aynı Holding içinde yer alan diğer şirketler karşısında farklı bir tüzel kişilik olduğu açıktır. Bu nedenle 30 işçi sayısı öncelikle davalı şirkete ait işyeri veya işyerlerine göre belirlenmesi gerekir. Adı geçen Holding ve bağlı olan diğer şirketlere ait işyerleri kural olarak davalı şirkete ait değerlendirilemez. Ancak, davacının Holding ve diğer şirketler tarafından "birlikte istihdam" edildiği söz konusu ise bu durumda, diğer şirketlere ait işyerlerindeki işçi sayısı da göz önünde bulundurulabilir. Mahkemece bu husus araştırılmadan diğer şirketlere ait işyerlerinde çalışan işçi sayılarının da 30 işçi kıstasında dikkate alınmış olması doğru değildir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır...¹⁹⁵".

Şirket topluluğu içerisindeki farklı bağlı şirketler tarafından istihdam edilen işçinin kıdemini birlikte istihdam ilişkisinden etkilenip etkilenmeyeceği hususu da önem taşımaktadır. İşçinin bilgisi dışında işe giriş çıkışlarının yapılması ya da fiilen çalıştığı bağlı şirketten başka bir bağlı şirket üzerinden sigortalı gösterilmesi durumları şirket toplulukları bakımından söz konusu olabilmektedir. Birlikte istihdam edilen işçinin kıdem süresinin ve kıdem tazminatının hesaplanması bakımından; şirketler arasındaki hukuki ilişki ve organik bağın varlığı hukuki sorumluluk sınırları bakımından da belirleyici nitelik taşımaktadır. Yargıtay'ın birlikte istihdam ile kıdem tazminatı ilişkisini konu alan kararları incelendiğinde; kural olarak farklı tüzel kişiliklere haiz, şirket topluluğu içerisindeki bağlı şirketlerde geçen çalışmaların birleştirilemeyeceği vurgusu yapılmakta ancak birlikte istihdam

¹⁹⁵ YARGITAY, 9.H.D., E.2006/4637, K.2006/7154, T.21.03.2006, www.kazanci.com, 25.05.2010.

ayrık tutulmaktadır. Doktrinde ise; kural olarak aynı şirket topluluğu içerisindeki farklı bağlı şirketlerde geçen sürelerin birleştirilemeyeceği ve fakat şirket topluluklarının; ihtiyaçlara ve insan kaynaklarının kullanımındaki prensiplerine uygun olarak, topluluk içinde geçen çalışmalar bakımından kıdeme bağlı hakların, çalışma tek işveren nezdinde geçermişçesine birleştirilmesi gibi tedbirler almasının, kurum içi personel yönetmelikleri ile mümkün olduğuna dikkat çekilmektedir¹⁹⁶. Birlikte istihdam ilişkisinin var olduğu durumlarda durumun özellik arz ettiği ise Yargıtay tarafından da ifade edilmekte; işverenler arasındaki iş sözleşmesi devri, birlikte istihdam, işyeri devri gibi hususların araştırılması gerektiği vurgusu yapılmaktadır. Kararlar incelendiğinde; önceki tarihli kararlarda; aralarında organik bağ bulunan işverenler bakımından birlikte sorumluluğun benimsendiği, sonrasında organik bağdan hareketle sonuca ulaşılamayacağı yönünde karar verildiği, daha sonraki tarihli kararlarda iş sözleşmesi devri, birlikte istihdam, işyeri devri gibi hususların araştırılması gereği ifade edilmiştir. Netice itibarıyla; işçinin yasal alacaklarına daha çabuk kavuşabilmesi amacı ile ilk içtihadı dönüş yapılmış; organik bağ olgusu temel alınarak, organik bağın varlığı halinde hizmet süreleri birleştirilmiş ve işverenlerin birlikte sorumluluğu yoluna gidilmiştir.

Birlikte istihdam kavramına açıkça değinilmeksizin; karardan anlaşıldığı üzere birlikte istihdam şeklinde çalışmanın söz konusu olduğu bir olayda Yargıtay; *"...Davacı aynı holdinge bağlı 6 şirkette 1.4.1982'de muhasebe müdürü olarak işe başlamış ve 16.5.1984 tarihine kadar çalıştıktan sonra bu tarihte iş akdi feshedilmiştir. Davacı bu 6 şirket hakkında ayrı ayrı dava açarak her birinden ayrı ayrı ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin parası, ikramiye ve ödenmeyen ücretini istemiştir. Mahkemece şirketler hakkında açılan davalarda kıdem tazminatı hesabında tavan sınır gözetilmek suretiyle şirketlerden aldığı ücretlere göre dava konusu haklar ayrı ayrı tesbit edilerek hüküm altına alınmıştır. Davacının holdinge bağlı 6 şirketin muhasebe işlerini günün normal saatleri içinde yaptığı anlaşılmaktadır. Esasen bu konuda uyuşmazlık yoktur. Böylece günlük normal mesaisinin 6 şirketin muhasebe işlerine bölünmek suretiyle ifa edildiği görülmektedir. Böyle olunca her bir şirketin kendisine ait işin yapılması için geçecek süreyle orantılı*

¹⁹⁶ EKONOMİ, İşçi İşveren İlişkileri, s.10.

olarak bu haklardan sorumlu tutulması icap eder. Ancak bu hesap tarzı sonucu değiştirmeyeceğinden ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin parası, ikramiye ve ücret alacağına ilişkin olarak hüküm altına alınan miktar doğrudur. Kıdem tazminatına gelince; İş Kanunu'nun 14'üncü maddesi hükmüne göre aynı çalışma süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı ödenmez ve ödenecek kıdem tazminatının da tavan sınırı geçmemesi gerekir. Şu halde, kıdem tazminatı yönünden yapılacak iş yukarıda açıklanan kural gereğince davacının günlük mesaisinden davalı şirkete isabet eden çalışma süresine göre ve 6 şirketten aldığı ücretleri toplamı ve tavan sınırında gözetilmek suretiyle bulunacak tek bir kıdem tazminatı tutarından davalıya isabet edecek miktara karar vermekten ibarettir. Aynı süre için bir defadan fazla ve tavan sınır aşılacak şekilde kıdem tazminatı hesabiyle hüküm tesisi doğru değildir...¹⁹⁷" ifadelerini kullanarak; birlikte istihdam edilen işçinin kıdem tazminatından, şirket topluluğu içinde yer alan şirketlerin işçiyi çalıştırdığı süre ile orantılı olacağı yönünde hüküm tesis etmiştir.

III. Şirket Topluluklarında İşin Görülmesi Yönünden Ortak Çalışma Yerlerinin Kullanımı

Şirket topluluğu bünyesinde organizasyonel bütünlüğün sağlanması ve bir takım ekonomik nedenler göz önünde bulundurularak işin görülmesi bakımından ortak çalışma yerlerinin kullanımı söz konusu olabilmektedir. Şirket topluluklarında işin görülmesi bakımından ortak çalışma yerlerinin kullanımı bazı hallerde birlikte istihdam ilişkisini de beraberinde getirmektedir. Bağlı şirket ve ana şirket bünyesinde istihdam edilen işçilerin işin görülmesi yönünden ortak çalışma yerlerini kullanması neticesinde; ana şirket bünyesinde çalışan işçilere bağlı şirket işlerinin de gördürülmesi, ana şirkete ait işyerinde bağlı şirketin ayrı bir işyeri oluşturmaksızın çalıştırdığı irtibat personeline ana şirketin işlerinin de gördürülmesi gibi hallerde birlikte istihdam ilişkisi söz konusu olmaktadır. Ortak çalışma yerlerinin kullanımı halinde işçinin hangi işverene/işverenlere karşı iş görme edimini ifa ettiği göz önünde bulundurulmalı ve bu doğrultuda birlikte istihdam ilişkisinin varlığı değerlendirilmelidir.

¹⁹⁷ YARGITAY, 9.H.D., E.1987/4243, K.1987/4582, T.05.05.1987, TUNCAY, Karar İncelemesi, s.21-22.

Ortak çalışma yerlerinin kullanımı şirket toplulukları bakımından ana şirkete ait işyerinde (şirket topluluğu temsilcilik işyerinde) bağlı şirketin ayrı bir işyeri oluşturması, ana şirkete ait işyerinde ya da ana şirkete ait irtibat bürolarında istihdam edilen işçilere bağlı şirket işlerinin de gördürülmesi, bağlı şirket için ayrı bir işyeri oluşturulmaksızın ana şirkete ait işyerinde bağlı şirketin irtibat personeli çalıştırılması şeklinde görülebilmektedir¹⁹⁸.

1. Ana Şirkete Ait İşyerinde Bağlı Şirketin Ayrı Bir İşyeri Oluşturması

Şirket topluluğu bünyesinde yer alan, yönetsel ve organizasyonel açıdan ana şirkete bağımlı olan bağlı şirketlerin ayrı bir işyerine gereksinim duymadığı durumlarda mekan olarak ana şirketin işyeri örgütlenmesini gerçekleştirdiği binada örgütlenmesine engel bulunmamaktadır. Bağlı şirket bakımından böylesine bir yapılanmanın ekonomik açıdan tasarruflu olduğu da açıktır¹⁹⁹. Bu durumda işyeri örgütlenmesi bakımından daha geniş mekana ihtiyaç duymayan bağlı şirketler ayrı bir işyeri açmaksızın ana şirketin işyeri örgütlenmesini gerçekleştirdiği mekanın kendisine ayrılan bölümünde faaliyetlerine devam edebilecektir. Ana şirkete ait işyerinde bağlı şirketin ayrı bir işyeri oluşturması halinde bağlı şirket bünyesinde istihdam edilen işçilerin iş görme edimlerini sadece bağlı şirkete karşı ifa etmeleri halinde; sırf ana şirkete ait işyerinde iş görme edimini ifa ediyor olmalarından hareketle birlikte istihdam ilişkisinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

2. Ana Şirket Tarafından İstihdam Edilen İşçiye Bağlı Şirket İşlerinin Gördürülmesi

Ana şirkete ait işyerinde ya da ana şirkete ait irtibat bürolarında, ana şirket tarafından istihdam edilen işçiye bağlı şirket işlerinin de gördürülmesi mümkün olabilmektedir. Şirket topluluğu, iş organizasyonunun gerektirdiği durumlarda ana şirket merkezi haricinde yapılanmalara gidilmesi neticesinde irtibat büroları açılabilir. Bu doğrultuda; irtibat bürolarının açıldığı yerlerde bağlı şirketler

¹⁹⁸ EKONOMİ, İşçi İşveren İlişkileri, s.12.

¹⁹⁹ EKONOMİ, İşçi İşveren İlişkileri, s.12.

bakımından da bir takım ihtiyaçlar söz konusu ise ayrı bir işyeri örgütlenmesi içine girmeksizin, ana şirket ile iş sözleşmesi akdeden irtibat bürosu personeline bağlı şirket işlerinin de gördürülmesi mümkün olabilmektedir²⁰⁰. Böylelikle bağlı şirket hem ayrı bir işyeri örgütlenmesine gitmemiş olmakta hem de işlerini gören ana şirkete ait işyerinde çalışan personel ya da ana şirkete ait irtibat bürosunda çalışan personel ile ayrı bir iş sözleşmesi akdetmemiş olmaktadır. Ana şirket tarafından istihdam edilen işçiye bağlı şirket işlerinin gördürülmesi halinde; ana şirkete ait işyerinde ya da ana şirkete ait irtibat bürosunda çalışan işçiler hem kendi işlerine devam etmekte hem de bağlı şirketin işlerini yapmaktadır. Bu doğrultuda işçi; ana şirket ve bağlı şirket tarafından birlikte istihdam edilmiş olmaktadır.

3. Ana Şirkete Ait İşyerinde Bağlı Şirketin Ayrı Bir İşyeri Oluşturmaksızın İrtibat Personeli Çalıştırması

Ana şirkete ait işyerinde bağlı şirketin ayrı bir işyeri oluşturmaksızın irtibat personeli çalıştırması durumu; ana şirkete ait işyerinde çalışan işçiye bağlı şirket işlerinin gördürülmesine benzetmekle birlikte, bağlı şirkete ait işleri yürüten işçinin işvereni bakımından farklılık arz etmektedir. Ana şirkete ait işyerinde çalışan işçiye, bağlı şirketin işlerinin gördürülmesi durumunda bağlı şirketin işlerini yürüten işçi ana şirket ile iş sözleşmesi yapmakta iken; ana şirkette bağlı şirketin irtibat personeli çalıştırması durumunda irtibat personeli zaten bağlı şirketin işçisi olup sadece yönetim organizasyonun gerektirdiği ihtiyaçlar doğrultusunda ana şirkete ait işyerinde iş görme edimini ifa etmektedir²⁰¹. İşçinin; bağlı şirkete karşı iş görme edimini ifa ettiği, ana şirketin işyerinin sadece mekan olarak kullanıldığı durumlarda birlikte istihdam ilişkisi bulunmamakla birlikte; işçinin sadece bağlı şirkete değil ana şirkete ya da başkaca bağlı şirketlere karşı da iş görme edimini ifa ettiği durumlarda birlikte istihdam ilişkisinin varlığından söz edilebilecektir. Önemli olan işçinin mekansal olarak nerede bulunduğu değil, kime/kimlere karşı iş görme edimini ifa ettiği'dir.

²⁰⁰ EKONOMİ, İşçi İşveren İlişkileri, s.12.

²⁰¹ EKONOMİ, İşçi İşveren İlişkileri, s.13.

IV. Birlikte İstihdam Kavramının Diğer Üçlü İş İlişkilerinden Farkı

Birlikte istihdam; üçlü iş ilişkileri olarak adlandırılan alt işverenlik, geçici iş ilişkisi ve iş sözleşmesinin devri kavramlarından farklılık arz etmektedir.

Birlikte istihdam ile alt işverenlik kavramı iş görme ediminin kime/kimlere karşı ifa edildiği, talimat verme yetkisini elinde bulunduran kişi, ilişkinin kurulabileceği hallerin kanunla sınırlandırılmış olması gibi haller bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Alt işverenlik kavramı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan 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"*. Birlikte istihdam halinde işçi iş görme edimini kendisini birlikte istihdam eden işverenlere karşı ifa eder ve tüm işverenler işçiye talimat verebilir. Ayrıca birlikte istihdam ile ilgili olarak hukukumuzda yasal düzenleme bulunmadığından; birlikte istihdam ilişkisinin kurulabileceği haller bakımından bir sınırlama da getirilmiş değildir. Oysa alt işveren-asıl işveren ilişkisinin kurulabileceği haller kanunla sınırlandırılmıştır. Alt işverenlik ilişkisinde sözleşmesel olarak alt işverene bağlı olan işçiler; asıl işverene ait işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde, sadece asıl işverenin işine tahsis edilerek²⁰², alt işverenin yönetiminde çalışmaktadırlar²⁰³. Ayrıca işverenin/işverenlerin sorumluluğu bakımından, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde alt işverenlik ilişkisinde asıl işverenin de alt işverenle birlikte sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Birlikte istihdam açısından ise düzenleme boşluğu bulunmakta; konu Yargıtay içtihatları ve doktrindeki görüşler doğrultusunda zenginleşmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenen geçici iş ilişkisi ise; bir işverenin kendisine bağlı işçisinin rızasını almak koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devredilmesi anlamını taşımaktadır. Anılan maddeye göre; *"İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı*

²⁰² SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul, 2006, (İş Hukuku), s. 141-142.

²⁰³ SÜZEK, İş Hukuku, s. 136.

başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur". Geçici iş ilişkisinde işçi geçici iş ilişkisi kurulan işverenin nam ve hesabına çalışmaktadır Geçici iş ilişkisinde olağandan farklı olarak; işçi iş görme borcunu, iş sözleşmesi devam etmesine rağmen, kendi işvereninden başka bir işverene karşı yerine getirmektedir. İşçi esasen işverene karşı iş görme borcunu yerine getirmekle yükümlü iken, geçici iş ilişkisinde işveren işçisini iş görme edimini yerine getirmek üzere başka işverene vermektedir. Bu doğrultuda talimat verme yetkisi de geçici iş ilişkisi kurulan işverene aittir. Birlikte istihdam ve geçici iş ilişkisinin en önemli farkı; birlikte istihdam ilişkisinde herhangi bir devrin söz konusu olmamasıdır. Birlikte istihdam ilişkisinde iş görme edimi; tüm işverenlere karşı aynı anda ifa edilir. Ayrıca birlikte istihdam ilişkisine ilişkin düzenleme boşluğu bulunduğundan, geçici iş ilişkisinin aksine, ilişkinin süresine ilişkin olarak herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır²⁰⁴. Talimat verme yetkisi bakımından da geçici iş ilişkisi ve birlikte istihdam ilişkisi farklılık arz etmektedir. Geçici iş ilişkisinde talimat verme yetkisi geçici iş ilişkisi kurulan işverene aitken; birlikte istihdam ilişkisinde, işçiyi birlikte istihdam eden tüm işverenler işçiye talimat verme yetkisini elinde bulundurur.

İş sözleşmesinin devri; işçinin devir sonrasında devralan işverene karşı iş görme edimini ifa etmesini amaçlayan bir üçlü iş ilişkisidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin devrine ilişkin yasal düzenleme bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin devri ve birlikte istihdam ilişkisi iş görme ediminin ifa edildiği kişi bakımından farklılık göstermektedir. Şöyle ki; birlikte istihdam ilişkisinde iş görme edimi birlikte istihdam eden tüm işverenlere karşı aynı anda ifa edilmekteyken; iş sözleşmesinin devride iş görme edimi sözleşmeyi devralan işverene karşı ifa edilmektedir.

V. Birlikte İstihdamın Sonuçları

Birlikte istihdam ilişkisinde, her ne kadar birden fazla işverene (birlikte istihdam eden işverenlere) karşı iş görme ediminin ifa edilmesi söz konusu olsa da

²⁰⁴ SÜZEK, İşveren, s.22.

işçi ve işverenler arasında tek bir iş ilişkisi bulunmaktadır. İşverenlerin her biri talimat verme yetkisine haizdir. Doktrinde; birlikte istihdam eden işverenlerden biri bakımından ortaya çıkan haklı veya geçerli bir fesih nedeninin söz konusu olması durumunda birlikte istihdam eden işverenlerden herhangi biri tarafından da iş sözleşmesinin sona erdirebileceği ve sona ermenin tüm işverenler açısından sonuç doğuracağı yönünde bir görüş bulunmaktadır²⁰⁵. Bir diğer görüş ise birlikte istihdam halinde; birlikte istihdam eden işverenin, işçinin gerçek işvereni ile akdetmiş olduğu mevcut iş sözleşmesine katılarak birlikte işveren haline geldiğinden hareketle, iş sözleşmesinin her iki işveren tarafından birlikte feshedilmesi gerektiği yönündedir²⁰⁶. Birlikte istihdam eden işverenlerin sözleşme ile bireysel olarak fesih yetkilerini kullanabileceklerine ilişkin haklarını saklı tutmalarında bir sakınca bulunmamaktadır²⁰⁷.

Şirket topluluğu bünyesinde görülen geçici iş ilişkilerinde de sürenin aşılması halinde birlikte istihdam ilişkisi söz konusu olabilmektedir. Kural olarak geçici iş ilişkisinde sürenin aşılması halinde de; işçinin gerçek işvereni ile geçici işverenin sözleşmeye katıldığı ve işverenlerin birlikte işveren haline geldiklerinin kabulü gerekecektir²⁰⁸. Örtülü sözleşme devrinde de işçinin sözleşme devrine yönelik rızasının; sözleşmenin devredildiğine, devralan işverenin sözleşmenin tarafı haline geldiğine ve devreden işverenin sorumluluğu kalmadığına ilişkin kanaati içerdiğinin kanıtlanamadığı hallerde de birlikte istihdam ilişkisi söz konusu olmakta; durum sözleşme devri olarak değil, sözleşmeye katılma ve işverenlerin birlikte işveren haline geldiklerinin kabulü şeklinde yorumlanmaktadır²⁰⁹.

Yargıtay kararlarında birlikte istihdam ilişkisini kastederek; *"...Bu gibi bir ilişkide, işçi ve işverenler arasında tek bir iş ilişkisi vardır ve 30 işçi kıstasında tüm çalışanların, bir başka anlatımla tüm grup şirketlerindeki işçilerin toplam sayısının*

²⁰⁵ ÇANKAYA/ÇİL, s.272.

²⁰⁶ ULUCAN, İki Ayrı Sözleşme, s.502; Birlikte istihdam halinde işverenlerin birlikte işveren haline geldikleri yönünde bkz. ALP, Sorunlar, s.196-198, 207; ALP, Sözleşmenin Devri, s.310, 314; İşverenlerin iş akdini birlikte feshetmeleri ve işçinin de sözleşmeyi işverenlerin tümüne karşı feshetmesi gerektiği yönünde bkz. SÜZEK, İşveren, s.22.

²⁰⁷ ULUCAN, İki Ayrı Sözleşme, s.503.

²⁰⁸ ENGİN, Murat, Ödünç İş İlişkisi, İHD C.I, (Ödünç İş), s.335,353; DEMİR, Fevzi, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, İzmir, 2005, (İş Hukuku Uygulaması), s.58; ULUCAN, İki Ayrı Sözleşme, s.502; ALP, Sorunlar, s.196, 207; ALP, Sözleşmenin Devri, s.314.

²⁰⁹ ALP, Sorunlar, s.197-198, 207; ALP, Sözleşmenin Devri, s.310.

*dikkate alınması gerekir...*²¹⁰ ifadesini kullanarak birlikte istihdam ilişkisi içinde olan işverenleri tek işveren kabul etme eğilimindedir.

Birlikte istihdam eden işverenlerin adeta tek bir işveren olarak değerlendirilmesi durumu işbu işverenlerin hem işçinin ücretinden hem de işçilik alacaklarından birlikte sorumlu tutulmalarını beraberinde getirmektedir. Birlikte istihdam ilişkisinin varlığı halinde işçi işçilik alacaklarını; birlikte sorumluluk esasları doğrultusunda her iki işverenden de isteyebilecektir²¹¹. Bu doğrultuda; işçiye birlikte istihdam eden işverenlerin ayrı ayrı ücret ödediği durumlarda ücret toplamı değerlendirilmeli; sigorta primleri ve kıdem tazminatı tavanı gibi işçilik alacakları da toplam ücret üzerinden hesaplanmalıdır.

²¹⁰ YARGITAY, 9.H.D., E.2006/29128, K.2007/441, T.23.01.2007, www.kazanci.com, 05.02.2010; Aynı yönde, YARGITAY, 9.H.D., E.2006/29129, K.2007/442, T.23.01.2007, www. kazanci.com, 05.02.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2006/29351, K.2007/1018, T.29.01.2007, www. kazanci.com, 05.02.2010.

²¹¹ ULUCAN, İki Ayrı Sözleşme, s.501.

Ş4. GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ

I. Geçici İş İlişkisi Kavramı

Geçici iş ilişkisi ²¹² 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenmektedir. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre; *"İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. 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 vermeye yükümlüdür"*. Bu

²¹² Geçici iş ilişkisi ile ilgili açıklamalar için bkz., TUNCAY, Karar İncelemesi, s.26; ENGİN, İşveren, s.91-116; AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara, 1995, (Ödünç İş); AKINTÜRK TÜRKMEN, Hülya, İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiye Devri: Ödünç İş İlişkisi, Yargıtay Dergisi, C.25, S.1-2, Ocak-Nisan 1999, s.130-149; SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Türleri, MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Mercek Dergisi, Nisan 2001, (İş Akdinin Türleri), s.17-35; EKONOMİ, İşçi İşveren İlişkileri, s.13-17; BAŞBUĞ, Aydın, İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Mayıs/Ağustos 2003, s.13-15; TUNCAY, Can, İş Kanunu Tasarısı'ndaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi, MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Mercek Dergisi, Nisan 2003, (Eleştiri), s.56-75; DEMİR, Fevzi, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri, MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Mercek Dergisi, Temmuz 2003, (Yenilikler), s.98-100; EYRENCİ, Öner, 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y.2004, S.1, s.29-31; EKMEKÇİ, Ömer, 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y.2004, S.2, (Geçici İş İlişkisi) s.367-382; ENGİN, E.Murat, Üçlü İş İlişkileri (Tebliğ Metni), Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, III. Yılında İş Yasası, 21-25 Eylül 2005, Bodrum, (Geçici İş İlişkisi), s.20-26; SÜZEK, İş Hukuku, s.228-240; ÇELİK, İş Hukuku, s.94-100; ÇANKAYA/ÇİL, 143-174; İNCİROĞLU, Lütfi, Güncel Yargıtay Kararları Işığında Açıklamalı Yeni İş Kanunu, İstanbul, 2006, s.89-98; KESER, Hakan, İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansımaları, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y.2006, S.9, s.65-109; USLU, Murat, Ödünç İş İlişkisine Dair Sorunlar ve Basın İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, C.9, Y.2007, s.331-353; ODAMAN, Serkan, Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul, 2007, (Ödünç İş İlişkisi); ODAMAN, Serkan, Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi, MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Sicil Dergisi, Y.3, S.10, (Sona Erme), s.25-51; EKMEKÇİ, Ömer, Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi (Tebliğ Metni), Legal Vefa Toplantıları II Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı "Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler", İstanbul, 2008, (Sona Erme), s.100-119; CANIKLIOĞLU, Nurşen, Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları, (Tebliğ Metni), Legal Vefa Toplantıları II Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı "Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler", İstanbul, 2008, (Tebliğ), s.121-155; ÇİL, s.152-156; ÖZKARACA, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008, s.103-113.

doğrultuda geçici iş ilişkisi; bir işverenin kendisine bağlı işçisini, rızasını almak koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi anlamını taşıyan üçlü bir iş ilişkisidir²¹³.

Geçici iş ilişkisi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesi ile yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. 1475 sayılı İş Kanunu'nda geçici iş ilişkisine ilişkin hüküm bulunmamaktaydı. Bu nedenle; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 320. maddesinde yer alan "*Hilafı mukaveleden veya halin icabından anlaşılmadıkça içi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmaya mecbur olup başkasına devredemez. İş sahibinin dahi hakkını devredebilmesi aynı kayıtlara tabidir*" düzenlemesi doğrultusunda geçici iş ilişkisinin sınırları belirlenmekteydi. Doktrinde; maddede geçen halin icabı ifadesinden; işyerinin devredilmesi, işverenin kişiliğinin değişmesi gibi hallerin anlaşılması gerektiği; işyeri devri ya da işveren değişikliği hallerinde işçinin rızası aranmaksızın işin görülmesini isteme hakkının yeni işverene geçeceği ifade edilmekteydi²¹⁴. 4857 sayılı İş Kanunu'nun hazırlanması döneminde bilim komisyonunun hazırlamış olduğu tasarı metninde "*ödünç iş ilişkisi*" terimi kullanılmış fakat bu terim işçiyi meta olarak çağrıştırdığından cihetle ifade "*geçici iş ilişkisi*" şeklinde yasalaşmıştır²¹⁵. İşverenler tarafından sorumsuz işçi çalıştırılmasına mahal verebilecek olan geçici iş ilişkisinin; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmesi, sınırlarının çizilmesi ve aykırılık hallerinin yaptırımının belirtilmesinin son derece faydalı olduğu doktrinde de vurgulanmıştır²¹⁶.

Geçici iş ilişkisinin tarafları; işveren, işçi ve geçici işverendir²¹⁷. İşverenin gerçek veya tüzel bir kişi veyahut bağımsız bir kişiliği olmayan bir kamu kurum veya kuruluşu olmasına engel yoktur²¹⁸. İşçi esasen işverene karşı iş görme borcunu yerine getirmekle yükümlü iken, geçici iş ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde, olağandan farklı olarak; işçi iş görme borcunu kendi işvereninden başka bir işverene karşı

²¹³ EKONOMİ, İşçi İşveren İlişkileri, s.14.

²¹⁴ SÜZEK, İş Akdinin Türleri, s.31-32; Aksi yönde, AKYİĞİT, Ercan, İş İlişkisinin Bireysel Devri, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kasım 2001, (Karar İncelemesi), s.47.

²¹⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.229; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.368.

²¹⁶ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.368.

²¹⁷ Geçici iş ilişkisinin tarafları ve taraflar arasındaki hukuki ilişkilere ilişkin açıklamalar için bkz. AKYİĞİT, Ödünç İş, s.83-125.

²¹⁸ BECKER, F./ KREIKEBAUM, H., Zeitarbeit -gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung-, Band 1,2. Aufl., Wiesbaden, 1982, s.41'den Aktaran AKINTÜRK TÜRKMEN, s.135, dpn.23.

yerine getirmektedir. İşveren işçisini iş görme edimini yerine getirmek üzere başka işverene vermektedir. Böylelikle işçi geçici iş ilişkisinin kurulduğu hallerde işçi; geçici iş ilişkisinin süresi ile sınırlı olarak geçici işverenin nam ve hesabına çalışmaktadır²¹⁹. İşçinin başka işverene ait işyerinde çalışması geçici iş ilişkisi bakımından tek başına yeterli değildir. İşçi başka bir işverene ait işyerinde ve fakat kendi işvereni nam ve hesabına çalışmaya devam ediyorsa geçici iş ilişkisinin varlığından söz edilemez²²⁰.

Geçici iş ilişkisi; gerçek anlamda geçici iş ilişkisi, yani meslek edinilmemiş şekilde işçi verme ve gerçek olmayan anlamda geçici iş ilişkisi, yani meslek edinilmiş şekilde işçi verme olarak ikiye ayrılabilir²²¹. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde, işçinin istihdamındaki niyet ön plana çıkmakta; işveren işçiyi hiçbir şekilde kendi işyerinde çalıştırma amacı taşımaksızın, sadece başka işverenlere, bir ücret karşılığında ve düzenli olarak devretme amacı gütmektedir²²². Hukukumuzda geçici işçi teminin meslek olarak yürütülmesine izin verilmemektedir²²³. 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan ve incelenecek olan gerçek anlamda geçici iş ilişkisidir.

Geçici iş ilişkisi; işverenin vasıflı bir işçiden yararlanma ihtiyacının ortadan kalkması fakat başka bir işverenin, bir donanımın veya sistemin faaliyete geçirilmesi gibi sebeplerle, o vasıflı iş gücüne ihtiyaç duyması; şirket toplulukları bakımından, topluluğun güvenini kazanmış üst düzey bir yöneticiye, yeni yapılanma ya da kritik bir süreçte şirket topluluğu içerisindeki bir başka bağlı şirketin ihtiyaç duyması; iş gücü fazlası ortaya çıkan hallerde işverenin, hizmet sözleşmesini sona erdirmek yerine işçisini başka bir işverene vermesi; işçinin çeşitli yerlerde çalışması sağlanarak yetiştirilmesi veya bir işverenin ilişkili bulunduğu başka bir işveren

²¹⁹EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.367; EKMEKÇİ, Sona Erme, s.101.

²²⁰EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.367; EKMEKÇİ, Sona Erme, s.101.

²²¹ AKINTÜRK TÜRKMEN, s.134; EKMEKÇİ, Sona Erme, s101-102.

²²² AKINTÜRK TÜRKMEN, s.134; Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi hakkında bilgi için bkz. AKYİĞİT, Ödünç İş, s.41-48; ALPAGUT, Gülsevil, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlamadan Teşvike, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005, (Geçici İş İlişkisi), s.261-278; ALPAGUT, Gülsevil, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y.2006, S.10, (Karar İncelemesi), s.569-584.

²²³ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.369.

yanında güvendiği bir işçisini bulundurmamak istemesi gibi çeşitli amaçlarla geçici sürelerle sınırlı olarak kurulabileceği ifade edilmektedir²²⁴.

Geçici ilişkisi işveren, geçici işveren ve işçi arasında kurulan, üçlü bir sözleşmesel ilişkidir²²⁵. Geçici iş ilişkisinin karakteristik özelliği üç hukuk sujesinin katılımında kendisini göstermekte, üç taraf arasında sözleşme kompleksi bulunmakta ve fakat üç taraflı ilişkideki sözleşmesel bağlılık sadece iki taraflı olarak ortaya çıkmaktadır²²⁶. Bu ilişkiler; işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi ve işveren ile geçici işveren arasındaki geçici işçi sağlama sözleşmesidir²²⁷. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 320. maddesinin ikinci fıkrası gereği kural olarak işin görülmesini isteme hakkı işverene ait olmakla birlikte²²⁸; işçi sağlanmasına yönelik geçici işçi sağlama sözleşmesinin akdedilmesi sonrasında geçici iş ilişkisi kurulmuş olmakta ve işin görülmesini isteme hakkı geçici işverene geçmektedir. Karşılıklı borç doğuran bir sözleşme niteliği taşıyan geçici işçi sağlama sözleşmesi hukuki nitelik açısından yasada düzenlenen sözleşme tiplerinden herhangi birisine dahil değildir. Konusu çalışma borcuna yönelik olarak işçinin, üçüncü kişinin(geçici işveren) emrine verilmesi olan geçici işçi sağlama sözleşmesi kendisine özgü bir nitelik taşır. Geçici işçi sağlama sözleşmesi ile işverenin, işin görülmesini isteme alacağını geçici işverene devretmesi hasebiyle bu ilişki kendine özgü (sui generis) bir alacağın temlik niteliğine haizdir²²⁹. Bu ilişkiler çerçevesinde geçici işveren ile işçi arasında herhangi bir akdi ilişki ortaya çıkmayacağı; geçici işverenin, işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi bakımından üçüncü kişi konumunda olduğu ve işçi ile geçici işveren arasında tamamen fiili bir ilişkinin varlığından da söz edilemeyeceği belirtilmektedir²³⁰. Geçici işverenin , iş sözleşmesinin tarafı olmaması nedeniyle, sözleşmeden doğan işin görülmesini isteme hakkını temlik etme yetkisi de bulunmamaktadır ve işçinin rızası olsa dahi, işçiyi bir başka işverene geçici olarak

²²⁴ ÇELİK, İş Hukuku, s.95; SÜZEK, İş Akdinin Türleri, s.31; SÜZEK, İş Hukuku, s.229; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.369-370; USLU, s.335.

²²⁵ TUNCAY, Eleştiri, s.57; SÜZEK, İş Hukuku, s.228; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.372; EKMEKÇİ, Sona Erme, s.102; CANIKLIOĞLU, Tebliğ, s.125.

²²⁶ AKINTÜRK TÜRKMEN, s.135, 138.

²²⁷ AKINTÜRK TÜRKMEN, s.138.

²²⁸ AKINTÜRK TÜRKMEN, s.141.

²²⁹ AKINTÜRK TÜRKMEN, s.147; SÜZEK, İş Akdinin Türleri, s.32; ENGİN, Geçici İş İlişkisi, s.20-21; EKMEKÇİ, s.372; ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, s.32; Geçici işçi sağlama sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında savunulan görüşler ve eleştirileri için bkz. AKYİĞİT, Ödünç İş, s.107-118.

²³⁰ AKINTÜRK TÜRKMEN, s.138-139.

verebilmesi olanaklı değildir²³¹. Gerek iş sözleşmesi gerekse işçi devir sözleşmesi ile her iki taraf bakımından hak ve yükümlülükler doğduğundan; işçi ile geçici işveren arasındaki ilişkinin "iş ilişkisi benzeri özel bir bağlılık" olduğu görüşü de ileri sürülmektedir²³².

Geçici iş ilişkisinin kurulması sonrasında işçinin geçici işveren emir ve talimatları doğrultusunda çalışmaya başlamasıyla geçici işveren ile işçi arasında iş sözleşmesi kurulmamakta işçinin iş sözleşmesi işvereni ile devam etmektedir²³³. Nitekim bu husus 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde "...*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...*" ifadesi ile vurgulanmıştır.

1. Geçici İş İlişkisinin Kurulmasının Koşulları

Geçici iş ilişkisi ekonomik gelişmeler ve endüstriyel ilişkilerin gelişmesi ile birlikte işlerliği artan bir uygulama haline gelmiştir. Ancak; suiistimale müsait ve işçilerin aleyhine kullanılabilecek bir alan olması nedeniyle yasa koyucu tarafından belirli şartlara bağlanmıştır.

a. İşçinin Geçici Olarak Çalıştırılacağı İşe İlişkin Koşul (Benzer İşte Çalıştırılma)

4857 sayılı İş Kanunu; geçici iş ilişkisinin her işverenle ve her türlü iş bakımından kurulmasına izin vermemiş, birtakım sınırlamalar getirmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin ilk fıkrasına göre 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 getirmesi amacıyla devredilebileceği hükme bağlanmıştır.

²³¹ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.373.

²³² SOYER, M. Polat, İşçinin Bir Başka İşverenin Yanında Çalışması ve Bireysel İş Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar, Yasa Hukuk Dergisi, Mart 1980, (Başka İşveren), s.341; VOR, R., Zeitarbeit im Rechtsvergleich Deutschland-Großbritannien sowie bei Grenzüberschreitung, Diss., 1992, s.40, 49'dan Aktaran AKINTÜRK TÜRKMEN, s.139, dpn.34; AKYİĞİT, Ödünç İş, s.107 vd.; SÜZEK, İş Akdinin Türleri, s.32; SÜZEK, İş Hukuku, s.231.

²³³ BAŞBUĞ, s.13.

Kanundaki düzenleme bakımından geçici iş ilişkisinin kurulması iki şekilde söz konusu olabilecektir. Bunların ilki; işçinin "holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde" geçici olarak görev yapmasıdır. Bu durumda işçinin işveren nezdinde yaptığı iş ile geçici işveren nezdinde yaptığı işin benzerlik göstermesine gerek olmadığı ifade edilmektedir²³⁴. Ancak işçinin ne holding bünyesi içinde ne de aynı şirketler topluluğuna bağlı bir işyeri olmayan, tamamen yabancı bir işyerinde geçici olarak görev yapacak olması durumunda; işveren nezdinde yaptığı iş ile geçici işveren nezdinde yapacağı işin benzerlik göstermesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir²³⁵. Doktrinde; "benzer işte çalıştırılma" koşulunun geçici işçi teminin meslek olarak yürütülmesini engelleme maksadıyla konulmuş olduğu; olayın özelliklerine göre, işçi teminini mesleki olarak yürütme amacı güdülmeksizin, işveren yanında gerçekten çalışan işçilerin geçici olarak başka bir işverene verilmesi halinde "benzer işte çalıştırma" koşulunun gerçekleşmiş sayılması gerektiği; aksine bir yorumun amaca aykırı bir sınırlama taşıyacağı ve geçici iş ilişkisi kurulmasının feshe karşı çare olarak kullanıldığı hallerde taraf menfaatlerinin zarara uğrayabileceği düşünülmektedir²³⁶.

b. İşçinin Devir Sırasındaki Yazılı Rızası

4857 sayılı İş Kanunu'nun ödünç iş ilişkisi düzenleyen 7. maddesinin ilk fıkrasında yer alan "...İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi ... geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur..." ifadesinden işçinin devir sırasındaki yazılı rızasının geçici iş ilişkisi kurulmasının koşullarından biri olduğu anlaşılmaktadır. İşçinin devir sırasındaki yazılı rızası bulunmaksızın geçici iş ilişkisinin kurulması mümkün değildir²³⁷. İşçinin geçici iş ilişkisine razı olma mecburiyeti bulunmadığından; iş sözleşmesinin, sırf geçici iş ilişkisine rıza göstermemesi nedeniyle işveren tarafından haklı ya da geçerli nedenle feshedilebilmesi mümkün değildir²³⁸.

²³⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.230; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.370.

²³⁵ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.370.

²³⁶ EKMEKÇİ, s.370-371.

²³⁷ BAŞBUĞ, s.13; SÜZEK, İş Hukuku, s.230; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.371.

²³⁸ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.371.

İşçinin rızasının şekli ve geçici iş ilişkisinin kurulmasına ne zaman rıza verdiği de geçici iş ilişkisinin kurulması bakımından önem taşımaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin lafzından rızanın "yazılı" olarak ve "devir sırasında" alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun açık ifadesi karşısında baştan rıza alınamayacağına ilişkin tereddüt kalmamakta; önceden alınan rızanın geçerli olmadığı, hizmet sözleşmesinin kurulması anında sözleşmede yer alan, işçinin başka bir işverene geçici olarak verilebileceği yönündeki hükümlerin geçerli kabul edilmeyeceği ifade edilmelidir. Rızanın alınması gereken ana değinmek gerekirse; kanuna göre devir sırasında rızanın alınması gerektiği, önceden alınan rızanın geçerli olmadığı söylenebilir²³⁹.

Geçici iş ilişkisinin kurulmasına işçinin rıza göstermemesi nedeniyle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde Yargıtay; feshin haklı nedene dayanmadığına ve işçinin kıdem ve ihbar tazminatı almaya hak kazanacağına karar vermiştir.

"...Dosya içeriğinden davacının davalıya ait gemide kaptan olarak çalıştığı sırada dava dışı başka bir şirkete ait gemide çalışmasının istendiği; davacının, çalışmasının istendiği geminin teknik şartlarının yerinde olmadığı ve başka şirkete ait gemide çalışmak istememesini gerekçe göstererek dava dışı şirkete ait gemide işbaşı yapmadığı için davalı tarafından hizmet akdinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davalı işverenin davacıyı dava dışı bir şirkete ait gemiye tek taraflı olarak nakletmesi mümkün değildir. Ancak bu nakil, üçlü bir ilişki ile hizmet akdinin devri veya ödünç iş ilişkisi kurulması ile mümkündür. Davacı, böyle bir ilişkinin kurulmasına rıza göstermediğinden çalıştırılmasının istendiği gemide işbaşı yapmamakta haklıdır, işveren buna dayanarak davacının hizmet akdini feshetmekte haksızdır. Bu nedenle davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabulü gerekirken yazılı gerekçelerle reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..."²⁴⁰.

²³⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.230; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.371; İNCİROĞLU, s.91; ÇANKAYA/ÇİL, s.146.

²⁴⁰ YARGITAY, 9. H.D., E.2006/37441, K.2007/28505, T.27.09.2007, www.kazanci.com, 05.02.2010.

c. Geçici İş İlişkisinin Süresi

Geçici iş ilişkisinin süresi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Anılan fıkra göre; *"Geçici iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılır, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir"*. Yasanın geçici iş ilişkisi süresinin üst sınırını 18 ayla sınırlandırmaktaki amacı, geçici işçi adı altında sürekli işçi istihdamının önlenmesidir²⁴¹.

Geçici iş ilişkisi kurulmasının koşullarından biri olan "işçinin devir anındaki yazılı rızası"nın yenilenen geçici iş ilişkileri bakımından nasıl alınması gerektiği de önem arz etmektedir. Bu doğrultuda; başta verilen rıza yenilenen dönemler için geçerli ve yeterli kabul edilmeyecek, hükmün amacına uygun olarak her yenileme dönemi için ayrı ayrı rıza alınması gerekecektir²⁴². Her yenileme döneminde işçinin rızasının yeniden alınması İş Kanunu'ndaki düzenlemenin ruhuna daha uygun olacaktır.

Kanun Koyucu "gerektiğinde" geçici iş ilişkisinin yenilenebileceğini ifade etmektedir. Doktrinde bu ifadenin; objektif bir gerekliliği değil tarafların bu yöndeki iradesine işaret ettiği, ilişkinin yenilenebilmesinin tek şartının işçinin rızasının alınması ve yenileme yönündeki sınırlara uyulması olduğu ileri sürülmüştür²⁴³. Doktrinde geçici iş ilişkisinin usulüne uygun olarak kurulmasının ardından, ilk yazılı rızadan yenileme dönemlerindeki rızaların da yazılı olarak verileceğine yönelik iradenin anlaşılmadığı durumlarda; yenileme dönemlerinde işçiden yazılı bir rıza almanın zorunlu olmadığı; örtülü bir biçimde yenileme yönündeki iradenin ortaya konması halinde de ilişkinin yenilenebileceği görüşü de ifade edilmektedir²⁴⁴.

Maksimum 18 ay ile sınırlandırılmış olan geçici iş ilişkisinin aynı işçi bakımından başka bir geçici işverenle kurulup kurulamayacağı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Geçici iş ilişkisinin sona ermesi sonrasında işçinin ikinci bir geçici işveren ile geçici iş ilişkisine girmesine, koşullar yerine getirildiği müddetçe bir engel bulunmadığını ifade eden bir görüş olduğu gibi;²⁴⁵ işçi bakımından geçici iş

²⁴¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.231; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.371.

²⁴² DEMİR, Fevzi, Yenilikler, s.99; SÜZEK, İş Hukuku, s.231; ÇELİK, İş Hukuku, s.96; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.371-372; İNCİROĞLU, s.97.

²⁴³ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.372.

²⁴⁴ ÇANKAYA/ÇİL; s.146.

²⁴⁵ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.372.

ilişkinin bir defaya mahsus 18 ay ile sınırlı olduğu, bu süresinin sona ermesinin ardından işçiyi birkaç gün çalıştırarak yeniden başka bir geçici işverene göndermenin söz konusu olamayacağı görüşü²⁴⁶ de bulunmaktadır. İkinci görüş; muvazaalı fesihleri ayırık tutarak, daha önce geçici iş ilişkisi ile başka bir işverene verilmiş sonrasında ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek iş sözleşmesi işverence feshedilen bir işçinin daha sonra yeniden aynı işveren tarafından işe alınması halinde, yeniden başka bir işveren ile geçici iş ilişkisi kurulabileceğini ifade etmektedir²⁴⁷. Bu noktada işverenin niyetini göz önünde bulundurarak değerlendirme yapmak daha yerinde olacaktır. İşveren; adeta işçi teminini meslek haline getirmişçesine işçiyi devrediyor, yenilemeler neticesinde 18 aylık sürenin sonunda bir iki gün çalıştırarak yeniden işçiyi geçici olarak başka bir işverene devir amacı güdüyorsa, işverenin art niyetli olduğu ve ikinci iş ilişkisinin geçersiz olduğu yorumu yapılmalıdır. Ancak; geçici iş ilişkisi kurulmasına ilişkin amaçların zaman içerisinde yeniden söz konusu olması durumunda, daha önce geçici olarak başka bir işverene karşı iş görme edimini yerine getirmiş olan bir işçinin, yeniden başka bir işverene devredilebilmesine olanak tanınmalıdır. İşçinin devamlı aynı geçici işverene iş görme edimini yerine getirmesi amacıyla devredilmesi durumunun ise işverenin iyi niyeti bakımından şüphe uyandıracığı açıktır.

Yargıtay da geçici iş ilişkisinin süresinin 18 ay ile sınırlı olduğunu ifade ederek; 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlük tarihinden itibaren sürenin hesaplanacağı yönünde karar vermiştir. *"...Davacının davalı Star Digital İletişim AŞ. işyerinde 20.11.2003 tarihinde çalışmaya başladığı, daha önce 24.07.2002 tarihinde davalıyla aynı şirketler gurubundaki Mavi Ulaştırma Hiz.AŞ. işyerinde çalışmaya başladığı 1.3.2004 tarihinde sona eren hizmetinin tüm çalışma süresini Genç Parti Genel Merkez binasında güvenlik görevlisi olarak geçirdiği anlaşılmaktadır. Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işverenin feshe bağlı haklarının sorumluluğunun söz konusu bulunmadığı kabul edilmektedir. 16.03.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 Sayılı yasanın 7/2 maddesinde geçici iş ilişkisinin süresinin 18 ayla sınırlandırıldığı görülmektedir. Ancak yeni kanunun yürürlük tarihinden sonraki çalışması Genç Parti işyerinde 10 ayı geçmemektedir. Bu*

²⁴⁶ ÇANKAYA/ÇİL, s.150.

²⁴⁷ ÇANKAYA/ÇİL, s.150.

durumda fazla mesai ücreti Ulusal Bayram, genel tatil çalışma ücretleri dışında davalı Genç Partisinin sorumlu tutulamayacağından... Davacının tüm mesaisini ödünç işçi olarak Genç Parti Başkanlığı Genel Merkezinde güvenlik görevlisi olarak geçirdiğinden fazla mesai ve genel tatil çalışma ücreti alacakları dışında tüm tazminat ve işçilik alacaklarından Genç Partinin sorumlu tutulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...²⁴⁸".

Geçici iş ilişkisi esas itibariyle işçinin işveren nezdinde tam süreli olarak çalışma esasına dayalı olarak yapılmakla birlikte; engelleyici bir hüküm olmadığından çağrı üzerine çalışma ya da kısmi çalışma esasına dayalı olarak kurulup, devre ilişkin sözleşmede bunun yer almasında herhangi bir sakınca olmadığı; kısmi süreli olarak geçici iş ilişkisinin kurulması halinde, geçici iş ilişkisine ilişkin süre sınırlamasının tam süreli kurulan geçici iş ilişkisindeki gibi hesaplanması gerektiği ifade edilmektedir²⁴⁹.

2. Geçici İş İlişkisinin Hükümleri

Geçici iş ilişkisi üçlü bir sözleşmesel ilişki olduğundan; bu ilişki süresince her üç taraf bakımından da hak ve yükümlülüklerin doğması olağandır²⁵⁰.

a. İşverenin Hak ve Yükümlülükleri

aa. İş Sözleşmesinin İşverenle Devam Etmesi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin ilk fıkrasında *"...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..."* ifadesi yer almaktadır. Bu doğrultuda işçinin; geçici olarak iş görme

²⁴⁸ YARGITAY, 9. H.D., E.2007/1341, K.2007/11798, T.24.04.2007, www.kazanci.com, 28.05.2010.

²⁴⁹ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.372.

²⁵⁰ Bireysel İş Hukuku açısından taraflar arasındaki hukuki ilişkilerin değerlendirilmesi hakkında açıklamalar için bkz. AKYİĞİT, Ödünç İş, s.125-158.

edimini yerine getirmek üzere başka bir işverene devredilmesi halinde, mevcut iş sözleşmesi geçici iş ilişkisinden etkilenmez ve işvereni ile devam eder²⁵¹.

İş görme edimini talep hakkını başkasına devreden işveren, geçici iş ilişkisi süresince de işçinin işvereni olarak kalmaya devam eder. Geçici işveren ile işçi arasında bir iş sözleşmesi kurulmuş olmaz. Tarafların iradesi de iş sözleşmesi kurmaya yönelik değildir. Ancak işçinin iş görme borcunu geçici işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olması, sadakat ve itaat borcunun varlığı buna karşılık geçici işverenin yönetim hakkının ve işçiyi gözetme borcunun mevcudiyeti nedeniyle işçi ile geçici işveren arasındaki ilişkinin iş ilişkisi benzeri bir hukuki ilişki olarak nitelendirilmektedir²⁵².

bb. Ücret Ödeme Yükümlülüğü

4857 sayılı İş Kanunu'nun ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin düzenleme içeren 32. maddesinin ilk fıkrasına göre; *"Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır"*.

İşverenin geçici iş ilişkisi süresince ücret ödeme yükümlülüğü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun geçici iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesinin üçüncü fıkrasında; *"İşverenin, ücreti ödeme yükümlülüğü devam eder..."* şeklinde düzenlenmiştir. Geçici iş ilişkisi süresince işçinin işvereni ile iş sözleşmesi devam ettiğinden; işçinin görülmesini isteme hakkı ve yönetim hakkı geçici işverene devredilmiş olsa dahi, işverenin ücret ödeme yükümlülüğü devam etmektedir²⁵³.

Ücret ödeme yükümlülüğünün; ücret hesap pusulası verme gibi ücrete ilişkin yan yükümlükleri ve çalışmalarını geçici işveren yaptırmış olmasına rağmen, işçinin arızı olarak hak kazandığı fazla çalışma ücreti, genel tatil günü ve ulusal bayram günü ücretlerini de kapsadığı, bu yükümlülüklerin ücret ödeme yükümlülüğüne bağlı olarak devam edeceği ifade edilmektedir²⁵⁴. Bir görüş ise; fazla çalışma ücretinden

²⁵¹ SÜZEK, İş Akdinin Türleri, s.32; SÜZEK, İş Hukuku, s.231; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.374.

²⁵² SOYER, Başka İşveren, s.341; VOR, R., Zeitarbeit im Rechtsvergleich Deutschland-Großbritannien sowie bei Grenzüberschreitung, Diss., 1992, s.40, 49'dan Aktaran AKINTÜRK TÜRKMEN, s.139, dñn.34; AKYİĞİT, Ödünç İş, s.107 vd.; SÜZEK, İş Akdinin Türleri, s.32; SÜZEK, İş Hukuku, s.231.

²⁵³ BAŞBUĞ, s.13; SÜZEK, İş Hukuku, s.233; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi s.373.

²⁵⁴ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.373.

işveren ve geçici işverenin birlikte sorumlu olması tutulması gerektiğine işaret etmektedir²⁵⁵.

Yargıtay ise; fazla çalışma ve genel tatil ücretlerinden geçici işverenin sorumlu tutulması gerektiği görüşündedir. Yargıtay'ın fazla çalışma ücretinden geçici işvereni sorumlu tutan görüşü fazla çalışmayı geçici işverenin yaptırmasından hareketle tutarlı görünmektedir. *"...Davacı Star Digital İletişim A.Ş.'nin işçisi olduğu, ücret, giyim, yol ve yemek paraları bu şirket tarafından ödendiği halde diğer davalı Genç Parti Genel Merkezinde güvenlik görevlisi olarak çalışmıştır. İş akdi yine şirket tarafından devamsızlık nedeniyle feshedilmiştir. Ancak fesih nedeni ispatlanamadığından ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağından şirket sorumludur. Buna karşılık davacı tüm mesaisini ödünç işçi olarak Davalı Genç Parti Genel Başkanlığının Genel Merkezinde güvenlik görevlisi olarak geçirdiğinden fazla çalışma ücreti ve genel tatil ücreti alacaklarından Genç Parti Başkanlığı sorumludur. Bu durum dikkate alınmaksızın gerekçesiz olarak davacının tüm tazminat ve işçilik alacaklarından davalıların müteselsilen sorumlu tutulması hatalıdır..."²⁵⁶*.

"...Davacının davalı kurum personeli olduğu, geçici olarak Devlet Bakanlığında çalıştırıldığı bu sırada fazla çalışma yaptığı, genel tatil ve hafta tatillerinde çalıştırıldığı ve bu çalışmaları ile ilgili Bakanlık tarafından yaptırıldığı anlaşıldığından, dava konusu alacakların dava dışı bakanlıktan istenmesi gerekir. Bu nedenle davalıya karşı açılan davanın husumet nedeniyle reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olduğundan hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir..."²⁵⁷.

Ücretli izin alacağından ise işverenin sorumlu tutulacağına ilişkin 2004 tarihli bir karar bulunmaktadır. *"...Davacı ile davalı arasında hizmet akdi kurulduğu, davacının davalı lojmanında oturduğu ücret ve primlerinin davalı tarafından ödendiği hususunda ihtilaf yoktur. Davalının işçisi olan davacının ödünç iş ilişkisiyle dava dışı Ulaştırma Bakanlığında çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle dava konusu ücretli izin alacağından işveren davalı genel müdürlük sorumludur.*

²⁵⁵ EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2004, s.86; ÇANKAYA/ÇİL, s.154.

²⁵⁶ YARGITAY, 9. H.D., E.2005/37186, K.2005/40672, T.29.12.2005, www.kazanci.com, 28.05.2010.

²⁵⁷ YARGITAY, 9. H.D., E.2004/12122, K.2004/29046, T.21.12.2004, ÇANKAYA/ÇİL, s.171.

Mahkemenin yazılı şekilde davayı reddetmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...²⁵⁸".

Ücret ödeme yükümlülüğü esasen işverene ait olmakla birlikte; Kanun Koyucu geçici işvereni de işveren ile birlikte ücretten sorumlu tutarak işçinin ücretini güvence altına almaya çalışmıştır²⁵⁹. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin üçüncü fıkrasında; ücretten işverenin ücret ödeme yükümlülüğü belirtildikten sonra, *"...Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumludur..."* ifadesi ile geçici işverenin sorumluluğu düzenlemeye kavuşturulmuştur. Doktrinde Kanunda düzenlenen bu sorumluluğun hukuki sorumluluk niteliğine haiz olduğu; ücretin ödenmemesinden doğan cezai sorumluluğun ise işverene ait olduğu görüşü ileri sürülmektedir²⁶⁰. Düzenlemenin lafzından anlaşıldığı üzere geçici işverenin sorumluluğu; "işçinin kendisinde çalıştığı" süre ile sınırlıdır. Geçici işverenin; işçinin işvereni yanında çalıştığı süre zarfında ödenmeyen ücretler bakımından ise bir sorumluluğu bulunmamaktadır²⁶¹.

4857 sayılı İş Kanunu'nun ücret ve ücretin ödenmesini düzenleyen 32. maddesinin ilk fıkrasında yer alan *"Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır"* düzenlemesinde yer alan *"işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan"* ifadesinden ücretin üçüncü bir kişi tarafından ödenmesinin kararlaştırılmasının olanaklı olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu doğrultuda; işçinin ücretinin geçici işveren tarafından ödenmesinin kararlaştırılması mümkündür²⁶². İşçinin ücretinin geçici işveren tarafından ödenmesinin kararlaştırılması sonrasında, ücretin geçici işveren tarafından ödenmemesi durumunda işçi; işverenden ödenmeyen ücretini talep edebilir. İş Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrasındaki emredici düzenleme karşısında; ücretin geçici işveren tarafından ödeneceğinin kararlaştırıldığı hallerde işverenin ücret ödeme yükümlülüğünden kurtulabilmesi olanaklı değildir, işveren işçiye karşı

²⁵⁸ YARGITAY, 9. H.D., E.2004/7545, K.2004/23792, T.21.10.2004, ÇANKAYA/ÇİL, s.171.

²⁵⁹ SÜZEK; İş Hukuku, s.233; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.373.

²⁶⁰ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.373.

²⁶¹ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.373.

²⁶² SÜZEK; İş Akinin Türleri, s.32; SÜZEK; İş Hukuku, s.233; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.373; EKONOMİ, İşçi İşveren İlişkileri, s.14.

geçici işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur²⁶³. İşçinin; ödenmeyen ücretini sadece geçici işverenden talep edeceği yönündeki beyanları geçersizdir ve ücretin ödenmemesi halinde işverene başvurma hakkına halel getirmez²⁶⁴.

İşçinin ücretinin ödenmesinden işveren sorumlu olmakla birlikte; gerek işverenin gerekse geçici işverenin işyerinde yol, yemek yakacak gibi yardımların söz konusu olduğu ve işçinin geçici işveren yanında bu yardımlardan halihazırda yararlandığı durumlarda, ücrette mükerrerlik olmaması açısından bu yardımların işçi tarafından işverenden ayrıca talep edilebilmesi mümkün değildir²⁶⁵.

cc. İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesine İlişkin Hak ve Yetkileri

Geçici işveren ile işçi arasında bir iş sözleşmesi bulunmadığından ve işçinin iş sözleşmesinin işveren ile devam ettiğinden hareketle; geçici işveren işçinin işvereni ile olan ilişkisine müdahale edemez ve tarafı olmadığı bir sözleşmeyi sona erdiremez²⁶⁶. İşçinin hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin hak ve yetkiler işverene aittir. Ancak; geçici iş ilişkisinin devamını engelleyen bir takım hallerin mevcudiyeti halinde geçici işverenin geçici iş ilişkisini sona erdirme hakkı bulunmaktadır²⁶⁷.

Geçici işverenin, işçinin iş sözleşmesini feshedememesi sadece fesih hakkının kim tarafından kullanılacağına ilişkin getirilmiş bir sınır olup; fesih hakkının doğumu bakımından özellik arz etmemektedir. İşçinin sadakat ve bağlılık yükümü her iki işverene karşı da söz konusu olduğundan işverenin, işçinin geçici işverenin işyerindeki davranışları nedeniyle de fesih hakkını kullanabileceği mümkündür²⁶⁸. Bu doğrultuda; işçinin geçici iş ilişkisi sürecindeki davranışları da fesih hakkının doğumuna sebep olacak ve fakat hakkın kullanımı işveren tarafından söz konusu olacaktır. Ancak işletmenin, işyerinin veya işin gereklerine ilişkin fesih nedenlerinin, işçinin geçici işverenle olan iş ilişkisinin geçici olmasından hareketle, gerçek işveren

²⁶³ SÜZEK, İş Hukuku, s.233-234; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.373, 375.

²⁶⁴ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.375.

²⁶⁵ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.373-374.

²⁶⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.235; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.374.

²⁶⁷ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.374.

²⁶⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.235; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.374.

bakımından değerlendirilmesi daha yerinde olacaktır. Bu durumda geçici işverenin benimseyeceği çözüm tarzı geçici iş ilişkisini sona erdirmek olmalıdır.

İş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda işçinin iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanıp yararlanmayacağına ilişkin değerlendirme yapılırken, işverene ait işyerindeki işçi sayısı önem taşımaktadır²⁶⁹. Durumu ikiye ayırarak incelemek gerekirse; birinci durum, işverene ait işyerindeki işçi sayısının 30 ve üzerinde olması fakat geçici işverene ait işyerindeki işçi sayısının 30'un altında olmasıdır. Bu durumda, geçici işverene ait işyerindeki işçi sayısı 30'un altında olsa dahi işçinin iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanması mümkün olduğu; işverene ait işyerindeki işçi sayısının 30'un altında olması fakat geçici işverene ait işyerindeki işçi sayısının 30 ve üzerinde olması durumunda ise, işverene ait işyerindeki işçi sayısı 30'un altında olduğundan işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilmesinin olanaklı olmadığı ifade edilmektedir²⁷⁰. İşçi sayısının hesaplanması sırasında işçi, geçici olarak başka bir işverene iş görme edimini ifa etmesine rağmen işverenin işçisi olarak hesaplanmaktadır²⁷¹.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenen süreli fesih hakkının kullanımı da işverene ait olup; geçici işveren bakımından kullanılabilmesi mümkün değildir²⁷². Geçerli bir fesihden söz edebilmek için ise; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin ilk fıkrası uyarınca "*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır*". Doktrinde; "işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden" kaynaklanan fesih nedeninin işverene ait işyerinde gerçekleşmesi gerektiği aksi halde geçerli bir feshe dayanak oluşturmayacağı; "işçinin yeterliliğinden" kaynaklanan fesih nedeninin ise geçici

²⁶⁹ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.374.

²⁷⁰ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.374.

²⁷¹ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.374.

²⁷² SÜZEK, İş Hukuku, s.236.

işverene ait işyerinde gerçekleşmiş olsa bile geçerli bir feshe dayanak oluşturabileceği ifade edilmektedir²⁷³.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenen haklı fesih bakımından ise işçinin hem işverene hem de geçici işverene yönelik davranışları önem taşımaktadır. Fesih hakkını kullanması işverene ait olmakla birlikte; işçinin sadakat ve bağlılığı yükümü İş Kanunu'nun 25. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranmamayı da kapsayan bir yükümlülüktür ve işin fiilen ifasına bağlı olduğu kadar iş sözleşmesinin varlığına da bağlıdır²⁷⁴. İşçinin, geçici iş ilişkisi süresince ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranması durumunda geçici işveren; işverenden geçici işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesini ya da geçici işçinin değiştirilmesini talep edebilir ya da geçici işçi sağlama sözleşmesini sona erdirebilir²⁷⁵. Geçici işveren; işçinin borçlarını yerine getirmemesi, ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranması nedeniyle doğan zararının İş Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrasındaki "*İşçi, işyerine ve işe ilişkin olup kusuru ile sebep olduğu zarardan geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı sorumludur*" düzenlemesi doğrultusunda işçiden tazminini isteyebilir²⁷⁶.

Devir anında işçi tarafından gösterilmiş rıza her iki işverene de sadakat ve bağlılık taahhüdünü kapsamakta; bu doğrultuda işçinin hem işverene karşı, iş sözleşmesinin varlığından kaynaklanan kurallara hem de geçici işverene karşı işin ifası ile ilgili kurallara uymakla yükümlüdür²⁷⁷.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin son fıkrasında ise toplu işçi çıkarılması durumunda geçici iş ilişkisi kurulmasına getirilen sınırlama ile ilgili "*Toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde geçici iş ilişkisi gerçekleşmez*" düzenlemesi yer almaktadır. Anılan düzenleme muvazaalı işçi çıkarma uygulamalarını önlemeye yöneliktir²⁷⁸.

²⁷³ SÜZEK, İş Hukuku, s.236; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.374.

²⁷⁴ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.374.

²⁷⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.235.

²⁷⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.235-236.

²⁷⁷ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.374-375.

²⁷⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.236.

b. Geçici İşverenin Hak ve Yükümlülükleri

aa. Talimat Verme Hakkı

İşçinin iş sözleşmesi işveren ile devam etmesine rağmen; iş sözleşmesinin tarafı olmayan geçici işverene bir takım haklar sağlanmıştır. Geçici iş ilişkisinin kurulması yani işin görülmesini isteme hakkının geçici işverene devredilmesi ile birlikte; işin görülmesini isteme hakkının uzantısı niteliğine haiz olan talimat verme hakkının da (yönetim hakkı) geçici işverene geçtiğinin kabulü gerekir²⁷⁹. Nitekim geçici işveren de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin ilk fıkrası doğrultusunda "*işçiye talimat verme hakkına*" sahiptir.

İşin görülmesini talep hakkı ile bir bütünlük oluşturan talimat verme hakkı; sadece işin görülmesine ilişkin talimatları değil, işverenin işyerinin düzeninin ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik işçinin davranışlarına ilişkin işe giriş çıkış saatleri, işyerinde uyulması gereken yasaklar, kapı kontrolü gibi talimatları da kapsamaktadır²⁸⁰.

Talimat verme hakkının tümüyle geçici işverene geçtiği, işverenin bu konuda hiçbir yetkisinin kalmadığı söylenemez. İşveren de işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde yıllık ücretli izin hakkının kullanılması gibi konularda talimat verme hakkı devam etmektedir²⁸¹.

bb. Ücret Ödeme Yükümlülüğü

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrası uyarınca "*İşverenin, ücreti ödeme yükümlülüğü devam eder. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumludur*". İşverenin ücret ödeme borcu başlığı altında konuya ilişkin açıklamalar yapıldığından bu başlık altında tekrara girilmeyecektir.

²⁷⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.232; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.375.

²⁸⁰ SÜZEK, İş Akdinin Türleri, s.32; SÜZEK, İş Hukuku, s.232-233.

²⁸¹ SÜZEK, İş Akdinin Türleri, s.32; SÜZEK, İş Hukuku, s.233.

cc. Sağlık ve Güvenlik Risklerine Karşı Eğitim Verme Yükümlülüğü

Geçici işverenin talimat verme hakkına sahip olduğunu ifade eden 7. maddenin ilk fıkrasının devamında; geçici işverenin "*işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle*" yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

İş görme ediminin ifası sürecinde önem taşıyan işçi sağlığı ve güvenliği bakımından işveren ve geçici işveren kamu hukukundan kaynaklanan bu koruma yükümlülüğü altında müştereken bulunmakta; işverenin kural olarak kontrol ve denetime özen göstermesi, geçici işverenin de işin görülmesi esnasında söz konusu olabilecek risklere karşı önlemleri alması, işçileri uyarması, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerin eksiksiz uygulanmasını sağlaması gerekmektedir²⁸².

dd. İşçiyi Gözetme Yükümlülüğü

İşçinin iş sözleşmesi işveren ile devam etmekle beraber; iş görülmesini isteme hakkının devredildiği geçici işverenin de geçici iş ilişkisi süresince işçiyi gözetme yükümlülüğü bulunmaktadır. Geçici işverenin işçiyi gözetmekle yükümlü olması; Borçlar Hukuku'na ilişkin koruma veya genel davranış yükümlerine dayanarak açıklanabilir²⁸³. Kaynağını, MK md 2 dürüstlük kuralından alan koruma yükümlülüklerinin²⁸⁴; yaratılan güvenin korunması ilkesi nedeniyle sadece sözleşmeden kaynaklanmayacağı, birbirleriyle sözleşme görüşmeleri içine ya da sosyal temas içine girenler arasında sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinden bağımsız²⁸⁵ olarak da ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir²⁸⁶. Bu doğrultuda kişinin; belli bir kimseden kendisine yönelebilecek herhangi bir zarardan koruma yükümlülüğünü güven ilkesine dayanarak beklemekte haklı ise, kişinin bu açıdan güveninin korunması gerektiği ve birbiriyle yakın sosyal temas içerisine giren kişilerin aralarında sözleşmesel bir ilişki bulunmamasına rağmen, koruma veya genel

²⁸² AKINTÜRK TÜRKMEN, s.149.

²⁸³ ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, s.179.

²⁸⁴ Koruma yükümü hakkında bilgi için bkz. EREN, s.39-41

²⁸⁵ Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkileri hakkında bilgi için bkz. EREN, s.41-44.

²⁸⁶ SÜZEK, İş Akdinin Türleri, s.32; TUNCAY, Eleştiri, s.70.

davranış yükümlülüklerinin ihlali halinde, bu ilişkiye menfaatler dengesine uygun olarak sözleşmeden doğan borcun ihlaline ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür²⁸⁷.

Sosyal temas içerisinde olan işçi ve geçici işveren arasındaki ilişkiye bakıldığında; işçinin iş sözleşmesi işvereniyle devam etmesine ve geçici işveren ile arasında bir sözleşme bulunmamasına rağmen; koruma yükümlülüğü kavramı göz önünde bulundurulduğunda, geçici işverenin işçiyi gözetme yükümlülüğünden ve iş kazasından sözleşme hukuku ilkelerine göre sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir²⁸⁸. İşçinin; iş sözleşmesinin tarafı olmayan geçici işverenin gözetme yükümlülüğünü yerine getireceğine güvenerek onun yanında çalışmayı kabul etmesinden hareketle; geçici işverenin de işçiyi gözetme yükümlülüğü bulunmaktadır²⁸⁹.

İş Kanununun açısından işçiyi gözetme yükümlülüğüne değinmek gerekirse; 7 maddenin 3. fıkrasındaki "*Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumludur*" ifadesinden; işçiyi gözetme yükümlülüğünün esas itibariyle işverene ait olduğu ve geçici işverenin onunla birlikte sorumlu olduğu şeklinde anlaşılmaya müsaitken doktrinde bu hükmün; işçiyi gözetme yükümlülüğünün geçici iş ilişkisi süresince geçici işverene ait olduğu; işverenin de geçici işverenle birlikte sorumlu kabul edilmesi gerektiği şeklinde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir²⁹⁰. Netice itibariyle her iki halde de işveren ve geçici işveren işçiyi gözetme yükümlülüğünden birlikte sorumlu olmakla birlikte; işçiyi gözetme yükümlülüğüne aykırılığın tespiti sürecinde hangi işverenin almakla sorumlu olduğu güvenlik önlemlerinin baz alınacağı noktasında özellik arz etmektedir. Bu doğrultuda geçici iş ilişkisinin devamı esnasında işçinin iş kazasına uğraması halinde; esasen gözetme yükümlülüğünün işverene ait olduğu ancak aykırılık halinde işverenin de geçici işveren ile birlikte sorumlu olduğu kabul edilirse, gözetme yükümlülüğüne aykırılığın tespiti sürecinde geçici işverenin almakla yükümlü olduğu güvenlik önlemleri baz alınacak; tam tersi durumun kabulü halinde

²⁸⁷ SÜZEK, İş Akdinin Türleri, s.32-33.

²⁸⁸ SÜZEK, İş Akdinin Türleri, s.33.

²⁸⁹ SOYER, M. Polat, İşçinin İş Görme Borcu, İzmir, 1979, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İş Görme), s.106 vd; TUNCAY, Eleştiri, s.70-71.

²⁹⁰ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.376; Bu konudaki tartışmalar hakkında bkz. KESER, s.79-82.

ise aykırılığın tespiti sürecinde işverenin almakla yükümlü olduğu iş sağlığı ve güvenliği önlemleri bakımından değerlendirme yapılması gerekecektir²⁹¹. Bu doğrultuda anılan düzenlemenin, işçiyi gözetme yükümlülüğünden esasen geçici işverenin sorumlu olması, aykırılık halinde işverenin de geçici işveren ile birlikte sorumlu tutulması şeklinde yorumlanması daha yerinde olacaktır. Aksi halde geçici işverene ait işyerine tamamen yabancı olan işverene, işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini alması yönünde bir yük yüklenmiş olacaktır. Anılan düzenlemenin bu şekilde yorumlanmasının geçici işverenin işçiyi sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlü bulunduğu yolundaki hükme de uygundur²⁹². İşçiyi gözetme yükümlülüğüne aykırılık halinde işvereni geçici işveren ile birlikte sorumlu tutan düzenleme iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmayan işyerlerine işçi göndermeyi engelleyici bir niteliğe de haizdir; geçici işverenin işçiyi gözetme yükümlülüğüne aykırı davranması neticesinde iş kazası meydana gelmesi ve iş kazası tazminatını işverenin ödemesi halinde işverenin, geçici işverene rücu imkanını bulunmaktadır²⁹³. 4857 sayılı İş Kanunu öncesinde doktrinde ödünç alan işverenin işçiyi gözetme yükümlülüğüne uymaması neticesinde işçi sağlığının zarar görmesi durumunda; işverenin başka bir işverene ait işyerinde önlem alamayacak olması ve işçiyi nezaret edemeyecek olmasından hareketle işverenin geçici işveren ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulamayacağı görüşü de ifade edilmekteydi²⁹⁴.

Doktrinde işverenin gözetme yükümlülüğüne aykırı davranması halinde; işçinin İş Kanunu'nun 83. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "...Kurulun işçinin talebi yönünde karar vermesi halinde işçi, gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbiri alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir..." düzenlemesi uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği ifade edilmektedir²⁹⁵.

Geçici ve Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında 15.05.2004 tarihli ve 25463 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan bir Yönetmelik de bulunmaktadır. Anılan yönetmeliğin eşit davranmaya ilişkin düzenleme içeren 4. maddesine göre; "İşveren, bu Yönetmeliğin 2 nci maddesinde belirtilen iş ilişkisi ile çalıştırdığı işçilere, işyerinde sağlık ve güvenliklerinin korunmasını içeren çalışma koşulları

²⁹¹ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.376.

²⁹² EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.376-377.

²⁹³ SÜZEK, İş Hukuku, s.234.

²⁹⁴ TUNCAY, Eleştiri, s.70-71.

²⁹⁵ KESER, s.90; CANIKLIOĞLU, Tebliğ, s.131-132.

bakımından aynı işyerinde çalışan diğer işçilere sağladığı düzeydeki korumayı sağlayacak, özellikle kişisel koruyucu donanımlara erişim açısından farklı uygulamada bulunamaz". Bu durumda geçici işveren; işyerindeki diğer işçilere sağladığı korumayı geçici işçilere de sağlamak durumundadır. Aynı yönetmeliğin "işçilerin bilgilendirilmesi" başlığını taşıyan 5. maddesi ve "eğitim" başlığını taşıyan 6. maddesi uyarınca geçici işveren; işçiye iş sağlığı ve güvenliği konusunda işin niteliğine uygun eğitimi ve karşılaşılabilecek riskler hakkında gerekli bilgileri vermek zorundadır.

ee. Diğer Hak ve Yükümlülükler

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "*İşçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır*" düzenlemesi; aksinin kararlaştırılmadığı ve ilişkinin niteliğinin bağdaştığı ölçüde işverenler için İş Kanunu'nda öngörülmüş olan borçların geçici işverenler bakımından da söz konusu olduğu şeklinde anlaşılmalıdır²⁹⁶.

İş sözleşmesinin feshi ile doğan işçilik alacaklarından sorumluluk bakımından ise farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre; işverenin fesih hakkını kötüye kullandığı veya sözleşmenin haksız ya da geçersiz feshedildiği durumlarda; doğabilecek ihbar, kötü niyet, kıdem, iş güvencesi tazminatı, dört aya kadar boştaki geçen süre ücreti gibi işçilik alacaklarından İş Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "*İşçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır*" hükmü gereğince aksi kararlaştırılmadıkça geçici işveren de sorumludur²⁹⁷. Diğer görüşe göre ise; açıkça geçici işverene ait olduğu Kanunda zikredilmeyen yükümlülüklerden geçici işverenin sorumlu tutulmasının mümkün değildir; bu doğrultuda geçici iş ilişkisi sürecinde işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde ödenmesi gereken ihbar, kıdem, geçersiz fesih tazminatı gibi işçilik alacaklarının geçici işverene geçici iş

²⁹⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.235.

²⁹⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.236; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.87.

ilişkisi süresiyle sınırlı olmak kaydıyla dahi yüklenebilmesi olanaklı değildir²⁹⁸. Her ne kadar İş Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrasında "*İşçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır*" düzenlemesinden aksinin anlaşılmadığı durumlarda geçici işverenin de işçilik alacaklarından sorumlu tutulabileceği yorumu yapılabilirse de; böylesine bir yorum geçici işverenin sorumluluk sınırlarını oldukça genişletecek ve 3. fıkrada zikredilen hususlardan birlikte sorumlu olduğuna ilişkin düzenlemeyi işlevsiz bırakacaktır. İş Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrasındaki "*Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumludur*" ifadesinin birlikte sorumlu olunacak yükümlülükleri sınırlı olarak saydığı yorumu daha yerinde olacaktır. Aksinin kararlaştırılmadığı hallerde işçilik alacaklarından madde 7/4 düzenlemesi uyarınca geçici işverenin sorumlu tutulması hali; fesih hakkını kullananın işveren olması fakat feshe bağlı alacaklardan geçici işverenin sorumlu tutulması noktasında da dayanaksız kalmaktadır. 7. maddenin 4. fıkrasındaki düzenleme bu noktada aksi kararlaştırılmadıkça ve işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde işçinin işvereni yanındaki hak ve yükümlülükleri geçici işveren ile olan ilişkisinde de devam eder şeklinde anlaşılmalı; geçici iş ilişkisi sürecinde iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi durumunda, feshe bağlı işçilik alacaklarından işveren sorumlu tutulmalıdır. Bu doğrultuda feshin geçerli sebebe dayanmadığı hallerde, işçi tarafından açılacak işe iade davasında husumetin işverene yöneltilmesi yerinde olacaktır²⁹⁹. Mahkemenin feshin geçersizliği halinde hükmedeceği dört aya kadarki ücretten ise geçici iş ilişkisi süresi ile sınırlı olarak geçici işverenin sorumlu tutulması söz konusu olabilir³⁰⁰. Çünkü kanun koyucu 7. maddenin 3. fıkrasında ücreti işveren ve geçici işverenin birlikte sorumlu tutulduğu bir hak olarak saymıştır. Bu doğrultuda; en çok dört aya kadarki ücretten geçici iş ilişkisinin süresi ile sınırlı olarak geçici işverenin işveren ile birlikte sorumlu tutulması olanaklıdır. İşe iade

²⁹⁸ ENGİN, Geçici İş İlişkisi, s.23; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.375; CANIKLIOĞLU, Tebliğ, s.129.

²⁹⁹ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.375-376.

³⁰⁰ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.376.

davasının açılmasının, geçici iş ilişkisi süresini durdurmayaacağı da doktrinde ifade edilmektedir³⁰¹.

Yargıtay da geçici işverenin feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatından sorumlu tutulamayacağı görüşündedir. *"...Çalışma hayatında vasıtalarla iş aletlerinin kiralanması mümkün olsa da, işçinin kiralanması İş Hukukunda öngörülmüş değildir. 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesine göre geçici iş ilişkisi kapsamında belli koşulların varlığı halinde işçinin, başka bir işverene ait işyerinde çalıştırılması mümkün olup, bu ilişki en fazla 18 ay süreyle sınırlandırılmıştır. Davacının davalıya ait nakliye işlerinde çalıştığı süre 18 aydan az olup, mahkemece taraflar arasındaki ilişkinin geçici iş ilişkisi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği araştırılmalıdır. Davacı işçinin iş sözleşmesinin kim tarafından ne şekilde feshedildiği belirlenmeli ve davacının daha sonra da dava dışı kamyon sahibine ait araçta çalışıp çalışmadığı araştırılmalıdır. Koşulların varlığı halinde davaya konu işçilik alacaklarından sorumluluk, 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesine göre belirlenmelidir. Geçici iş ilişkisinde işçi, ödünç veren sürekli işverenin işçisi olmaya devam eder. Ancak işçi geçici süreyle iş görme edimini geçici işverene karşı yerine getirmektedir. Geçici iş ilişkisinde, ücret ödemesi yükümlülüğü yine ödünç veren işverene aittir. Ancak geçici iş ilişkisi kurulan işveren de kendisinde çalıştığı süre ile sınırlı olarak ödenmeyen ücretten ve işçiyi gözetme borcu ile sosyal sigorta priminden ödünç veren işverenle birlikte sorumludur. Yasada sözü edilen ücret geniş anlamda ücret olarak kabul edilmelidir. Öyle ki, ödenmeyen pirim, ikramiye, sosyal yardımlar ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri de bu kapsamdadır. İşçinin ödünç alan işverene karşı, iş görme, talimatlara uyma ve sadakat borcu bulunmaktadır. İşveren işçiyi gözetme yanında eşit davranma yükümlülüğü altındadır. Geçici iş ilişkisinde ödünç alan işverenin feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücretinden sorumluluğu yoktur..."³⁰².*

2005 tarihli bir kararında Yargıtay; *"...Ödünç işçi gönderme halinde, işçi gönderen işveren tüm dönemle ilgili kıdem, ihbar tazminatı ve ücret alacaklarından sorumludur. Fazla mesai ücretinden ise kendi çalıştırdığı dönemdeki ücretle*

³⁰¹ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, ss.376.

³⁰² YARGITAY, E.2007/26179, K.2008/33761, T.16.12.2008, www.kazanci.com, 28.05.2010.

*sorumludur...*³⁰³ ifadesi ile işverenin kıdem ve ihbar tazminatından sorumlu olacağı vurgulanmıştır.

Doktrinde; işverenin işçiye sırf geçici işverene karşı iş görme edimini ifa ettiğinden hareketle ücret açısından farklı işlem yapamayacağı, geçici işverenin de işin dağıtımı gibi konularda talimat verme hakkını kullanırken aynı nitelikteki diğer işçilerle işçiyi ayırmaması gerektiğine dikkat çekilmiş; farklı konularda da olsa hem işveren hem de geçici işveren bakımından işçiye eşit davranma yükümlülüğünün devam ettiği ifade edilmiştir³⁰⁴.

c. İşçinin Hak ve Yükümlülükleri

Geçici iş ilişkisi süresince işçinin iş sözleşmesi işveren ile devam etmekle birlikte; hem geçici işveren ile işçi arasındaki ilişki hem de işveren ile işçi arasındaki ilişki bakımından tarafların hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Geçici iş ilişkisinin süresi ile sınırlı olarak İşçi; bazı yükümlülüklerini sadece geçici işverene karşı bazı yükümlülüklerini de her iki işverene karşı yerine getirmek durumundadır.

aa. İfa Yükümlülüğü

İşçinin iş sözleşmesi işveren ile devam etmekle birlikte, işin görülmesini isteme hakkı geçici işverene devredildiğinden, geçici iş ilişkisi süresince işçi; iş sözleşmesine göre üstlendiği işin görülmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin ilk fıkrası uyarınca geçici işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur³⁰⁵.

Doktrinde düzenlemenin lafzındaki "*işin görülmesi*" ifadesinin salt işin görülmesi şeklinde değil; hizmet ilişkisinden doğan sadakat, özen, rekabet etmeme gibi iş ilişkisinden doğan diğer yükümlülükleri de kapsar şekilde anlaşılması gerektiği; bu yorumun 7. maddenin 4. fıkrasında yer alan aksinin anlaşılmadığı durumlarda işçinin hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu kanundaki düzenlemelerin

³⁰³ YARGITAY, 9.H.D., E.2004/19810, K.2005/8203, T.14.03.2005, www.kazanci.com, 30.05.2010.

³⁰⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.235; ÇELİK, İş Hukuku, s.97; CANIKLIOĞLU, Tebliğ, s.140-141; İşverenin eşit davranma yükümlülüğü hakkında açıklamalar için bkz. SÜZEK, Sarper, İşverenin Eşit Davranma Borcu, MESS Sicil Dergisi, Aralık 2008, Y.3, S.12, (Eşit Davranma), s.24-38.

³⁰⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.232; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.377.

geçici iş ilişkisine de uygulanacağı yönündeki düzenlemeye de uygun olduğu ileri sürülmüştür³⁰⁶.

bb. Sadakat Yükümlülüğü

Hem işveren hem de geçici işverene karşı işçinin sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır³⁰⁷. Geçici işveren ile işçi arasındaki güven ilişkisi ve geçici işverenin işçiyi gözetme yükümlülüğünün, işçinin geçici işverene olan sadakat yükümlülüğünün dayanağını oluşturduğu; işveren bakımından ise, işçinin iş sözleşmesi zaten işveren ile devam ettiğinden sadakat yükümlülüğünün var olduğu ifade edilmektedir³⁰⁸.

Sadakat yükümlülüğü; işçinin işverene içtenlikle bağlanma, işini doğruluk ve vefa ile ifa etme, sır saklama, rekabet etmeme, işveren ve işyerine zararlı hareketlerden kaçınma ve bu hareketleri engelleme gibi yan edim ve davranış yükümlerini de kapsamaktadır³⁰⁹.

cc. İtaat Yükümlülüğü

Geçici iş ilişkisinin söz konusu olabilmesi için; işverenin, işin görülmesini isteme hakkını geçici işverene devretmesi gerekmektedir. Geçici iş ilişkisi süresince işçi, iş görme edimini geçici işverene karşı ifa eder. Geçici işveren de işçiyi talimat verme hakkına sahiptir. Nitekim bu husus İş Kanunu'nun 7. maddesinin ilk fıkrasının son cümlesinde ifade edilmiştir. Anılan düzenlemeye göre; *"Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiyi talimat verme hakkına sahip olup, işçiyi sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür"*.

Bu doğrultuda işçi, geçici işverenin talimat verme hakkı karşılığında ve geçici işverene karşı işi ifa yükümlülüğünün devamı niteliğinde geçici işverence verilen talimatlara da uymakla yükümlüdür³¹⁰. İşçinin işvereni ile olan iş sözleşmesi geçici iş ilişkisi süresince de devam ettiğinden; işçi geçici iş ilişkisi süresince,

³⁰⁶ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.377.

³⁰⁷ SÜZEK, İş Akdinin Türleri, s.33; SÜZEK, İş Hukuku, s.232; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.377; ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, s.113.

³⁰⁸ AKINTÜRK TÜRKMEN, s.149; SÜZEK, İş Akdinin Türleri, s.33.

³⁰⁹ ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, s.112.

³¹⁰ SÜZEK, İş Akdinin Türleri, s.32; SÜZEK, İş Hukuku, s.232; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.377.

işverenin, doğrudan işin görülmesi ile ilgili olmayan, geçici işverenin yönetim hakkı sınırları dışındaki talimatlarına da uymakla yükümlüdür³¹¹.

dd. Özen Yükümlülüğü

Geçici iş ilişkisinin devamı süresince işçi sadece işverene karşı iş görme edimini ifa etmekle değil; ifa yükümlülüğünün tamamlayıcısı olan özen yükümlülüğünü de yerine getirmekle yükümlüdür³¹². İşçinin özen yükümlülüğü Borçlar Kanunu'nda da düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 321. maddesinin ilk fıkrasında ; *"İşçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur"* düzenlemesi ile işçinin özen yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmiş; ikinci fıkrada ise *"Kasıt veya ihmâl ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür. İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malûmu olan veya olması icabeden malûmatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafı gözetebilir"* düzenlemesi ile özenin derecesi açıklığa kavuşturulmuştur. Bu doğrultuda özenin derecesi belirlenirken öncelikle iş sözleşmesinin esas alınacağı, sözleşmenin aradığı özen derecesinin normalden farklı olabileceği ifade edilmektedir³¹³.

Özen yükümlülüğüne ilişkin olarak İş Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte; 25. maddenin ikinci fıkrasında haklı fesih nedenleri sayılırken ahlak ve iyi niyete aykırı haller düzenlenmiştir. Madde 25/2 düzenlemesinde yer alan ahlak ve iyi niyete aykırı fiiller özen yükümlülüğüne de aykırıdır³¹⁴. İş Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenlemenin işçinin özen yükümlülüğünün varlığına işaret ettiği ifade edilebilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrasına göre *"İşçi, işyerine ve işe ilişkin olup kusuru ile sebep olduğu zarardan geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı sorumludur"*. Anılan düzenleme karşısında işçinin geçici işverene karşı ifa yükümlülüğünün tamamlayıcısı olarak özen yükümlülüğünün de var olduğu ifade edilebilir³¹⁵. İşçinin geçici iş ilişkisi

³¹¹ ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, s.134-135.

³¹² ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, s.142.

³¹³ ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, s.143.

³¹⁴ ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, s.142.

³¹⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.232; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.377.

süresince çalışmalarını geçici işveren adına yaptığından ve geçici işveren adına hizmet ürettiğinden hareketle, sözleşmede aksine hüküm yoksa, işçinin kusuru ile geçici işverene vermiş olduğu zarardan işverenin sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir³¹⁶.

ee. Diğer Hak ve Yükümlülükler

Geçici iş ilişkisinin devamı süresince işçinin iş akdi işveren ile devam ettiğinden ve geçici iş ilişkisinin kurulması ile iş sözleşmesinde herhangi bir kesinti söz konusu olmadığından; hak kazanmak için belli bir süre çalışma ve kıdem arandığı yıllık ücretli izin gibi izinler bakımından işçinin geçici işveren nezdinde çalıştığı süreler de hesaba katılmalı ve işçinin hakları bu doğrultuda belirlenmelidir³¹⁷.

Yargıtay, geçici işveren nezdinde geçirilen sürenin işçinin kıdeminden sayılacağı görüşündedir. *"...Geçici iş ilişkisiyle (ödünç iş ilişkisiyle) çalışan işçinin altı aylık kıdemi, 4857 sayılı İş Kanununun 7'ni maddesinden hareketle, işçinin başka işverende (ödünç alan) geçen süresi, işverende (ödünç veren) geçirilmiş gibi sayılır. Söz konusu işçinin daha sonra ödünç alan işverenin işyerinde yeni bir iş ilişkisi kapsamında istihdam edilmesi hâlinde, onun nezdinde ödünç iş ilişkisi kapsamında geçirilmiş süreler, yeni iş ilişkisindeki altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınmaz..."*³¹⁸.

Geçici işverenin kendisine ait işyerinde ücret, prim gibi haklar bakımından yaptığı uygulamalar karşısında; işçi, iş sözleşmesi işveren ile devam ettiğinden ve esasen işverenin işçisi olduğundan, durumun, 4857 sayılı İş Kanunu'nun eşit davranmaya ilişkin 5. maddesine aykırılık teşkil ettiğini iddia edemez³¹⁹.

İş Kanunu'nun 7. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca *"İşçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır"*. Bu doğrultuda, ücretin ödenmemesi durumunda; 4857 sayılı İş

³¹⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.232; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.377.

³¹⁷ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.377.

³¹⁸ YARGITAY, 9.H.D., E.2007/27725, K.2008/7812, T.08.04.2008, www.kazanci.com, 28.05.2010; Aynı yönde, YARGITAY, 9.H.D., E.2007/39362, K.2008/17102, T.23.06.2008, www.kazanci.com, 28.05.2010.

³¹⁹ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.377.

Kanunu'nun ücretin gününde ödenmemesi halini düzenleyen 34. maddesinin ilk fıkrasına göre; "*Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir*" ifadesi uyarınca işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi mümkündür³²⁰. Doktrinde çalışmaktan kaçınma hakkının geçici işverene karşı da kullanılabileceği görüşü ifade edilmektedir³²¹.

Önem arz eden bir diğer husus ise işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi halidir. İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinde yer alan nedenlerden birinin işveren ya da geçici işveren açısından oluşması farklılık arz etmeyecek; geçici işveren açısından oluşan haklı fesih nedenleri de işçiye işveren ile olan sözleşmesini derhal fesih hakkı verecektir³²².

3. Geçici İş İlişkisinin Sona Ermesi

Geçici iş ilişkisinin sona ermesi; tarafların iş sözleşmesinin ya da geçici işçi sağlama sözleşmesinin sona erdirilmesi yönünde anlaşması, geçici işçi sağlama sözleşmesinin süresinin sona ermesi ya da feshedilmesi, işçinin belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesinin sona ermesi, geçici iş ilişkisi içinde işçinin çalışma koşullarının geçici işveren tarafından değiştirilmesi, işverenin ya da geçici işverenin işyerinin kapanması, iş sözleşmesinin ya da geçici işçi sağlama sözleşmesinin geçersizliği, işçinin, işverenin ya da geçici işverenin ölümü, geçici iş ilişkisinin devamı esnasında işverenin, işçinin de rızasını alarak, iş sözleşmesini başka bir işverene devretmesi gibi nedenlere bağlı olabilir³²³.

En olağan sona erme şekli ise; geçici iş ilişkisi süresinin dolmasıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasına göre; "*Geçici iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılır, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir*".

³²⁰ SOYER, Başka İşveren, s.344, 348; SÜZEK, İş Hukuku, s.234; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.378; Çalışmaktan kaçınma hakkı için bkz. SUR, Melda, İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005, s.395-414.

³²¹ SOYER, Başka İşveren, s.342-343.

³²² SÜZEK, İş Hukuku, s.236.

³²³ Geçici iş ilişkisinin sona ermesi hakkında açıklamalar için bkz. AKYİĞİT, Ödünç İş, s.195-212; SÜZEK, İş Hukuku, s.239; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.381; ODAMAN, Sona Erme, s.25-51.

Bu doğrultuda; İş Kanunu'nun geçici iş ilişkisinin süresine ilişkin koymuş olduğu sınırlar aşıldığında geçici iş ilişkisi de kendiliğinden sona erecektir.

Kural olarak işçinin işvereni ile olan iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda, geçici iş ilişkisi de sona erer. İşçinin işvereni ile olan iş sözleşmesi sona ermesine rağmen; işçinin geçici işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesi durumunda ise; doktrinde işçi ile geçici işveren arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir³²⁴.

İşçinin, işveren ile arasındaki iş sözleşmesi devam ederken, geçici iş ilişkisinin sona ermesi durumunda; hem işçi işverene ait işyerine dönerek iş görme edimini işverene karşı yerine getirmek hem de işveren işçisine iş vermekle yükümlüdür³²⁵. Geçici iş ilişkisi sona ermiş olmasına rağmen, işçinin işvereni yanına dönmemesi ve geçici işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesi hali ise; ilerleyen bölümde "Geçici İş İlişkisinde Sürenin Aşılması" başlığı altında incelenecektir.

4. Geçici İş İlişkisine İlişkin Esaslara Aykırılığın Sonuçları

4857 sayılı İş Kanunu'nun 99. maddesinin a bendi genel bir ifade ile geçici iş ilişkisini düzenleyen 7. maddeye aykırılık halinde aykırı davranan işveren veya işveren vekiline idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Anılan düzenlemeye göre; *"Bu Kanunun; a) 5 inci ve 7 nci maddelerde öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan... İşveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için elli milyon lira para cezası verilir"*.

Aykırılığı genellikle işveren yapmakla birlikte; geçici işveren tarafından da aykırılık yapılması söz konusu olabileceği ve cezai sorumluluğun kişisel olduğu ifade edilerek; düzenlemede para cezasının hangi işverene uygulanacağı hususunda düzenlemenin eksik kaldığı ifade edilmektedir³²⁶.

İşverenin işçiyi gözetme yükümlülüğüne aykırı davranması sonucunda işçinin meslek hastalığına yakalanması, yaralanması ya da ölmesi durumunda, koşulları

³²⁴ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.381; EKMEKÇİ, Sona Erme, s.118.

³²⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.239; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.381; EKMEKÇİ, Sona Erme, s.118.

³²⁶ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.382; EKMEKÇİ, Sona Erme, s.118.

varsa işveren bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun tedbirsizlik veya dikkatsizlik sonucu adam öldürme veya yaralamaya ilişkin hükümleri uygulama alanı bulabilecektir³²⁷.

Geçici iş ilişkisine ilişkin hükümlere aykırılığın hukuki yaptırımını açısından kanunda açık düzenleme yer almamaktadır. Bu durumun geçici iş ilişkisine ilişkin hükümlere aykırılık halinde hukuki yaptırım bulunmadığı şeklinde değerlendirilmemesi gerekir; aykırılığın niteliğine göre yaptırımın farklı şekilde ortaya çıkabilmesi mümkündür³²⁸.

II. Geçici İş İlişkisinin Diğer Üçlü İş İlişkilerinden Farkı

Geçici iş ilişkisi uygulamada alt işverenlik ve iş aracılığı müesseseleri ile karşılaştırılmaktadır. Alt işverenlik bakımından inceleme yapmak gerekirse ilkin geçici iş ilişkisi ve alt işverenliğin amaç bakımından farklı olduğu söylenebilir. Geçici iş ilişkisinde bir başka işverene ait işyerinden belirli bir işin alınması değil belirli amaçlarla işçinin de rızasının alınması şartı ile başka bir işverene verilmesi durumu söz konusudur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun tanımlar başlığını taşıyan 2. maddesinin 6. fıkrasına göre; alt işverenlik *"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 ilişki"* dir. Bu doğrultuda alt işverenlikteki amacın asıl işverene işçi vermek değil, o işyerindeki bir işin alınması olduğu söylenebilir³²⁹. Yönetim yetkisi bakımından ise her iki ilişkinin benzer olduğu; geçici iş ilişkisinde geçici iş ilişkisi süresince talimat verme yetkisinin geçici işverene geçtiği, alt işverenlikte de alt işverenin işçilerine asıl işverenin talimat verme yetkisinin esasen bulunmadığı ifade edilmektedir³³⁰.

Geçici iş ilişkisi iş aracılığından da farklılık arz etmektedir. İş aracılığında aracı; işçi ile işveren arasında bir iş sözleşmesi kurulmasına aracılık etmekte, kendisi

³²⁷ KESER, s.101-102.

³²⁸ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.382; EKMEKÇİ, Sona Erme, s.119.

³²⁹ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.368.

³³⁰ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.368.

bir sözleşme akdetmemektedir³³¹. Geçici iş ilişkisinde ise işveren sadece işin görülmesini isteme hakkını geçici işverene devretmekte; işçinin iş sözleşmesi ise işvereni ile devam etmektedir. 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu iş aracılığının özel koşullar altında özel istihdam büroları tarafından yerine getirileceğine dair düzenleme getirmiş ancak geçici işçi temininin meslek olarak yürütümüne izin verilmemiştir.

Geçici iş ilişkisi ile birlikte istihdam ilişkisi de; geçici iş ilişkisinde iş görme ediminin sadece geçici işverene karşı ifa edilmesi, birlikte istihdam ilişkisinde ise işçiyi birlikte istihdam eden işverenlerin tümüne karşı iş görme ediminin işçi tarafından ifa edilmesi bakımından farklılık göstermektedir.

İş sözleşmesinin devrinde ise işçinin iş sözleşmesi bir başka işverene tamamen devredilmekte; geçici iş ilişkisinde ise iş sözleşmesi işveren ile devam etmekte ve fakat işin görülmesini isteme hakkı bir başka işverene geçici süre ile devredilmektedir.

III. Geçici İş İlişkisinin Şirket Topluluklarındaki Görünümü

4857 sayılı İş Kanunu'nun geçici iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesine 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 çalıştırması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur...*". Bu doğrultuda geçici iş ilişkisinin; şirket topluluklarındaki geçici iş ilişkisi³³² (holding ödücü) ve bağlantısız işverenler arasındaki geçici iş ilişkisi olarak ikiye ayrılması mümkündür. Sermayenin merkezileştirilmesi ve tek elden yönetimi hedefleyen şirket topluluklarında yer alan şirketler arasında geçici iş ilişkileri de söz konusu olmaktadır³³³. Ana şirketin bağlı şirketlerin ekonomik durumunun ve personel politikasının kontrolü amacıyla, ana şirket ile iş sözleşmesi yapan işçisini bağlı şirkete göndermesi halinde, çeşitli sebeplerle bağlı şirketin işçisini bir başka bağlı

³³¹ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.369; İş Aracılığı hakkında bilgi için bkz. ÖZBOYACI, Alper, İş Aracılığı ve Diğer Üçlü İş İlişkileri ile Mukayesesi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.4, S.29, Ocak 2009, s.55-69.

³³² Şirket topluluklarında geçici iş ilişkisi hakkında açıklamalar için bkz. AKYİĞİT, Ödünç İş, s.50-55.

³³³ AKYİĞİT, Ödünç İş, s.51.

şirkete ya da ana şirkete geçici olarak iş görme edimini ifa etmek üzere göndermesi halinde geçici iş ilişkisi söz konusu olacaktır³³⁴.

Anılan maddenin lafzından geçici iş ilişkisinin holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka işyerlerinde söz konusu olduğu durumlarda "*işçinin yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması*" koşulunun aranmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda işçinin işveren nezdinde yaptığı iş ile geçici işveren nezdinde yaptığı işin benzerlik göstermesine gerek yoktur. Buna rağmen doktrinde holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde geçici iş ilişkisinin kurulduğu durumlarda işçinin daha önceki işine benzer işte çalışmamasının aleyhe esaslı değişiklik oluşturduğu hallerde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik feshine ilişkin hükümlerin uygulanabileceği görüşü ifade edilmektedir³³⁵.

Geçici iş ilişkisi ile işin görülmesini isteme hakkı geçici işverene devredilmektedir. Bu doğrultuda; geçici işveren talimat verme hakkını da elinde bulunduracaktır. İlişkinin kurulması ile geçici iş ilişkisinin süresi ile sınırlı olarak da olsa, işin görülmesini isteme ve talimat verme hakkının geçici işverene geçmesi durumu; işçi bakımından çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturacaktır³³⁶. İş görme ediminin alacaklısı bakımından bir değişme olmasının yanı sıra; bağlantısız işverenler arasındaki geçici iş ilişkisinde, benzer işte çalıştırılması koşulu söz konusu olduğundan sadece iş yeri bakımından; holding bünyesi içinde ya da şirket topluluğuna bağlı başka bir işyerinde geçici iş ilişkisinin gerçekleşmesi durumunda ise benzer işte çalıştırılma koşulu aranmadığından hem iş yeri hem de iş türü bakımından esaslı değişik söz konusu olacaktır³³⁷.

Geçici iş ilişkisinin kuruluş amacına yönelik olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yer almamakla birlikte, geçici iş ilişkisinin; işyerinde ortaya çıkan işçi gereksiniminin karşılanması, işverenin geçici bir süre ile iş gücü fazlası ortaya çıktığında, hizmet sözleşmesini sona erdirmek yerine işçisini başka bir işverene vererek değerlendirmesi, işçinin çeşitli yerlerde çalışması sağlanarak yetiştirilmesi veya bir işverenin ilişkili bulunduğu başka bir işveren yanında

³³⁴ AKYIĞIT, Ödünç İş, s.52.

³³⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.230.

³³⁶ ALP, Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005, (Sözleşmenin Değiştirilmesi), s.199.

³³⁷ ALP, Sözleşmenin Değiştirilmesi, s.199.

güvendiği bir işçisini bulundurmamak istemesi gibi çeşitli amaçlarla kurulabileceği ifade edilebilir.

Yargıtay, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddede yer alan "*holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde*" ifadesinin terimsel olarak holdingleri İş Hukuku literatürüne sokan düzenleme olduğu görüşündedir. "*...4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine göre; "işçi çalıştıran gerçek ve tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren..."denir. Aynı Kanunun yedinci maddesine göre ise; "işveren, 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". Görüleceği üzere holdingler kurumsal olarak ikinci maddede terimsel olarak yedinci maddede iş hukuku literatürüne girmiştir³³⁸".*

Yargıtay tarafından hizmet alım sözleşmesinin karşılığının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenen geçici iş ilişkisi olduğu bazı kararlarda vurgulanmaktadır. "*...Geçici İş İlişkisi (Ödünç İş İlişkisi), 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen yeni bir sözleşme türüdür. Üçlü bir şekilde ortaya çıkar, şirket topluluklarında veya holdinglerde vasıflı işgücü ihtiyacının karşılanmasına yöneliktir. Buna göre, işveren 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. 5272 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 15. maddesine göre; toplu taşıma hizmetleri, imtiyaz ve tekel oluşturmayacak şekilde ruhsat vermek suretiyle yerine getirilebileceği gibi, toplu taşıma hatlarını kiraya verme veya 67. maddedeki esaslara göre hizmet satın alma yoluyla da yerine getirilebilir. Somut olayda, Ankara Havagazı ve Otobüs İşletmesi Genel Müdürlüğü ile Buğsaş Başkent Ulaşım Doğalgaz Hizmetleri Proje Taahhüt Sanayii ve Ticaret A.Ş. arasında Hizmet Alım Sözleşmesi yapılmıştır. Anılan sözleşme ile Ego Genel Müdürlüğü bünyesindeki araçlarda 1500 şoför personel çalıştırılmıştır. Davacı da bu işçilerdendir. Bu durumda, uyuşmazlığın 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde sözü edilen geçici*

³³⁸ YARGITAY, 9.H.D., E.2008/12825, K.2008/18885, T.04.07.2008, Çalışma ve Toplum Disk/Birleşik Metal İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Y.2009/1, S.20, s.365-369.

iş ilişkisi bağlamında çözümü gerekir.Aynı Kanun'un 2/6. maddesinde sözü edilen asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bu uyuşmazlıkta uygulama yeri yoktur. Hizmet alım sözleşmesini karşılayan sözleşme tipi, geçici iş ilişkisidir. Mahkemece, uyuşmazlığın geçici iş ilişkisi kapsamında çözümlenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir³³⁹".

Şirket toplulukları bünyesinde de ihtiyaçlar doğrultusunda, geçici iş ilişkisi geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Bilindiği üzere şirket toplulukları sermaye değerlerindeki artışlara paralel olarak faaliyet alanlarını da genişletmektedirler. Ekonomik bakımdan güçlenen şirket toplulukları; temsilcilik işyerleri veya irtibat büroları açmanın yanı sıra şirket bünyesine farklı faaliyet alanları ile iştigal eden yeni bağlı şirketler ekleme yoluna gidebilirler. Yeni bağlı şirketlerin şirket topluluğu bünyesine eklenmesi veya mevcut bağlı şirketlerin yeniden yapılandırılması hallerinde işleyişteki temel güçlüklerin atlatılması sürecinde, gereken personelin bulunması ve yetiştirilmesi bakımından ortaya çıkabilecek güçlükler geçici iş ilişkisi müessesesinin hayata geçirilmesi ile bertaraf edilebilir³⁴⁰. Böylelikle hem şirket topluluğu bünyesindeki yeni oluşumların seri bir şekilde hayata geçirilmesi hem de güvenilir personel istihdamı sağlanmış olmaktadır³⁴¹. Şirket topluluğu bünyesindeki geçici iş ilişkisinde; kadrosu ana şirkette olan bir işçi, şirket topluluğu içerisinde değişik bağlı şirketlerde geçici olarak görevlendirilmektedir³⁴². Şirket topluluğu bünyesinde yer alan bağlı şirketin, işçisini, topluluk içindeki bir başka bağlı şirkete geçici olarak iş görme edimini ifa etmek üzere göndermesi halinde de geçici iş ilişkisi söz konusu olabilir.

Şirket toplulukları bünyesindeki geçici iş ilişkisinde de bağlantısız işverenler arasındaki geçici iş ilişkisine ilişkin tüm kurallar uygulanacaktır. Kanun koyucunun bu yöndeki iradesi açıktır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin ilk fıkrasında geçici iş ilişkisinin ne şekilde kurulacağı ifade edilirken sadece benzer işte çalıştırılma koşuluna ilişkin bir farklılığın bulunduğu ifade edilmiş; düzenlemenin

³³⁹ YARGITAY, 9.H.D., E.2005/18996, K.2005/24710, T.11.07.2005, www.kazanci.com, 28.05.2010; Aynı yönde, YARGITAY, 9. H.D., E.2005/32439, K.2005/37317, T.28.11.2005, www.kazanci.com, 28.05.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2005/19178, K.2005/24731, T.11.07.2005, www.kazanci.com, 28.05.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2005/27068, K.2005/31187, T.26.09.2005, www.kazanci.com, 28.05.2010.

³⁴⁰ EKONOMİ, İşçi İşveren İlişkileri, s.14.

³⁴¹ EKONOMİ, İşçi İşveren İlişkileri, s.15.

³⁴² ZÖLLNER, W., Arbeitsrecht, 3. Auflage, München, 1983, s.273'den Aktaran TUNCAY, Karar İncelemesi, s.26.

devamında geçici iş ilişkisinin tarafları olan işveren, işçi ve geçici işverenin hak ve yükümlülükleri ifade edilirken geçici iş ilişkisinin türleri bakımından bir ayrıma gidilmemiştir. Bu doğrultuda şirket topluluklarındaki geçici iş ilişkisinde de; işveren, işçi ve geçici işverenin bağlantısız işverenler arasındaki geçici iş ilişkisinde tarafların sahip olduğu hak ve yetkilerin tümüne haiz oldukları ifade edilebilir.

Şirket topluluğu içerisindeki, farklı alanlarda faaliyet gösteren bağlı şirketlerle geçici iş ilişkisi kurulmasının işçi için de faydalı olduğu ifade edilebilir. Şirket topluluklarında üst düzey yöneticilerin yetiştirilmesi sırasında, yöneticinin bilgi birikimi ve deneyimini artırabilmek için, topluluk bünyesindeki değişik mal ve hizmet üreten bağlı şirketlerde, yönetici adayı işçinin geçici sürelerle istihdam edildiği görülmektedir. *"...Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren iş sözleşmesindeki nakil yetkisi nedeni ile davacı işçiyi grup şirketlerinden bir olan başka bir işverende çalışmak üzere, görevlendirilmiştir. Görevlendirme nedeni olarak, işletme gereklerinden çok, davacının bilgi ve becerisini geliştirmesi, deneyim kazanması, mesleki ve bireysel gelişimini arttırması gösterilmiştir..."³⁴³*

İşçinin işvereni olan ana şirket ya da bağlı şirket tarafından; şirket topluluğu içindeki bir başka bağlı şirkete iş görme edimini ifa etmek üzere gönderilebilmesi için işçinin rızasının bulunması gerekmektedir. Doktrinde; geçici iş ilişkisi ile işçinin başka bir işverene devredilmesinin yönetim hakkı kapsamında bulunmadığı ve iş sözleşmesinin yapılması esnasında bu hakkın saklı tutulamayacağı vurgulanarak³⁴⁴; İş Kanunu'nun 22. maddesindeki şekle göre işçinin rızasının alınmaması durumunda, işverenin, işçinin iş sözleşmesini feshedebileceği ifade edilmektedir³⁴⁵. İşverenin bu durumda sadece işçiyi geçici işverene devretme yönünde bir karar almış olması fesih hakkını kullanabilmesi için yeterli olmayacak; işçinin işverene ait işyerinde çalışma olanağının ortadan kalkmış olması ya da iş ilişkisinin sona erdirilmemesi amacı ile işçinin geçici işverene devredilmiş olması gerekecektir³⁴⁶. Geçici iş ilişkisinin kurulmasına işçi tarafından rıza gösterilmeyen hallerde, işveren tarafından sözleşmenin feshedilebilmesi için işletme gerekleri değerlendirilirken;

³⁴³ YARGITAY, 9.H.D., E.2007/41042, K.2008/15622, T. 16.06.2008, ÇİL, s.154-156.

³⁴⁴ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s. 371; ALP, Sözleşmenin Değiştirilmesi, s.199; SÜZEK, İş Hukuku, s.230.

³⁴⁵ ALP, Sözleşmenin Değiştirilmesi, s.199-200.

³⁴⁶ ALP, Sözleşmenin Değiştirilmesi, s.200.

kendi işvereni ile olan ilişkisi ve kendi işyeri baz alınarak değerlendirilme yapılmalı; özellikle şirket topluluklarındaki geçici iş ilişkisi bakımından, ana şirketin ya da şirket topluluğundaki bir başka bağlı şirketin işletmesinin gerekleri feshe konu edilememelidir³⁴⁷.

Doktrinde başka bir görüş ise; hem şirket topluluğu bünyesinde söz konusu olan geçici iş ilişkisinde hem de bağlantısız işverenler arasındaki geçici iş ilişkisinde; işçinin benzer işlerde çalıştırılmamasının çalışma koşullarında aleyhe esaslı bir değişiklik yaratması durumunda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik feshi hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olabileceği yönündedir³⁴⁸. Diğer bir görüş ise; bağlantısız işverenler arasındaki geçici iş ilişkisinde İş Kanunu'nun 22. maddesinin uygulanmaması gerektiğini (geçici iş ilişkisinin işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak yorumlanmaması gerektiği); aksi halde işçinin geçici iş ilişkisine rıza göstermemesi halinde işverence sözleşmesinin feshedilebilecek olmasından hareketle işverenlerin iş sözleşmelerini işçiye imkansız bir geçici iş ilişkisi önererek kısa yoldan sonlandıracağını savunmaktadır³⁴⁹. Şirket toplulukları ise ayrı tutulmakta ve şirket toplulukları bünyesindeki geçici iş ilişkisinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturacağı vurgusu yapılmaktadır³⁵⁰.

Yargıtay; işçinin geçici iş ilişkisi kurulmasına rıza göstermemesine binaen iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi halinde feshin haklı bir nedene dayanmadığı, işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı görüşündedir. "*...Davacının davalı M. T. Baskı - Ambalaj Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi işçisi olarak Kemalpaşa işyerinde çalıştığı tartışmasızdır. Davacı ile dava dışı M. Kağıt Karton Sanayi Ticaret Anonim Şirketi arasında 1996 yılında yapılmış olan iş sözleşmesinde davacının matbaa işçisi olarak çalışacağı belirtilmiş, ancak Sosyal Sigortalar Kurumu kayıtlarına göre davacı işçi iş sözleşmesinin düzenlendiği 25.11.2006 tarihinden itibaren davalı şirket işçisi olarak görev yapmıştır. Anılan iş sözleşmesinin özel şartlar başlıklı 7. maddesinde, işverenin işçiyi başka işyerlerinde sürekli ya da geçici olarak çalıştırabileceği ve işyerini değiştirebileceği kuralı*

³⁴⁷ ALP, Sözleşmenin Değiştirilmesi, s.200.

³⁴⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.230.

³⁴⁹ ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, s.250; ODAMAN, Sona Erme, s.30-31.

³⁵⁰ ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, s.252; ODAMAN, Sona Erme, s.31-33.

mevcuttur. Davacı işçi yönünden görev değişikliğinin bahsi geçen iş sözleşmesi hükmüne dayanılarak gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte davacı işçi M. T. Baskı - Ambalaj Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi çalışanı olduğu halde, dava dışı M. Kağıt Karton Sanayi Ticaret Anonim Şirketine ait olan ve Kastamonu ilinde kurulu ayrı bir işyerinde görevlendirilmek istenmiştir, iş sözleşmesinde işçinin başka bir işverene ait işyerine nakline imkan tanıyan bir kurala yer verilmiş değildir. Esasen iş sözleşmesinde, işçinin başka işverenlere ait işyerlerinde görevlendirilmesini öngören hükmüne geçerlilik tanınması da doğru olmaz. Aynı işverenin değişik işyerleri arasında işçi nakline imkan veren sözleşme hükümleri geçerli, sayılabilir ve bu halde işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. İşverenin bu hakkını kötüye kullandığı durumlar da ise, bu konudaki yönetim hakkının korunmayacağı açıktır. 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesinde, "işveren, 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" şeklinde kurala yer verilmiştir. O halde, işçinin holding bünyesinde ya da aynı guruba ait şirketlerden birinden diğerine geçici olarak gönderilmesi, ancak devir anında işçinin rızasının alınmasıyla mümkün olabilir. İşverence işçinin bir başka işverene ait işyerinde daimi olarak görevlendirme yönündeki irade açıklaması ise, hizmet akdi devrini sağlamaya yönelik bir girişim olarak ele alınmalıdır. Gerek geçici iş ilişkisinde, gerek hizmet akdi devrinde işçinin rızası olmaksızın belirtilen üçlü ilişkilerin kurulması mümkün olmaz. Somut olayda davacı işçi diğer işverene ait işyerinde görevlendirmeyi kabul etmemiş ve iş sözleşmesi bu nedenle işverence feshedilmiştir, işçinin geçici iş ilişkisi veya hizmet akdi devrine zorlanması düşünülemeyeceğine göre işverence yapılan feshin haklı bir nedene dayanmadığı sonucuna varılmalıdır. Böyle olunca davacı işçinin ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandığının kabulü gerekir. Mahkemece anılan istekler yönünden davanın reddine karar verilmesi hatalı olmuştur...³⁵¹". Kararda, işçinin başka işverenlere ait işyerlerinde görevlendirilebileceğine ilişkin kayıtlara geçerlilik tanınmayacağına, İş Kanunu'ndaki açık hüküm gereği işçinin rızasının devir anında ve yazılı olarak

³⁵¹ YARGITAY, 9.H.D., E.2006/30168, K.2006/34624, T.26.12.2006, www.kazanci.com, 28.05.2010.

alınması gerektiğine işaret edilmiştir. Aynı işverenin değişik işyerleri arasında işçi nakline imkan veren sözleşme hükümlerinin ise; hakkın kötüye kullanılmadığı durumlarda, işverenin genişletilmiş yönetim hakkına dayanarak geçerli kabul edilebileceği vurgusu yapılmıştır.

Şirket topluluğundaki geçici iş ilişkilerinde de bağlantısız işverenler arasındaki geçici iş ilişkisinde olduğu gibi; işçinin iş sözleşmesi kendi işvereni ile devam edecektir. Ana şirket bünyesinde ya da bağlı şirket bünyesinde istihdam edilen bir işçinin bir başka bağlı şirkete geçici olarak iş görme edimini ifa etmek üzere devredilmesi halinde; işçinin iş sözleşmesi kendi işvereni ile devam edecek ve fakat iş görme edimini geçici işvereni haline gelen bağlı şirkete karşı ifa edecektir. Aralarında geçici iş ilişkisi kurulan bağlı şirketlerin aynı alanda faaliyet göstermesi de şart değildir. Kanun koyucunun iradesi doğrultusunda; şirket toplulukları arasında gerçekleştirilen geçici iş ilişkilerinde benzer işte çalıştırılma koşulu da aranmayacaktır.

İşveren olan ana ya da bağlı şirket ile işçinin iş sözleşmesi devam edecek, işveren işçinin ücretini ödemekle yükümlü olacak ve işçinin iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli nedenle sona erdirilmesine ilişkin hak ve yetkileri elinde bulunduracaktır. Bağlantısız işverenler arasındaki işverenler arasında olduğu gibi şirket toplulukları bünyesindeki geçici iş ilişkisinde de; geçici iş ilişkisi süresince işçinin hem işverenine hem de geçici işvereni olan bağlı şirkete karşı ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı hareketleri haklı fesih nedeni oluşturabilecek ancak, iş sözleşmesini işçinin gerçek işvereni olan ana ya da bağlı şirket sona erdirecektir.

Geçici iş ilişkisinin süresi ile sınırlı olarak, işin görülmesini isteme hakkını devralan ve işçinin geçici işvereni haline gelen bağlı şirket de; işin görülmesini isteme hakkının tamamlayıcısı olarak işçiye talimat verme hakkına sahip olur. Geçici işveren bağlı şirket; ücret ödeme yükümlülüğünden de işveren ile birlikte sorumludur. İşçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı eğitim verme yükümlülüğü ve işçiyi gözetme yükümlülüğünün de; geçici iş ilişkisi süresince esasen geçici işveren olan bağlı şirkete ait olması; işverenin de bu yükümlülüklerin geçici işveren bağlı şirket tarafından ihlal edilmesi halinde geçici işveren ile birlikte sorumlu tutulması yerinde olacaktır.

Geçici iş ilişkisinin süresi ile sınırlı olarak, iş görme edimini ifa etmek üzere, geçici işveren olan bağlı şirkete gönderilen işçinin de geçici işveren tarafından verilen talimatlara itaat yükümlülüğü, iş görme edimini ifa yükümlülüğü ve ifa yükümlülüğünün tamamlayıcısı olarak özen yükümlülüğü bulunmaktadır. İşçinin sadakat yükümlülüğü ise hem gerçek işvereni olan ana ya da bağlı şirkete hem de geçici iş ilişkisinin tarafı olan geçici işverene karşı söz konusudur.

İşçinin şirket topluluğu bünyesindeki birden fazla işveren tarafından çalıştırılması durumunda; işverenin kim olduğu saptanırken geçici iş ilişkisi, birlikte istihdam, iş sözleşmesinin devri gibi ilişkilerin söz konusu olup olmadığının araştırılması gerektiği Yargıtay tarafından vurgulanmaktadır.

"...Davacı vekili, gerçekte davalı şirketin işveren olduğunu, kağıt üzerinde dava dışı E. Holding A.Ş.'nin işveren olarak gösterilmesinin muvazaalı bir işlem olduğunu ileri sürmüştür. Dosya içeriğine göre davacının SSK. işe giriş bildirgesi dava dışı E. Holding A.Ş. tarafından verilmiş, ücret bordroları da aynı şirket tarafından düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin feshine ilişkin yazının üst tarafında davalı şirketin ismi yer almaktadır. Fesih bildirimini davalı şirket adına İdari İşler ve İş Güvenliği Müdür Yardımcısı A. ile muhasebe müdürü B. imzalamışlardır. Ancak, adı geçen şahıslardan B., 30.10.2003 tarihinde E. Holding A.Ş.'de muhasebe danışmanı olarak atanmış ve kendisine 1.dereceden imza yetkisi verilmiştir. Sözü edilen şahıs aynı zamanda davalı şirket adına avukata vekalet verenlerden birisidir. Her iki şirketin ortaklarının büyük bir kısmı da aynıdır. Mahkemece dava konusu uyumsuzluk bakımından davalı şirket ile dava dışı anılan şirket arasındaki ilişki asıl işveren alt işveren, geçici iş ilişkisi, iş sözleşmesinin devri gibi hususlar yönünden ayrı ayrı irdelenmemiş, ayrıca varsa "birlikte istihdam" olgusu üzerinde durulmamıştır. Bu nedenle yapılacak iş, her iki şirket arasında yukarıda belirtilen anlamda ne tür bir hukuki ilişki bulunduğu ve muvazaalı bir işlem söz konusu olup olmadığı gerekirse işyerinde bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle tespit edilmeli, işçinin gerçek işverenin hangi şirket olduğu şüpheye yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturularak sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile davanın husumet yönünden reddine karar verilmiş olması hatalıdır...³⁵²".

³⁵² YARGITAY, 9.H.D., E.2006/20150, K.2006/29336, T.06.11.2006, www.kazanci.com, 28.05.2010.

"...Dosyada mevcut para makbuzlarına görede işten ayrıldığı tarihe kadar davacının ücret ve S.S.K. pirimleri ödemeleri davalı Opel A.Ş. tarafından yapılmıştır. Mevcut deliller itibari ile mahkemece her iki şirketin aynı olduğu şeklindeki gerekçe ile hüküm altına alınan alacaklardan davalıların müşterek ve müteselsilen sorumlu oldukları yönünde tespit hatalıdır. Davacının hizmet süresinin başlangıcından sonuna kadar fiilen hangi şirkete veya şirketlere hizmet verdiği her iki şirketin aynı yerde faaliyet gösterip göstermediği davalılar arasında muaaza bulunup bulunmadığı çalışma tarihlerine göre işyeri ve işverenin kim olduğu, 4857 sayılı kanunun 6. maddesi anlamında işyeri devri veya 7. maddesi anlamında geçici iş ilişkisi bulunup bulunmadığı hususları etraflıca araştırılmadan yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır...³⁵³".

Yargıtay, taraflarca şirket topluluğu içindeki bir bağlı şirketle, geçici bir iş ilişkisinin varlığı iddia edilse bile işçinin gerçek işverene ait işyerinde çalışması durumunda geçici bir iş ilişkisinin varlığından söz etmenin mümkün olamayacağını ifade etmektedir. "...davacının Y. B. İşlem A.Ş. işçisi olarak çalışırken dava dışı Y. B. Pazarlama A.Ş.ne transferi ile ilgili yapılmak istenen işlem, ödünç iş ilişkisi niteliğinde değildir. Gerçekten, davacının işyeri değiştirilmeksizin ve aynı işi yapması koşulu ile dava dışı diğer şirket işçisi olarak çalıştırılmak istendiği hususu tartışma dışıdır. Bu durumda dosyada mevcut olan "ödünç iş ilişkisi sözleşmesi" başlıklı belgeye rağmen davacının aynı yerde çalışması söz konusu olduğuna göre ödünç iş ilişkisinden söz edilmesine olanak bulunmamaktadır...³⁵⁴".

Şirket topluluğu bünyesinde, İş Kanunu'ndaki düzenleme ve ihtiyaçlar doğrultusunda kurulan geçici iş ilişkileri işçinin iş ilişkisindeki süreklilik nedeniyle kıdeme ilişkin haklarına zarar gelmemesi bakımından işçinin lehinedir; aksi halde her ihtiyaç durumunda iş sözleşmesinin feshedilerek yeniden yeni işveren ile iş sözleşmesi yapılması gerekecek, bu durumda işçinin kıdeme dayalı hakları bakımından olumsuz sonuçlar doğabilecektir³⁵⁵.

Geçici iş ilişkisi; işin görülmesini isteme hakkının ve talimat verme yetkisinin geçici iş ilişkisi süresince geçici işverene geçmesi, holding ödünç

³⁵³ YARGITAY, 9.H.D., E.2007/14459, K.2008/7577, T.07.04.2008, www.kazanci.com, 28.05.2010.

³⁵⁴ YARGITAY, H.G.K., E.2006/9-51, K.2006/27, T.01.03.2006, www.kazanci.com, 28.05.2010; Aynı yönde, YARGITAY, 9.H.D., E:2004/15131, K.2005/9393, T.22.03.2005, ÇANKAYA/ÇİL, s.169-170.

³⁵⁵ EKONOMİ, İşçi İşveren İlişkileri, s.15.

bakımından iş yeri ve iş türünün, bağlantısız işverenler arasındaki geçici iş ilişkisinde ise iş yerinin değişikliğe uğraması bakımından işçinin çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik oluşturabilir. Bu noktada, işçinin geçici iş ilişkisine rıza göstermemesinin işverene fesih imkanı verebilmesi için; işçiye geçici iş ilişkisi önerilmesine neden olan işletme gereklerinin işverenin kendisi bakımından mevcut olması gerekir. Özellikle şirket toplulukları bünyesindeki geçici iş ilişkilerine işçinin rıza göstermemesi durumunda; işveren, kendisi haricindeki ana şirket ya da bağlı şirketin işletme gereklerini öne sürerek işçinin geçici iş ilişkisine rıza göstermemesinden hareketle, sözleşmesini feshetme yoluna gidememelidir. İşçinin, işverene ait işyerinde çalışma olanağı kalmamışsa ve işveren iş sözleşmesini feshetmek yerine işçiye geçici iş ilişkisini önermişse, işçinin rıza göstermemesi durumunda işverenin; işçinin sözleşmesini değişiklik feshine dayanarak feshedebilmesi mümkün olmalıdır.

§5. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

I. İş Sözleşmesinin Devri Kavramı

Hukukumuzda iş sözleşmesinin devrine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nda yasal düzenleme bulunmamakla birlikte iş sözleşmesinin devri³⁵⁶ doktrinde "*işçi, işveren ve hizmet akdini devralan işveren arasında gerçekleşen, işçinin bundan böyle devralan işverene hizmet vermesini öngören ve geçici iş ilişkisi kapsamında olmayan üçlü ilişki*³⁵⁷" olarak tanımlanmaktadır. Uygulamada pek çok sorunun doğabilmesine müsait olan iş sözleşmesinin devri müessesesi doktrin ve Yargıtay kararları ışığında gelişmekte ve açıklanmaya çalışılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun yasalaşması öncesinde hazırlanan İş Kanunu Tasarısı'nın 7. maddesinde iş sözleşmesinin devrine ilişkin "*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 iş sözleşmesinin devrinde de uygulanır*" düzenlemesi bulunmaktaydı. Ancak bu düzenleme; Türkiye Büyük Millet Meclisi Sağlık Aile Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu'nun E.1/534, K.25 ve 12.02.2003 tarihli Kararı³⁵⁸ ile Tasarı metninden çıkarılmış ve tasarı bu şekliyle yasalaşmıştır.

Halen Meclis gündeminde bulunan Borçlar Kanunu Tasarısı'nın³⁵⁹ 428. maddesinde ise iş sözleşmesinin devri ile ilgili olarak; "*Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene*

³⁵⁶ İş Sözleşmesinin devri hakkında açıklamalar için bkz., GÜZEL, Ali, İşverenin Değişmesi İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul, 1987, (İşverenin Değişmesi), s.266-271; EKONOMİ, İşçi İşveren İlişkileri, s.17-19; EKONOMİ Münir/EYRENCİ Öner, Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi, Prof.Dr Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul, 2001, s.1199-1223; AKYİĞİT, Karar İncelemesi, s.40-50; BAŞBUĞ, s.11-13; ARSLANOĞLU, M. Anıl, İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y.2006, S.10, s.533-545; ÇANKAYA/ÇİL, s.243-271; ALP, Sorunlar, s.189-209; DANAR, Cüneyt, Yargıtay Kararlarıyla Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri, MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Sicil Dergisi, Y.2, S.6, Haziran 2007, s.62-73; ÖZKARACA, s.113-134; ALP, Sözleşmenin Devri, s.302-329; ALP, Mustafa, Birbirini İzleyen İş Sözleşmeleri Akdedilerek Hizmet Akdinin Devri Karar İncelemesi, Ali Güneren'e Armağan, İstanbul, 2010, (Karar İncelemesi), s.93-101.

³⁵⁷ ÇANKAYA/ÇİL, 2006, s.244.

³⁵⁸ www.tbmm.gov.tr, 05.06.2010.

³⁵⁹ www.tbmm.gov.tr, 05.06.2010.

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" düzenlemesi yer almaktadır. Tasarının yasalaşması halinde, iş sözleşmesinin devrine ilişkin uygulamaya paralel bir Kanun hükmü de mevzuatımıza girmiş olacaktır.

Hukukumuzda hakim olan sözleşme serbestisi ilkesi doğrultusunda iş sözleşmesinin devrinde yasal bir engel olmamakla birlikte; düzenleme boşluğu sebebiyle sorunların ortaya çıkması olağandır. Devralan, devreden işverenlerin ve işçinin üçlü mutabakatı ya da işveren tarafları arasında yapılan devir sözleşmesini işçinin onaylaması ile mevcut iş sözleşmesinin tarafları değişmekte ve devralan işveren, devreden işverenin tüm hak ve borçlarını aynı kapsam ve içerikte üstlenerek devreden işverenin yerine geçmektedir³⁶⁰. Alacağın temliki ve borcun nakli müesseselerinden farklı olarak sözleşme devrinde; sadece devre konu alacak ya da borç değil; devreden tarafın hukuki pozisyonunun bütünü devralınmakta, devreden tüm hak ve borçları aynı kapsam ve içerikte devralana geçmektedir³⁶¹.

İş sözleşmesinin devri Yargıtay tarafından da kabul edilmekte; iş sözleşmesinin devri için, ilişkinin tarafları olan işveren, işçi ve devralan işverenin üçlü mutabakatının bulunması gerektiği, işverence işçiyi başka bir işverene ait işyerinde daimi olarak görevlendirmeye ilişkin irade açıklamalarının iş sözleşmesinin devrine yönelik bir girişim olarak algılanması gerektiği hususları vurgulanmaktadır.

"...4857 Sayılı Yasada işçinin devri diye bir müesseseye yer verilmiş değildir. Yasada düzenlenmemekle birlikte Yargıtay içtihatlarında hizmet aktinin devri kabul edilmekteyse de bu üçlü ilişkinin doğması için devreden işveren, devir alan işveren ve devredilen işçinin üçlü mutabakatı gerekir. Dava konusu olayda böyle bir mutabakatın ve devrin varlığı kanıtlanabilmiş değildir. Esasen mahkeme İ. A.Ş.'deki hizmet aktinin feshedildiğini kabul ettiğinden feshedilen bir hizmet aktinin devrinden de söz edilemez..."³⁶².

³⁶⁰ GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.266-267; ALP, Sorunlar, s.190; ALP, Sözleşmenin Devri, s.303; ÖZKARACA, s.114, 123; ALP, Karar İncelemesi, s.97.

³⁶¹ GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.266; AKYİĞİT, Karar İncelemesi, s.42; BAŞBUĞ, s.11; ÖZKARACA, s.114; ALP, Sözleşmenin Devri, s.303; ALP, Karar İncelemesi, s.97; Alacağın temliki ve borcun nakli hakkında bilgi için bkz. EREN, s. 1176-1209; DANAR, s.63-64.

³⁶² YARGITAY, 9.H.D., E.2005/22419, K.2006/4661, T.27.02.2006, www.kazanci.com, 30.05.2010; Aynı yönde, YARGITAY 9.H.D., E.2005/22422, K.2006/4664, T.27.02.2006, DANAR, s.67; YARGITAY, 9.H.D., E.2006/1892, K.2006/20661, T.12.07.2006, www.tekstilisveren.org,

"...İşverence işçinin bir başka işverene ait işyerinde daimi olarak görevlendirme yönündeki irade açıklaması ise, hizmet akdi devrini sağlamaya yönelik bir girişim olarak ele alınmalıdır. Gerek geçici iş ilişkisinde, gerek hizmet akdi devrinde işçinin rızası olmaksızın belirtilen üçlü ilişkilerin kurulması mümkün olmaz...³⁶³".

İş sözleşmesi devredildiğinde, işçinin işvereni ile olan sözleşmesi kesintiye uğramadan devralan işverene geçtiğinden, işçinin iş ilişkisi değişmekle birlikte iş sözleşmesi feshedilmiş olmayacak; bu doğrultuda, işveren feshe bağlı sonuçları üstlenmek zorunda kalmayacak ve işçinin kıdeme dayalı hakları kesintiye uğramayacaktır³⁶⁴.

İş sözleşmesinin geçerli bir biçimde devredilebilmesi için; işverenin iş sözleşmesini devretme yönündeki iradesi, devralan işverenin işçiyi devralma yönündeki iradesi, işçinin rızası yanında; işveren ile devam eden bir iş sözleşmesinin bulunması gerekmektedir³⁶⁵. İşçi tarafından iş sözleşmesinin devrine rıza gösterilmemesi durumunda; ne geçerli bir sözleşme devrinden ne de bu sebeple işçinin sözleşmesinin feshedilebileceğinden bahsedilebilir³⁶⁶. Doktrinde, işveren ile devam eden bir iş sözleşmesi bulunmaksızın iş sözleşmesinin devrinin söz konusu olamayacağı; bu durumda işçinin başka bir işveren yanında çalışmaya devam etmesi halinde yeni bir iş sözleşmesi kurulduğunun kabulü gerekeceği görüşü ileri sürülmektedir³⁶⁷.

İş sözleşmesinin devri bağlantısız işverenler arasında söz konusu olabileceği gibi şirket topluluğu bünyesindeki ana ve bağlı şirketler arasında da söz konusu olabilir. Şirket topluluklarının insan kaynaklarının çoğunlukla merkezden yürütülmesi nedeniyle sözleşme devrine ilişkin ihtiyaçların söz konusu olması durumunda; topluluk bünyesindeki şirketlerde istihdam edilen işçilerden sözleşmesi devredilecek olanlar bakımından yapılacak tespit ve tercih kolaylaşmaktadır. Bu doğrultuda; şirket topluluğu bünyesindeki bir şirket nitelikli personel ihtiyacını aynı topluluk içindeki bir başka şirketin işçilerinin sözleşmelerini

05.06.2010, Kararın incelemesi için bkz. ŞAHLANAN, Fevzi, İşyeri Devri ile İş Sözleşmesinin Devrinin Farkı ve Sonuçları, 24 Ocak 2007, www.tekstilisveren.org, 05.06.2010, (Sözleşme Devri).

³⁶³ YARGITAY, 9.H.D., E.2006/30168, K.2006/34624, T.26.12.2006, www.kazanci.com, 30.05.2010.

³⁶⁴ ALP, Sorunlar, s.190; ALP, Sözleşmenin Devri, s.303.

³⁶⁵ ALP, Sözleşmenin Devri, s.303.

³⁶⁶ ALP, Sözleşmenin Devri, s.303.

³⁶⁷ ALP, Sözleşmenin Devri, s.303.

devralma yolu ile karşılayabilecek, deneyim kazanmasını istediği yönetici personelinin iş sözleşmesini, topluluk bünyesi içindeki diğer şirketlere devredebilecektir³⁶⁸.

İş sözleşmesinin devrinin süreye bağlı olarak yapılıp yapılamayacağı hususuna ilişkin olarak ise doktrinde bazı yazarlar çalışma hayatındaki esnekleşme çabaları ve iş organizasyonuna ilişkin yapılan planlar doğrultusunda belirli süreler için iş sözleşmesinin devrinin mümkün olabileceğini ifade etmektedirler³⁶⁹. İş sözleşmesinin devrine ilişkin olarak hukukumuzda düzenleme boşluğu olması nedeniyle belirli süre ile iş sözleşmesinin devredilebileceği kabul edildiğinde her ne kadar süre sınırlaması yokmuş gibi gözükse de geçici iş ilişkisine ilişkin İş Kanunu madde 7 de süre sınırlaması bulunduğu; *"madde 7 düzenlemesinde öngörülen süreden daha uzun ve belirli süreli olarak işçi devrine olanak sağlanmasının düzenlemeyi etkisizleştireceği ve işçinin belirli süre sonunda işverenin yanına nasıl döneceğinin, kabul edilmemesi durumunda ne yapacağını belirsiz olduğu"*³⁷⁰ vurgusu yapılmaktadır. Bu doğrultuda, işçinin haklarının korunması bakımından alternatif bir çözüm olarak iş sözleşmesinin askıya alınması da çözüm niteliği taşıyabilir³⁷¹.

Devrin hukuki sonuçlarının belirlenmesi, iş sözleşmesinin devrine benzer bir üçlü iş ilişkisi niteliği taşıyan geçici iş ilişkisinin iş sözleşmesi devrine dönüşebilirliği, iş sözleşmesinin örtülü şekilde devrinin imkan dahilinde olup olmaması, iş sözleşmesinin kuruluşundan önce işçiden alınan rızanın geçerliliği, belirli süreli iş sözleşmelerinde iş sözleşmelerinin devrinin görünümü ve şirket topluluğu bünyesindeki farklı bağlı şirketlerde geçen çalışmaların iş sözleşmesinin devri olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ilişkin hususlar iş sözleşmesinin devrine ilişkin başlıca sorunları teşkil etmektedir³⁷².

³⁶⁸ ALP, Sorunlar, s.189; ALP, Sözleşmenin Devri, s.304.

³⁶⁹ ÇANKAYA/ÇİL, s. 246-247.

³⁷⁰ ALP, Sorunlar, s. 202.

³⁷¹ ALP, Sorunlar, s. 202-203; İş sözleşmesinin askıya alınması hakkında açıklamalar için bkz. SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara, 1989, (Askıya Alınma).

³⁷² ALP, Sorunlar, s. 189.

II. İş Sözleşmesinin Devrinde Şekil

Geçerli bir iş sözleşmesi devrinden bahsedebilmek için, işçinin iş sözleşmesinin devrine rıza göstermesi şarttır³⁷³. Kendine özgü ve üç taraflı bir sözleşme olan iş sözleşmesinin devri sözleşmesi; devreden işveren, devralan işveren ve işçinin sözleşmenin devredilmesi yönünde anlaşmaları ile kurulabileceği gibi devreden işveren ile devralan işveren arasındaki anlaşmaya işçinin rıza göstermesi halinde de kurulabilir³⁷⁴.

Yargıtay da işçinin rızası olmaksızın iş sözleşmesinin devredilemeyeceği kanaatindedir. *"...İşçi işveren arasındaki iş ilişkisinin devri, işveren tarafının değişmesi, bir başka anlatımla iş akdinin devrinde, ortada bir üçlü ilişki vardır. İşçinin de bu devre rızası gerekir. Tarafların, özellikle sözleşmede kalan taraf olarak işçinin çıkarları göz önünde tutulduğunda, sadece devreden ve devralan işverenin ifade beyanıyla iş sözleşmesinin devri mümkün değildir. 1475 sayılı İş Kanununun 16/II-e maddesi de aynı esası doğrulanmaktadır (Ekonomi/ Eyrenci, s 1219). İş sözleşmesinin devrinde işyerinin değiştirilmesi koşulu bulunmamaktadır. (Ekonomi/Eyrenci: s. 1203). Öte yandan işçinin rızasının bulunması koşulu da yargısal kararlarla vurgulanmaktadır..."³⁷⁵*

"...Hizmet akti devri, işçi, işveren ve hizmet aktini devralan işveren arasında gerçekleşen, işçinin bundan böyle devralan işverene hizmet vermesini öngören ve geçici iş ilişkisi kapsamında olmayan üçlü ilişkiyi ifade eder. İşyeri devrinden farkı, işverenler arasında işyerini devri yönünde bir işlem olmamakta ve işçi bir işverene ait işyerinden diğer işverene ait işyerine nakledilmektedir. Hizmet akti devri, üçlü bir hukuki ilişkidir. Devreden ve devralan işverenler ile işçi arasında hizmet akti devri konusunda iradelerin birleşmesi şarttır. İşçinin bu ilişkiyi kabul etmemesi halinde uygulama, işverence işçinin iş koşullarının değiştirilmesi olarak da değerlendirilemez. Zira işçi işverenin bir başka işyerine değil, ayrı bir işyeri olan diğer bir işverene gönderilmek istenmektedir. İşverenin işçinin iradesi olmaksızın bu

³⁷³ GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.269-270.

³⁷⁴ GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.269; ENGİN, İşveren, s.212; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1219; AKYİĞİT, Karar İncelemesi, s.43; BAŞBUĞ, s.11; ÇANKAYA/ÇİL, s.245; ÖZKARACA, s.123; ALP, Sözleşmenin Devri, s.308.

³⁷⁵ YARGITAY, H.G.K., E.2006/9-51, K.2006/27, T.01.03.2006, www.kazanci.com, 28.05.2010.

uygulamaya gitmesi ve işçinin de kabul etmeyerek diğer işverene ait işyerinde iş başı yapmaması, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi olarak kabul edilmelidir...³⁷⁶."

Doktrinde sözleşme devrinin geçerliliğinin şekil şartına bağlı olup olmadığı tartışma konusu yapılmış; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun "*Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tabi değildir. Kanunun emrettiği şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz*" düzenlemesini içeren 11. maddesi uyarınca, iş sözleşmesinin devrinin şekli bakımından açık bir yasal düzenleme bulunmadığından, iş sözleşmesinin devrinin de şekil koşuluna bağlı olmadığı ifade edilmiştir³⁷⁷. Bu noktada; esas sözleşmenin şekle bağlı olduğu hallerde devrin de bu şekle uygun olarak yapılması gerektiği ifade edilmekte³⁷⁸; iş sözleşmesi bakımından şeklin geçerlilik koşulundan ziyade ispat koşulu olarak kabul edildiğinden hareketle, iş sözleşmesinin devrindeki şeklin de ispat koşulu olacağı ve devir işleminin şekle tabi olmasının şart olmadığı vurgusu yapılmaktadır³⁷⁹.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Gündemindeki Borçlar Kanunu Tasarısı'nın³⁸⁰ sözleşme devrine ilişkin genel hükmü içeren 204. maddesinin ilk fıkrasında "*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*" ifadesi ile sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte tüm hak ve borçların devralana geçeceğine işaret edilmiş; maddenin 3. fıkrasında ise şekil, "*Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır*" ifadesi ile açıklığa kavuşturulmuştur. İş Sözleşmesinin devrine ilişkin özel düzenleme içeren, Borçlar Kanunu Tasarısı'nın³⁸¹ 428. maddesinin ilk fıkrasında ise; "*Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir*" ifadesi ile sadece "işçinin rızası" bakımından bir "yazılılık" şartı getirilmiştir.

Doktrinde, Borçlar Kanunu Tasarısı'nın, işçinin iş sözleşmesinin devrine rızasında yazılılık şartını aramasının yerinde olduğu; İş Kanunu'nun 7. maddesinde

³⁷⁶ YARGITAY, 9.H.D., E.2007/41042, K.2008/15622, T.16.06.2008, ÇANKAYA/ÇİL, s.154-156.

³⁷⁷ AYRANCI, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara, 2003, s.112; ALP, Sözleşmenin Devri, s.308.

³⁷⁸ EREN, s.1207; ALP, Sözleşmenin Devri, s.308; Aksi yönde, AYRANCI, s.113.

³⁷⁹ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1221.

³⁸⁰ www.tbmm.gov.tr, 05.06.2010.

³⁸¹ www.tbmm.gov.tr, 05.06.2010.

düzenlenen ve esasen iş sözleşmesinin devrinden daha hafif bir işlem olan geçici iş ilişkisinde bile yazılı rıza şartı aranmasından hareketle bu sonuca ulaşılabileceği ifade edilmektedir³⁸². Ancak tasarı yasalaşmadığından, şu an için işçi tarafından verilen, işçinin işvereni ile iş ilişkisinin sona erdiği ve devralan işveren ile iş ilişkisi kurulması, hak ve sorumlulukların devralan işveren tarafından üstlenilecek olmasına ilişkin iradeyi içeren rızanın şekline ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre rıza, hem açık hem de örtülü olması halinde geçerli kabul edilebilir³⁸³; diğer görüş ise örtülü irade beyanlarına şüphe ile yaklaşılması gerektiği yönündedir³⁸⁴.

İş sözleşmesinin devrine ilişkin sözleşmede "iş sözleşmesinin devri" ifadesinin bulunması sözleşmenin devredilebilmesi için şart değildir. Sözleşme devri sonucunu doğuran işçi transferi, işçi nakli gibi ifadelerin bulunması; sözleşmenin yorumuna göre de, işçinin rıza gösterdiği sonucunun çıkması diğer koşullarda mevcutsa devrin gerçekleşmesi için yeterlidir³⁸⁵. Devre yönelik rızanın açıkça anlaşılmadığı durumlarda; devre göre daha hafif sonuçlar içeren geçici iş ilişkisinin gerçekleştiği kabul edilmelidir³⁸⁶.

III. İş Sözleşmesinin Devrinde Tarafların Sorumlulukları

İş sözleşmesinin devri halinde uygulama bakımından devreden ve devralan işverenin sorumluluk sınırlarına ilişkin olarak ortaya çıkan sorunlar ön plandadır. Kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin hakkı bakımından hesaplama yapılırken; işçinin her iki işveren nezdinde geçirdiği çalışma süresinin hesaba katılacağı hem doktrin³⁸⁷ hem de Yargıtay bakımından kabul edilmektedir.

Yargıtay tarafların sorumluluk sınırlarının belirlenebilmesi açısından öncelikle taraflar arasındaki ilişkinin niteliğinin ortaya konulması gerektiğini vurgulanmaktadır.

³⁸² ALP, Sözleşmenin Devri, s.308-309.

³⁸³ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1220; AKYİĞİT, Karar İncelemesi, s.44.

³⁸⁴ ALP, Sözleşmenin Devri, s. 309.

³⁸⁵ ALP, Sözleşmenin Devri, s.309.

³⁸⁶ ALP, Sözleşmenin Devri, s.309.

³⁸⁷ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1223; ÇANKAYA/ÇİL, s.249; ALP, Sözleşmenin Devri, s.321; Aksi yönde, CANIKLIOĞLU, Nurşen, Hizmet Akdinin Devri-Emeklilik Halinde İhbar Tazminatı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2002/1, (Emeklilik), s.33,37 vd.; ALP, Sözleşmenin Devri, s.321.

"...Davacının 1.10.2000 tarihinden önce Işık İletişim Anonim Şirketinde geçen hizmetleriyle ilgili olarak Davalı Dünya Haber Ajansı Limited Şirketi sorumlu tutulmuş ise de, adı geçen işverenler arasında işyeri devri olup olmadığı, işçi nakli veya ödünç iş ilişkisi kurulup kurulmadığı araştırılmış değildir. Belirtilen hukuki ilişkilerin varlığı belirlenmeden davalının 1.10.2000 tarihi öncesi dönem den sorumlu tutulması doğru olmamıştır...³⁸⁸".

"... Mahkemece davalı ile anılan işyerleri arasında iddia edilen hukuki ilişki tam olarak araştırılmamıştır. Gerekirse davacı tanıkları yeniden dinlenmeli, ihtilaflı dönemlerle ilgili bordrolar şahsi sicil dosyaları celp edilmeli davalı işveren ile adı geçen işyerleri arasındaki ilişki tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlenmelidir. Yazılı şekilde davacının diğer dönemlerle gerçekleşen çalışmalarının bir hizmet akdi devri veya ödünç iş ilişkisi niteliğinde olup olmadığı kesin olarak belirlenmeden eksik araştırma ve soruşturma ile sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...³⁸⁹".

İş sözleşmesinin devri ile birlikte devreden işverenin sözleşmenin tarafı olma sıfatının sona erdiğinden, bu tarihten sonra ortaya çıkacak hak ve borçlar devralan işverene ait olacaktır³⁹⁰. Bu doğrultuda devirden sonra ortaya çıkan alacak ve borçlardan hiçbir şekilde devralan işverenin sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir³⁹¹. Devirden sonra ortaya çıkan borçlardan devreden işverenin, işveren sıfatının sona ermesinden hareketle, sorumlu olmayacağını söylemek mümkün olmakla birlikte bunun haricindeki sorumluluk sınırlarının belirlenmesi İş Kanunu'nda düzenleme yer almadığından güçleşmektedir. Bu noktada Borçlar Hukuku'ndaki sözleşme devri müessesinden yararlanmak mümkün olmakla birlikte; devralan işveren ve devreden işverenin sorumluluk sınırları net olarak belirlenmemektedir³⁹². Sözleşme devrinin bir halefiyet işlemi olmasından hareketle, bu durumda; devralan işverenin, devreden borçlarından sorumlu olmayacağını

³⁸⁸ YARGITAY, 9.H.D., E.2005/4652, K.2005/29672, T.13.09.2005, www.kazanci.com, 05.06.2010.

³⁸⁹ YARGITAY, 9.H.D., E.2005/18411, K.2006/1421, T.26.01.2006, www.kazanci.com, 05.06.2010.

³⁹⁰ ALP, Sorunlar, s. 191; YARGITAY, 9. H.D., E.2006/25785, K.2006/30082, T.14.11.2006, www.kazanci.com, 05.06.2010, "...Mahkemece hükmün gerekçe kısmında, hizmet akdini devreden işverenin devir tarihinden sonraki borçlardan sorumlu olmadığı, hizmet akdini devralan işverenin ise borçların tamamından sorumlu olduğu açıklandığı halde, gerekçe kısmında her iki davalı işveren yönünden tüm isteklerle ilgili olarak müştereken ve müteselsilen sorumluluğa dair karar verilmiştir.Karar bu yönüyle hatalı olmuştur...".

³⁹¹ ALP, Sorunlar, s.191; ALP, Sözleşmenin Devri, s.323.

³⁹² ALP, Sözleşmenin Devri, s.323.

kararlaştırıldığı haller³⁹³ haricinde, sözleşmenin devri ile devreden işverenin taraf sıfatını kaybedeceği ve sözleşme borçlarından doğan sorumluluğun da devralana geçerek son bulacağı görüşü³⁹⁴ ve sürekli borç ilişkisi doğuran ilişkiler bakımından durumun farklılık arz ettiği, devreden işverenin kendi dönemi ile sorumlu olmaya devam edeceği fakat devralanın aksinin kararlaştırılmadığı durumlarda sadece devir sonrası bakımından sorumlu olacağı görüşünün³⁹⁵ bulunduğu ifade edilmekte; ancak Borçlar Kanunu hükümlerinin uyarlanmadan İş Hukuku alanında oluşan sorunların çözümünde kullanılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir³⁹⁶.

İş Kanunu Tasarısı'nın 7. maddesinde devralan işverenin sorumluluğuna ilişkin olarak; "*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 iş sözleşmesinin devrinde de uygulanır*³⁹⁷" düzenlemesi yer almaktaydı. Bu doğrultuda, anılan madde yasalassağı Tasarının işyeri devrini düzenleyen 6. maddesinin "*Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür*³⁹⁸" düzenlemesini içeren 2. fıkrası doğrultusunda tüm süre dikkate alınarak devralanın kıdeme dayalı haklardan sorumlu tutulması söz konusu olacaktı. Tasarının iş sözleşmesinin devri ile ilgili hükmü yasalasmamakla birlikte; bu haliyle yasalasmış olması durumunda devreden işverenin sorumlulukları bakımından düzenleme yine de eksik kalacaktı.

Halen Türkiye Büyük Millet Meclisi gündeminde olan Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesinin devrine ilişkin düzenleme içeren 428. maddesi de devreden işverenin sorumluluk sınırlarına ilişkin düzenleme içermemektedir. Maddede sorumluluk ile ilgili olarak sadece "*Devir işlemi ile, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte hizmet sözleşmesinin tarafı olur*³⁹⁹" ifadesi yer almaktadır. Doktrinde düzenlemedeki bu ifadenin; devralan işvereni devir tarihinden önceki alacaklardan da sorumlu

³⁹³ Devralan işverenin, devreden borçlarından sorumlu olmayacağını kararlaştırılabileceği yönünde bkz. AYRANCI, s.56,57,117.

³⁹⁴ LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, 1987, s.616'dan Aktaran ALP, Sözleşmenin Değiştirilmesi, s.323, dpn.56.

³⁹⁵ ROTH, Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2007, BGB 398, Rn.4-7, www.beck-online.de'den Aktaran ALP, Sözleşmenin Değiştirilmesi, s.324, dpn.57.

³⁹⁶ ALP, Sözleşmenin Devri, s.323-324.

³⁹⁷ www.tbmm.gov.tr, 05.06.2010.

³⁹⁸ www.tbmm.gov.tr, 05.06.2010.

³⁹⁹ www.tbmm.gov.tr, 05.06.2010.

tutmaya elverişli olduğu, aksine yorumun sözleşme devrine ilişkin hukuki tanım ve yorumuna ters düşeceği görüşü ileri sürülmektedir⁴⁰⁰.

Devralan işverenin iş sözleşmesinin tarafı haline gelmesinden ve sözleşme devrinin bir halefiyet ilişkisi olmasından hareketle⁴⁰¹; devralan işverenin iş sözleşmesini bütün hak ve borçları ile devralmış olduğu ifade edilebilir. Sözleşmeyi devralan devir öncesindeki tüm hak ve borçlar ile sözleşmeyi devralmıştır, bu doğrultuda işçi devreden işveren döneminde doğmuş olan tüm hak ve alacaklarını devralan işverenden de talep edebilir, devralan işveren ve devreden işverenin kendi dönemleri ile sorumlu oldukları şeklinde bir yorum yerinde olmayacaktır⁴⁰². Devralan işveren, devir anında sözleşmeyi hak ve borçlar ile birlikte bütün olarak devralıp sözleşmenin tarafı haline geldiğinden aksine yorum sözleşme devrinin ve halefiyet ilkesinin ruhuna da aykırılık teşkil edecektir.

Devirden önce doğmuş bulunan alacaklar bakımından ise; devralanın sözleşmeyi tüm hak ve borçları ile birlikte devralmasından hareketle devirden önce doğmuş bulunan borçlarda da sadece devralanın sorumlu olması gerektiği görüşü⁴⁰³, devreden işveren ve devralan işverenin kendi dönemindeki borçlardan sorumlu olduğu böylelikle devirden önceki borçlardan devreden işverenin sorumlu tutulmaya devam edeceği görüşü⁴⁰⁴ ve işyerinin devrine ilişkin 6. maddedeki "*Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır*" düzenlemesi kıyasen iş sözleşmesinin devrine de uygulanarak devreden işverenin devirden sonra iki yıl daha devir öncesi borçlardan sorumlu tutulması gerektiği görüşü⁴⁰⁵ olmak üzere üç görüş ileri sürülmektedir.

Devralan işveren devir öncesi dönemde doğmuş bulunan alacaklar bakımından da sorumlu tutulacaktır. Ancak devreden işverenin kendi dönemindeki işçilik alacakları ve kıdem tazminatları bakımından sorumluluğuna ilişkin olarak

⁴⁰⁰ ALP, Sözleşmenin Devri, s.324.

⁴⁰¹ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1214, 1221; ŞAHLANAN, Sözleşme Devri, s.3; AYRANCI, s.46 vd.; BAŞBUĞ, s.11; ARSLANOĞLU, s.543; ÖZKARACA, s.126.

⁴⁰² ALP, Sözleşmenin Devri, s.324.

⁴⁰³ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1223; ALP, Sözleşmenin Devri, s.322.

⁴⁰⁴ ÇANKAYA/ÇİL, s.250; ARSLANOĞLU, s.544-545; ALP, Sözleşmenin Devri, s.322.

⁴⁰⁵ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1222; ÇANKAYA/ÇİL, s.250-251; ALP, Sorunlar, s. 194; ALP, Sözleşmenin Devri, s.322.

düzenleme boşluğu bulunmaktadır. Gündemde olan Borçlar Kanunu Tasarısı yasalassa bile 428. madde devreden işverenin sorumluluğuna ilişkin düzenleme içermediğinden, mevzuattaki boşluk varlığını sürdürecektir. Doktrinde çözüm olarak, işyeri devrinde de temelde yasa gereği iş sözleşmelerin devri olduğundan hareketle, işyeri devrine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinin ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte olan 14. maddesinin 2. fıkrasının iş sözleşmesi devrine de kıyasen uygulanması; bu doğrultuda, devralanın tüm borçlardan sorumluluğu, devreden devralan işveren ile birlikte iki yıl sorumluluğu ve kıdem tazminatından devreden işverenin devirden önceki dönemden ve son ücret ile sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁰⁶. İş sözleşmesinin devrinde de işyeri devrinde olduğu gibi işçilerin de işveren değişikliğinden etkilenmemesini sağlamak ve menfaatlerinin korunmasına ihtiyaç bulunmaktadır⁴⁰⁷. Mevzuattaki düzenleme boşluğu karşısında, devreden işverenin de devralan işveren ile birlikte belirli bir süre ile dahi olsa sorumlu tutulması benimsenebilecek en tutarlı ve işçi menfaatlerini koruyucu çözüm yolu olacaktır.

Devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumluluğu bakımından getirilecek tek istisnanın işçinin isteği ve menfaatleri doğrultusunda gelişen iş sözleşmesi devirleri olduğu, bu durumda göstermelik bir istekten çok işçinin kariyer hedefleri doğrultusunda sözleşmesinin devredilmesinin gerçekten menfaatine olduğu durumlarda işçinin işyeri devrinde ihtiyaç duyulan korumaya da ihtiyacının olmadığı bunun neticesinde de iş sözleşmesi devrine devrin işçinin isteği üzerine ve menfaatine olduğu durumlarda işyeri devrine ilişkin hükümlerin de kıyasen uygulanmasına gerek kalmadığı ifade edilmektedir⁴⁰⁸.

Kıdem tazminatından işverenlerin sorumluluğu bakımından ise; devralan işveren, iş sözleşmesini tüm hak ve borçları ile birlikte devraldığından ve artık iş sözleşmesinin tarafı olarak işveren haline geldiğinden, işçinin her iki işveren nezdinde geçirmiş olduğu çalışma süreleri dikkate alınarak hesaplanmış olan kıdem tazminatından sorumlu tutulacaktır⁴⁰⁹. Bu noktada; devreden işverenin kıdem tazminatından sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışma konusu olmaktadır. Kıdem

⁴⁰⁶ ALP, Sorunlar, s.194; ALP, Sözleşmenin Devri, s.325.

⁴⁰⁷ ALP, Sözleşmenin Devri, s.325.

⁴⁰⁸ ALP, Sözleşmenin Devri, s.326.

⁴⁰⁹ AKYİĞİT, Karar İncelemesi, s.45; ALP, Karar İncelemesi, s.97.

tazminatına ilişkin olarak 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte olan 14. maddesinin 2. fıkrasında yer alan " ...İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12/07/1975 tarihinden, itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. 12/07/1975 tarihinden evvel işyeri devrolmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur..." düzenlemesinin her ne kadar işyeri devrine ilişkin bir düzenleme olsa da; hem işyeri devri ve hem de iş sözleşmesi devrinin temelinde sözleşmenin devri olmasından hareketle, hükmün iş sözleşmesi devrinde de uygulanması yerinde olacaktır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemenin iş sözleşmesinin devrine de uygulanabileceği kabul edildiğinde; devreden işveren, kıdem tazminatından kendi işyerinde geçen çalışma süresi ve işçinin son ücret ile sorumlu olacaktır⁴¹⁰.

Kıdem tazminatı bakımından devreden işverenin kendi işyerinde geçen çalışma süresi ve son ücret üzerinden sorumlu tutulabilmesi de dayanağını işyeri devrine ilişkin mevzuattaki düzenlemelerin kıyasen iş sözleşmesine de uygulanmasından almaktadır. İşyeri devrine ilişkin hükümlerin iş sözleşmesi devrine kıyasen uygulanmasının kabul edilmemesi halinde devreden işverenin kıdem tazminatından sorumlu tutulabilmesi mümkün olmayacaktır⁴¹¹.

Sorumluluk alanlarının belirlenmesinde uygulamaya yön veren Yargıtay kıdem tazminatının hesaplanmasında, iş sözleşmesinin devreden işveren yanında geçen süresinin de hesaba katılması gerektiğini ifade etmektedir.

"...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

⁴¹⁰ ALP, Sözleşmenin Devri, s.321.

⁴¹¹ ALP, Sözleşmenin Devri, s.326.

alınması gerekir. Nitekim mahkemece ihbar tazminatı alacağında tüm süreye göre yapılan hesaplama değer verilerek hüküm kurulmuştur...⁴¹²".

"...Bu İşe alma sırasında hizmet akdinin devredildiği, başka bir deyişle yeni işyeri sahibi davalı AŞ.nin önceki işyerinde geçen çalışmaları ile ilgili alacakları kabul ettiği kanıtlanabilmiş değildir. İşçilerin toplu olarak davalıya ait başka bir işyerinde işe alınmış olması da hizmet akdi devrinin varlığını göstermez. Açıklanan bu nedenle dava dışı E.. AŞ. işyerinde geçen sürelerin birleştirilerek davalı şirketin sorumlu tutulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...⁴¹³".

"...Davacının, davalı şirkette hizmet akdi kurduğu 28.8.2000 tarihinden önce çalıştığı anlaşılan Er-Şah Oto. Limitet Şirketinin işyerini davalı işverene devrettiği veya hizmet akti devrinin söz konusu olduğu kanıtlanabilmiş değildir. Bu nedenle başka bir sermaye şirketinde geçen çalışmalarının, şirketlerin aynı kuruluşa bağlı olduğu gerekçesi ile birleştirilmesi mümkün değildir...⁴¹⁴".

Yargıtay'ın, kıdem tazminatından devralan işverenin sorumluluğuna ilişkin olarak; devralan işverenin, işçinin her iki işveren nezdinde geçirdiği çalışma süresinin tamamı üzerinden hesaplanacak kıdem tazminatının tümünden sorumlu olduğu yönündeki kararları istikrarlı olmakla birlikte; kıdem tazminatından devreden işverenini sorumluluğuna ilişkin kararların istikrarlı olduğu söylenemez.

Kıdem tazminatından devreden işverenin kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğuna ilişkin 2005 tarihli bir kararında Yargıtay; "...Davacının davalılardan İndeks Ltd. Şti. de çalıştığı sırada hizmet akdinin devri sureti ile diğer davalıya ait işyerinde çalışmaya başladığı ve hizmet akdinin son işveren İnceks Ltd. Şti. tarafından sona erdirildiği anlaşıldığından, hizmet akdini devreden işverenin ihbar ve kıdem tazminatından sorumlu tutulması mümkün değildir. Zira yukarıda açıklandığı gibi ihbar tazminatından akdi fesheden işveren sorumludur. Somut olayda işyeri devri de söz konusu olmadığından 1475 sayılı İş Yasası'nın 14/2. maddesinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla anılan madde gereği işyeri devri halinde devreden işverenin kendi çalıştırma dönemi ile ilgili kıdem tazminat sorumluluğu düzenlenmiştir. Dava konumuzda ise işyeri devri söz konusu olmayıp hizmet akdi devri mevcuttur. Böyle olunca ilk hizmet akdini devreden

⁴¹² YARGITAY, 9.H.D., E.2005/361, K.2005/35713, T.10.11.2005, www.kazanci.com, 30.05.2010.

⁴¹³ YARGITAY, 9.H.D., E.2005/28475, K.2005/30013, T.15.09.2005, ÇANKAYA/ÇİL, s.261.

⁴¹⁴ YARGITAY, 9.H.D., E.2003/23101, K.2004/10723, T.06.05.2004, www.kazanci.com, 05.06.2010.

işveren hakkında ihbar ve kıdem tazminatı isteği ile açılan davanın reddi gerekir...

⁴¹⁵" ifadesi ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemenin iş sözleşmesinin devri bakımından uygulanamayacağını vurgulamıştır.

Kararların bazıları ise işverenin kendi dönemi ile sınırlı olarak kıdem tazminatından sorumlu tutulabileceği yönündedir.

"...Davacı Gazeteci, önce davalılardan ... TV Haber Ajansı A.Ş. işyerinde çalışmış, 31.10.2000 tarihinden sonra ise tüm haklarıyla birlikte diğer davalı E. Haber Ajansı A.Ş.'ye nakli 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 günlük yüzde beş fazlası yönünden kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece her iki davalı işverenin tüm alacaklardan müştereken müteselsilen sorumlu tutulması hatalıdır..."⁴¹⁶

"...Davacının 30.04.2000 tarihine kadar davalı gösterilen Y. A.Ş.'de çalıştığı yönünde ihtilaf yoktur. Davacının 01.05.2000 - 31.01.2001 tarihleri arasında K. Şirketi'nde çalıştığı anlaşılmaktadır. Ancak davacının davalı holdingden dava dışı K. Şirketi'ne ne şekilde gönderildiği davalı holdingin sorumluluğu yönünden önem taşımaktadır... Eğer davacı dava dışı şirkete hizmet akdi devri suretiyle gönderilmişse davalı holdingin kıdem tazminatı ücret ve fazla mesaiden sorumluluğu 30.04.2000 tarihine kadar kendi işyerinde geçen çalışma süresiyle sınırlıdır. Mahkemece davacının davalı holdingden, dava dışı K. Şirketi'ne ödünç işçi olarak mı yoksa hizmet akdi devri suretiyle mi gönderildiği kesin olarak belirlenmeli ve sonucuna göre davalı holdingin sorumluluğu saptanmalı ve buna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır..."⁴¹⁷

Yıllık ücretli izin hakkı ve ihbar tazminatı bakımından ise; bu alacakların iş sözleşmesinin son bulması halinde doğacağından hareketle, sadece devralan işverenin sorumlu olması gerektiği ifade edilebilir⁴¹⁸. Yargıtay ise; devreden ve

⁴¹⁵ YARGITAY, 9.H.D., E.2005/309, K.2005/31664, T.29.09.2005, ÇANKAYA/ÇİL, s.259.

⁴¹⁶ YARGITAY, H.G.K., E.2005/9-203, K.2005/252, T.13.04.2005 ve bu karara konu olan YARGITAY, 9.H.D., E.2004/3862, K.2004/14291, T.08.06.2004, www.kazanci.com, 05.06.2010.

⁴¹⁷ YARGITAY, 9.H.D., E.2004/19810, K.2005/8203, T.14.03.2005, www.kazanci.com, 30.05.2010.

⁴¹⁸ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1223; ÇANKAYA/ÇİL, s. 259; ALP, Sorunlar, s. 191; ALP, Sözleşmenin Devri, s.322; DANAR, s.70.

devralan işverenlerin kendi dönemleri bakımından kullanılmamış izin ücretinden sorumlu olacağı yönünde karar vermektedir. "...Nakleden işverenin kıdem tazminatı ile izin ücreti, fazla mesai, bayram genel tatili ve bunların günlük yüzde beş fazlası yönünden kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu olduğunun kabulü gerekir..."⁴¹⁹".

Yargıtay anılan kararında fazla mesai ve genel tatil ücreti bakımından ise; "...Nakleden işverenin...izin ücreti, fazla mesai, bayram genel tatili ve bunların günlük yüzde beş fazlası yönünden kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu olduğunun kabulü gerekir..."⁴²⁰" yönünde karar vererek, devreden işveren bakımından kendi işyerinde geçen çalışma süresi ile sınırlı bir sorumluluk öngörmüş; bir başka kararında ise; "...Fazla mesai ve genel tatil alacaklarının her iki işveren için ayrı ayrı hesaplanması yerinde ise de..."⁴²¹" ifadesini kullanarak devralan işverenin devirden önceki borçlardan sorumlu tutulmayacağı izlenimi yaratmıştır⁴²².

Netice itibariyle devreden işveren ve devralan işveren bakımından sorumluluk sınırlarını somutlaştırmamız gerekirse; devreden işverenin işveren sıfatının sona ermesi ve iş sözleşmesini tüm hak ve borçları ile devretmesinden hareketle devir tarihinden sonra doğacak borçlardan sorumlu tutulamaması gerekir⁴²³. Devralan işverenin sorumlu olduğu kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti bakımından her iki işveren nezdindeki çalışma sürelerinin de dikkate alınması, işyeri devrinin temelindeki işlemin de işçi ve iş sözleşmesi devri olmasından hareketle işyeri devrine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte olan 14/2. maddesinin iş sözleşmesinin devri bakımından da kıyasen uygulanması böylelikle devir anında doğmuş bulunan borçlardan devreden işverenin de 2 yıl süre ile devralan ile birlikte sorumlu tutulması ve devreden işverenin 1475 sayılı İş Kanunu 14/2 maddesi uyarınca kıdem tazminatından kendi işyerinde geçen süre ve son ücretle sınırlı olarak sorumlu olması daha yerinde olacaktır⁴²⁴. İş güvencesi hükümlerinden yararlanma koşullarından biri

⁴¹⁹ YARGITAY, H.G.K., E.2005/9-203, K.2005/252, T.13.04.2005 ve bu karara konu olan YARGITAY, 9.H.D., E.2004/3862, K.2004/14291, T.08.06.2004, www.kazanci.com, 05.06.2010.

⁴²⁰ YARGITAY, H.G.K., E.2005/9-203, K.2005/252, T.13.04.2005 ve bu karara konu olan YARGITAY, 9.H.D., E.2004/3862, K.2004/14291, T.08.06.2004, www.kazanci.com, 05.06.2010.

⁴²¹ YARGITAY, 9.H.D., E.2005/309, K.2005/31664, T.29.09.2005, ÇANKAYA/ÇİL, s.259.

⁴²² ALP, Sözleşmenin Devri, s. 323.

⁴²³ ÇANKAYA/ÇİL, s.249-250; ALP, Sözleşmenin Devri, s.327.

⁴²⁴ ÇANKAYA/ÇİL, s.249-250; ALP, Sözleşmenin Devri, s.327.

olan 6 aylık kıdem koşulu ise; iş sözleşmesinin kurulduğu tarihe göre hesaplanmalıdır⁴²⁵.

IV. İş Sözleşmesinin Devrinde Özellik Arz Eden Hususlar

1. Örtülü Sözleşme Devirlerinin Kabul Edilebilirliği

İş sözleşmesinin devri; işçi, devreden işveren ve devralan işverenin üçlü anlaşmaları ile ya da işçinin, devreden işveren ve devralan işveren arasındaki anlaşmaya rıza göstermesi ile söz konusu olabilir. İşçinin, bir anlaşma söz konusu olmaksızın ve işverenin talimatı üzerine başka bir işverene ait işyerinde çalışmaya başlaması durumunda iş sözleşmesinin devrine rıza göstermiş sayılıp sayılmayacağına tespiti önem taşımaktadır.

Örtülü sözleşme devri; işçinin geçici iş ilişkisi kurulmaksızın, bir başka işveren yanında çalışmakla görevlendirilmesi ve işçinin işverenin talimatı üzerine bu işyerinde çalışmaya başlaması ya da işçinin geçici iş ilişkisi ile başka bir işverene iş görme edimini ifa etmek üzere geçici olarak devredilmesi ve ilişkinin süresinin bitiminde işçinin geçici işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde söz konusu olabilmektedir⁴²⁶.

Doktrinde, işçinin örtülü irade beyanı ile iş sözleşmesinin devri mümkün olduğu; ancak işçinin devrin geçici olduğu ve işyerine döneceği kanaati ile yeni işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesinin ve susmasının, özellikle şirket topluluğu bünyesindeki işçilerin topluluk içindeki bir başka şirkette görevlendirilmesi halinde işçinin çalışmaya devam etmesinin iş sözleşmesinin devrine rıza gösterdiği ve haberdar olduğu şeklinde yorumlanamayacağı haklı olarak ifade edilmektedir⁴²⁷.

İş sözleşmesinin devrinin söz konusu olabilmesi için işçinin onayı veya üçlü mutabakat aranmaktadır. Bu doğrultuda işçinin tamamen dışında işverenlerin karşılıklı iradeleriyle gelişen geçici iş ilişkisi süresinin aşılması halinde işçinin onayı varmışçasına iş sözleşmesinin devrini kabul etmek pek de mantıklı

⁴²⁵ ÇANKAYA/ÇİL, s.249-250; ALP, Sözleşmenin Devri, s.327.

⁴²⁶ ALP, Sözleşmenin Devri, s. 310.

⁴²⁷ ALP, Sözleşmenin Devri, s.310.

görünmemektedir. Yasal düzenlemeden haberi olmama ihtimali olan bir işçinin; sadece geçici iş ilişkisinin süresi bitiminde itiraz etmemiş olmasının iş sözleşmesinin devrinde örtülü bir rıza olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁴²⁸.

Yargıtay ise; işçinin yedi ay boyunca başka bir işveren nezdinde ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin çalışmaya devam ettiği bir olayda iş sözleşmesinin devredildiği sonucuna ulaşmış ve işe iadeye ilişkin taleplerin devralan işverene karşı ileri sürülmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

"...Davacının davalı Ten Pazarlama Ltd. Şti.ne ait işyerinde çalışmaya başladığı, bu işyerinde çalışmakta iken 17.5.2004 tarihi itibariyle davalı Ten Mağazacılık Ltd. Şti.ne ait işyerinde çalışmaya devam ettiği, daha sonra çalıştığı mağazanın kapandığı gerekçesi ile iş sözleşmesinin feshedildiği, ihbar ve kıdem tazminatının toplam çalışması esas alınarak son işverence ödendiği anlaşılmaktadır. Davalı Ten Mağazacılık Ltd. Şti. tarafından ibraz edilen Personel Hareket Formu'nda işe giriş tarihinin 17.9.2002 gösterildiği, muhasebe sorumlusu olan görevinin mağaza satış müdürü olarak değiştirildiği belirtilmiştir. Mevcut delillere göre davacının davalı Ten Pazarlama şirketine ait işyerinden iş sözleşmesi feshedilmeden Ten Mağazacılık şirketine devredilmesi ve bu son işyerinde yaklaşık 7 ay ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin çalışması "hizmet akdinin devri" olarak ifade edilen üçlü bir ilişkinin varlığını ortaya koymaktadır. Davalı Ten Mağazacılık Şirketi hizmet akdini devralan ve iş sözleşmesini fesheden işveren olduğundan işe iade davasına ilişkin uyuşmazlığın bu davalı yönünden tartışılması gerekir. Hizmet akdini devreden davalı Ten Pazarlama Şirketinin fesih tarihi itibariyle işverenlik sıfatı bulunmadığından bu davalı hakkında açılan davanın husumet yönünden reddine karar verilmiş olması isabetlidir. Ancak, iş sözleşmesini devralan davalı şirketin Adana'daki mağazasından başka bir çok ilde de mağazaları bulunmaktadır. Davacının diğer işyerlerinde değerlendirme olanağı araştırılmadan, başka bir anlatımla "fesih son çare olmalı" ilkesi göz önünde bulundurulmadan iş sözleşmesi feshedildiğinden, fesih için geçerli neden bulunmadığı sonucuna varılarak davalı Ten Mağazacılık Ltd. Şti. hakkında açılan davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile isteğin reddi hatalıdır..."⁴²⁹.

⁴²⁸ ALP, Sorunlar, s.196.

⁴²⁹ YARGITAY, 9.H.D., E.2005/39164, K.2006/945, T.23.01.2006, www.kazanci.com, 05.06.2010.

İş sözleşmesinin devri ile, devreden işverenin işveren sıfatı sona erdiğinden ve tüm hak ve borçları ile iş sözleşmesini devralan işverene geçtiğinden işçinin devre ilişkin olarak göstermiş olduğu rızanın önemi ve sonuçlarını kavramış şekilde bir irade beyanında bulunması gerekmektedir. Bu doğrultuda; sözleşmesinin devredildiğini, işverenin değiştiğini ve eski işverenin artık hiçbir sorumluluğu kalmadığını bilerek rıza göstermediği durumlarda işvereni iş sözleşmesi ve sözleşmenin taraflara yüklediği yükümlülüklerden kurtarmak yerinde olmayacak; işçinin işverenler arasındaki anlaşmadan haberdar olup da itiraz etmediğinin anlaşıldığı durumlar hariç olmak kaydıyla, ilk işveren ile işçinin iş ilişkisinin sona erdirilmesine yönelik açık bir anlaşmanın bulunmadığı hallerde sözleşme devrinin söz konusu olmadığı ve işçinin işverenin değişmediğinin kabulü gerekecektir⁴³⁰. İş sözleşmesinin devredildiği sonucuna ulaşabilmek için; işverenlerin, aralarındaki anlaşmanın işçi tarafından bilindiği ve rıza gösterildiği yönündeki iddialarını ispatlamaları gerekmektedir⁴³¹. İddiaların ispatlanamaması durumunda ikinci işverenin sözleşmeye katıldığının ve birlikte işveren haline geldiğinin kabulü gerekecektir⁴³².

Sözleşmenin devredildiği, işverenin değiştiği ve devreden işverenin artık hiçbir sorumluluğunun kalmadığına yönelik iradeyi içermeyen örtülü bir beyan ile iş sözleşmesi devredilmiş sayılması mümkün olmadığından, işçi lehine bir yorum yaparak, sözleşmeye katılma⁴³³ müessesesi devreye sokulmakta, böylelikle yeni işverenin mevcut iş sözleşmesine katılması, eski işveren ile birlikte işveren ve müteselsil sorumlu kabul edilmesi alternatif bir çözüm olmaktadır⁴³⁴. Halen Türkiye Büyük Millet Meclisi gündeminde olan Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 205. maddesinde sözleşmeye katılma; *"Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır. Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin*

⁴³⁰ ALP, Sözleşmenin Devri, s.310-311.

⁴³¹ ALP, Sorunlar, s. 198; ALP, Sözleşmenin Devri, s.311.

⁴³² ALP, Sorunlar, s.198.

⁴³³ EREN, s.1207.

⁴³⁴ ALP, Sözleşmenin Devri, s.311-312.

*diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar. Sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır*⁴³⁵" şeklinde düzenlenmiştir.

İşverenler tarafından, işçinin, iş sözleşmesinin devredildiğine ve kendi işverenin işveren niteliğinin sona erdiğine ilişkin kanaatini içeren rızası ispatlanamadığı müddetçe, örtülü sözleşme devrini geçerli kabul etmenin mümkün olmayacağı; bu durumda işverenin işveren niteliğinin sona ermediği ve yeni işverenin sözleşmeye katılması ile iş sözleşmesinin devam edeceği ifade edilmektedir⁴³⁶. İşçinin diğer işveren yanında çalışmaya devam etmesi ve bu görevlendirme karşısında susması halinde iş sözleşmesinin devredildiğini kabul etmek yerine yeni işverenin sözleşmeye katıldığını kabul etmek işçinin daha lehine olacak; işçiye karşı fesih yetkisinin birlikte kullanılması gerekmesi, işçilik alacaklarından işverenlerin müteselsil sorumlu olması bakımından işçinin işverenler karşısında daha avantajlı duruma geçmesini sağlayacaktır⁴³⁷.

2. Sözleşmede Bulunan Devir Kayıtlarının Geçerliliği

İşçi ile işveren arasında akdedilen iş sözleşmesinde; işçinin bağlantısız bir işverene ya da aynı şirket topluluğuna ilişkin bir başka bağlı şirkete ait işyerine gönderilebileceğine ilişkin kayıtlar bulunabilir. İşçinin iş sözleşmesini imzalaması ile bu kayıtları da kabul etmiş sayılıp sayılamayacağı ise tartışma konusu olmaktadır.

Kayıtların geçerli kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin değerlendirme yapılırken, sözleşmede yer alan düzenlemenin lafzı da önem taşımaktadır. Sözleşmede yer alan sadece "işverenin işçiyi başka bir işyerinde görevlendirebileceği" yönündeki ve "açıkça işçinin şirket topluluğu bünyesindeki başka bir bağlı şirkete devredilebileceği" ni öngörmeyen kayıtların işverene sözleşmeyi devir yetkisi vermediği ve bu kayıtlara dayanarak sözleşmenin devredilemeyeceği; "aynı şirkete bağlı farklı işyerlerine devredilebileceği" yönündeki kayıtların ise, kural olarak, dürüstlük kuralı ve hakkaniyete uygunluk çerçevesinde geçerli olduğu ifade edilmektedir⁴³⁸.

⁴³⁵ www.tbmm.gov.tr, 05.06.2010.

⁴³⁶ ALP, Sözleşmenin Devri, s.312.

⁴³⁷ ALP, Sözleşmenin Devri, s.312.

⁴³⁸ ALP, Sorunlar, s.198; ALP, Sözleşmenin Devri, s.314.

Yargıtay 2005 tarihli bir kararında, iş sözleşmesinin işverenin diğer bir işyerine işçi nakline imkan veren hükmünün geçerli olduğu sonucuna ulaşmıştır. *"...Dosya içeriğinden taraflar arasında düzenlenen hizmet akdinin 1/b maddesine göre başka illere nakil yetkisi bulunan davalı işverenin davacının çalıştığı Bursa işyerindeki ihaleyi kaybetmesi üzerine davacıyı yeni ihale aldığı Gebze'deki aynı mahiyetteki işe naklettiği, bu nakili önce kabul eden davacının bilahare Gebze'ye gitmekten vazgeçerek işverene istifa dilekçesi verdiği anlaşılmaktadır. Davacı istifanın altındaki imzayı inkar etmemiş hata ile ve ikrah alındığını kanıtlayamamıştır. İşverenin iş akdi gereği nakil yetkisi bulunduğu ve iş şartları da nakil dışında ağırlaştırılmadığından davacının istifasının haklı nedene dayandığı kabul edilemez. Davalının iş akdini feshettiği konusunda somut kanıtlar da mevcut değildir. Bu nedenlerle ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü mümkün değildir. İşverenin davacıya yaptığı bir kısım ödemenin kıdem tazminatı olarak ödendiğinin kabulü de sonuca etkili değildir..."⁴³⁹".*

"...Dairemizin uygulamasına göre işverenin sözleşmeyle nakil yetkisini saklı tutması mümkündür. Ancak, her hak gibi, nakil yetkisinin de iyiniyet kurallarına uygun olarak kullanılması gerekir. Yönetim hakkını genişleten böyle bir düzenleme uyarınca işlem yapan işverenin, kural olarak her hangi bir gerekçe gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, somut olayda olduğu gibi, nakil yetkisinin kötüye kullanıldığının ileri sürüldüğü durumlarda nakli gerektiren iş ve işyeri gereklerinin bulunup bulunmadığı, başka bir anlatımla nakli zorunlu kılan objektif nedenlerin varlığı ortaya konulmalıdır..."⁴⁴⁰".

Şirket topluluğu içindeki bir başka şirkete işçinin devredilebileceğine yönelik olarak iş sözleşmesinde bulunan kayıtların, işçinin geçici iş ilişkisi ile iş görme edimini ifa etmek üzere, ilişkinin süresi ile sınırlı olarak geçici işverene devredilmesi yönünde ya da iş sözleşmesinin kalıcı şekilde başka bir işverene devredilebilmesi yönünde yetki içermesi mümkündür⁴⁴¹. İlk durumda ödünç iş ilişkisine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde, yazılı ve devir anında rıza arandığından hareketle; ikinci durumda ise Borçlar Kanunu'nun 320. maddesinde yer alan *"Hilafı*

⁴³⁹ YARGITAY, 9.H.D., E.2005/6457, K.2005/35636, T.11.10.2005, ÇANKAYA/ÇİL, s.257.

⁴⁴⁰ YARGITAY, 9.H.D., E.2007/14272, K.2007/28755, T.01.10.2007, www.calismavetoplum.org, 10.07.2010; Aynı yönde, YARGITAY, 9.H.D., E.2007/14259, K.2007/28745, T.01.10.2007, www.calismavetoplum.org, 10.07.2010.

⁴⁴¹ ALP, Sorunlar, s.198-199; ALP, Sözleşmenin Devri, s.314.

mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmağa mecbur olup başkasına devredemez. İş sahibinin dahi hakkını başkasına devredebilmesi, aynı kayıtlara tabidir" düzenlemesine dayanarak sözleşme devrine ilişkin kayıtları geçerli kabul edenler⁴⁴² olsa bile, iş sözleşmesi devrinden daha hafif sonuçlar içeren geçici iş ilişkisinde bile Kanun Koyucunun yazılı ve devir anında rıza aramasından hareketle, geçici iş ilişkisinde bile önceden saklı tutulamayan rızanın, iş sözleşmesinin devrine ilişkin olarak sözleşmedeki kayıtlarla saklı tutulması mümkün görünmemektedir⁴⁴³.

Sözleşmede yer alan ve devri saklı tutan kayıtların şirket toplulukları bakımından; feshin son çare olması ilkesinin şirket topluluğu bünyesindeki tüm şirketler bakımından uygulanması şartı ile geçerli kabul edilmesi ve hakkaniyete uygun olarak kullanılması halinde sözleşmedeki hak ve borç dengesinin işçi aleyhine bozulmuş olması önlenmiş olacaktır⁴⁴⁴. Feshin son çare olması ilkesinin şirket topluluğu bünyesinde uygulanması ön koşulu ile geçerli kabul edilen sözleşmedeki devir kayıtları, işçinin iş sözleşmesinin devredilebileceği şirketlerin iş sözleşmesinin yapıldığı esnada şirket topluluğu bünyesinde halihazırda faaliyet gösteren şirketler olması, devralacak olan şirketlerin ekonomik ve sosyal konularının, işyerlerinin değişmemiş olması halinde geçerli kabul edilecektir; aksi halde işçinin rızasının yeniden alınması söz konusu olacaktır⁴⁴⁵. Uzun süre işveren tarafından kullanılmamış olan devir yetkileri de etkisini yitirebileceğinden, bu durumda yeniden devre ilişkin rıza alınmadan sözleşmedeki kayıtlara göre iş sözleşmesinin devri mümkün olamayacaktır⁴⁴⁶.

Yargıtay ise feshin son çare olması ilkesinin; iş sözleşmesinde devir kayıtları olsa dâhi, şirket topluluğu bünyesindeki bütün bağlı şirketlerde işçinin istihdam olanağının bulunup bulunmadığı göz önünde bulundurularak uygulanmasının mümkün olmadığı görüşündedir.

"...İş sözleşmesinin 13.maddesinde "işveren, personelin rızasını alarak Alarko Şirketler Topluluğu içindeki diğer bir şirkete transfer edebilir, personel bununla

⁴⁴² EKONOMİ/EYRENCİ, s.1219; Aksi yönde, ÇANKAYA/ÇİL, s.246; ARSLANOĞLU, s.541; ALP, Sözleşmenin Devri, s.315.

⁴⁴³ ÇANKAYA/ÇİL, s.246; ALP, Sorunlar, s.199-200; ALP, Sözleşmenin Devri, s.314-315.

⁴⁴⁴ ALP, Sorunlar, s.200; ALP, Sözleşmenin Devri, s.316-317.

⁴⁴⁵ ALP, Sorunlar, s.200; ALP, Sözleşmenin Devri, s.317.

⁴⁴⁶ ALP, Sorunlar, s.200; ALP, Sözleşmenin Devri, s.317.

ilgili olarak sonradan herhangi bir hak iddia edemez, talepte bulunamaz" kuralına yer verilmiştir. Belirtilen kural davalı işverenin ve işçinin tasarruflarıyla gerçekleşebilecek bir işlemi öngörmemektedir. İş Sözleşmesinin kesin olarak devrini ve işveren değişikliği sonucunu doğuracak böyle bir işlem devralacak işverenin de kabulüne bağlıdır. Feshin son çare olması ilkesi, işverene başka bir işverene ait işyerinde istihdam etme külfetini kapsamaz. Bu nedenle, anılan kural uyarınca davacının aynı şirket topluluğu içindeki diğer bir şirkete değerlendirilmediği gerekçesi ile feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü doğru olmamıştır...⁴⁴⁷ "

İşçinin feshe karşı etkin bir biçimde korunmasını sağlamak, sözleşmede yer alan devre ilişkin kayıtların feshin son çare olması ilkesinin şirket topluluğu bazında yorumlanması ile söz konusu olabilecektir. Geçici iş ilişkisinde devre ilişkin rızanın yazılı ve devir anında aranmasının sebebi de işçinin menfaatlerine zarar gelmesini önlemektir. İş sözleşmesinin devrinden daha hafif sonuçlar doğuran geçici iş ilişkisinde rızanın şekline ilişkin aranan şartların iş sözleşmesinin devrinde de aranması daha yerinde olacak; böylelikle işçi rıza göstermesi sonrasındaki konumu hakkında fikir sahibi olarak rıza göstermiş olacak ve menfaatleri korunmuş olacaktır. Sözleşmede yer alan devir şartlarının özellikle şirket toplulukları bakımından feshin son çare olması ilkesini topluluk bünyesine yayarak uygulanması şartı ile geçerli kabul edilmesi halinde işçi aleyhine sözleşme devri ile bozulabilecek dengeler yeniden işçi lehine döneceğinden; işçi feshe karşı daha etkin şekilde korunmuş olacaktır. Bağlantısız işverenlere yönelik olarak sözleşmede yer alan kayıtların ise geçici iş ilişkisinde dahi aranan rızanın devir anında ve yazılı olarak alınmasına ilişkin şekil şartlarının sözleşmede yer alan saklı tutma kayıtları bakımından gerçekleşmemesinden ve işçinin tam bir belirsizliğe sürüklenecek olmasından hareketle kabul edilebilmesi yerinde olmayacak ve Kanun Koyucunun iradesi ile bağdaşmayacaktır.

3. Geçici İş İlişkisinde Sürenin Aşılması

Geçici iş ilişkisinin süresi sona ermesine rağmen, işçinin geçici işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde geçici işveren ve işçi arasındaki ilişkinin

⁴⁴⁷ YARGITAY, 9.H.D., E.2008/39933, K.2008/34838, T.22.12.2008, www.kazanci.com, 05.06.2010.

niteliği ile ilgili olarak birçok görüş ileri sürülmektedir. Bir görüş bu durumda; işçi ile geçici işveren arasında belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin kurulduğu yönündedir⁴⁴⁸. Sürenin sona ermesi halinde geçici iş ilişkisinin de sona ermesinin Kanun'un amir hükmü olduğu; geçici iş ilişkisi sona ermesine rağmen, işçinin geçici işveren yanında Kanun'un amir hükmüne aykırı olarak çalışmasının hukuki yaptırımının geçersizlik olduğu⁴⁴⁹; bu durumda geçici işverenin de işveren ile birlikte işveren olarak kabul edilmesi, hatta işverenin işveren sıfatının sona erdiği ve geçici işverenin işveren haline geldiğini⁴⁵⁰ ifade eden bir görüş de bulunmaktadır. Bir diğer görüş ise; bu durumda işçinin işvereni ile olan iş sözleşmesinin geçici işverene devredilmiş olduğu, işçinin artık geçici işverenin işçisi olduğu görüşüdür⁴⁵¹. Doktrinde ikili bir ayrıma giden bir başka görüş de bulunmakta; bu görüş ise geçici iş ilişkisinin süresi dolmasına rağmen işçinin geçici işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesine, işveren tarafından rıza gösterildiği durumda iş sözleşmesinin devrinin söz konusu olacağı ve işçinin geçici işverenin işçisi haline geleceği; gerçek işverenin, işçinin geçici işverene ait işyerinde çalışmasına rıza göstermemesi halinde ise işçinin işvereni ile iş sözleşmesini feshettiği ve geçici işveren ile yeni bir iş sözleşmesi akdettiğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁵².

Geçici iş ilişkisinin süresi sona ermesine rağmen işverenin işçiyi geri çağırması, geçici işverenin de işçiyi çalıştırmaya devam etmesi halinde her ne kadar işverenler arasında iş sözleşmesinin devrine yönelik örtülü bir anlaşma bulunduğu söylenebilirse de; işçinin sözleşme devri ve sözleşme devrinin sonuçlarından haberdar olmaksızın geçici işverene ait işyerinde itirazı olmaksızın çalışmaya devam etmesi durumunda sözleşme devrine işçi tarafından örtülü olarak rıza gösterilmiş olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir⁴⁵³.

Geçici işveren tarafından sürenin bitmesine rağmen işçinin çalıştırılmaya devam etmesi, işverenin de buna rıza göstermesi halinde; geçici işverenin işçinin

⁴⁴⁸ AKYIĞIT, Ödünç İş, s.104-105; EYRENCİ, s. SÜZEK, İş Hukuku, s.239; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.381; EKMEKÇİ, Sona Erme, s.118; ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, s.246; ODAMAN, Sona Erme, s.29.

⁴⁴⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, s.227-228.

⁴⁵⁰ ENGIN, Ödünç İş, s.335, 354; ALP, Sözleşmenin Devri, s.313; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, s.132; DEMİR, Fevzi, İş Hukuku Uygulaması, s.58; ALP, Sözleşmenin Devri, s.313.

⁴⁵¹ EYRENCİ, s.29-30; AKYIĞIT, Ercan, İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara, 2006, (Şerh), s.353; ODAMAN, Sona Erme, s.29, dpn.15.

⁴⁵² ÇANKAYA/ÇİL, s.162, 246; USLU, s.341.

⁴⁵³ ALP, Sorunlar, s.196; ALP, Sözleşmenin Devri, s.313.

işvereni ile olan iş sözleşmesine katılarak sözleşmenin tarafı haline gelmesi yönünde de bir görüş ileri sürülmektedir⁴⁵⁴. Sözleşmeye katılma görüşü benimsendiğinde, işçinin menfaatleri geçici işverenin de işverenle birlikte işveren olması, iş sözleşmesinin iki işveren tarafından birlikte sona erdirilebilecek olması ve müteselsil sorumluluğun söz konusu olmasından hareketle, iş sözleşmesinin devrine oranla daha çok korunmuş olacaktır.

Yargıtay ise sürenin bitmesine rağmen işçinin geçici işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesi ve işverenin ses çıkarmaması durumunda iş sözleşmesinin geçici işverene devredilmiş olacağı; işverenin rızası hilafına işçinin geçici işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde ise işverene ait işyerinden ayrıldığı kanaatindedir.

"...İş Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, "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. Geçici iş ilişkisinde sürenin bitiminde ödünç alan işyerinde çalışmaya devam eden işçi ödünç alanın işçisi olur. Tarafların ortak iradeleri ile gerçekleşen bu işlem, hizmet akti devri olarak adlandırılmalıdır. Ancak, bu uygulamaya sürekli işverenin rızası hilafına gidilmiş ve işçi ile ödünç alan işverenin anlaşması suretiyle işçi süresi sona eren geçici işi ilişkisinde ödünç alan işçisi olarak çalışmaya devam ediyorsa, ödünç veren işverene ait işyerinden işçinin ayrıldığı kabul edilmelidir..."⁴⁵⁵

Geçici iş ilişkisinin süresinin sona ermesi ile, hem işçi işverene ait işyerine dönerek iş görme edimini işverene karşı yerine getirmek hem de işveren işçisine iş vermekle yükümlüdür⁴⁵⁶. İşverenin çağrısına ve geçici iş ilişkisinin süresi sona ermesine rağmen işçi işverene ait işyerine dönmeyerek geçici işverene ait işyerinde çalışmaya devam ediyorsa işçi tarafından iş sözleşmesinin feshedildiği; işçi işverene ait işyerine dönmek istemesine rağmen işveren işçiyi çalıştırmıyorsa iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği sonucuna ulaşılması gerekir⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ ALP, Sözleşmenin Devri, s.314.

⁴⁵⁵ YARGITAY, 9.H.D., E.2007/14042, K.2008/15622, T.16.06.2008, ÇANKAYA/ÇİL, s.154-156.

⁴⁵⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.239; EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, s.381; EKMEKÇİ, Sona Erme, s.118.

⁴⁵⁷ ALP, Sözleşmenin Devri, s.314.

Yargıtay; geçici iş ilişkisi sona ermesine rağmen işçinin işverene ait işyerine dönmemesi durumunu iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın feshi olarak kabul etmektedir. "... Davacının davalıya ait Beylikdüzündeki işyerinde çalıştığı sırada başka bir işverene ait olup davalının da mallarının satıldığı Mimarobadaki işyerinde ödünç işçi olarak görevlendirildiği, iki aylık süre sonunda tekrar Beylikdüzündeki işyerine ve isine dönmesi istendiğinde dönmeyerek hizmet akdini haklı bir neden bulunmadığı halde davacının sona erdirdiği dosya içeriğinden anlaşıldığı halde yazılı şekilde ihbar, kıdem tazminatı isteklerinin hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..."⁴⁵⁸.

4. Birbirini İzleyen İş Sözleşmeleri

Şirket topluluğu bünyesindeki bağlı şirketler arasında ihtiyaçlar ya da şirket topluluğunun istihdam politikaları doğrultusunda ardı ardına işçi devirleri yapılması söz konusu olabilmektedir. Bağlı şirketlerin ekonomik ve organizasyonel anlamda ana şirkete bağlı olmaları ve ortak işbirliğine dayalı yönetim tarzı neticesinde, insan kaynaklarının şirket topluluğu bakımından tek elden yürütülmesi de olanak dahilinde olmaktadır⁴⁵⁹. Bağlı şirketlerin aralarındaki işbirliği ve insan kaynakları yönetimi uyarınca işçinin kıdeme bağlı haklarına zarar vererek, işçinin iş sözleşmesini feshetmek ve ertesi gün bir başka bağlı şirketle yeni bir iş sözleşmesi akdederek işçi devri yapmalarının mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁴⁶⁰. İşçinin kıdeme dayalı haklarını zarara uğratmak amacı ile yapılan görünüşteki sözleşme fesihlerine itibar edilmemeli ve devrin işverenlerin lehine, koordinasyon ve işbirliği içinde yapıldığı anlaşılabilirse, işçiye yazılı bir talimat verilmemiş veya şirketler arasında devre ilişkin yazılı bir anlaşma bulunmasa bile, işlemin sözleşme devri olduğu kabul edilmelidir⁴⁶¹. Bu durumda işçinin kıdemine ilişkin olarak devreden işverene ait işyerinde geçirmiş olduğu süreler de dikkate alınacak, şirket topluluğu bünyesindeki ilk işveren yanında işe başladığı andan itibaren hesaplama yapılacaktır; devralan işveren de işçinin tüm kıdem süresine göre hesaplanan tazminattan sorumlu

⁴⁵⁸ YARGITAY, E.2003/2572, K.2003/15250, T.22.09.2003, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları 2000-2005, Ankara, 2006, s.118-119.

⁴⁵⁹ ALP, Karar İncelemesi, s.96.

⁴⁶⁰ ALP, Sözleşmenin Devri, s.320.

⁴⁶¹ ALP, Sorunlar, s. 205; ALP, Sözleşmenin Devri, s.320.

olacaktır⁴⁶². Devreden işveren tarafından ödenen kıdem tazminatı avans niteliğine haiz olduğundan toplamdan düşülecek, iş güvencesi ve yıllık ücretli izin hakkına esas süreler de ilk işveren nezdinde işçinin çalışmaya başladığı süreden itibaren hesaplanacaktır⁴⁶³.

Yargıtay da 1998 tarihli bir kararında aralıksız çalışmanın varlığı ve şirketler arasındaki ilişkiye dikkat çekerek, durumun iş sözleşmesi devri olduğuna kanaat getirerek devralan işverenin tüm çalışma süresi üzerinden hesaplanacak kıdem tazminatından sorumlu olduğu, önceki işverence yapılan ödemelerin mahsup edileceği yönünde karar vermiştir.

"...Davacı işçi, 17.4.1988 tarihinden 31.3.1995 tarihine kadar ... Tic. San. AY'de çalışmış olup, 24.3.1995 tarihli anılan şirketin davacıya hitaben yazdığı "Hizmet akdiniz 31.3.1995 tarihi mesai sonu itibarı ile feshedilmiş olup, 1.4.1995 tarihinde ... Tic. AŞ'de Satış Müfettişi olarak göreve başlamanız uygun görülmüştür" biçimindeki talimat üzerine davacı 1.4.1996 tarihine kadar devam etmiştir. Davacı işçi tüm çalışmanın kesintisiz ve aynı yerde, aynı işveren nezdinde çalıştığını, fakat işveren tarafından işyerlerinin ayrı ayrı mütalaa edildiğini, bunun sonucu olarak da ihbar ve kıdem tazminatlarından dolayı hak kaybına uğradığını iddia ederek, tazminat isteklerinde bulunmuştur. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre önceki dönem için ... AŞ tarafından kıdem tazminatı adı altında bir ödeme yapıldığı açık olmakla birlikte, gerek tanık anlatımları, gerek yukarıda sözü edilen 24.3.1995 tarihli talimat niteliğindeki yazı içeriği ve davacının aynı yerde aynı işi kesintisiz biçimde yapmış olduğu gibi şirketlerin adreslerinin aynı yerde iç içe olması, şirketlere ait antetli belgelerde her iki adresin bir arada gösterilmesi ve bu belgeler altında ... AŞ'nin bir holding kuruluşu olduğunun açıklanması karşısında son işveren gibi görülen davalı ... Tic. AŞ'nin davacının tüm çalışma süresinden sorumlu tutulması iş hukuku ilkelerine uygun düşer. Bilirkişi de düzenlediği raporda, tüm süreden son davalı şirketin sorumlu tutulması gerektiği görüşünü benimseyerek, hesaplama yapmış ve kıdem tazminatından da daha önce ödenen paranın avans olarak sayılması kabul edilerek, faizle birlikte mahsup yapmıştır ki, bu değerlendirme dosya içeriğine uygundur...⁴⁶⁴".

⁴⁶² ALP, Sorunlar, s.206; ALP, Sözleşmenin Devri, s.320.

⁴⁶³ ALP, Sözleşmenin Devri, s.320.

⁴⁶⁴ YARGITAY, 9.H.D., E.1998/8721, K.1998/10489, T.18.06.1998, www.kazanci.com, 05.06.2010.

Yargıtay 2007 tarihli bir kararında iş sözleşmesinin devri halinde önceki işverenlerin yaptığı ödemelerin avans niteliğine haiz olacağını ifade etmiş ancak somut olay bakımından hizmet akdi devrinin bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. *"...Davalı üç şirket sermaye şirkettir. Ayrı hükmü şahsiyetleri ve işyerleri mevcuttur. Davalı şirketlerin aynı şirket (üzeri çizilerek: "holding" yazılmıştır) bünyesinde faaliyet göstermeleri hizmet birleştirmesi için "kıdem tazminatına esas" yeterli değildir. Şirketler arasında işyeri devri mevcutsa devir fesih için haklı bir neden olmayacağından işverenin feshinin kötü niyete dayandığı başka bir anlatımla, ilerde 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 aktinin devri de kanıtlanamamıştır. Somut olayda önceki şirkette hizmet akdi tazminat ödenerek feshedilen davacının şirket (üzeri çizilerek: "holding" yazılmıştır) 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 sayılamaz. Ancak işyerlerinin aynı olması, şirketler arası işyeri devri veya hizmet akdi devri bulunması ve işverenlerin ilerde daha fazla kıdem tazminatı ödememek için gerçek bir hizmet akdi feshi olmadığı halde kıdem tazminatı adı altında avans niteliğinde ödeme yapmaları halinde kıdem tazminatının esas sürenin hesaplanmasını da tüm şirketlere geçen sürenin esas alınması mümkündür. Somut olayda işyeri ve hizmet akdi devri kanıtlanamadığından davacının fark kıdem tazminatı isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...⁴⁶⁵".*

Yargıtay, 2006 tarihli bir kararına konu olan bir olayda işçi işçiye şirket topluluğuna ait bir başka şirkette görevlendirildiği işverence açıkça bildirilmemiş, çalışma süresinde kesinti olmadan işçinin iş sözleşmesi ardı ardına kıdem tazminatı ödenerek üç defa feshedilmiş ancak işçi işveren değişikliğine rağmen hep aynı işyerinde çalışmaya devam etmiştir. Son bağlı şirketteki sözleşmesi feshedildikten

⁴⁶⁵ YARGITAY, H.G.K., E.2007/9-9, K.2007/16, T.17.01.2007, www.kazanci.com, 05.06.2010.

sonra ise sadece son şirketteki çalışması bakımından kıdem tazminatı ödenmiş, önceki hizmet süreleri kıdem tazminatı hesabında göz önünde bulundurulmamıştır⁴⁶⁶. Anılan karara göre; "...Davalı üç şirket sermaye şirkettir. Aynı hükmi şahsiyetleri ve işyerleri mevcuttur. Davalı şirketlerin aynı holding bünyesi içinde faaliyet göstermeleri hizmet birleştirmesi için "kıdem tazminatına esas" yeterli değildir. Şirketler arasında işyeri devri mevcutsa devir fesih için haklı bir neden olmayacağından işverenin feshinin kötü niyete dayandığı başka bir anlatımla, ilerde daha fazla kıdem tazminatı ödememek 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 tazminatı ödenerek feshedilen davacının holding 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 hükmi şahsiyetleri ve farklı işyerleri bulunan şirketlerin aynı holding bünyesinde bulunmaları tüm şirketlerdeki hizmet sürelerinin birleştirilmesi için yasal bir neden sayılamaz. Ancak İşyerlerinin aynı olması, şirketler arası işyeri devri veya hizmet akdi devri bulunması ve işverenlerin ilerde daha fazla kıdem tazminatı ödememek için gerçek bir hizmet akdi feshi olmadığı halde kıdem tazminatı adı altında avans niteliğinde ödeme yapmaları halinde kıdem tazminatına esas sürenin hesaplanmasında tüm şirketlerde geçen sürenin esas alınması mümkündür. Somut olayda işyeri ve hizmet akdi devri kanıtlanamadığından davacının fark kıdem tazminatı isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...⁴⁶⁷". Karara ilişkin olarak; bu şekildeki aralıksız çalıştırmaların işverenler arasındaki anlaşmaya dayandığı ve işçinin de çalışmaya devam etmesinden hareketle rıza gösterdiği şeklinde yorumlanabileceği, fakat durumun görünürde fesih ve yeni şirketle iş sözleşmesi yapılması şeklinde gerçekleşse de iş sözleşmesinin devri olarak kabul edilmesi gerektiği ve işçinin kıdeme dayalı haklarının böylelikle bütün olarak hesaplanması gerektiği; bu durumda

⁴⁶⁶ YARGITAY, 9.H.D., E.2005/34562, K.2006/15019, T.22.05.2006 ile ilk derece mahkemesi olan İzmir 3. İş Mahkemesinin, 06.11.2006 Tarih, 2006/307-905 sayılı Direnme Kararı, ALP, Sözleşmenin Devri, s.318, dpn.40; Kararın incelemesi için bkz. ALP, Karar İncelemesi, s.93-101.

⁴⁶⁷ YARGITAY, 9.H.D., E.2005/34562, K.2006/15019, T.22.05.2006, ALP, Karar İncelemesi, s.94.

tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin bile uygulanmasına gerek olmaksızın, Medeni Kanun'un 2. maddesinde yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağından hareketle yeni sözleşmenin yok kabul edilip gerçek işleme sonuç bağlanması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁶⁸.

Hukuk Genel Kurulu ise 2006 tarihli bir kararında şirket topluluğu bünyesindeki fesih görünümü altındaki işçi devirlerini iş sözleşmesinin devri olarak kabul etmemiş ve kıdem tazminatını toplam çalışma süresi üzerinden hesaplamamıştır.

"...Davacı, 30.9.1997 tarihine kadar davalılardan D. ve S. S. Selülozik Boya ve Vernik Fabrikası A. Ş. işçisi olarak çalışmış, bu tarihte iş sözleşmesinin feshedildiği bildirilerek kıdem tazminatı olarak 602.222.656-TL ödenmiş ve davacı bu defa da davalılardan Y. B. Oto Boya Paz. Ltd. Şti. işçisi olarak çalışmaya başlamıştır. Son olarak 2.11.2001 tarihinde iş sözleşmesi Y. B. Oto Boya Paz. Ltd. Şirketi tarafından feshedilen davacı işçiye 1.10.1997-2.11.2001 tarihleri arasında bu şirket nezdinde geçen çalışmaları için 8.312.688.638TL kıdem tazminatı ödenmiştir. Davacı işçi bu ödeme sırasında alınan ibranameyi fazlaya dair haklarını saklı tutarak imzalamıştır. Davacı işçiye 1.1.1992 ve 30.9.1997 tarihinde yapılan kıdem tazminatı ödemelerinin ardından, ayrı bir tüzel kişiliği olan diğer bir işyerinde çalışmaya başladığı görülmektedir. 1475 sayılı yasanın 14. maddesinde, aynı işverenin değişik işyerlerinde geçen hizmetlerin birleştirilmesi gerektiği kurala bağlanmıştır. Oysa davacı işçinin 1992 ve 1997 yıllarında işyeri ile birlikte işvereni de değişmiştir. Davacı işçiye bu nakiller sırasında kıdem tazminatı olarak da ödemeler yapılmıştır. Somut olayda işyeri veya hizmet akti devri de söz konusu değildir. Bu nedenle anılan maddeye göre hizmetlerin birleştirilerek tüm süre üzerinden ve son ücretle kıdem tazminatı hesaplaması mümkün değildir. Şu hale göre, davacı işçinin her bir davalı işveren nezdinde geçen çalışmaları ayrı ayrı değerlendirilmeli ve kıdem tazminatları hesaplanmalıdır..."⁴⁶⁹.

Yargıtay 1997 tarihli bir kararında ise; *"...Davacının ... tesislerindeki çalışması 27.8.1979 tarihinde işyerine verdiği istifa dilekçesiyle son bulmuş ancak aynı gün bu kez ...`daki ...`ya bağlı işyerinde çalışmaya başlamıştır. Önceki istifa dilekçesi ...`da işe başlamak üzere şeklen verilmiş bir irade beyanı niteliğindedir.*

⁴⁶⁸ ALP, Sözleşmenin Devri, s.318-319; ALP, Karar İncelemesi, s.98-101.

⁴⁶⁹ YARGITAY, H.G.K., E.2006/9-770, K.2006/782, T.06.12.2006, www.kazanci.com, 05.06.2010.

Önceki işten ayrılmak ve sonraki işe başlama tarihleri aynı gün gerçekleşmiştir. Bu bakımdan arada bir kesinti de olmadığına göre eski ve yeni kurumun oluru ile yapılmış bir işlem olarak düşünülmelidir. Somut olayda önemli olan husus son kez işveren tarafından hizmet sözleşmesinin İş Kanunu'nun 13. maddesine göre fesihden sonraki aşamada ihbar tazminatının hangi tarihte davacıya ödemiş olmasıdır. Zira davacı bu işlemde hemen sonra emekli olmuştur. Şayet ihbar tazminatı kendisine ödenmeden önce emeklilik gerçekleşmişse davacının tüm süre için kıdem tazminatı istemeye hakkı vardır. İhbar tazminatı emeklilikten önce tam olarak ödenmiş ise hizmetlerinin birleştirilmesi yoluna gidilemez. Bu hususlar açıklığa kavuşturulmaksızın kıdem tazminatı farkı isteğinin reddine karar verilmesi hatalıdır...⁴⁷⁰ " yönünde karar vermiş ve ardı ardına yapılan iş sözleşmelerinin kurumun oluru ile yapılmış işlemler olduğunu vurgulamıştır.

Ancak işçinin sözleşmesinin ihbar tazminatı ödenerek feshedilmesi, çalışmanın kesintiye uğraması ve sonrasında bir başka bağlı şirkette işe bağlanması durumlarında sözleşme devrinin söz konusu olduğu ifade edilemeyecek ve somut olayın özellikleri incelenerek iş sözleşmesinin feshedildiği ve sonrasında yeni bir iş sözleşmesi yapıldığı yorumunu yapmak mümkün olabilecektir⁴⁷¹.

Çalışmaların kesintiye uğraması ve araya süre girmesi durumunda Yargıtay da iş sözleşmesinin devrinin söz konusu olmayacağı görüşündedir. "... Somut olayda önceki işyerinden ayrılış tarihi ile davalı işyerine giriş tarihi arasında iki yıldan fazla süre olduğundan hizmet akdinin devri de söz konusu olamaz...⁴⁷²".

V. İş Sözleşmesinin Devrinin Diğer Üçlü İş İlişkilerinden Farkı

İş sözleşmesinin devri ile devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi sona ermekte ve devralan işveren sözleşmeyi tüm hak ve borçları ile birlikte devralarak sözleşmenin tarafı haline gelmektedir.

İş sözleşmesinin devri ile birlikte istihdam ilişkisi sözleşmenin devri noktasında farklılık göstermektedir. Birlikte istihdam ilişkisinde işçinin işvereni ile

⁴⁷⁰ YARGITAY, 9.H.D., E.1997/16135, K.1997/19958, T.01.12.1997, www.kazanci.com, 05.06.2010.

⁴⁷¹ ALP, Sorunlar, s.206; ALP, Sözleşmenin Devri, s.320-321; ALP, Karar İncelemesi, s.100.

⁴⁷² YARGITAY, 9.H.D., E.2003/13017, K.2003/16250, T.06.10.2003, www.kazanci.com, 05.06.2010; Aynı yönde, YARGITAY, 9.H.D., E.2003/13019, K.2003/16252, T.06.10.2003, www.kazanci.com, 05.06.2010.

iş sözleşmesi devam etmekte ancak işçi, birden fazla işverene karşı aynı anda iş görme edimini ifa etmektedir. İş sözleşmesinin devrinde ise, sözleşme devredilmekte, devir ile birlikte işçi devralan işverene karşı iş görme edimini ifa etmekte ve devreden işveren ile iş ilişkisi sona ermektedir.

İş sözleşmesinin devri ile geçici iş ilişkisi de devrin süresi bakımından farklılık arz etmektedir. Geçici iş ilişkisinde işçinin işvereni ile iş sözleşmesi devam etmekte, işçi geçici bir süre ile sınırlı olarak başka bir işverene karşı iş görme edimini ifa etmek üzere devredilmektedir. Sözleşme devrinde ise işçinin işvereni ile olan iş sözleşmesi bir başka işverene tamamen devredilmekte ve devralan işveren işçinin işvereni haline gelmektedir.

Geçici iş ilişkisi bakımından 18 aylık bir süre sınırlaması bulunmakla birlikte iş sözleşmesinin devri için bir sınırlama bulunmamaktadır. Ayrıca; iş sözleşmesinin devrinde bağlantısız işverenler arasındaki geçici iş ilişkisinde olduğu gibi "benzer işte çalıştırma" koşulunun iş sözleşmesinin devrinde söz konusu olmaması ve geçici işverenin sözleşmenin tarafı olmamasından hareketle sözleşmeyi bir başka işverene devretme olanağı yokken; iş sözleşmesini devralan işverenin sözleşmeye taraf olması neticesinde işçiyi bir başka işverene devretme imkanının bulunması bakımından da iki iş ilişkisi arasında fark bulunmaktadır⁴⁷³.

Geçici iş ilişkisi ile iş sözleşmesi devrinin bir arada gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin olarak ise Yargıtay'ın 2001 tarihli "...Davacı işçi uzman ekonomist olarak özel hukuk tüzel kişiliği olan davalı P... Ticaret Limited şirketine ait işyerinde 1984 yılında başladığı bu çalışmasını 10.1.1999 tarihine kadar sürdürmüştür. Dosya içeriğine göre davacı 10.1.1999 tarihinde bir dilekçe vererek dava dışı T... P... Anonim Ortaklığı işçisi olarak aynı işyerinde aynı işte çalışmaya devam etmiştir. Bu değişiklik konusu gerek davacı işçinin gerek davalı işverenin ve gerekse dava dışı TPAO'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. Taraflar esasen bu konuda da mutabıktırlar. İş hukukunda son yıllarda büyük bir gelişme gösteren esneklik kapsamı içinde hizmet devrine yer verildiği sıkça gözlenmektedir. Özellikle öğretilerde bu konuda olumlu görüşler serdedilmiş ve böyle

⁴⁷³ DANAR, s.64-65.

bir olanaktan yurdumuzda da yararlanılması şeklinde sonuçlara ulaşılmıştır. Somut olayda da böyle bir durumda dava dışı anonim şirket davalı şirketin yerine geçmiştir. Bu itibarla sözleşme devam ettiğine göre davacı işçinin kıdem tazminatını talep etme koşulu gerçekleşmemiştir...⁴⁷⁴" ifadesini içeren kararından hareketle sözleşme devri gerçekleşmesine rağmen işçinin devreden işverene ait işyerinde çalışmasından hareketle devreden işverenin ödünç alan işveren haline gelebileceği fakat bu durumda sözleşme devrine başvurma amacının anlaşılacağı, işçinin devreden işveren yanında çalışmaya devam etmesini gerektirecek sebeplerin bulunmaması durumunda işverenin değişmediği, sözleşmeyi devralan işverenin bordro işvereni haline geldiğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁷⁵. Bir diğer görüş ise; hem sözleşme devri hem de geçici iş ilişkisinin görünürde kaldığı ve geçersiz kabul edilmesi gerektiği yönündedir⁴⁷⁶.

VI. İş Sözleşmesinin Devrinin Şirket Topluluklarındaki Görünümü

Şirket toplulukları bünyesinde işçilerin farklı bağlı şirketler bünyesinde istihdam edilmesi de sıklıkla görülmektedir. Faaliyet alanları aynı olan bağlı şirketlerde deneyimlerini aktarma amacıyla işçi nakilleri yapılabileceği gibi; farklı faaliyet alanlarında faaliyet gösterecek olan yeni bağlı şirket oluşumlarında yönetici pozisyonunda işçi nakilleri yapıldığı da görülmektedir. Çoğunlukla şirket topluluğu bir bütün olarak değerlendirilmekte; nitelikli işgücü, yönetici yetki ve sıfatına sahip personel ihtiyacı işbu nakillerle giderilmektedir⁴⁷⁷. İş sözleşmesinin şirket topluluğu içerisindeki bir başka bağlı şirkete devredilmesi ile devralan bağlı şirket işveren sıfatına haiz olur ve devir ile birlikte sözleşmeden doğan tüm hak ve borçları üstlenir⁴⁷⁸. İş sözleşmesinin devrine ilişkin olarak önceki bölümde yapılan açıklamaların tümü şirket toplulukları bünyesindeki iş sözleşmesi devirleri bakımından da geçerli olduğundan; bu başlık altında kısa bir tekrar ile yetinilecektir.

⁴⁷⁴ YARGITAY, 9.H.D., E.2001/225, K.2001/3914, T.14.03.2001, www.kazanci.com, 05.06.2010; Kararın incelemesi için bkz. AKYİĞİT, Karar İncelemesi, s.40-50.

⁴⁷⁵ ALP, Sözleşmenin Devri, s.305-306.

⁴⁷⁶ AKYİĞİT, Karar İncelemesi, s.40, 49.

⁴⁷⁷ EKONOMİ, İşçi İşveren İlişkileri, s.18; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1202-1203.

⁴⁷⁸ EKONOMİ, İşçi İşveren İlişkileri, s.19.

Bağlı şirketler arasındaki anlaşmaya işçinin rıza göstermesi ile iş sözleşmesinin devri mümkün olabileceği gibi; bağlı şirketler ve işçinin üçlü anlaşması ile de iş sözleşmesinin devredilmesi mümkün olabilir. Devralan işveren, işçinin; kıdeme dayalı hakları bakımından toplam çalışma süresi üzerinden hesaplanacak miktardan sorumludur. İşyeri devrine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6 maddesi ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte olan 14/2. maddesinin iş sözleşmesi devrine de kıyasen uygulanmalı; devreden işveren, devir anında doğmuş ve ödenmesi gereken borçlardan 2 yıl devralan işverenle birlikte sorumlu tutulmalıdır⁴⁷⁹. Kıdem tazminatı bakımından ise, devreden işveren işçiyi çalıştırdığı dönem ile ve işçinin son ücreti ile sınırlı olarak sorumludur⁴⁸⁰.

İşçinin holding bünyesindeki bağlı şirketlere nakledildiği hallerde açık sözleşme devri anlaşması yoksa, işçinin birden fazla işverenin olduğu kabulü gerekecek ve yeni işveren mevcut iş sözleşmesine katılarak sözleşmenin tarafı haline gelecektir⁴⁸¹.

Şirket topluluğu bünyesinde örtülü iş sözleşmesi devirlerinin söz konusu olduğu iddiaları da gündeme gelebilir. İşçinin susarak yeni işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesinin örtülü bir rıza olarak kabul edilebilmesi için; sözleşmesinin devredildiğine, devralan işverenin iş sözleşmesinin tarafı haline geldiğine ve devreden işverenin bundan sonra sorumlu tutulamayacağına ilişkin kanaati de içermesi gerekmektedir⁴⁸². Bu gibi hallerde devre rızanın mevcudiyetini iddia eden işveren ispat ile yükümlü olmalı; işçinin örtülü irade beyanı ile iş sözleşmesinin devredildiğinin kanıtlanamadığı hallerde yeni işverenin süregelen iş sözleşmesine katıldığı kabul edilmelidir⁴⁸³. Böylelikle devralan işveren devreden işveren ile birlikte işveren ve müteselsilen sorumlu olacaktır.

Geçici iş ilişkisine ilişkin sürelerin aşılması halinde ise; devreden bağlı şirketin işçiyi çağırması fakat işçinin diğer bağlı şirkete ait işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği; işçinin süre

⁴⁷⁹ ÇANKAYA/ÇİL, s.249-250; ALP, Sözleşmenin Devri, s.327; DANAR, s.70.

⁴⁸⁰ ÇANKAYA/ÇİL, s.249-250; ALP, Sözleşmenin Devri, s.327; DANAR, s.70.

⁴⁸¹ HENSSLER Martin, Der Arbeitsvertrag im Konzern, Berlin 1983, s. 198355 vd; WINDBICHLER Christine, Arbeitsrecht im Konzern, München, 1989, s. 71-115; KREIL Linda, Arbeitsverhältnisse im Konzern, Wien, 1996, s. 75' den Aktaran ALP, Sorunlar, s. 196, dpn.20; ALP, Sözleşmenin Devri, s.311-312.

⁴⁸² ALP; Sözleşmenin Devri, s.310.

⁴⁸³ ALP, Sorunlar, s. 198; ALP, Sözleşmenin Devri, s.311.

bitiminde işvereni olan bağlı şirkete dönmesi fakat işverenin işçiyi çalıştırmak istememesi durumunda ise işverence iş sözleşmesinin feshedildiği sonucuna ulaşmak gerekecektir⁴⁸⁴. Geçici iş ilişkisinin süresi sona ermesine rağmen tarafların sessiz kalması ve işçinin de çalışmaya devam etmesi durumunda ise; ikinci işverenin sözleşmeye katılarak işçinin gerçek işvereni ile birlikte işveren haline geldiğinin kabulü gerekecektir⁴⁸⁵.

Şirket topluluğu bünyesindeki bağlı şirketler arasında işçinin ardı ardına sözleşmesi feshedilerek bir sonraki şirket ile sözleşme yapılması da söz konusu olabilmektedir. Şirket topluluğu bünyesinde çeşitli bağlı şirketlerde çalışan işçilerin sözleşmelerinin feshedilmesi ve yeni bağlı şirketle yeni bir iş sözleşmesi yapılması şeklinde gerçekleşen uygulamaların; işçi devrinin işverenin lehine ve işverenler arasında işbirliği ve koordinasyon içerisinde yapıldığının anlaşıldığı durumlarda, gerçek işlemin iş sözleşmesinin devri olduğu sonucuna ulaşılması gerekmektedir⁴⁸⁶. Somut olay bakımından hassasiyetle inceleme yapılmalı içinde bulunulan şartlar ve sonuç değerlendirilerek ilişkinin niteliği tespit edilmeye çalışılmalıdır.

İşçinin şirket topluluğu bünyesindeki bir başka bağlı şirkete çalışmak üzere gönderilmesi halinde, örtülü bir irade beyanı ile işçinin iş sözleşmesinin devrini kabul edip etmediği de tartışma konusu yapılabilir. İşçinin, şirket topluluğu bünyesindeki bir başka işverene ait işyerinde görevlendirilmeyi kabul etmesi ve çalışmaya devam etmesi durumu; işçinin sözleşme devrinden haberdar olduğu ve devre rıza gösterdiği yani örtülü bir rızanın var olduğu şeklinde yorumlanamaz; rızanın, sözleşmenin devredildiği, işverenin değiştiği ve devreden işverenin artık hiçbir sorumluluğunun kalmadığına yönelik iradeyi de içermesi gerekmektedir⁴⁸⁷. Sözleşmenin devredildiği, işverenin değiştiği ve devreden işverenin artık hiçbir sorumluluğunun kalmadığına yönelik iradeyi içermeyen örtülü bir beyan ile iş sözleşmesi devredilmiş sayılması mümkün olmadığından; işçi lehine bir yorum yaparak, yeni işverenin mevcut iş sözleşmesine katıldığı ve işçinin işvereni ile birlikte işveren ve müteselsil sorumlu kabul edilmesi çözümü alternatif olarak kabul edilmelidir⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ ALP, Sözleşmenin Devri, s.314.

⁴⁸⁵ ALP, Sözleşmenin Devri, s.314.

⁴⁸⁶ ALP, Sorunlar, s. 205; ALP, Sözleşmenin Devri, s.320.

⁴⁸⁷ ALP, Sözleşmenin Devri, s.310.

⁴⁸⁸ ALP, Sözleşmenin Devri, s.311-312.

Sözleşmede yer alan devir kayıtları bakımından ise; "açıkça işçinin şirket topluluğu bünyesindeki başka bir bağlı şirkete devredilebileceği" ni öngörmeyen kayıtlar işverene sözleşmeyi devir yetkisi vermediğinden bu kayıtlara dayanarak iş sözleşmesi devredilememekte; "aynı şirkete bağlı farklı işyerlerine devredilebileceği" yönündeki kayıtlar ise, kural olarak, dürüstlük kuralı ve hakkaniyete uygunluk çerçevesinde geçerli kabul edilmektedir⁴⁸⁹.

Doktrinde farklı görüşler bulunmakla birlikte iş sözleşmesine önceden konulan devri saklı tutma kayıtları bakımından değerlendirme yapmak gerekirse; kural olarak bilinen ve belirlenebilen şirket topluluğundaki bağlı şirketler bakımından, faaliyet alanı ve ekonomik durumun değişikliğe uğramadığı durumlarda, son çare ilkesinin tüm bağlı şirketler bakımından uygulanması gerektiği de göz önünde bulundurularak kayıtların geçerliliği kabul edilebilmesi mümkündür⁴⁹⁰. Böylelikle işçinin şirket topluluğu bünyesinde istihdamı bakımından devir kaydının söz konusu olduğu durumlarda son çare ilkesinin uygulama alanı gelişmekte ve iş güvencesine ilişkin hükümlerin tüm şirket topluluğunu kapsayacak şekilde uygulanabilmesi imkan dahilinde olacaktır⁴⁹¹.

Yargıtay ise feshin son çare olması ilkesinin; iş sözleşmesinde devir kayıtları olsa dâhi, şirket topluluğu bünyesindeki bütün bağlı şirketlerde işçinin istihdam olanağının bulunup bulunmadığı göz önünde bulundurularak uygulanmasının mümkün olmadığı görüşündedir.

"...İş sözleşmesinin 13.maddesinde "işveren, personelin rızasını alarak Alarko Şirketler Topluluğu içindeki diğer bir şirkete transfer edebilir, personel bununla ilgili olarak sonradan herhangi bir hak iddia edemez, talepte bulunamaz" kuralına yer verilmiştir. Belirtilen kural davalı işverenin ve işçinin tasarruflarıyla gerçekleştirilecek bir işlemi öngörmemektedir. İş Sözleşmesinin kesin olarak devrini ve işveren değişikliği sonucunu doğuracak böyle bir işlem devralacak işverenin de kabulüne bağlıdır. Feshin son çare olması ilkesi, işverene başka bir işverene ait işyerinde istihdam etme külfetini kapsamaz. Bu nedenle, anılan kural uyarınca

⁴⁸⁹ ALP, Sözleşmenin Devri, s.314.

⁴⁹⁰ ALP, Sorunlar, s. 201; ALP, Sözleşmenin Devri, s.317.

⁴⁹¹ HENSSLER, s.129 vd.'dan Aktaran ALP, Sorunlar, s.201, dpn.34.

davacının aynı şirket topluluğu içindeki diğer bir şirkete değerlendirilmediği gerekçesi ile feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü doğru olmamıştır...⁴⁹²".

⁴⁹² YARGITAY, 9.H.D., E.2008/39933, K.2008/34838, T.22.12.2008, www.kazanci.com, 05.06.2010.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞİRKET TOPLULUKLARINDA İŞ GÜVENCESİ SORUNLARI

Ş6. İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİNE İLİŞKİN SORUNLAR

İş güvencesi, işçiyi işverenin hukuken uygun olmayan, geçerli neden olarak sayılmayan keyfi fesihlerine karşı korumayı amaçlayan ve bu doğrultuda işverenin fesih hakkını sınırlayan bir sistemdir⁴⁹³. İş güvencesinin bulunmadığı dönemlerde, kanunlarca tanınan hakların işçi tarafından kullanılması halinde iş sözleşmesinin işveren tarafından rahatlıkla feshedilmekte ve tanınmış bulunan haklar işlevsiz kalmaktaydı. Ancak iş güvencesi sisteminin mevcut olduğu, işçinin keyfi feshe karşı korunduğu sistem içinde bireysel haklar yanında sendika özgürlüğü, grev hakkı gibi kolektif hak ve özgürlüklerin işlevsel olabilmesi mümkündür⁴⁹⁴.

Yasal düzenlemeden bahsetmek gerekirse; ilkin Türkiye tarafından 1994 yılında onaylanmış Milletlerarası Çalışma Teşkilatının 158 sayılı Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme'den söz edilebilir. Anılan sözleşmenin 4. maddesine göre, "*işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilemez*". Ancak 1994 yılında onaylanan sözleşmenin ilke ve kuralları uzunca bir süre iç hukukumuzda aktarılamamıştır. Sonrasında ise 1475 sayılı İş Kanunu'nda değişiklik yaparak işçiye iş güvencesi sağlamayı amaçlayan 4773 Sayılı Kanun

⁴⁹³ İş güvencesi sistemi hakkında genel açıklamalar için bkz. UÇUM, Mehmet; Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul, 2003, (Seminer), s.127 vd.; ŞAKAR, Müjdat; İş Hukuku Uygulaması El Kitabı, İstanbul, 2003, s.220 vd.; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.130 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi Kamu İşletmeleri ve İşverenleri Sendikası, C.7, S.4, Y.2004, (Yenilikler), s.26 vd.; BİLGİLİ, Abbas, İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, Adana, 2004, s.9-43; GÜNAY, Cevdet İlhan, Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Mayıs 2005, (İş Güvencesi), s.181-201; EKONOMİ, Münir, Tebliğ Metni, TÜSİAD Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, 24.06.2004, İş Kanunu Toplantı Dizisi, Mart 2005, (Tebliğ), s.22-31; ÇALIK, Şefik, Soru ve Yanıtlarla İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İstanbul, Mart 2005, s.159-166; GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Ankara, 2005, (İş Yasaları), s.451 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, s.430 vd.; ÇELİK, İş Hukuku, s.202 vd.; AKYİĞİT, Ercan, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi İşe İade, Ankara, 2007, (İş Güvencesi), s.149-154.

⁴⁹⁴ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.131.

15.08.2002 de yayımlanmış ve 15.03.2003 de yürürlüğe girmiştir⁴⁹⁵. Yürürlükteki düzenleme olan 4857 sayılı yeni İş Kanunu ise 10.06.2003 de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

4857 sayılı İş Kanununda 19-21 maddeleri arasında düzenlenen iş güvencesi sisteminin kapsamını "*Feshin geçerli sebebe dayandırılması*" başlığını taşıyan 18. madde belirlemektedir. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre; "*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden, davranışlarından ya da işlemenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır*". Yine Anılan maddenin son fıkrasına göre de "*İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21'inci maddeler ile 252inci maddenin son fıkrası uygulanmaz*".

İş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için öncelikle işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş olması gerekmektedir⁴⁹⁶. Sistematik olarak iş güvencesi işçiyi işveren tarafından yapılan fesihlere karşı korumayı amaçladığından; iş sözleşmesinin işveren tarafından yapılan fesihler dışındaki nedenler ile son bulması halinde feshe karşı koruma hükümleri uygulanmaz⁴⁹⁷. Bu doğrultuda doktrinde sözleşmenin işçi tarafından feshedildiği hallerde ve tarafların ortak iradesi ile (ikale) fesihlerde iş güvencesi hükümlerinin uygulanamayacağı ifade edilmektedir⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ 4773 Sayılı Kanun döneminde işçinin feshe karşı korunması hakkında açıklamalar için bkz. EKMEKÇİ, Ömer, 4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine, MESS Mercek Dergisi, Ekim 2002, Y.7, S.28, (4773 Sayılı Yasa), s.96-111; ALP, Mustafa, İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, İzmir, 2003, (İş Güvencesi), s.1-41.

⁴⁹⁶ SOYER, M. Polat, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2005, (Feshe Karşı Koruma), s.31; YARGITAY, 9.H.D., E.2004/28269, K.2005/13, T.10.01.2005, www.kazanci.com, 05.06.2010, "*...iş güvencesi ve işe iade hükümlerinden faydalanmak ancak akdin feshi halinde mümkündür. Davacının naklen tayin edildiği işyerinde çalışırken önceki görev yerine iadesine karar verilmesi 4857 sayılı Kanun hükümleri uyarınca mümkün değildir...*".

⁴⁹⁷ DEMİR, Cuma Arif, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Ankara, 2007, s. 24; SOYER, Feshe Karşı Koruma, s. 30.

⁴⁹⁸ SOYER, Feshe Karşı Koruma, s. 31-33; SARIBAY, Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul, 2007, s.39 vd.

İş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilmenin koşullarını; 30 işçi koşulu, 6 aylık kıdem koşulu, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilme koşulu ve belirli konumdaki işveren vekili olmama koşulu olarak somutlaştırabilmek mümkündür.

İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için öncelikle kişinin iş sözleşmesi ile çalışan bir işçi olması gerekir. 2495 sayılı yasaya göre çalışan özel güvenlik görevlileri de iş sözleşmesi ile çalıştıkları için iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilirler. Ancak kendi özel yasalarında işçi olmadığı belirtilen ve kamu görevlisi statüsü verilen sözleşmeli personele İş Kanunu hükümlerinin uygulanması söz konusu olamayacaktır.

İşçinin iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilmesi için otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan bir yerde çalışıyor olması gerekmektedir⁴⁹⁹. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan *"işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir"* düzenlemesi her ne kadar işverenin, işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmamasını hedefleyerek işyerini bölmesi riskini bertaraf etmiş olsa da; 30 işçi ölçütünün çok yüksek olduğu ve bu nedenle birçok işçiyi kapsam dışında bıraktığı bir gerçektir. Ülkemizdeki işletmelerin çoğunun küçük ölçekli olduğu ve otuzdan az işçi çalıştırıldığı göz önünde tutulduğunda yasadaki sayı doktrincede de çok yüksek bulunmuş ve eleştirilmiştir⁵⁰⁰. 18. maddenin ilk fıkrası kapsamına girmeyen işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak ve eskiden olduğu gibi sebep gösterilmeksizin işten çıkarılabilecektir. Yasadaki otuz işçi koşulunun eşitlik ilkesine ve adalet duygusuna aykırı olduğu ortadadır. Aynı durumda bulunan ve işçi olma ortak niteliğini taşıyan kişilerin kendileri ile doğrudan ilgili olmayan çalıştıkları işyerindeki işçi sayısı gibi bir ölçüt bakımından güvence hükümlerinden yararlanamaması Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine ve güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitlik olan sosyal adaleti

⁴⁹⁹ İşe iadede 30 işçi ölçütünün yorumuna ilişkin açıklamalar hakkında, TUNCAY, A. Can, İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu, MESS Sicil Dergisi, Haziran 2007, Y.2, S.6, (30 İşçi), s.75-86; İş güvencesine ilişkin 30 işçi ölçütünün nispi emredici olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. YILDIZ, Gaye Burcu, İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği, Legal İSGHD, Y.2006, C.3, S.11, s.902-911.

⁵⁰⁰ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.133; ŞAKAR, s.233 vd.; EKONOMİ, Tebliğ, s.35; GÜNAY, İş Yasaları, s.456 vd.; UÇUM, Seminer, s.133-135; SOYER, Feshe Karşı Koruma, s.38,39; ERTÜRK, Şükran, 4857 Sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, 2006, s.260.

sağlamayı hedefleyen Anayasa md 2 deki sosyal devlet ifadesine de aykırılık teşkil etmektedir⁵⁰¹. Koşulun sağlanabilmesi bakımından sayının ne zaman aranacağı ve hangi işçi gruplarının dikkate alınacağını belirlemek önem taşımaktadır. Otuz işçi ölçütünün hesaplanması bakımından esas alınan zaman iş sözleşmesinin feshedildiği tarihtir. Sayı hesaplanırken belirli veya belirsiz süreli çalışanlar, tam ya da kısmi süreli çalışanlar, mevsimlik işlerde çalışanlar, fesih işlemi sırasında hasta, raporlu, izinli olanlar dikkate alınır. Çırak ve stajyerler, gerçek anlamda hasta ve raporlu olanların yerine çalıştırılan geçici işçiler, ödünç işçiler dikkate alınmaz.

İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için işçinin en az altı aylık kıdeme sahip olması gerekmektedir. Fesih bildirimini yapıldığı tarihte 6 aylık sürenin dolmuş olması gerekeceğinden; bildirim önelleri geçtikten sonra 6 aylık sürenin dolması halinde işçinin iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlandırılması söz konusu olamayacaktır⁵⁰². İşverenin kötü niyetle sırf iş güvencesi hükümlerinden işçinin yararlanmasını önlemek amacıyla sözleşmeyi feshetmesi halinde dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle işlemin geçersizliği ileri sürülebilecektir⁵⁰³. Kıdemin hesaplanması bakımından ise; Feshin geçerli sebebe dayandırılması başlığını taşıyan 18. maddenin ikinci fıkrası doğrultusunda 66 madde düzenlemesi esas alınacak; dördüncü fıkrası doğrultusunda ise; aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek kıdemin hesaplanacaktır.

İş güvencesine ilişkin korumadan yararlanabilmek için işçinin belirsiz süreli bir iş sözleşmesi ile istihdam edilmesi gerekmektedir. Zincirleme olarak yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri de md 11/2 ye göre belirsiz süreli olarak kabul edildiğinden iş güvencesinden yararlanabilirler⁵⁰⁴. Yargıtay da belirli süreli iş

⁵⁰¹ ŞAKAR, s.225.

⁵⁰² SOYER, Feshe Karşı Koruma, s.33-34; ERTÜRK, s.263.

⁵⁰³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.135.

⁵⁰⁴ ERTÜRK, s.263; Zincirleme olarak yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin belirsiz süreli kabul edileceği yönünde bkz. YARGITAY, 9.H.D., E.2009/10191, K.2009/33822, T.07.12.2009, www.kazanci.com, 05.06.2010, "... Kanununun 11. maddesinde, "İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme)yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar" şeklinde düzenleme ile bu konudaki esaslar belirlenmiştir. Borçlar Kanunundaki düzenlemenin aksine iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olması istisnadır. Yasada

sözleşmesi ile istihdam edilen işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını ifade etmektedir.

"...Somut olayda, dosyadaki bilgi ve belgelerden belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştığı anlaşılmaktadır. Açıklanan bu nedenle davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Davanın reddi gerekir..."⁵⁰⁵ "

İş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için son koşul ise belirli konumdaki işveren vekillerinden olmamaktır. Buna göre işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri ve yardımcıları ile; işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri iş güvencesi hükümlerinden yararlanamazlar⁵⁰⁶.

Şirket toplulukları hukuken bağımsız fakat ekonomik, sosyal ve organizasyonel açıdan ana şirkete bağlı birçok bağlı şirketten meydana gelmektedir.

belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir, işçinin iş güvencesi dışında kalması için başvurulmuş kötü niyetli uygulamalar korunmamalıdır..."

⁵⁰⁵ YARGITAY 9.HD., E.2005/70, K.2005/2290, T.31.01.2005, www.legalbank.net, 05.06.2010.

⁵⁰⁶ SOYER, Feshe Karşı Koruma, s.43; SÜZEK, s.442; ERTÜRK, s.264; YARGITAY, 9.H.D., E.2008/16621, K.2009/5561, T.02.03.2009, www.kazanci.com, 05.06.2010, "...4857 sayılı İş Kanunumu 18.maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi işçinin işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları veya işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda bulunmaması gerekir. İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekilleri her şeyden önce, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri ile yardımcıları olduğuna göre, işletmenin tümünü yöneten genel müdürler ile yardımcıları iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır. Ancak belirtelim ki, işyerinde genel müdür veya genel müdür yardımcısı unvanının kullanılması tek başına iş güvencesi kapsamı dışında bulunma sonucunu doğurmaz. Önemli olan, kendisine temsil yetkisi verilip verilmediği ve işletmenin bütününe yönetip yönetmediğidir; bu hususta görev tanımı ve konumuna bakmak gerekir. İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekillerinin ikinci grubunu, işletmenin değil de işyerinin bütününe yöneten ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleridir. Buna göre, işletmenin bütününe sevk ve idare edenler, başka bir şart aranmaksızın işveren vekili sayılırken; işletmenin değil de işyerinin bütününe sevk ve idare edenlerin 18'nci madde anlamında işveren vekili sayılabilmesi için ilave olarak, işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisini haiz olması şartı aranır. İşyerinin tümünü sevk ve idare ile işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi katlanmış olarak, birlikte aranır. Dolayısıyla bir banka şubesi müdürü ile fabrika müdürü, işyerini sevk ve idare etmekle beraber, özgür iradesi ile işçi alma ve işten çıkarma yetkisi yoksa İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında işveren vekili sayılmaz. İş güvencesinden yararlanır. Aynı şekilde, işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan insan kaynakları müdürü ile personel müdürü, işyerinin tümünü yönetmediğinden iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir. Dosya içeriğine göre davacının genel müdür yardımcısı olarak çalıştığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Yukarıda belirtilen düzenleme gereği davacı işveren vekili yardımcısıdır. Davacının genel müdür yardımcılığı arasındaki işbölümünden dolayı sorumluluğunun sınırlandırılmış olması ya da işçi alma ve çıkarma yetkisinin bulunmaması varılan sonucu değiştirmez. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..."

Şirket topluluğu bünyesindeki şirketlerde istihdam edilen işçilerin işvereni tespit etmekteki güçlükler ve topluluk içerisindeki karmaşık iş ilişkileri, iş güvencesine ilişkin sorunları da beraberinde getirmektedir. Şirket topluluklarında ortaya çıkabilecek olan iş güvencesi sorunları çalışmamızın bu bölümünde tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. 30 İşçi Koşulu Bakımından Doğabilecek Sorunlar

Yukarıda değinildiği gibi iş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın ilk koşulu "*Otuz veya daha fazla daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde...*" çalışıyor olmaktır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin 4. fıkrasına göre "*İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir*". Şirket topluluklarında iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilirliğine ilişkin olarak 30 işçi koşulu bakımından doğabilecek temel sorun; işçi sayısının, işçinin istihdam edildiği ana ya da bağlı şirkette istihdam edilen işçi sayısı üzerinden mi yoksa şirket topluluğu bünyesindeki tüm bağlı şirketlerde çalışan işçilerin toplam sayısı üzerinden mi hesaplanacağına ilişkindir. İşçinin iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilirliğine ilişkin değerlendirme yapılırken; şirket topluluğu bünyesindeki diğer bağlı şirketlerde istihdam edilen işçilerin değerlendirmeye alınıp alınmayacağı koşulunun sağlanması bakımından önemlidir. Yasal düzenleme doğrultusunda aynı işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunduğu durumlarda işçi sayısının bu işyerilerindeki toplam işçi sayısı üzerinden hesaplanması gerekeceğinden; şirket topluluğu bünyesinde aynı iş kolunda faaliyet gösteren bağlı şirketlerin tek işveren sayılıp sayılamayacağı ve bu doğrultuda aynı işkolunda faaliyet gösteren bağlı şirketlerde istihdam edilen işçilerin 30 işçi koşulu bakımından nasıl değerlendirileceği de bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Ana şirket ya da bağlı şirket bünyesinde çalışan işçinin iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanmasını engelleme amacıyla (muvazaalı olarak) alt işverenin işçisi olarak gösterilmesi, birlikte istihdam edilen işçilerin konumu, geçici iş ilişkisi ile şirket topluluğu bünyesindeki bir başka şirkete iş görme edimini ifa etmek üzere devredilen işçilerin konumu ve şirket topluluğu bünyesindeki bir başka

bağlı şirkete iş sözleşmeleri devredilen işçilerin konumu da 30 işçi koşulunun değerlendirilmesi esnasında önem arz etmektedir.

İş Güvencesine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan düzenlemeler şirket topluluklarına ilişkin herhangi bir düzenleme içermediğinden, şirket topluluklarına ilişkin ortaya çıkabilecek iş güvencesi sorunlarına nasıl bir çözümle yaklaşılması gerektiği muğlaktır. Şirket toplulukları bakımından 30 işçi koşulunun hesaplanması sırasında sorunlar ortaya çıkması kaçınılmaz olmaktadır.

Şirket toplulukları bünyesindeki bir bağlı şirkette istihdam edilen işçiler bakımından iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilirliğine ilişkin 30 işçi koşulunun, sadece işçinin istihdam edildiği bağlı şirket bazında mı, şirket topluluğundaki diğer bağlı şirketler de dahil edilerek mi hesaplanacağı koşulun sağlanması bakımından önemlidir. Yürürlükteki İş Kanunu sayınının hesaplanması esnasında işyeri bazında bir değerlendirme yapmakta, aynı işverene ait işyerleri bakımından; işçi sayısının toplam işçi sayısından hesaplanabilmesi için işyerlerinin aynı işkolunda bulunması şartını aramaktadır. Bu doğrultuda; bağlı şirket bünyesinde çalışan işçilerin 30 işçi koşulunu sağlayamadığı durumlarda bir diğer bağlı şirket bünyesinde çalışan işçilerin değerlendirilip değerlendirmeyeceği sorunuyla karşılaşıldığında kanun maddesinden hareketle "işkolu" esasından yararlanılabilir. Bilindiği üzere ana şirketin faaliyet alanı bünyesindeki bağlı şirketlere iştirak etmektir. Bu doğrultuda ana şirketle bağlı şirket arasında aynı işkolunda bulunma durumu konusu olamayacak; aynı iş kolunda bulunma bağlı şirketler arasında değerlendirilecektir.

İşkolu kavramı "*Aralarında faaliyet alanları bakımından yakınlık ve doğallık ilişkisi bulunan işletmelerin tümü*"⁵⁰⁷ " olarak tanımlanmaktadır. İşkolunun belirlenmesine ilişkin yasal düzenleme ise; 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesinde bulunmaktadır. Anılan maddeye göre; "*Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tespit ile ilgili kararını Resmi Gazete'de yayımlar. Kararın yayımını müteakip bu tespite karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede on beş gün içinde dava açabilirler. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar*". İşkolları ise aynı kanunun 60. maddesinde sınırlı olarak sayılmış;

⁵⁰⁷ YILMAZ, Ejder, Sözlük, s.328

"Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılır" ifadesi neticesinde yardımcı işler de asıl işin ait olduğu işkoluna dahil edilmiştir. Maddenin devamında bir işkoluna giren işlerin neler olacağına da tüzükle⁵⁰⁸ düzenleneceği belirtilmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin 4. fıkrasında "İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir" ifadesi yer almaktadır. Buradan hareketle ana şirket ve bağlı şirketlerin tek işveren olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Şirket topluluğu bünyesindeki bağlı şirketler arasındaki ekonomik, sosyal ve organizasyonel birlik her ne kadar şirketlerin tümünü tek işveren sayma yönünde bir eğilime neden olsa da bu noktada kural olarak bağlı şirketlerin ana şirketten ayrı ve hukuken bağımsız tüzel kişilikleri olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu noktada yönetim hakkını kimin elinde bulundurduğu önem taşımakta ve yönetim hakkını elinde bulunduranın işveren niteliğine haiz olduğu görüşü ileri sürülmektedir⁵⁰⁹.

Yargıtay ise işkolu esası ile ilgili olarak şirketlerin farklı tüzel kişiliklere sahip olmaları nedeniyle aynı işkolunda olsalar bile sayının hesaplanmasında tümünün dikkate alınmayacağı, ancak birlikte istihdamın söz konusu olduğu durumlarda diğer şirketlerdeki işçilerin de hesaba katılabileceği görüşündedir.

"...4857 sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesine göre 30 veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde iş sözleşmesi işverence feshedilen işçinin güvencesi hükümlerinden yararlanabileceği öngörülmüştür. Aynı maddenin 4.fıkrasında ise işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısının bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirleneceği düzenlenmiştir. Somut olayda, davacının çalıştığı işyerinin ait olduğu şirketin dava dışı ... Holding A.Ş.e bağlı bir şirket olduğu, aynı Holding bünyesinde toplam 18 şirketin yer aldığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren, işyerinde toplam 3 işçinin çalıştığını, bu nedenle davacının işe iade davası açma hakkının bulunmadığını ileri sürmüştür. Holding içinde yer alsa da davalı şirketin gerek Holding, gerek aynı Holding içinde yer alan diğer şirketler karşısında farklı bir tüzel kişilik olduğu

⁵⁰⁸ 2882 sayılı Kanunla 2821 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler üzerine "İşkolları Tüzüğü" Bakanlar Kurulunca yeniden çıkartılmış ve 6 Aralık 1983 de Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

⁵⁰⁹ ENGİN, Sempozyum, s.130.

açıktır. Bu nedenle 30 işçi sayısı öncelikle davalı şirkete ait işyeri veya işyerlerine göre belirlenmesi gerekir. Adı geçen Holding ve bağlı olan diğer şirketlere ait işyerleri kural olarak davalı şirkete ait değerlendirilemez. Ancak, davacının Holding ve diğer şirketler tarafından "birlikte istihdam" edildiği söz konusu ise bu durumda, diğer şirketlere ait işyerlerindeki işçi sayısı da göz önünde bulundurulabilir. Mahkemece bu husus araştırılmadan diğer şirketlere ait işyerlerinde çalışan işçi sayılarının da 30 işçi kıstasında dikkate alınmış olması doğru değildir...⁵¹⁰".

"...Somut olayda davalı şirkete ait aynı iş kolundaki toplam işçi sayısının fesih tarihi itibariyle 28 olduğu anlaşılmaktadır. Aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Başka bir anlatımla salt aralarında organik bağ bulunduğundan hareketle gruba ait şirketlerde çalışan işçilerin 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması doğru değildir. Davacı işçinin gruba ait şirketlerce birlikte çalıştırıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Bu durumda iş güvencesi hükümleri kapsamına girmek bakımından işyerinde 30 veya daha fazla işçi çalışma koşulu gerçekleşmiş olmadığından davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır...⁵¹¹".

Bağlı şirketler arasında iş kolu bakımından değerlendirme yapılmalı, faaliyet alanı aynı olan bu doğrultuda aynı iş kolunda bulunan bağlı şirketlerde istihdam edilen işçiler bakımından; tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektiren durumlarda, şirketler arasında organik bağın bulunduğu durumlarda (yani işverenlerin tek işveren kabul edilebildiği durumlarda) ya da birlikte istihdam ilişkisinin varlığı halinde (yani işverenlerin birlikte işveren kabul edildiği durumlarda) "işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması" şartı aynı iş kolundaki bağlı şirketler bakımından gerçekleşmiş olacağından, iş güvencesinden yararlanmaya ilişkin 30 işçi koşulu hesaplanırken aynı iş kolunda bulunan tüm bağlı şirketlerdeki işçi sayısı hesaba katılmalıdır. Aynı iş kolunda faaliyet göstermeyen bağlı şirketler bakımından ise; 30 işçi koşulunun hesaplanması sürecinde çalışan işçilerin toplamı üzerinden hesaplama yapılması mümkün olmayacak; koşul her şirket bakımından münferit olarak değerlendirilecektir. Bu durumda; bünyesinde 30 dan daha az işçi istihdam eden bir bağlı şirkette çalışan işçi

⁵¹⁰ YARGITAY, 9.H.D., E.2006/4637, K.2006/7154, T.21.03.2006, www.kazanci.com, 25.05.2010.

⁵¹¹ YARGITAY, 9.H.D., E.2007/29950, K.2008/7008, T.31.03.2008, www.kazanci.com, 15.05.2010.

bakımından; şirket topluluğu bünyesinde kendi şirketi ile aynı işkolunda faaliyet gösteren bir başka bağlı şirketin bulunmaması halinde, şirketler arasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektirecek haller, organik bağ ya da birlikte istihdam ilişkisi söz konusu olsa bile, koşul gerçekleşmeyecek ve işçi iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlandırılmayacaktır.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektiren durumlar, şirketler arasında organik bağın bulunduğu durumlar ve birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu durumlar haricinde ana şirket ve bağlı şirketin tek/birlikte işveren sayılması mümkün kabul edilmemelidir. Bu nedenle bu durumlar haricinde ana şirket ve bağlı şirketin tek/birlikte işveren sayılamayacağından; "işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması" koşulu sağlanamamış olacak ve iki ayrı tüzel kişiliğe sahip olan, işçinin istihdam edildiği bağlı şirket ile aynı işkolunda olan diğer bağlı şirketin işçileri 30 işçi koşulunun hesaplanmasında dikkate alınamayacaktır.

30 işçi koşulunun değerlendirmesine ilişkin olarak şirket toplulukları bakımından ortaya çıkabilecek bir diğer sorun ana şirket veya bağlı şirketler bünyesinde çalışan işçilerin 30 işçi koşulunun sağlanmaması hedeflenerek (muvazaalı olarak) alt işverenin işçisi gösterilmesi sorunudur. İşverenler iş güvencesine ilişkin hükümleri dolanma gayesi ile işyerinde çalışan işçi sayısını daha aza indirmek için bazı işçileri alt işverenin işçisi gibi göstermektedirler. 30 işçi sayısının hesaplanmasında alt işverenin işçileri dahil edilmediğinden böylelikle iş güvencesine ilişkin hükümler dolanılmış olmaktadır. Muvazaalı olarak işverenin işçilerinin alt işverenin işçisi olarak gösterildiği hallerde, muvazaanın ispatı sonrasında bu işçilerin işçi sayısının hesabında dikkate alınması daha yerinde olacaktır.

Ana şirket ve bağlı şirket/ler bazında ortaya çıkabilecek bir diğer sorun ise şirket topluluklarında yönetim organizasyonu kapsamında birlikte istihdamın çalışma şekli olarak seçilmesi durumunda bağlı şirketlerin tümüne hizmet veren işçiler bakımından 30 işçi koşulunun nasıl değerlendirileceğidir. Birlikte istihdam ilişkisi çalışmamızın ikinci bölümünde açıklanmaya çalışılmıştır. Birlikte istihdam kavramı doktrin ve Yargıtay kararları ışığında gelişmektedir. Şirket toplulukları bünyesinde nitelikli işgücü ihtiyacının karşılanması, kuruluş safhasında şirket düzeninin

oturtulması gibi amaçlarla birlikte istihdam müessesinden faydalanılmaktadır. Birlikte istihdam halinde işçi; işverenine karşı yükümlü olduğu iş görme edimini birbiriyle organik bağı bulunan birden fazla işverene karşı ifa etmektedir. Birlikte istihdam ilişkisinde, işverenlerin her biri işçiye talimat verme yetkisine haizdir. Bu halde işçi ve işverenler arasında tek bir iş ilişkisi bulunmaktadır. Yargıtay kararlarında; birlikte istihdam ilişkisini kastederek; *"... Bu gibi bir ilişkide, işçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisi vardır ve 30 işçi kıstasında tüm çalışanların, bir başka anlatımla tüm grup şirketlerindeki işçilerin toplam sayısının dikkate alınması gerekir..."*⁵¹² ifadesini kullanmakta ve birlikte istihdam ilişkisi içinde olan işverenleri adeta tek işveren olarak kabul etmektedir.

Yargıtay; birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde işçi sayısının şirket topluluğundaki tüm işçiler hesaba katılarak hesaplanması gerektiği görüşündedir. Bu durumda; birlikte istihdam edilen işçinin, iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin değerlendirme yapılırken işçi şirket topluluğu içerisindeki bütün şirketlere karşı iş görme edimini ifa ediyorsa tüm şirket topluluğundaki şirketlerde çalışan işçilerin toplam sayısı hesaba katılacak; şirket topluluğu içindeki bir bağlı şirkette istihdam edilen işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı hakkında değerlendirme yapılırken ise, kural olarak aynı şirket topluluğu içerisindeki tüm bağlı şirketlerde çalışan işçi sayısı hesaba katılmayacağından, o bağlı şirkette çalışan ve birlikte istihdam edilen işçilerin sayısı hesaba katılarak 30 işçi koşulu değerlendirilecektir.

"... Özellikle gurup 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 edimin; işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğününün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı binanın girişinde verilen güvenlik hizmetleri, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak

⁵¹² YARGITAY, 9.H.D., E.2006/29128, K.2007/441, T.23.01.2007, www.kazanci.com, 05.02.2010; Aynı yönde, YARGITAY, 9.H.D., E.2006/29129, K.2007/442, T.23.01.2007, www.kazanci.com, 05.02.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2006/29351, K.2007/1018, T.29.01.2007, www.kazanci.com, 05.02.2010.

gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, işçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisi vardır ve 30 işçi kıstasında tüm çalışanların, bir başka anlatımla tüm grup şirketlerindeki işçilerin toplam sayısının dikkate alınması gerekir... Buna göre iş güvencesinden yararlanma için gerekli olan 30 işçi sayısı ile işe iade hükmünün hangi işveren üzerinde kurulması gerektiği konulan ele alınmalı ve bu yönde bir karar verilmelidir...⁵¹³".

"...Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada... tüm şirketlere hizmet veren işçiler ile sadece davalı şirkete hizmet veren işçilerin 30 işçi kıstasında dikkate alınması gerekir. İşçi tüm şirketlere hizmet ediyor ise, o zaman tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır...⁵¹⁴".

Bu doğrultuda, işverenler arasında birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda; işçi aynı anda birden fazla işverene karşı iş görme edimini ifa etmekle birlikte, tek bir iş ilişkisinin varlığından hareketle aynı şirket topluluğundaki işçilerin toplam sayısı üzerinden işçi sayısı hesaplanmalı; iş güvencesinden yararlanmaya ilişkin diğer koşulların da varlığı halinde, işçi sayısının 30'un üzerinde olduğu durumlarda işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmalıdır.

Bağlı şirket bünyesinde çalışan bir işçinin geçici olarak iş görme edimini ifa etmek üzere bir başka bağlı şirkete geçici iş ilişkisinin süresi ile sınırlı olarak devredilmesi halinde ise 30 işçi koşulunun hesaplanması sürecinde işçinin hangi işverene ait işyerindeki sayının hesabında dikkate alınacağı düşünülebilir. Geçici iş ilişkisi süresince işçinin iş sözleşmesi işvereni ile devam ettiğinden gerçek işverenine ait işyerinde sayının hesabında dikkate alınması gerekmektedir. Yargıtay; muvazaalı durumları ayırık tutarak, geçici işverenin gerçek işverene ait işyerindeki sayının hesabında dikkate alınacağına, geçici işverene ait işyerinde hesaba katılmayacağına hükmetmiştir.

⁵¹³ YARGITAY, 9.H.D., E.2006/29128, K.2007/441, T.23.01.2007, www.kazanci.com, 05.02.2010; Aynı yönde; YARGITAY, 9.H.D., E.2006/29351, K.2007/1018, T.29.01.2007, www.kazanci.com, 25.05.2010.

⁵¹⁴ YARGITAY, 9.H.D., E.2007/27699, K.2008/6006, T.24.03.2008, Çalışma ve Toplum Disk/Birleşik Metal İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Y.2008/3, S.18, s.311-315; YARGITAY, 9.H.D., E.2008/28790, K.2009/14187, T.25.05.2009, www.kazanci.com, 05.02.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2008/36332, K.2009/14724, T.26.05.2009, www.kazanci.com, 20.05.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2008/44450, K.2009/26634, T.12.10.2009, www.kazanci.com, 28.05.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2009/247, K.2009/37746, T.18.12.2009, www.kazanci.com, 28.05.2010.

"...İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süresiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç (geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar. Alt işverenin işçileri otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; fakat, iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dahil edilmesi gerekir. Daha açık bir anlatımla, alt işverenlik ilişkisinin geçersiz sayılması gereken hallerde taraflarca alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılmalıdır. Alt işverenin işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar. Ancak tarafların geçici iş ilişkisinde gönderen işveren olarak nitelendirdikleri; fakat aslında "bordo işvereni" olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde göz önünde bulundurulmalıdır...⁵¹⁵".

İş sözleşmesinin devrinde ise, devralan işveren iş sözleşmesini tüm hak ve borçları ile birlikte devralmakta ve sözleşmenin tarafı olarak işveren haline gelmektedir. İş sözleşmesi devredilen işçilerin devreden işveren ile iş ilişkileri son bulduğundan devreden işverene ait işyeri bakımından işçi sayısının hesabında dikkate alınmazlar. İşçinin işvereni, devir ile devralan işveren haline geldiğinden devralan işverene ait işyerindeki işçi sayısı hesabında dikkate alınmaları gerekmektedir.

II. 6 Aylık Kıdem Koşulu Bakımından Doğabilecek Sorunlar

İş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın koşullarından birisi de en az 6 aylık kıdeme sahip olmaktır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin 4. fıkrasına

⁵¹⁵ YARGITAY, 9.H.D., E.2007/27699, K.2008/6006, T.24.02.2008, Çalışma ve Toplum Disk/Birleşik Metal İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Y.2008/3, S.18, s.311-315; Aynı yönde, YARGITAY, 9.H.D., E.2008/36332, K.2009/14724, T.26.05.2009, www.kazanci.com, 20.05.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2007/29950, K.2008/7008, T.31.03.2008, www.kazanci.com, 15.05.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2009/11746, K.2009/35109, T.14.12.2009, 20.05.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2008/44450, K.2009/26634, T.12.10.2009, www.kazanci.com, 28.05.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2008/28790, K.2009/14187, T.25.05.2009, www.kazanci.com, 05.02.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2009/247, K.2009/37746, T.18.12.2009, www.kazanci.com, 28.05.2010.

göre de *"İşçinin altı aylık kıdemi aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir"* hükmüne yer vermektedir.

Şirket toplulukları bakımından en az 6 aylık kıdeme sahip olma koşulunun şirket topluluğu bünyesindeki farklı bağlı şirketlerde geçirilen çalışma sürelerinin değerlendirilmesi bakımından sorunlar doğabilmesi muhtemeldir. Bilindiği üzere uygulamada işçiler şirket topluluğu bünyesindeki bağlı şirketlerde istihdam edilebilmekte, zaman zaman yerleri değiştirilebilmektedir.

İş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilmenin koşullarından biri olan 6 aylık kıdem koşulu bakımından şirket toplulukları bünyesinde doğabilecek temel sorun; şirket topluluğu bünyesindeki farklı bağlı şirketlerde geçirilen çalışma sürelerinin birleştirilip birleştirilemeyeceği noktasındadır. İşçinin kıdeme dayalı haklarına zarar verme amacı ile, görünüşte sözleşme fesihleri ile yapılan işçi devirleri karşısında, iş sözleşmelerinin şirket topluluğu bünyesindeki bağlı şirketlere devredilmesi halinde, bağlı şirketler arasında görülen geçici iş ilişkilerinde, birlikte istihdam ilişkisinin varlığı halinde işçinin kıdeminin durumu ve 6 aylık kıdem koşulunun nasıl değerlendirileceği işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi bakımından önem taşımaktadır.

Kural olarak şirket toplulukları bünyesindeki farklı bağlı şirketlerde geçirilen çalışma sürelerinin, her şirketin ayrı birer bağımsız işveren olmalarından hareketle, birleştirilebilmesi mümkün değildir⁵¹⁶. Yargıtay da şirket topluluğu bünyesindeki farklı bağlı şirketlerde geçirilen çalışma sürelerinin kural olarak birleştirilemeyeceği vurgusunu yaparak; birlikte istihdam, iş sözleşmesinin devri gibi hallerin dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.

"...Kural olarak aynı guruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında "şirketler arasında organik bağ" dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi (Yargıtay

⁵¹⁶ İREN, Ertan, İş Güvencesinin Uygulama Koşullarından Altı Aylık Kıdemin Hesabında Dikkat Edilecek Hususlar, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.4, S.37, Eylül 2009, s.61.

9.HD. 26.3.1999 gün 1999/18733 E, 1999/6672 K.). Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 28.11.2005 gün 2005/34442 E, 2005/37457 K.). Dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akti devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 22.10.2007 gün 2007/ 5762 E, 2007/ 30979 K.). Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönerek birlikte sorumluluğu benimsemiştir...⁵¹⁷".

Yargıtay'ın yukarıda anılan kararında, şirket topluluğu içerisindeki farklı bağlı şirketlerde yapılan çalışmaların, şirketlerin ayrı tüzel kişiliklere sahip olmalarından hareketle birleştirilemeyeceği vurgusu yapılmıştır. Şirketler ayrı tüzel kişiliklere sahip olmakla birlikte; tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektirecek hallerde, şirketler arasında organik bağın var olduğu hallerde ya da birlikte istihdam ilişkisinin var olduğu hallerde tek/birlikte işveren olma hali söz konusu olacağından; şirket topluluğu bünyesindeki farklı bağlı şirketlerde geçirilen çalışma sürelerinin birleştirilmesi söz konusu olabilmelidir.

Şirket toplulukları bünyesinde 6 aylık kıdem koşulu bakımından doğabilecek bir diğer sorun, görünüşte sözleşme fesihlerinin işçinin kıdemine etkisidir. Bağlı şirketlerin aralarındaki işbirliği ve insan kaynakları yönetimi uyarınca işçinin kıdeme bağlı haklarına zarar vererek, işçinin iş sözleşmesini feshetmek ve ertesi gün bir başka bağlı şirketle yeni bir iş sözleşmesi akdederek işçi devri yapmalarının mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁵¹⁸. İşçinin kıdeme dayalı haklarını zarara uğratmak amacı ile yapılan görünüşteki sözleşme fesihlerine itibar edilmemeli ve devrin işverenlerin lehine, koordinasyon ve işbirliği içinde yapıldığı anlaşılabiliriyorsa, işçiye devre ilişkin yazılı bir talimat verilmemiş veya şirketler arasında devre ilişkin yazılı bir anlaşma bulunmasa bile, işlemin sözleşme devri olduğu kabul edilmelidir⁵¹⁹. Bu durumda işçinin kıdemine ilişkin olarak devreden işverene ait işyerinde geçirmiş

⁵¹⁷ YARGITAY, 9.H.D., E.2009/9436, K.2009/15249, T.02.06.2009, www.kazanci.com, 15.05.2010.

⁵¹⁸ ALP, Sözleşmenin Devri, s.320.

⁵¹⁹ ALP, Sorunlar, s. 205; ALP, Sözleşmenin Devri, s.320.

olduğu süreler de dikkate alınacak, şirket topluluğu bünyesindeki ilk işveren yanında işe başladığı andan itibaren hesaplama yapılacaktır; devralan işveren de işçinin tüm kıdem süresine göre hesaplanan tazminattan sorumlu olacaktır⁵²⁰.

Yargıtay da 1998 tarihli bir kararında aralıksız çalışmanın varlığı ve şirketler arasındaki ilişkiye dikkat çekerek, durumun iş sözleşmesi devri olduğuna kanaat getirmiş ve kıdem tazminatını tüm çalışma süresi üzerinden hesaplamıştır.

"...Davacı işçi, 17.4.1988 tarihinden 31.3.1995 tarihine kadar ... Tic. San. AY'de çalışmış olup, 24.3.1995 tarihli anılan şirketin davacıya hitaben yazdığı "Hizmet akdiniz 31.3.1995 tarihi mesai sonu itibarı ile feshedilmiş olup, 1.4.1995 tarihinde ... Tic. AŞ'de Satış Müfettişi olarak göreve başlamanız uygun görülmüştür" biçimindeki talimat üzerine davacı 1.4.1996 tarihine kadar devam etmiştir. Davacı işçi tüm çalışmanın kesintisiz ve aynı yerde, aynı işveren nezdinde çalıştığını, fakat işveren tarafından işyerlerinin ayrı ayrı mütalaa edildiğini, bunun sonucu olarak da ihbar ve kıdem tazminatlarından dolayı hak kaybına uğradığını iddia ederek, tazminat isteklerinde bulunmuştur. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre önceki dönem için ... AŞ tarafından kıdem tazminatı adı altında bir ödeme yapıldığı açık olmakla birlikte, gerek tanık anlatımları, gerek yukarıda sözü edilen 24.3.1995 tarihli talimat niteliğindeki yazı içeriği ve davacının aynı yerde aynı işi kesintisiz biçimde yapmış olduğu gibi şirketlerin adreslerinin aynı yerde iç içe olması, şirketlere ait antetli belgelerde her iki adresin bir arada gösterilmesi ve bu belgeler altında ... AŞ'nin bir holding kuruluşu olduğunun açıklanması karşısında son işveren gibi görülen davalı ... Tic. AŞ'nin davacının tüm çalışma süresinden sorumlu tutulması iş hukuku ilkelerine uygun düşer. Bilirkişi de düzenlediği raporda, tüm süreden son davalı şirketin sorumlu tutulması gerektiği görüşünü benimseyerek, hesaplama yapmış ve kıdem tazminatından da daha önce ödenen paranın avans olarak sayılması kabul edilerek, faizle birlikte mahsup yapmıştır ki, bu değerlendirme dosya içeriğine uygundur...⁵²¹".

İş Sözleşmesinin devri hainde ise; devralan işveren, iş sözleşmesini tüm hak ve borçları ile birlikte devraldığından ve artık iş sözleşmesinin tarafı olarak işveren haline geldiğinden, işçinin her iki işveren nezdinde geçirmiş olduğu çalışma süreleri

⁵²⁰ ALP, Sorunlar, s.206; ALP, Sözleşmenin Devri, s.320.

⁵²¹ YARGITAY, 9.H.D., E.1998/8721, K.1998/10489, T.18.06.1998, www.kazanci.com, 05.06.2010.

dikkate alınarak hesaplanmış olan kıdem tazminatından sorumlu tutulacaktır⁵²². İş sözleşmesi kesintiye uğramadığından, işçinin kıdemi de kesintiye uğramayacak ve bu doğrultuda iş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın koşullarından biri olan 6 aylık kıdem koşulu; işçinin devreden işveren yanında çalışmaya başladığı tarihten itibaren hesaplanacaktır.

Sorumluluk alanlarının belirlenmesinde uygulamaya yön veren Yargıtay iş sözleşmesinin devri halinde devreden işverene ait işyerinde geçen sürenin de kıdem tazminatının hesaplanmasında dikkate alınması gerektiği görüşündedir.

"...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. Nitekim mahkemece ihbar tazminatı alacağına tüm süreye göre yapılan hesaplama değer verilerek hüküm kurulmuştur...⁵²³".

Şirket topluluğu bünyesinde görülebilecek geçici iş ilişkilerinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca iş sözleşmesi işveren ile devam edeceğinden kıdem bakımından geçici iş ilişkisi sorun teşkil etmeyecektir. Birlikte istihdam bakımından da taraflar arasında tek bir iş ilişkisinin varlığı kabul edildiğinden ve bu ilişki devam ettiğinden kıdeme ilişkin kesinti olması söz konusu değildir.

⁵²² AKYİĞİT, Karar İncelemesi, s.45; ALP, Karar İncelemesi, s.97.

⁵²³ YARGITAY, 9.H.D., E.2005/361, K.2005/35713, T.10.11.2005, www.kazanci.com, 30.05.2010.

§7. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNİN GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN SORUNLAR

I. Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması

1.Geçerli Fesih Kavramı

158 sayılı ILO sözleşmesinde de belirtildiği gibi İş Kanununun 18 maddesi ile belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshedilebilmesi için geçerli sebep bildirme zorunluluğu getirilmiştir⁵²⁴. Anılan maddeye göre sözleşmeyi *"...fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır"*. Maddede geçerli sebebin neler olabileceği düzenlenmemiştir ancak; gerekçede bir takım örnekler verilmiştir.

Geçerli sebeplerin; İş Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenen haklı nedenle derhal fesih halleri kadar ağırlıklı olmayan ancak yine de işi görülmesini ciddi biçimde olumsuz etkileyen ve iş ilişkisinin önemli ve makul ölçüler içinde işverenden beklenemeyeceği durumlar olarak tanımlanabilmesi mümkündür⁵²⁵.

⁵²⁴ SOYER, Feshe Karşı Koruma, s.44-50; YILMAZ, Ejder; İşe İade Davalarında Yargılama Usulü İle İlgili Özellikler, Sicil Dergisi, Y:1, S: 4, Aralık 2006, Mess Yayını, (Yargılama Usulü), s.22, Geçerli sebeplere ilişkin açıklamalar için bkz. KILIÇOĞLU, Mustafa, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun 18. Maddesinin Yorumu, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005, (18. Madde), s.457-490; AKI, Erol/ALTINTAŞ, Olcay/BAHÇIVANLAR, İbrahim, Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul, Temmuz 2005, s.27-123; SÜZEK, Sarper, İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005, (Geçerli Fesih), s.565-594; SÜZEK, İş Hukuku, s.442 vd; DEMİR, Fevzi, Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama, Legal İSGHD, Y.2006, C.3, S.10, (Geçerli Fesih), s.473-492; SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Konya, 2006, (İş Hukuku), s. 100 vd, ÇELİK, İş Hukuku, s.205 vd.; ERTÜRK, s.266-272; AKI, Erol, İş Sözleşmesinin Feshi Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 30. Yıl Armağanı, 15 Ağustos 2006, (Geçersiz Fesih), s.284 vd; AKI, Erol, İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Olarak Emeklilik, Prof.Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı, İzmir, 2007, (Emeklilik), s.3-16; AKYİĞİT, İş Güvencesi, s.253 vd.; ULUÇ, Şule, İşverenin İş Sözleşmesini Geçerli Nedenle Feshi, Lagal İSGHD, Y.2009, C.6, S.22, s.619-625; ŞEN, Murat, Geçerli Fesih Nedeni Olarak Ücrete Sık Sık Haciz Konulması, MESS Sicil Dergisi, Mart 2009, Y.4, S.13, (Geçerli Fesih), s.101-116; GÜNAY, Cevdet İlhan, İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih, MESS Sicil Dergisi, Haziran 2009, Y.4, S.14, (Geçerli Neden), s.60-76.

⁵²⁵ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.136.

Geçerli sebep ile haklı sebebi ayırabilmek amacıyla doktrinde çeşitli ölçütler konulmaya çalışılmıştır⁵²⁶.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine göre "*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır*".

İşverence ileri sürülen sebebin geçerli sebep sayılıp sayılmayacağı her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Gerekçede sayılan sebepler örnekleyici olup her zaman geçerli sebep olmaları söz konusu değildir. Sebebin geçerliliği her somut olay bakımından değerlendirilmelidir.

Fesih için geçerli sebep oluşturmayacak olan hususlar da 18. maddenin 3. fıkrasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

2. Geçerli Fesih Nedenleri

a. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklere Nedeniyle Fesih

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi doğrultusunda "*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır*".

İşletme gereklerinden ne anlaşılması gerektiği kanunda açık olarak düzenlenmiş değildir. Doktrinde işçinin kişiliği ile ilgisi bulunmayan, ekonomik güçlükler, verimlilik ve rekabet gerekleri veya teknolojik gelişmeler sonucunda işçinin işinin ortadan kalkması ya da nitelik değiştirmesi gibi durumların işletme gerekleri ile fesih nedeni olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir⁵²⁷. Mevcut yasal düzenleme geçerli sebebin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da

⁵²⁶ UÇUM, Seminer, s.143 vd, SÜZEK, İş Hukuku, s. 457 vd.; Haklı-Geçerli neden ayrımı hakkında açıklamalar için bkz. ALPAGUT, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, MESS Sicil Dergisi, Mart 2006, Y.1, S.1, (Sözleşmenin Feshi), s.71-83.

⁵²⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s. 444.

işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanması gerektiğini belirtmiş fakat bu sebeplerin sınırlarının nasıl çizilmesi gerektiğine ve yorumuna ilişkin düzenleme yapmamıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesinde; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerin işyerinin içinden ve dışından kaynaklanan sebepler olarak ikiye ayrılabilceği ifade edilmiş; İşyeri dışından kaynaklanan sebeplere örnek olarak; "sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi"⁵²⁸; işyeri içi sebeplere örnek olarak ise; "yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması"⁵²⁹ gösterilmiştir.

Geçerli fesih nedenleri işletmeye ilişkin ve işçiye ilişkin nedenler olarak gruplandırılabilir. İşletmeye ilişkin nedenler işletme gerekleri deyiimiyle anılmaktadır⁵³⁰. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararın işletmesel karar⁵³¹ olduğu Yargıtay tarafından vurgulanmakta; işverenin işletmesel kararı söz konusu olduğunda yerindelik denetimi yapılamayacağı, işverenin de yönetim hakkı kapsamındaki bu hakkını kullanırken keyfi davranmaması gerektiği, işletme, işyeri ya da işin gerekleri ile işçinin sözleşmesinin feshedilmesi durumunda işletmesel kararın tutarlılık, keyfilik ve ölçülülük denetimine tabi tutulması gerektiği ifade edilmektedir⁵³². İşveren işletmesel

⁵²⁸ 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesi için bkz. www.tbmm.gov.tr, 05.06.2010.

⁵²⁹ 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesi için bkz. www.tbmm.gov.tr, 05.06.2010.

⁵³⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s. 443.

⁵³¹ İşletmesel karar ve bu kararın Yargı denetimine tabi olmaması ile ilgili açıklamalar için bkz. SOYER, Feshe Karşı Koruma, s.47-50.

⁵³² YARGITAY, 9.H.D., E.2008/34693, K.2008/34830, T.22.12.2008, www.calismavetoplum.org, 30.05.2010, "...4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme

karar almakta tamamen bağımsız olmakla birlikte; işletmesel kararlara ilişkin yargı denetiminin amacı işletmesel karar sonucunda fiilen, elle tutulur ve tespit edilen bir işgücü fazlalığının meydana gelip gelmediğinin tespitidir⁵³³. İşletmesel karar neticesinde iş gücü fazlalığının ortaya çıkmadığı hallerde geçerli bir fesih söz edebilmek mümkün olmayacaktır. Yargıtay 2007 tarihli bir kararında işverenin amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmesel kararlar alabileceği fakat işletmesel karar sonucunda tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekeceği ve işverenin fesih konusundaki keyfi kararlarının yargı denetimine

yapılamaz; kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır. İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyumsuzluğun çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır. Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemede özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır. İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren. Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genci ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır..."; Aynı yönde, YARGITAY, 9.H.D., E.2008/3735, K.2008/2001, T.25.02.2008, www.calismavetoplum.org, 30.05.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2008/1812, K.2008/7842, T.08.04.2008, www.calismavetoplum.org, 30.05.2010.

⁵³³ ENGİN, Murat, Tebliğ Metni, TÜSİAD İş Güvencesi ve İşyerinin Gereklere Dayanarak İş Akdinin Feshi Toplantısı, 05.03.2005, İş Kanunu Toplantı Dizisi II, Mart 2005, (Tebliğ), s.19.

tabi olduğu yönünde karar vermiştir⁵³⁴. İşveren, iş sözleşmesinin feshine ilişkin işletmesel kararlarında son çare ilkesini de göz önünde bulundurmalıdır. Yargıtay, işletmesel kararlarla varılmak istenen hedefe fesihden başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemeyeceği, feshin son çare olması gerektiği görüşündedir⁵³⁵.

İşletme gerekleriyle fesih kavramı işçinin kişiliği ile ilgisi olmayan; ekonomik güçlükler, verimlilik ve rekabet gerekleri, teknolojik değişimler, işçinin çalışma olanağının kalmaması ve iş gücü fazlalığı gibi hallerin söz konusu olduğu durumlarla açıklanabilir⁵³⁶. Bu doğrultuda işveren tarafından işletme gerekleri ile yapılan fesihlerde; Anayasa'nın 49. maddesinde düzenlenen çalışma hakkı ve Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme ve girişim özgürlüğü temelinde karar alma özgürlüğüne ilişkin menfaatler dengesi iyi kurulmalı; ayrıca fesih ile

⁵³⁴ YARGITAY, 9.H.D., E.2007/26494, K.2007/26906, T.18.09.2007, www.calismavetoplum.org, 30.05.2010, "...4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararlar yargı denetimine tabidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2.maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel karar uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır...".

⁵³⁵ YARGITAY, 9.H.D., E.2004/27003, K.2004/27998, T.16.12.2004, www.kazanci.com, 06.06.2010, Kararın incelemesi için bkz. GÜZEL, Ali, İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihle Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi, (Karar İncelemesi), www.calismavetoplum.org, 06.06.2010, "...4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir. Öte yandan, işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihden başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshi başvurulmaması gerekir. Kısaca, "fesih son çare olmalıdır" (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir. 4857 sayılı İş Kanununun 20/2. maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır. İş akdi feshedilen işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını ileri sürdüğü takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür...".

⁵³⁶ SOYER, Feshe Karşı Koruma, s.46-50; SÜZEK, İş Hukuku, s. 444 vd; ERTÜRK, s.269-270.

feshe konu olan işletme gereği arasında illiyet bağı bulunmalıdır⁵³⁷ .

Bağlayıcılığı olmamakla birlikte işletme gerekleri ile fesih kavramının netleştirilmesi bakımından 4857 sayılı İş Kanunu'nun madde gerekçelerinden faydalanılabilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun "*Feshin geçerli sebebe dayandırılması*" başlığını taşıyan 18. maddesinin gerekçe metnine göre; "*Geçerli sebeplerle fesih işlemine yol açabilecek önemli işyeri gereklerinin bulunması hali işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanabileceği gibi, işçi ile bağlantısı olmaksızın da ortaya çıkabilir. Şöyle ki: İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekerinden Kaynaklanan Sebepler: İşyerinden kaynaklanan geçerli sebepler işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki yönde değerlendirilebilir. İşyeri dışından kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi. İşyeri içi sebepler ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir*"⁵³⁸ ". Gerekçe metni incelendiğinde işletme gerekleri ile fesih nedenlerinin işyeri dışı ve işyeri içi sebepler olarak ikiye ayrılarak netleştirilmeye çalışıldığı görülmektedir.

İşverenin yaşadığı ekonomik güçlüklerin de fesihlere yol açması kaçınılmaz olup bu fesihlerin de belirli şartlar altında geçerli fesih olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ekonomik güçlüklerin geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilebilmesi için ciroda hafif düşüşler, geçici üretim azaltmaları gibi haller yeterli olmayıp; üretimin eskisi gibi sürdürme olanağının kalmaması, çeşitli bölümlerin faaliyetine son verilmesi ve sonucunda işgücü fazlasının oluşması gerekmektedir⁵³⁹ .

Ülke çapında etkisini gösteren genel ekonomik kriz de işletmeyi olumsuz yönde etkileme ve satışlarda oluşan azalmalar doğrultusunda üretimin eskisi gibi

⁵³⁷ GÜZEL Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul, 2004, (İş Güvencesi), s.69; SÜZEK, İş Hukuku, s. 444-445.

⁵³⁸ 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesi için bkz. www.tbmm.gov.tr, 05.06.2010.

⁵³⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 445.

sürdürülmesini imkansız kılarak iş gücü fazlasının ortaya çıkması halinde geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmektedir⁵⁴⁰.

İşveren, işletmesinin; verimini ve rekabeti artırmak gibi amaçlarla yeniden yapılanma (reorganizasyon) ihtiyacı içine girebilir. Yeniden yapılanma sonrasında doğacak iş gücü fazlalığı neticesinde işçilerin iş sözleşmelerinin feshi durumunda işbu fesihler geçerli kabul edilmelidir⁵⁴¹. İşverenlerin maliyeti düşürme amacı ile, verimli çalışan ve şartları itibarıyla yeniden yapılanmaya ihtiyacı olmayan şirketler bakımından işçi çıkarımı yaptığı görülmektedir. Şirket bünyesinde yeniden yapılanmayı gerektirecek bir durum söz konusu olmaksızın, sırf maliyetleri düşürme amacı ile yapılan fesihlerin ise geçerli kabul edilmesi mümkün değildir⁵⁴². Yargıtay yeniden yapılanma neticesinde oluşan iş gücü fazlalığının fesih için geçerli neden olduğunu kabul etmektedir⁵⁴³.

b. İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Fesih

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabileceği haller düzenlenmektedir. Geçerli fesih nedeni olan, işçinin yetersizliği veya davranışları ise; haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta bulunmayan fakat işyerinin işleyiş, düzen ve uyumunu bozan, iş görme borcunun gereken şekilde yerine getirilmesini engelleyen haller olarak

⁵⁴⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s. 445-446; ASTARLI, Muhittin, Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi, MESS Sicil Dergisi, Mart 2010, s.74-95; Aksi yönde, YARGITAY, E.1996/4900, K.1996/5688, T.19.03.1996, www.kazanci.com, 05.06.2010, *"...Davacının geçici işçi olarak çalışmakta iken Başbakanlık genelgesi doğrultusunda ülkede baş gösteren ekonomik kriz nedeniyle davacının iş akti feshedilmiştir. Fesih, ekonomik krize dayandığına göre olayda kötü niyet unsuru gerçekleşmemiştir. Bu durumda ihbar tazminatının hüküm altına alınması ile yetinilmesi gerekirken kötü niyet tazminatına karar verilmiş olması hatalıdır..."*.

⁵⁴¹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 447.

⁵⁴² SÜZEK, İş Hukuku, s. 447.

⁵⁴³ YARGITAY, 9.H.D., E.2007/1327, K.2007/9486, T.05.04.2007, www.kazanci.com, 05.06.2010, *"...Dairemiz uygulamasına göre işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi veya işletme dışı nedenlerle meydana gelen işgücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulması geçerli neden kabul edilmektedir. Somut olay bakımından, davalı işverenin savunmasında belirttiği nedenler işyeri kayıtları üzerinde inceleme yapılmasını gerektirmektedir. Mahkemece yapılacak iş; işletme, muhasebe ve hukuk konularında uzman olan üç kişilik bilirkişi kurulu aracılığı ile işyeri kayıtları üzerinde inceleme yapılarak işyerinde işgücü fazlalığının oluşmasına neden olan ekonomik, teknolojik veya yeniden yapılanma gibi olgular bulunup bulunmadığını saptamak, işçi fazlalığı söz konusu ise emekliliğe hak kazanmanın ölçüt olarak dikkate alınıp alınmadığı, alınmış ise bunun objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulup tutulmadığını belirlemek ve sonucuna göre bir karar vermektir..."*.

nitelendirilmektedir⁵⁴⁴. İşçinin yetersizliğinden veya davranışından kaynaklanan sebeplerin geçerli sebep sayılabilmesi için sadece toplumsal ya da etik açıdan onaylanmamaları yeterli olmamakta; söz konusu davranışın işyerindeki üretim ve iş ilişkisi üzerine olumsuz etki yapması gerekmektedir⁵⁴⁵.

Kanunda işçinin yetersizliğine ilişkin sebepler bakımından bir açıklık bulunmamakla birlikte; gerekçede işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplere örnek olarak, *"Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma"*⁵⁴⁶ gösterilmiştir.

Doktrinde; gerekçedeki örnekler değerlendirildiğinde işçinin yetersizliğinin fiziki ya da mesleki olarak ikiye ayrılabilceği ifade edilmekte, fiziki ya da mesleki yetersizliğin söz konusu olduğu durumlarda fesih hakkının doğumu için işçinin kusurlu olmasına gerek olmadığı belirtilmektedir⁵⁴⁷.

İşçinin fiziki yetersizliğinin; işyerinin normal işleyişini bozmadığı ve işçinin iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesini engellemediği durumlarda geçerli bir fesih nedeni oluşturabilmesi söz konusu olmamakta; yetersizliğin fesih nedeni olabilmesi için iş ile yetersizlik arasında bir illiyet bağının mevcudiyeti gerekmektedir⁵⁴⁸. Hastalık veya kaza nedeniyle uzun süreli işe devamsızlık ve iş görme ediminin gerektiği şekilde ifa edilmesini devamlı olarak olumsuz etkileyen ve işyerinin normal işleyişini bozan sık sık hastalanma geçerli fesih nedeni oluşturmakla birlikte; işçinin çalıştığı ağır iş bunlara sebep oluyor ve işçinin sağlık durumu bu işte çalışmasını engelliyorsa, işveren, işçiye gözetme borcu gereği öncelikle daha uygun ve hafif bir iş vermeyi teklif etmeli; uygun nitelikte bir işin bulunmadığı ya da işçinin kabul etmediği hallerde sözleşmenin geçerli nedenle feshi yoluna gitmelidir⁵⁴⁹.

⁵⁴⁴ SOYER, Feshe Karşı Koruma, s.44-46; SÜZEK, İş Hukuku, s.451; ERTÜRK, s.266-269.

⁵⁴⁵ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.136.

⁵⁴⁶ 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesi için bkz. www.tbmm.gov.tr, 05.06.2010.

⁵⁴⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.452.

⁵⁴⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.452.

⁵⁴⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.453-454.

Yargıtay işçinin rahatsızlığı halinde işverence işçinin daha hafif işlerde çalıştırılması olanağının araştırılması gerektiği aksi halde feshin geçerli kabul edilemeyeceği görüşündedir⁵⁵⁰.

İşçinin yaşlılığı ise; ancak işçinin verimini önemli ölçüde olumsuz etkilediği ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine engel olduğu durumda geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilecek ve işverenden hakkını işçiyi gözetme borcuna ve dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanması beklenecektir⁵⁵¹. İşçinin yaşlılığı ve yaşlılık aylığına hak kazanması halleri feshin geçerli kabul edilebilmesi için tek başına yeterli değildir; ayrıca işçinin fiziki ya da mesleki yetersizliğinin veya işletme gereklerinin varlığı gerekmektedir⁵⁵². Yargıtay da işçinin emekliliğe hak kazanmasının tek başına geçerli bir fesih nedeni oluşturmadığını vurgulamaktadır⁵⁵³.

İşçinin mesleki yetersizliği ise; aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışması, dinamizm eksikliği, çabuk karar alamama, inisiyatif kullanamama şeklinde ortaya çıkabilmektedir. İşçinin mesleki yetersizliğinin söz konusu olduğu durumlarda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi anlamında geçerli bir fesih sebebinin söz konusu olduğu ifade edilebilir. Yargıtay performans düşüklüklerinin⁵⁵⁴ sürekliliğinin ve üretime etkisinin incelenmesi gerektiğine işaret etmektedir⁵⁵⁵.

⁵⁵⁰ YARGITAY, 9.H.D., E.1999/4497, K.1999/8393, T.04.05.1999, www.kazanci.com, 05.06.2010, "...Davacı işçi davalıya ait işyerinde çalışırken kalp rahatsızlığından dolayı ağır işlerde çalıştırılmaması gerektiği şeklindeki doktor raporunu, işverene ibraz ederek hafif işlerde çalıştırılmasını istemiş; davalı işveren işyerinin ağır ve tehlikeli işlerin yapıldığı bir yer olduğunu bildirmek suretiyle, disiplin kurulu kararı doğrultusunda sözleşmenin feshi yoluna gitmiştir... Bundan başka işçinin devamsızlığı da yoktur... hafif işlerde çalışabileceği konusunda mahkemece araştırma ve inceleme de yapılmış değildir. İşverenin beklemeksizin fesih yoluna gitmiş olması davacıyı ihbar tazminatına hak kazandırmıştır...".

⁵⁵¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.454.

⁵⁵² SÜZEK, İş Hukuku, s.455.

⁵⁵³ YARGITAY, 9.H.D., E.2003/20222, K.2003/20604, T.11.12.2003, www.kazanci.com, 05.06.2010, "...Emekliliğin gelmesi tek başına geçerli fesih nedeni değildir. Davacının, iş verenin diğer işyerlerinde çalıştırılması mümkün ise fesih yoluna başvurulması doğru değildir..."; YARGITAY, 9.H.D., E.2003/18926, K.2003/18920, T.10.11.2003, www.kazanci.com, 05.06.2010, "...İstihdam fazlası personel olması nedeniyle emeklilik yaşına gelen personelin iş sözleşmesinin feshi; yeni personel alımı ve personele ihtiyaç duyulduğu bir durumda işletmenin işyerinin ve işin gereklerinden bir nedene dayanmaması nedeni ile geçersizdir ve davacının işe iadesine karar verilmesi gerekir...".

⁵⁵⁴ Performans düşüklüğüne ilişkin açıklamalar için bkz. EKMEKÇİ, Ömer, Tebliğ Metni, TÜSİAD Performans Nedeniyle İş Akdinin Feshi ve Fesihten Kaynaklanan İşe İade Davaları Toplantısı, 14.05.2005, İş Kanunu Toplantı Dizisi III, Ağustos 2005, (Tebliğ), s.21 vd.

⁵⁵⁵ YARGITAY, 9.H.D., E.2004/3740, K.2004/15625, T.24.06.2004, www.kazanci.com, 05.06.2010, "...Davacının verimliliğinin tespiti teknik bilirkişi yoluyla mümkündür. Çelişkili tanık anlatımlarına göre hüküm kurulması hatalıdır. Mahkemece uzman bilirkişi yardımı ile işyerinde keşif yapılarak; yaptırılan işin standartlara uygun olup olmadığı, uygun ise davacının makul bir süreçte aynı işi yapan

İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshi hali 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde yer alan halkı sebeple fesih nedenlerine ulaşmamakla birlikte işyerindeki uyumu ve işin işleyişini olumsuz etkileyen haller olarak tanımlanmaktadır⁵⁵⁶. Haklı fesih nedeni derecesine ulaşmayan işçinin davranışları nedeniyle fesih sebeplerinin sınırının nasıl çizileceği konusuna 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenleme bulunmamakla birlikte 18. maddenin gerekçesinde yol gösterici nitelikte örnekler bulunmaktadır. Anılan maddenin gerekçesine göre; *"İşçinin Davranışlarından Doğan Sebepler: 25 inci maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları bulunabilir. Bunlara örnek olarak, işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller verilebilir. İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz⁵⁵⁷".*

Doktrinde geçerli fesih nedenleri ile haklı fesih nedenleri arasındaki farklılığın güven ilişkisinin sarsılması veya güven ilişkisinin çökmesi ile açıklanabileceği; güven ilişkisini sarsacak davranışların geçerli fesih nedenlerini, güven ilişkisini çökertecek davranışların ise haklı fesih nedenlerini oluşturacağı ifade edilmektedir⁵⁵⁸. Bu doğrultuda haklı fesih sebebi oluşturacak ağırlığa ulaşmayan

diğer işçilere göre bir performans düşüklüğü gösterip göstermediği, böyle bir performans eksikliği varsa bunun arizi mi, yoksa sürekli mi olduğu ve bunun sonucunda bir üretim düşüklüğü meydana gelip gelmediği saptanmalı, bu durumlar 18. madde içeriğinde değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır...".

⁵⁵⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.456.

⁵⁵⁷ 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesi için bkz. www.tbmm.gov.tr, 05.06.2010.

⁵⁵⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.458.

fakat işveren ile işçi arasındaki güven ilişkisini sarsan davranışların geçerli fesih sebebi olarak kabul edilebilmesi mümkün olacaktır.

3. İş Sözleşmesinin Feshinde Ölçülülük İlkesi

a. Ölçülülük İlkesinin İçeriği

Ölçülülük kavramsal olarak ölçüsüz sonuçları önleme amacıyla birbiriyle çatışan menfaatlerin dengelenmesi şeklinde açıklanabilir⁵⁵⁹. Ölçülülük ilkesinin açıklanması esnasında bir amacın izlenmesi, bu amaca ulaşmak için kullanılan araç ve değer ölçüsüne uyulması önem taşımaktadır⁵⁶⁰. Ölçülülük ilkesi; araç ve amacın ölçüsüz bir ilişki içerisinde olmamak şartı ile bir amaca ulaşmak için kullanılan aracın; amacın gerçekleşmesi için elverişli ve gerekli olması şeklinde tanımlanabilir⁵⁶¹. Doktrinde hukuki işlem ya da eylem araç olarak nitelendirilirken; amaç ise bu işlem ya da eylemin arkasındaki nedeni ifade etmek için kullanılmıştır⁵⁶².

Buradan yola çıkarak ölçülülük ilkesinin unsurlarının elverişlilik ve gereklilik olduğu ifade edilebilir. Araçların elverişliliğine ilişkin niteleme yapılırken işbu aracın amaca ulaşmayı sağlayıp sağlamadığına bakılmalı; o amaca ulaşmayı sağlayabilecek tüm araçlar elverişli kabul edilmelidir⁵⁶³. Gereklilik ilkesi ise; aynı amaca ulaşmayı garantilerken muhataba en az zararı verecek olan yani 3. kişinin hukuki alanına yapılacak olan müdahaleyi minimize eden aracın bulunup bulunmadığının irdelenmesidir⁵⁶⁴.

⁵⁵⁹ AUFFERMANN Peter, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Diss, Würzburg, 1975, s.6'dan Aktaran BİRBEN Erhan, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2006, (Ölçülülük İlkesi), s.5, dpn.1.

⁵⁶⁰ BİRBEN, Ölçülülük İlkesi, s.5.

⁵⁶¹ ALP Mustafa, Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk Ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması-Alman Hukukuna Göre- Yasa Hukuk Dergisi, C.17, S.205/12(Ocak/1999), (Ölçülülük İlkesi), s.1519.

⁵⁶² BİRBEN, Ölçülülük İlkesi, s.6.

⁵⁶³ BİRBEN, Ölçülülük İlkesi, s.79.

⁵⁶⁴ BİRBEN, Ölçülülük İlkesi, s.80.

b. Ölçülülük İlkesinin Amacı

Bilindiği üzere hukuk alanında mevcut olan normların kontrolsüzce uygulanması zaman zaman üçüncü kişilerin menfaatlerine hanel getirmekte ve hukuki alanlarına yapılan müdahalenin sınırı aşılabilmektedir. İşte tam normun uygulanması ile üçüncü kişilere verilebilecek zarar bakımından bir sınırlamanın bulunmaması noktasında ölçülülük ilkesi üçüncü kişiyi koruma amacı ile uygulama alanı bulmaktadır⁵⁶⁵.

c. Ölçülülük İlkesinden Doğan Yükümlülükler

İş akdinin işveren tarafından feshinde ölçülülük denetiminde işveren bakımından yapma ve yapmama yükümlülükleri de önem arz etmektedir. Yapma yükümü bakımından ölçülülük ilkesi işverene fesih öncesinde daha hafif bir hukuki araca başvurulup başvurulamayacağını gözden geçirme yükümü getirmekteyken; yapmama yükümü bakımından ise işverenin fesih iradesinin işçi tarafından oluşacak olumsuz sonuçlar karşısında getireceği yararın aşırı nispetiz olup olmadığı değerlendirme konusu yapılacaktır⁵⁶⁶.

d. Türk Hukuku'nda Ölçülülük İlkesinin Uygulanış Biçimi (Son Çare İlkesi)

Ölçülülük ilkesinin Türk Hukuku'ndaki uygulanış biçimi ise feshin son çare olması ilkesidir. Son çare ilkesi mevcut yasal düzenlemede yer almamakla birlikte, 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesindeki *"Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır"*⁵⁶⁷ ifadesinden hareketle doktrinde inceleme konusu olmuştur. İşverence yapılan feshin geçerli olarak kabul edilebilmesi için; geçerli fesih için gerekli yukarıda izah edilen şartların mevcudiyetinin yanı sıra önemle belirtilmesi gereken bir diğer husus da geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilirken

⁵⁶⁵ BİRBEN, Ölçülülük İlkesi, s.82.

⁵⁶⁶ BİRBEN, Ölçülülük İlkesi, s.83.

⁵⁶⁷ 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesi için bkz. www.tbmm.gov.tr, 05.06.2010.

fesih öncesinde bütün yolların değerlendirilmesi gereği ve feshin son çare olması ilkesidir⁵⁶⁸. Geçerli sebep kavramına ilişkin olarak yorum yaparken, sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının bulunup bulunmadığını araştırmalıdır.

Feshin geçerliliğine ilişkin değerlendirme yapılırken işverenin işçiyi başka bir işte çalışma olanağı yaratılması, fazla çalışma yapılan işyerlerinde öncelikle çalışma saatlerinin normale çekilmesi, işçilerin onayı alınarak ücret ve çalışma sürelerinde azaltmaya gidilmesi, ücretsiz izne çıkarma, işçinin teknolojik gelişmelerin gerisinde kaldığı durumlar bakımından meslek içi eğitimlere tabi tutulması gibi uygulamalar feshe alternatif olarak öncelikle değerlendirilmelidir⁵⁶⁹. Feshe alternatif olarak hayata geçirilecek olan uygulamaların iş koşullarında esaslı değişiklik teşkil edeceği açık olduğundan; bu gibi durumlarda işçinin yazılı onayının alınması işverenin lehine olacaktır; aksi takdirde işçinin geçersiz feshe ilişkin sonuçlardan yararlanması durumu ortaya çıkabilir⁵⁷⁰. Yargıtay da son çare ilkesini kabul etmekte, amaca ulaşmak için fesihten başka imkanın olduğu durumlarda yapılan fesihleri geçerli kabul etmemektedir⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.137; SOYER, Feshe Karşı Koruma, s.51-56; BAŞTERZİ, Süleyman, Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, AÜHFD, C.54, S.3, Y.2005, s.58 vd.; GÜZEL, Ali, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Mayıs 2005, (Son Çare), s.57-90; YILMAZ, Ejder, Yargılama Usulü, s.23; SÜZEK, İş Hukuku, s.449 vd.; ÇELİK, İş Hukuku, s.215; ERTÜRK, s.270-271; KAR, Bektaş, Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması, MESS Sicil Dergisi, Eylül 2009, Y.4, S.15, (Ölçülülük İlkesi), s.60-69.

⁵⁶⁹ DEMİR Cuma Arif, s.108-109; SÜZEK, İş Hukuku, s.450.

⁵⁷⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.450-451.

⁵⁷¹ YARGITAY, 9.H.D., E.2005/7907, K.2005/14470, T.24.04.2005, www.kazanci.com, 05.02.2010, "...4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanarak feshedebileceği düzenlenmiştir. İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmeye ilişkin kararlar alabilir. Ancak, bu karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir. Öte yandan, işletmeye ilişkin kararlar varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. İşçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak yada meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, "fesih son çare olmalıdır" (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir..."; YARGITAY, 9.H.D., E.2005/1609, K.2005/3300, T.07.02.2005, www.kazanci.com, 05.02.2010, "...İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerine dayalı fesihlerde, fesih olarak dayanak yapılan nedenle çelişki içinde olmamalı, feshin en son çare olduğu ilkesi gözden uzak tutulmamalıdır. Bu kapsamda iş sözleşmesi feshedilen işçinin, mesleği ve vasfı nedeni ile başka bölümde değerlendirme olanağı olup olmadığı da araştırılmalıdır. Süreli ve esnek çalıştırma gibi tedbirler öncelikle düşünülmelidir..."; Aynı yönde, YARGITAY, 9.H.D., E.2005/1606, K.2005/3297, T.07.02.2005, www.kazanci.com, 05.02.2010.

II. Şirket Toplulukları Bünyesinde Görülebilecek Sorunlar

1. İşletme Gereklere Bakımından Doğabilecek Sorunlar

İşletme gerekleri kavramının şirket toplulukları ekseninde nasıl değerlendirileceği şirket topluluklarındaki fesihlerin geçerlilik denetimlerinin yapılması bakımından önem taşımaktadır. Şirket topluluklarında feshin geçerliliğine ilişkin işletme gerekleri bakımından doğabilecek temel sorun; bağlı şirkette istihdam edilen bir işçinin iş sözleşmesinin şirket topluluğundaki bir başka bağlı şirket ya da ana şirket bakımından gerçekleşen işletme gerekleri gerekçe gösterilerek geçerli şekilde feshedilip feshedilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Birlikte istihdam ilişkisi, geçici iş ilişkisi ve iş sözleşmesinin devri gibi şirket topluluklarında ortaya çıkabilecek üçlü iş ilişkilerinde de işletme gereklerinin hangi işveren bakımından gerçekleşmesi gerektiği de önem taşımaktadır.

İşletme gerekleriyle fesih nedenlerinin geçerlilik denetimi yapılırken şirket topluluğunun tek/birlikte işveren niteliğine haiz olduğu ve olmadığı durumlar şeklinde ikili bir ayrıma gidilebilir. Kural olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren, şirketler arasında organik bağın bulunduğu ve birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu haller haricinde şirket topluluğu bünyesindeki şirketleri tek/birlikte işveren saymak mümkün görünmemektedir. Şirket topluluğu bünyesindeki şirketlerin tek/birlikte işveren sayılmasını gerektirecek bir durumun söz konusu olmadığı hallerde; ana şirkette istihdam edilen bir işçinin sözleşmesinin bağlı şirketlerin birinde ortaya çıkan işletme gerekleri ya da bağlı şirketlerden birinde istihdam edilen işçinin iş sözleşmesinin bir başka bağlı şirkette ortaya çıkan işletme gerekleri gerekçe gösterilerek geçerli olarak feshedilebilmesi mümkün görünmemektedir. Topluluk bünyesindeki bir bağlı şirkette istihdam edilen işçinin iş sözleşmesinin ana şirket bakımından ortaya çıkacak işletme gerekleri gerekçe gösterilerek geçerli olarak feshedilebilmesi de mümkün görünmemekle birlikte; bağlı şirketlerin ekonomik ve organizasyonel açıdan ana şirkete bağlı olmalarından hareketle bağlı şirketin ana şirketin etki alanında kaldığı da göz önünde bulundurulmalı; her somut olay bakımından ayrı değerlendirme yapılmalıdır.

Şirket topluluğu bünyesindeki şirketler bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektirecek hallerin, şirketler arasında organik bağın bulunduğu hallerin ya da birlikte istihdam ilişkisinin bulunması hallerinde ise; işletme gereklerinin şirket topluluğu bazında yorumlanması düşünülebilir. Bu durumda, şirket topluluğu bünyesindeki şirketler arasında organik bağın bulunduğu, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiği ya da birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda; şirketlerden biri bakımından ortaya çıkan işletme gereği diğer şirketlerde istihdam edilen işçiler bakımından da geçerli fesih nedeni oluşturabilecektir.

Şirket topluluğu bünyesindeki bağlı şirketler bakımından oluşacak fesih nedenlerinin geçerlilik denetimi yapılırken faaliyet alanı esasından yararlanılması düşünülebilir. Bu noktada da tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren, şirketler arasında organik bağın bulunduğu ve birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu haller ayrık tutularak yorum yapılmalıdır. Aynı alanda faaliyet gösteren bağlı şirketler arasında işletme gerekleri kavramının geniş yorumlanması da tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren, şirketler arasında organik bağın bulunduğu ve birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu haller bakımından söz konusu olabilecektir. Bu durumda ; bir sebebin, örneğin aynı alanda faaliyet gösteren iki bağlı şirketin ürettiği malın sürüm ve satış olanaklarının azalmasının, istihdam fazlası da söz konusu olmuş ise, her iki bağlı şirkette çalışan işçiler bakımından geçerli bir fesih nedeni oluşturacağı kabul edilebilir. Bunun dışındaki hallerde sırf faaliyet alanlarının aynı olması nedeniyle, işletme gereklerinin aynı faaliyet alanındaki diğer bağlı şirketler bakımından da geçerli fesih nedeni oluşturabileceği yorumu hakkaniyete pek de uygun görünmemektedir. Farklı alanlarda faaliyet gösteren bağlı şirketler bakımından ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren, şirketler arasında organik bağın bulunduğu ve birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu haller haricinde fesih nedeninin geçerliliğinin her bağlı şirket bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir.

Şirket toplulukları bazında ortaya çıkabilecek üçlü iş ilişkileri bakımından işletme gereklerinin hangi işveren bakımından gerçekleşmesi gerektiği tartışma konusu yapılabilir. İş sözleşmesinin devri halinde sözleşmeyi devralan bağlı şirket

işveren haline geleceğinden işletme gerekleri de o bağlı şirket bakımından değerlendirilecek ve feshin geçerliliği ona göre belirlenecektir. Birlikte istihdam halinde ise; işçi tek bir iş sözleşmesi olduğu halde birden çok işverene karşı iş görme edimini ifa etmektedir. Bu durumda işçinin sözleşmesini akdettiği işveren bakımından feshine ilişkin nedenlerin söz konusu olması gerektiği düşünülebilir de; bu yorum birlikte istihdam ilişkisinin ve birlikte işveren haline gelmenin özüne aykırı olacağından işverenlerin her ikisi bakımından da işletme gereklerinin fesih nedeni olarak ortaya çıkabileceğinin kabulü gerekecektir. Ancak fesih yetkisinin birlikte istihdam eden işverenler tarafından birlikte kullanılması daha yerinde olacaktır. Geçici iş ilişkisinde işe; işçiden kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinin ve ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılıktan kaynaklanan haklı fesih nedenlerinin geçici işveren bakımından da geçerli fesih nedeni olarak kabul edilebileceği düşünülebilir de; işletme gereklerinin, sözleşmenin işveren ile devam etmesi ve ilişkinin süreyle sınırlı olmasından hareketle, ancak gerçek işveren bakımından ortaya çıktığında geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilebilmesi söz konusu olmalıdır. Geçici işveren bakımından bu noktada benimsenecek çözüm tarzı geçici iş ilişkisini sonlandırmak olacaktır.

2. Ekonomik Güçlükler Bakımından Doğabilecek Sorunlar

Yaşanan ekonomik güçlüklerin neden olduğu sözleşme fesihlerinin hangi şartlar altında geçerli kabul edileceği önem taşımaktadır. Şirket topluluğu bünyesindeki bir bağlı şirkette istihdam edilen işçilerin, istihdam edildikleri bağlı şirkette yaşanmakta olan bir ekonomik güçlük nedeniyle iş akitlerinin geçerli olarak feshedilebileceğinde şüphe bulunmamaktadır. İşçinin istihdam edildiği ana şirket bakımından söz konusu olan ekonomik güçlüklerin aynı şirket topluluğu bünyesindeki bağlı şirketlerde istihdam edilen işçiler bakımından; işçinin istihdam edildiği bağlı şirket bakımından söz konusu olan ekonomik güçlüklerin şirket topluluğu bünyesindeki diğer bağlı şirketlerde ya da ana şirkette istihdam edilen işçiler bakımından geçerli fesih nedeni oluşturup oluşturamayacağının ise incelenmesi gerekmektedir.

Şirket topluluğu bünyesindeki şirketlerden biri bakımından ortaya çıkan ekonomik güçlüklerin diğer şirketler bakımından geçerli bir fesih nedeni oluşturup oluşturmayacağına ilişkin değerlendirme şirket topluluğu bünyesindeki şirketlerin tek/birlikte işveren niteliğine haiz olduğu ve olmadığı durumlar şeklinde ikiye ayrılarak yapılabilir.

Kural olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren, şirketler arasında organik bağın bulunduğu ve birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu haller haricinde şirket topluluğu bünyesindeki şirketleri tek/birlikte işveren saymak mümkün görünmemektedir. Şirket topluluğu bünyesindeki şirketlerin tek/birlikte işveren sayılmasını gerektirecek bir durumun söz konusu olmadığı hallerde; ana şirkette istihdam edilen bir işçinin sözleşmesinin bağlı şirketlerden birinin yaşamakta olduğu ekonomik güçlükler gerekçe gösterilerek ya da bağlı şirketlerden birinde istihdam edilen işçinin iş sözleşmesinin bir başka bağlı şirketin yaşamakta olduğu ekonomik güçlükler gerekçe gösterilerek geçerli olarak feshedilebilmesi mümkün görünmemektedir. Topluluk bünyesindeki bir bağlı şirkette istihdam edilen işçinin iş sözleşmesinin ana şirket bakımından ortaya çıkacak ekonomik güçlükler gerekçe gösterilerek geçerli olarak feshedilebilmesi; bağlı şirketlerin ekonomik ve organizasyonel açıdan ana şirkete bağlı olmaları ve ana şirketin içinde olduğu ekonomik güçlüğüne ya da geç bünyesindeki bağlı şirkete de yansıtacağından hareketle diğer olasılık karşısında daha mümkün görünmekle birlikte; her somut olay bakımından ayrı değerlendirme yapılmalıdır.

Şirket topluluğu bünyesindeki şirketler bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektirecek hallerin, şirketler arasında organik bağın bulunduğu hallerin ya da birlikte istihdam ilişkisinin bulunması hallerinde ise; şirketlerden biri bakımından söz konusu olan ekonomik güçlüklerin şirket topluluğu bünyesindeki tüm şirketler bakımından geçerli fesih nedeni oluşturabileceği düşünülebilir. Bu durumda, şirket topluluğu bünyesindeki şirketler arasında organik bağın bulunduğu, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiği ya da birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda; şirketlerden biri bakımından ortaya çıkan ekonomik güçlükler diğer şirketlerde istihdam edilen işçiler bakımından da geçerli fesih nedeni oluşturabilecektir.

Şirket toplulukları bakımından ekonomik güçlüklerin geçerli bir fesih nedeni oluşturup oluşturmayacağına dair inceleme yapılırken faaliyet alanı esasından da yararlanılması düşünülebilir. Farklı faaliyet alanlarındaki bağlı şirketler bakımından, bir bağlı şirketin maruz kaldığı ekonomik güçlüklerin o şirketle aynı alanda faaliyet gösteren bir diğer bağlı şirkette istihdam edilen işçiler bakımından geçerli fesih nedeni oluşturup oluşturmayacağı düşünülebilir. Şirketlerden birinin yaşadığı ekonomik güçlükler diğerinin de sektörel bazda maruz kalabileceği düşünülebilirse de aynı malı farklı markalar altında üreten iki bağlı şirket örneğinde birinin işleri iyi giderken diğer şirketin iflas aşamasına gelmesi söz konusu olabileceğinden; ekonomik güçlük yaşanıp yaşanmadığı bakımından her şirket için ayrı inceleme yapılması gereği hasıl olmaktadır. Bu durumda aynı üretimi yapmasına rağmen ekonomik güçlük içerisinde olan bağlı şirket bakımından geçerli kabul edilebilecek bir feshin; aynı üretimi yapan fakat ekonomik bakımdan iyi durumda olan diğer şirkette istihdam edilen işçiler bakımından, sırf şirketlerin aynı alanda faaliyet gösteriyor olmalarından hareketle, geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilebilmesi mümkün olamayacaktır. Kaldı ki, şirket topluluğundaki şirketler arasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren haller, şirketler arasında organik bağın bulunduğu haller ve birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu haller haricinde bir bağlı şirket bakımında ortaya çıkan ekonomik güçlüklerin; sırf aynı alanda faaliyet gösteriyor olmalarından hareketle şirket topluluğu bünyesindeki bir diğer bağlı şirkette istihdam edilen işçiler bakımından geçerli fesih nedeni olabilmesi çok geniş bir yorum olacağından mümkün olmamalıdır. Şirketlerin tek/birlikte işveren sayılabildikleri durumda ise; şirketlerin biri bakımından yaşanacak ekonomik güçlük dolaylı olarak diğer tüm şirketleri etkileyeceğinden, istihdam edilen işçilerin iş sözleşmelerinin şirketlerden birinde söz konusu olan ekonomik güçlük gerekçe gösterilerek geçerli olarak feshedilebilmesi ihtimal dahilindedir.

Ülke çapında etkisini gösteren genel ekonomik kriz de işletmeyi olumsuz yönde etkileme ve satışlarda oluşan azalmalar doğrultusunda üretimin eskisi gibi sürdürülmesini imkansız kılarak iş gücü fazlasının ortaya çıkması halinde geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edildiğinden⁵⁷²; ana şirket bünyesinde çalışan işçilerin

⁵⁷² SÜZEK, İş Hukuku, s. 445-446.

sözleşmelerinin bağlı şirketin; bağlı şirket bünyesinde çalışan işçilerin sözleşmelerinin de şirket topluluğu içerisindeki bir başka bağlı şirketin etkilendiği genel ekonomik kriz gerekçe gösterilerek feshinde geçerlilik sorunu ortaya çıkabilmektedir. Bağlı şirket bünyesinde çalışan bir işçi bakımından, genel ekonomik krizin bağlı şirketin ekonomisini etkilediği hallerde, geçerli bir fesih nedeni oluşturacağından şüphe yoktur. Bağlı şirket bünyesinde genel ekonomik kriz neticesinde oluşan ekonomik güçlüklerin ana şirket bakımından da geçerli bir fesih nedeni oluşturup oluşturmayacağına üzerinde durulmalıdır. Ülke çapında genel ekonomik kriz hakim olmasına rağmen ana şirketin kazancı azalmamış, genel ekonomik kriz ana şirkete doğrudan bir zarar vermemişse ana şirket bünyesinde çalışan işçiler bakımından geçerli bir fesih nedeninin doğduğu söylenilememelidir. Elbette ekonomik güçlükler içerisinde olan bir bağlı şirketin ekonomik olarak bağlı olduğu ana şirketin bütçesinde de olumsuzluklar doğurması muhtemeldir. Ancak bağlı şirketin etkilendiği genel ekonomik krizin; ana şirketin kazancı azalmamış olmasına rağmen ekonomik olarak bağlantılı olmaları ve ekonomik durumunda oluşabilecek dolaylı zararlar nedeniyle, ana şirkette çalışan işçiler bakımından da geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmesi çok geniş bir yorum olacak ve ana şirket bünyesinde çalışan işçilerin menfaatlerine hanel getirecektir. İki farklı bağlı şirkette istihdam edilen işçiler için de durum aynıdır. Şirket topluluğu bünyesindeki bağlı şirketlerden birinin etkilendiği genel ekonomik kriz gerekçe gösterilerek, ekonomik krizden etkilenmemiş olan diğer bağlı şirkette istihdam edilen işçilerin sözleşmelerinin feshedilmesi çok geniş bir yorum olacaktır.

Şirket toplulukları bünyesinde yeniden yapılanmaya ilişkin ihtiyaçların doğması muhtemeldir. Şüphesiz ki; ana şirket veya bağlı şirketler bakımından yeniden yapılanmaya ilişkin şartların varlığı halinde münferit olarak yeniden yapılanma nedeniyle işgücü fazlalığı söz konusu olmuş ise; işgücü fazlası olan işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli olarak feshedildiği ifade edilebilir. Ancak yeniden yapılanma ihtiyacı söz konusu olmaksızın, aynı faaliyet alanında bulunan iki bağlı şirketin tek bünye altında birleştirilmesi ve faaliyeti sona erdirilen bağlı şirket işçilerinin sözleşmelerinin feshedilmesi gibi hallerde sözleşmesi feshedilen işçiler bakımından geçerli bir feshin söz konusu olup olmayacağı tartışma konusu yapılabilir. İşverenin; işletme, işyeri, işin düzenlenmesi konusunda ve bu kapsamda

işçinin iş sözleşmesinin feshi de dahil olmak üzere aldığı tüm kararlar işletmesel karar niteliğine haizdir. Bu doğrultuda iki bağlı şirketin birleşmesi ve faaliyeti sona erdirilen şirketin işçilerinin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi de işletmesel karar niteliğine haizdir⁵⁷³. İşverenin işletmesel kararlarının yerindelik denetiminin yapılamayacağı fakat işverenin de yönetim hakkı kapsamındaki bu hakkını kullanırken keyfi davranmaması gerektiği Yargıtay tarafından da ifade edilmektedir⁵⁷⁴. İşletme, işyeri ya da işin gerekleri ile işçinin sözleşmesinin

⁵⁷³ Şirket birleşmelerinde iş sözleşmesinin feshine ilişkin açıklamalar hakkında bkz. ŞAHLANAN, Fevzi, Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri ile İş Akdinin Feshi, MESS Sicil Dergisi, Aralık 2006, Y.1, S.4, (İşletme Gerekleri), s.13-19.

⁵⁷⁴ YARGITAY, 9.H.D., E.2008/34693, K.2008/34830, T.22.12.2008, www.calismavetoplum.org, 30.05.2010, "...4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında olabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihle, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz; kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır. İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır. Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihle keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ikesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemede özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz

feshedilmesi durumunda işletmesel karar ile; istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. İşveren işletmesel karar almakta tamamen bağımsız olmakla birlikte; işletmesel kararlara ilişkin yargı denetiminin amacı işletmesel karar sonucunda fiilen, elle tutulur ve tespit edilen bir işgücü fazlalığının meydana gelip gelmediğinin tespitidir⁵⁷⁵. Aksi halde işverence işletmesel karar neticesinde yapılan fesihler geçerli kabul edilemeyecektir.

Şirket toplulukları bünyesindeki birlikte istihdam ilişkisi, geçici iş ilişkisi ve sözleşme devri gibi ortaya çıkabilecek üçlü iş ilişkilerinin varlığı halinde, ekonomik güçlüklerin geçerli fesih nedeni olarak kabul edilebilirliğinin hangi işveren bakımından değerlendirme konusu yapılacağı da önem taşımaktadır. İş sözleşmesinin devri halinde sözleşmeyi devralan bağlı şirket işveren haline geleceğinden devralan işverenin yaşamakta olduğu ekonomik güçlükler değerlendirilecek ve feshin geçerliliği ona göre belirlenecektir. Devralan şirket ekonomik olarak sorun yaşamamasına rağmen; şirket topluluğu bünyesindeki bir başka bağlı şirketin yaşadığı ekonomik güçlükleri feshe konu edebilmesi mümkün olmayacaktır. Birlikte istihdam halinde ise; tek bir iş sözleşmesi olduğu halde birden çok işverene karşı iş görme edimini ifa etmektedir. Bu durumda işçinin sözleşmesini akdettiği işveren bakımından feshe ilişkin nedenlerin söz konusu olması gerektiği düşünülebilirse de; bu yorum birlikte istihdam ilişkisinin ve birlikte işveren haline gelmenin özüne aykırı olacağından işverenlerin her ikisi bakımından da yaşanan ekonomik güçlüklerin fesih nedeni olarak ortaya çıkabileceğinin kabulü gerekecektir. Geçici iş ilişkisinde ise; işçiden kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinin ve ahlak ve

olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır. İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren. Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genci ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır..."; Aynı yönde, YARGITAY, 9.H.D., E.2008/3735, K.2008/2001, T.25.02.2008, www.calismavetoplum.org, 30.05.2010; YARGITAY, 9.H.D., E.2008/1812, K.2008/7842, T.08.04.2008, www.calismavetoplum.org, 30.05.2010.

⁵⁷⁵ ENGİN, Tebliğ, s.19.

iyi niyet kurallarına aykırılıktan kaynaklanan haklı fesih nedenlerinin geçici işveren bakımından da geçerli fesih nedeni olarak kabul edilebileceği düşünülebilirse de; ekonomik güçlüklerin feshe konu edilebilmesi, sözleşmenin işveren ile devam etmesi ve ilişkinin süreyle sınırlı olmasından hareketle, ancak gerçek işverenin yaşadığı ekonomik güçlükler bakımından söz konusu olacaktır. Geçici işverenin ekonomik güçlükler yaşaması halinde ise, benimsenecek çözüm tarzı geçici iş ilişkisini sonlandırmak olacaktır.

3. Son Çare İlkesi Bakımından Doğabilecek Sorunlar

Şirket toplulukları bakımından son çare ilkesinin nasıl değerlendirileceği konusunda sorun doğması mümkündür. Şirket toplulukları bakımından doğabilecek temel sorun son çare ilkesinin sadece işçinin istihdam edildiği şirket baz alınarak mı yoksa topluluk içerisindeki tüm bağlı şirketler de göz önünde bulundurularak mı değerlendirilmesi gerektiğine ilişkindir⁵⁷⁶. Ekonomik ve organizasyonel olarak ana şirkete bağlı olan şirket topluluklarında şirketler arasında istihdam politikaları bakımından sıkı ilişkiler bulunması hatta insan kaynaklarının topluluk bazında tek elden yürütülmesi mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda son çare ilkesinin uygulama sınırları şirket toplulukları bakımından önem taşımaktadır.

İş sözleşmelerinin işverence feshedilmesi öncesinde başka bir yerde istihdam etme yükümlülüğü, işçinin istihdam edildiği işyeri ya da işletme ile sınırlı olarak düşünülmeli; istihdam etme yükümlülüğünün kapsamı, sözleşmenin tarafı olmayan bir başka müstakil işverene işçiyi istihdam etme mükellefiyetinin yüklenmemesinden hareketle, şirket topluluğunu kapsayacak şekilde genişletilmemelidir⁵⁷⁷. Bu doğrultuda Yargıtay'ın feshe karşı korumanın çerçevesini şirket topluluğunun bütününe yayan yaklaşımı ve şirket topluluğu bünyesindeki diğer şirketlerdeki istihdam olanağı araştırılmaksızın yapılan fesihlerin geçersizliğine hükmetme yönündeki eğilimi de doktrinde eleştirilmektedir⁵⁷⁸. Şirket topluluğu bünyesindeki tüm şirketleri kapsayacak şekilde bir istihdam etme yükümlülüğü;

⁵⁷⁶ Alman ve Fransız Hukukunda son çare ilkesinin şirket topluluğu bazında nasıl değerlendirildiğine ilişkin açıklamalar için bkz. DOĞAN YENİSEY, s.134-136.

⁵⁷⁷ SOYER, Feshe Karşı Koruma, s.52; SOYER, M. Polat, İş Güvencesi Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Değerlendirme, TİSK İşveren Dergisi, Nisan 2007, (Değerlendirme), s.45.

⁵⁷⁸ SOYER, Değerlendirme, s.45.

ancak işçinin şirket topluluğu bünyesindeki herhangi bir işyerinde çalıştırılabileceğinin kararlaştırılması halinde mümkün olabilecektir⁵⁷⁹. Şirket topluluğu bünyesinde, iş sözleşmesinde yer alan devri saklı tutma kayıtları neticesinde söz konusu olan iş sözleşmesi devirlerinde son çare ilkesinin şirket topluluğu bünyesindeki tüm şirketleri kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiği ve böylelikle sözleşme devrinin olumsuz özelliklerinin bertaraf edilebileceği doktrinde ifade edilmektedir⁵⁸⁰. Şirket topluluğu bünyesinde söz konusu olan geçici iş ilişkileri de; işverenin işçiyi istihdam etme yükümlülüğünü geçici işverenlere ait işyerlerini de kapsayacak şekilde yorumlanmasına sebep olmayacaktır⁵⁸¹.

Yargıtay'ın son çare ilkesinin şirket topluluklarında nasıl yorumlanması gerektiğine ışık tutacak nitelikteki kararları incelendiğinde; bazı kararlarda son çare ilkesinin sadece işçini istihdam edildiği şirket göz önünde bulundurularak dar yorumlandığı bazı kararlarda ise feshin son çare olması ilkesinin şirket topluluğunun bütününe yayılarak geniş yorumlandığı görülmektedir.

Yargıtay 2003 tarihli bir kararında; işverenin fesihden kısa bir süre önce bağlı iştiraklerine işçi almasını geçersiz feshin gerekçesi haline getirmiş ve feshe karşı koruma hükümlerini teşebbüs düzeyine yayarak uygulamıştır⁵⁸².

2007 tarihli bir kararında Yargıtay feshin son çare olması ilkesini dar yorumlamış ve işverenin; işçiyi, şirket topluluğu bünyesindeki şirketlerin farklı tüzel kişiliklere haiz olmalarından hareketle, aynı şirket topluluğu bünyesinde bulunan bir başka bağlı şirkette istihdam etme yükümlülüğünün bulunmadığı yönünde karar vermiştir.

"...Öncelikle belirtmek gerekir ki, somut olayda personel fazlalığını gidermeye yönelik olarak işçi çıkarmada işvereni bağlayan herhangi bir sosyal seçim ilkesi öngörülmediği gibi, davalı işverenin diğer işyerlerinde de iş gücü fazlası personeli çıkarma yoluna gittiği, bu nedenle diğer işyerlerinde çalışma olanağı bulunmadığı kabul edilmelidir. Ayrıca, feshin son çare olması ilkesinin işçinin, aynı gruba ait başka bir şirkete ait işyerinde değerlendirilmesi şeklinde genişletilmesi olanağı bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, aynı gruba da ait olsa, farklı bir

⁵⁷⁹ SOYER, Feshe Karşı Koruma, s.52.

⁵⁸⁰ ALP, Sorunlar, s.201.

⁵⁸¹ SOYER, Feshe Karşı Koruma, s.52.

⁵⁸² YARGITAY, 9. H.D., E.2003/18919, K.2003/18913, T.10.11.2003, SOYER, Feshe Karşı Koruma, s.52, dpn.102.

tüzel kişiliği haiz işverene ait işyerinde işçinin değerlendirilmesi davalı işverenden beklenemez. Dava konusu olayda işçi çıkarılmasını gerektiren ekonomik neden ve işletmesel bir karar mevcut olduğuna göre üzerinde durulması gereken husus; fesihden önce ve sonra işverenin fesih nedeni ile çelişen uygulamalarda bulunup bulunmadığı, feshin son çare olması ilkesinin göz önünde bulundurulup bulundurulmadığıdır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda dosyada işveren tarafından tek tarafı olarak sunulan mevcut işyeri kayıtları üzerinde inceleme yapılarak sonuca gidildiği anlaşılmaktadır. Yapılması gereken iş, işverenin tüm işyerlerine ait SSK kayıtları getirtilerek yeni işçi alınıp alınmadığını; feshin son çare olması ilkesinin dikkate alınıp alınmadığını, varsa yeni işe alınan işçilerin “çelişkili davranma yasağı” kapsamına girip girmediğini tespit etmek ve tüm dosya içeriği ile birlikte değerlendirmeye tabi tutularak sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir...⁵⁸³”.

Yargıtay 2008 tarihli bir kararında yukarıda anılan kararına paralel olarak işverene işçiyi aynı şirket topluluğu bünyesindeki bir başka bağlı şirkette istihdam etme külfetinin; iş sözleşmesinde devir kayıtları olsa dâhi, yüklenemeyeceğine hükmetmiştir.

“...İş sözleşmesinin 13.maddesinde "işveren, personelin rızasını alarak Alarko Şirketler Topluluğu içindeki diğer bir şirkete transfer edebilir, personel bununla ilgili olarak sonradan herhangi bir hak iddia edemez, talepte bulunamaz" kuralına yer verilmiştir. Belirtilen kural davalı işverenin ve işçinin tasarruflarıyla gerçekleştirilecek bir işlemi öngörmemektedir. İş Sözleşmesinin kesin olarak devrini ve işveren değişikliği sonucunu doğuracak böyle bir işlem devralacak işverenin de kabulüne bağlıdır. Feshin son çare olması ilkesi, işverene başka bir işverene ait işyerinde istihdam etme külfetini kapsamaz. Bu nedenle, anılan kural uyarınca davacının aynı şirket topluluğu içindeki diğer bir şirkete değerlendirilmediği gerekçesi ile feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü doğru olmamıştır...Feshin son çare olması davalı işverene ait işyerleri kapsamında değerlendirilmelidir. Başka bir anlatımla, aynı şirketler topluluğuna ait başka bir şirkete ait işyerinde işçinin değerlendirilmesi külfeti işverene yüklenemez...⁵⁸⁴”.

⁵⁸³ YARGITAY, 9.H.D., E.2007/24415, K.2007/38774, T.24.12.2007, www.kazanci.com, 05.02.2010.

⁵⁸⁴ YARGITAY, 9.H.D., E.2008/39933, K.2008/34838, T.22.12.2008, www.kazanci.com, 05.06.2010.

Yargıtay 2008 tarihli bir başka kararında son çare ilkesini yine dar yorumlamış; işverene şirket topluluğu bünyesindeki diğer şirketlerde işçiyi istihdam etme olanağını araştırma külfetinin yüklenemeyeceği yönünde karar vermiştir.

"...Aynı holdinge bağlı da olsalar her şirket ayrı bir işveren olarak kabul edilmelidir, işçinin başka bir işverene ait işyerinde değerlendirilme yükümlülüğü işverene yükletilemez. Bu nedenle somut olayda feshin son çare olması ilkesinin uygulanma olanağı da bulunmamaktadır...".

2008 tarihli bir kararda ise istihdam fazlası ölçütü şirketlerin tamamına göre değerlendirilmiş; davacı işçinin iş sözleşmesinin işyerinin kapatılması nedeniyle feshedilmesi sonrasında işverence yeni işçi alımlarının söz konusu olmasının işverenin başka işyerlerinin de olduğuna işaret ettiği vurgulanmıştır.

"...Somut uyuşmazlıkta davalı işveren yeniden yapılanma ile ilgili bir işletmesel karar ibraz etmemiştir. Ancak galeri kapatılması nedeni ile davacının hizmetine ihtiyaç duyulmadığı da savunulmuştur. Davalı işveren tarafından nakledilen işçiler yerine yeni işçiler alındığına göre, işverenin başka işyerleri, vardır. Diğer taraftan aynı gruba bağlı ve aynı faaliyet alanı madencilikle iştigal eden. diğer şirket ile davalı şirket arasındaki bağ açıklığa kavuşturulmuş değildir. iki şirkete ait işyerlerindeki çalışmaların birlikte istihdam olgusu taşıyıp taşımadığı, çalışanların her iki işverene hizmet verip vermediği, şirketler arasında adi ortaklık bulunup bulunmadığı, işçi nakilleri olup olmadığı araştırılmalı, davacı işçinin neden hizmetine ihtiyaç duyulmadığı, istihdam fazlası olup olmadığı, işverenin tutarlı davranıp davranmadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı yukarıdaki açıklamalara uygun olarak tutarlılık, keyfilik ve ölçülülük denetimine tabi tutulmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir...⁵⁸⁵".

Yargıtay 2009 tarihli bir kararında şirketlerin birleşmesi neticesinde istihdam fazlalığı meydana geldiği gerekçesi ile sözleşmeleri feshedilen işçiler bakımından son çare ilkesini geniş yorumlamış, şirket topluluğu bünyesindeki tüm şirketlerde istihdam olanaklarının araştırılması gerektiğine hükmetmiştir.

"... Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yargı kararları

⁵⁸⁵ YARGITAY, 9.HD, E.2008/44175, K.2008/34718, T. 22.12.2008, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y.2009, S.21, C.6, s.334-336.

gerekçeli olmalıdır. Grup şirketlerinden bir şirketin diğer bir şirketle birleşmesi halinde istihdam fazlalığının meydana gelmesi mümkün ise de, işçinin birleşen şirket dışında grubun diğer şirketlerinde çalışma olanağının olup olmadığının somut olarak araştırılması gerekir. Zira davacı, davalı şirketin bağlı olduğu ana şirketin personel yönetmeliği kapsamında çalıştırılmış ve grup şirketlerinin kendi bünyelerindeki lojistik faaliyetleri devam etmektedir...⁵⁸⁶".

Ana şirket ya da bağlı şirket bünyesinde çalışan işçilerin, şirket topluluğu bünyesindeki başka bir bağlı şirkette istihdam olanağı değerlendirilmeksizin iş sözleşmesinin feshi halinde; feshin geçerliliği konusunda değerlendirme yapılırken son çare ilkesinin, işverenin şirket topluluğu bünyesindeki diğer şirketlerde işçiyi istihdam etme külfetini de kapsayıp kapsamadığına ilişkin tespit yapılırken; işverenlerin tek/birlikte işveren sayılıp sayılamayacağı noktasından hareket edilebilir. İşverenlerin tek/birlikte işveren sayılmalarını gerektirmeyen hallerde, son çare ilkesinin uygulanıp uygulanmadığına ilişkin denetimin feshin geçerliliğine ilişkin denetimin bir parçası olmasından hareketle, fesih nedenlerinin geçerliliğinde olduğu gibi şirket topluluğundaki şirketlerin ayrı tüzel kişiliklere haiz olduğu göz önünde bulundurulmalı ve son çare ilkesinin kural olarak işçinin istihdam edildiği işyeri bakımından değerlendirilmelidir. Şirket topluluğu bünyesindeki şirketler bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektiren haller, organik bağın söz konusu olduğu haller ya da birlikte istihdam ilişkisinin bulunduğu hallerde şirketleri kural olarak tek/birlikte işveren kabul etmek söz konusu olacağından; ancak bu hallerde şirket topluluğu bünyesindeki tüm şirketleri kapsayacak şekilde son çare ilkesinin uygulanması mümkün olabilecektir. Bu durumda şirketler tek/birlikte işveren olarak kabul edileceğinden bağlı şirketlerden birinde istihdam edilen işçinin sözleşmesinin feshedilmesi durumunda; şirket topluluğundaki tüm şirketlerdeki mevcut istihdam olanaklarının değerlendirilmesi gerekecektir.

Son çare ilkesinin şirket topluluğu bünyesinde aynı alanda faaliyet gösteren bağlı şirketler bakımından nasıl uygulanacağı tartışma konusu yapılabilir. Şirket topluluğu bünyesindeki bağlı şirketlerden birinde istihdam edilen işçinin sözleşmesinin feshedilmesi durumunda, işverenin işçiyi aynı şirket topluluğu

⁵⁸⁶ YARGITAY, 9.H.D., E.2009/1917, K.2009/29704, T.02.11.2009, www.kazanci.com, 28.05.2010.

bünyesinde ve işçinin istihdam edildiği bağlı şirketle aynı faaliyet alanında bulunan bir diğer bağlı şirkette istihdam etme yükümlülüğü ancak aynı alanda faaliyet gösteren bağlı şirketler arasında organik bağın bulunması durumunda söz konusu olabilecektir. Organik bağ kavramı ve organik bağ kavramının şirket topluluklarındaki görünümü çalışmamızın ilk bölümünde açıklanmaya çalışılmıştır. Şirket topluluğu bünyesindeki şirketler arasında organik bağın varlığından söz edebilmek için sadece aynı şirket topluluğunda bulunmak yeterli kabul edilmeyecek; ortakların çoğunluğunun aynı kişilerden oluşması, adres ayniyeti gibi bir takım destekleyici unsurların da varlığı gerekecektir. Aynı alanda faaliyet gösteren bağlı şirketler bakımından son çare ilkesinin geniş yorumlanması; ancak aynı alanda faaliyet gösteren bağlı şirketler arasında organik bağın söz konusu olması durumunda mümkün olabilmeli, faaliyet alanı ayniyeti son çare ilkesinin geniş yorumu için yeterli kabul edilmemelidir.

§8. FESİH BİLDİRİMİNE YETKİLİ İŞVERENİN TESPİTİ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinde "*İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır*" düzenlemesi bulunmaktadır⁵⁸⁷. Maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere fesih bildiriminin "işveren" tarafından yapılması gerekmektedir.

Fesih bildirimine yetkili işverenin tespiti bakımından şirket topluluklarında doğabilecek sorun bağlı şirkette istihdam edilen bir işçinin iş sözleşmesinin, şirketin ekonomik ve organizasyonel olarak bağlı olduğu ana şirket tarafından feshedilip feshedilemeyeceği noktasındadır. Şirket topluluğu bünyesinde birlikte istihdam, geçici iş ilişkisi ve iş sözleşmesinin devri gibi üçlü iş ilişkilerinin varlığı halinde de fesih bildirimine yetkili işverenin tespiti önem taşımaktadır.

Fesih yetkisinin işverence kullanılmasına ilişkin düzenleme bulunmakla birlikte; fesih yetkisinin kullanılacağı süre bakımından 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenleme bulunmamaktadır. Bu düzenleme boşluğu, işverenin fesih hakkını kullanabilmek için hiçbir süreye tabi olmadığı şeklinde anlaşılmalıdır⁵⁸⁸. İşverenin fesih hakkını somut olayın özelliğine göre makul süre içerisinde kullanması gerekmektedir⁵⁸⁹. Borçlar Kanunu'nun 344. maddesi doğrultusunda "makul süre" her olay bakımından ayrı ayrı hakim tarafından belirlenecektir⁵⁹⁰.

Fesih bildiriminin yapılacağı yer ve zamana ilişkin olarak da İş Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yer almadığından Medeni Kanun'un 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmadan istenilen yer ve zamanda fesih bildiriminin yapılması olanaklıdır⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ İş sözleşmesinin feshinde usul hakkında açıklamalar için bkz. SOYER, Feshe Karşın Koruma, s. 56-58; ERTÜRK, s. 272-273.

⁵⁸⁸ DEMİR, Cuma Arif, s.209.

⁵⁸⁹ DEMİR, Cuma Arif, s.209-210; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.138; SÜZEK, İş Hukuku, s.468; YARGITAY 9 HD., T:27.01.2005, E:2004/26072, K:2005/2011, GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler, www.kamu-is.org.tr, 05.06.2010, (Öneriler), s.169, dpn.32, "*..4857 sayılı Kanunun 26. maddesinde düzenlenen 6 işgünlük hak düşürücü süre, aynı yasanın 25. maddesindeki koşulların bulunması halinde uygulanacak olup, yasanın 18 vd. maddelerinde düzenlenen geçerli fesih hallerinde uygulanacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Geçerli fesih nedeni bulunması halinde işverenin eylemi öğrendikten sonra makul süre içinde fesih hakkını kullanmış olması yeterlidir..*".

⁵⁹⁰ ÇANKAYA Osman Güven/GÜNAY Cevdet İlhan/GÖKTAŞ Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2006, s.105.

⁵⁹¹ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.109; DEMİR Cuma Arif, s.211.

1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19 madde düzenlemesi doğrultusunda işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmalı ve bu bildirimde fesih sebebini açık ve kesin biçimde belirtmelidir. Yazılılık esası geçerlilik koşulu niteliğindedir bu nedenle yazılılık koşuluna aykırılık halinde feshin geçersizliği söz konusu olmaktadır⁵⁹².

Yazılı bildirim hem daha sonra işçi tarafından sebebin geçersizliğine ilişkin açılacak davada ispat bakımından kolaylık sağlayacak hem de işverenin yazılı olan fesih sebebini değiştirmesi olanağını ortadan kaldıracaktır⁵⁹³. İşçinin yazılı fesih bildirimini imza karşılığı almaktan kaçınması durumunda ise durum İş Kanunu'nun 120. maddesi uyarınca tutanakla tespit edilecektir.

İş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından İş Kanunu'nun 19. madde düzenlemesi doğrultusunda fesih nedeninin açık ve kesin olarak bildirilmesi şartı aranmaktadır. Kanunda yer alan “açık ve kesin” ifadesi nedeniyle bildirimlerde muğlak ifadelerden kaçınılması gerekmektedir ve belirtilen fesih nedenleri sonradan değiştirilemeyecektir⁵⁹⁴.

4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen bir diğer yenilik de 158 sayılı ILO sözleşmesinin 7. maddesine paralel olarak belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçinin davranışı veya verimi ile ilgili herhangi bir nedenle feshedilmesi isteniyorsa öncelikle hakkındaki iddialara karşı savunmasının alınması gereğidir. İş Kanunu'nun 25. maddesinin ikinci fıkrasındaki haklı nedenle derhal fesih hallerinde ise savunma alınmasına gerek yoktur. Bu düzenleme doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁵⁹⁵. Yazılı bildirim sonrasında işçiye yazılı savunmasını vermesi için uygun bir süre tanınmalı ve savunmasını vermediği takdirde hakkından vazgeçmiş sayılacağı hatırlatılmalıdır. Savunma alınması gerekmesine rağmen hakkı işçiye kullandırılmadan sözleşme feshedilirse feshin geçersizliği gündeme gelecektir⁵⁹⁶.

Şirket toplulukları bakımından fesih bildirimine yetkili işverenin tespitine ilişkin sorun doğması muhtemeldir. Bu noktada bağlı şirkette istihdam edilen bir işçinin sözleşmesinin ana şirket tarafından feshedilip feshedilemeyeceği tartışma konusu yapılabilir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını

⁵⁹² ÇALIK, s.185, SÜZEK, İş Hukuku, s.468.

⁵⁹³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.138; SÜZEK, İş Hukuku, s.469.

⁵⁹⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.469.

⁵⁹⁵ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.138; ÇALIK, s.184; SÜZEK, İş Hukuku, s.470.

⁵⁹⁶ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.139.

gerektirecek hallerde ya da şirketler arasında organik bağın bulunduğu hallerde şirket topluluğu bünyesindeki şirketleri tek işveren sayabilmenin mümkün olmasından hareketle bu hallerde fesih nedenlerinin söz konusu olması durumunda işçinin sözleşmesinin şirketlerden biri tarafından feshedilebilmesi olanaklıdır. Şirket topluluğu bünyesindeki şirketlerin tek işveren sayılmasının mümkün olmadığı hallerde fesih nedeninin de işçinin istihdam edildiği şirket bakımından değerlendirileceğinden hareketle, fesih yetkisinin de işçinin iş görme edimini ifa ettiği işveren bakımından kullanılması daha yerinde olacaktır.

Birlikte istihdam hali ise işçinin birden fazla işverene karşı iş görme edimini ifa etmesi nedeniyle farklılık göstermektedir. Birlikte istihdam kavramına çalışmamızın ikinci bölümünde değinilmiş olmakla birlikte kısaca tekrar etmek gerekirse; birlikte istihdam ilişkisinde, her ne kadar birden fazla işverene (birlikte istihdam eden işverenlere) karşı iş görme ediminin ifa edilmesi söz konusu olsa da işçi ve işverenler arasında tek bir iş ilişkisi bulunduğu, işverenlerin her birinin talimat verme yetkisine haiz olduğu ifade edilebilir. Birlikte istihdam ilişkisinin varlığı halinde fesih bildirimine yetkili işverenin tespiti bakımından doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre; birlikte istihdam eden işverenlerden biri bakımından ortaya çıkan haklı veya geçerli bir fesih nedeninin söz konusu olması durumunda birlikte istihdam eden işverenlerden herhangi biri tarafından da iş sözleşmesi sona erdirebilir ve sona erme tüm işverenler açısından sonuç doğurur⁵⁹⁷. Bir diğer görüş ise birlikte istihdamın söz konusu olduğu durumlarda sözleşmeye katılmanın söz konusu olduğu yönündedir⁵⁹⁸. Bu doğrultuda sözleşmenin işveren tarafında çoğalma olduğundan, fesih yetkisinin de her iki işveren tarafından birlikte kullanılması gerekecektir⁵⁹⁹.

İş sözleşmesinin devri halinde ise; devralan işveren sözleşmeyi tüm hak ve borçları ile birlikte devralarak işveren haline geldiğinden hem fesih nedenlerinin devralan işverene ilişkin olarak gerçekleşmesi hem de fesih yetkisini devralan işverenin kullanması gerekmektedir. Örtülü sözleşme devrinde ise, işçinin sözleşme devrine yönelik rızasının; sözleşmenin devredildiğine, devralan işverenin sözleşmenin tarafı haline geldiğine ve devreden işverenin sorumluluğu kalmadığına

⁵⁹⁷ ÇANKAYA/ÇİL, s.272.

⁵⁹⁸ ULUCAN, İki Ayrı Sözleşme, s.502; ALP, Sorunlar, s.196, 207; ALP, Sözleşmenin Devri, s.310.

⁵⁹⁹ ULUCAN, İki Ayrı Sözleşme, s.502.

ilişkin kanaati içerdiğinin kanıtlanamadığı hallerde de birlikte istihdam ilişkisi söz konusu olmakta; durum sözleşme devri olarak değil, sözleşmeye katılma ve işverenlerin birlikte işveren haline geldiklerinin kabulü şeklinde yorumlanmaktadır⁶⁰⁰. Bu durumda birlikte istihdam ilişkisi söz konusu olacağından ve işverenler birlikte işveren olduğundan fesih yetkisinin her iki işveren tarafından birlikte kullanılması daha yerinde olacaktır.

Geçici iş ilişkisi bakımından ise hem geçici işveren hem de işveren bakımından işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedenleri ve ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil eden haklı fesih nedenleri ortaya çıkabilecek; ancak fesih yetkisini sadece sözleşmenin tarafı olan işveren kullanabilecektir. Geçici işveren iş sözleşmesinin tarafı olmadığından fesih yetkisini kullanma imkanı da bulunmamaktadır. Geçici iş ilişkisinin süresinin aşılması durumunda ise gerçek işverenin tavrı belirleyici olacaktır. Sürenin bitiminde gerçek işveren tarafından işçi çağırılır fakat işçi geçici işverene ait işyerinde çalışmaya devam ederse sözleşmenin işçi tarafından feshedildiğinin; sürenin bitiminde işçi gerçek işverene ait işyerine gider fakat gerçek işveren işçiyi çalıştırmazsa sözleşmenin işveren tarafından feshedildiğinin kabulü gerekecektir. Şirket topluluğu bünyesinde görülen geçici iş ilişkilerinde de sürenin aşılması halinde de birlikte istihdam ilişkisi söz konusu olabilmektedir. Kural olarak geçici iş ilişkisinde sürenin aşılması halinde de; işçinin gerçek işvereni ile geçici işverenin sözleşmeye katıldığı ve işverenlerin birlikte işveren haline geldiklerinin kabulü gerekeceğinden⁶⁰¹; bu durumda her iki işverene ilişkin olarak fesih nedenlerinin ortaya çıkabilmesi mümkün olacak ve fakat iki işverenin birlikte iş sözleşmesini feshetmeleri gerekecektir.

⁶⁰⁰ ALP, Sorunlar, s.197-198, 207; ALP, Sözleşmenin Devri, s.310.

⁶⁰¹ ENGİN, Ödünç İş, s.335,353; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.58; ALP, Sorunlar, s.196, 207; ALP, Sözleşmenin Devri, s.314.

Ş9. YARGILAMA SÜRECİNE VE İŞE İADE KARARININ İCRASINA İLİŞKİN SORUNLAR

İş Kanununun 20. maddesinin ilk fıkrasına göre "*İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir*". Önemli olan husus bir aylık sürenin fesih bildiriminden itibaren başlamasıdır⁶⁰². Davanın konusu herhangi bir tazminat talebi değil işe iade olduğundan⁶⁰³; bir ay gibi kısa bir dava açma süresinin belirlenmiş olması isabetli olmuştur. Kanunda belirtilen süre hak düşürücü⁶⁰⁴ nitelik taşıdığından sürenin bitimi sonrasında dava açabilmek mümkün olmamakta; işverence yapılan fesih geçerli feshine ilişkin sonuçları doğurmaktadır⁶⁰⁵. Ayrıca önemle belirtilmelidir ki; sözleşmenin sona erdiğinde, işçiye dava açmayacağı, dava açma hakkından feragat ettiği şeklinde imzalatılacak belgelerin geçerlilik değeri yoktur⁶⁰⁶. Güçsüz konumda bulunan işçinin işveren tarafından hakkından feragat etmeye zorlanacağından hareketle bu noktada feragat mümkün görülmemektedir. Ancak, dava açma hakkının fesih bildiriminden itibaren kabul edildiğinden, işçiye somut olay bakımından değerlendirilerek feragat imkanı tanınması da düşünülebilir.

İşçinin dava açarken işe iade ya da tazminat taleplerinden birini seçme olanağı bulunmamaktadır. İşçi mahkemeden sadece işe iade ve dört aya kadar boşta

⁶⁰² Dava açma süresinin başlangıcına ilişkin açıklamalar hakkında bkz. UÇUM, Mehmet, İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar, Legal İSGHD, Y.2004, C.1, S.4, (Dava Açma Süresi), s.1301-1319.

⁶⁰³ EKMEKÇİ Ömer, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek Dergisi, Temmuz, 2003, MESS Yayını, (Uygulama Sorunları), s.135; İşe iade davası ve sonuçları hakkında açıklamalar için bkz. SOYER, Feshe Karşı Koruma, s.58-64; MANAV, Eda, Feshe İtiraz Davasının Yargılama Sürecinde Gerçekleşen Olayların Davaya Etkisi, MESS Sinil Dergisi, Mart 2010, s.58-73; İşe iade davası devam ederken işçinin işveren tarafından işe davet edilmesine ilişkin açıklamalar için bkz. SÜMER, Haluk Hadi, İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi, MESS Sicil Dergisi, Aralık 2006, Y.1, S.4, (İşe Davet), s.90-105.

⁶⁰⁴ YARGITAY 9. HD., T:11.12.2003, E:2003/20424, K:2003/20629, www.tisk.org.tr, 05.06.2010, "*...Davacıya fesih 25.04.2003 tarihinde bildirilmiş olup, dava 04.07.2003 tarihinde açılmıştır. Anılan maddede düzenlenen süre hak düşürücü süre olup, mahkemece resen nazara alınmalıdır. Madde hükmüne göre, fesih tarihinin değil, feshin bildirildiği tarihin esas alınması gerektiği açıktır...*".

⁶⁰⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.471; DEMİR, Fevzi, Geçerli Fesih, s.492.

⁶⁰⁶ EKMEKÇİ, Uygulama Sorunları, s.135; TAŞKENT, Savaş, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku'na İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Kamu-İş Kamu İşletmeleri ve İşverenleri Sendikası, Ankara, 2006, s.63-64.

geçen sürenin ücreti talebinde bulunabilir⁶⁰⁷. İşçinin mahkemeden işe iadeyi hariç tutarak sadece tazminat talebinde bulunması mümkün değildir. Aynı husus Mahkemenin vereceği karar bakımından da geçerlidir. Mahkeme, feshin geçerli nedene dayanmadığını tespit ettiğinde; işçinin işe iadesi ile birlikte en çok dört aya kadar boşta geçen ücrete ve ancak iadenin işveren tarafından kabul edilmemesi halinde tazminata hükmedebilir. Yasa tarafından, dava açarken işçiye bir seçme hakkı tanınmamasına rağmen işverene seçme hakkı tanınmış; işe başlatmama yolunu seçerek tazminat ödemesi mümkün kılınmıştır.

Yine aynı maddenin devamında ise feshin geçerli nedene dayandığını ispat yükünün işverende olduğu⁶⁰⁸ ve işçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda iddiasını ispatla yükümlü olduğu belirtilmiştir. İspat yükünün işverende olması iş güvencesi kapsamına giren işçiler bakımındandır.

İş Kanununun 20. maddesinin 3. fıkrasına göre de işçinin açtığı dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır⁶⁰⁹. Mahkemenin vermiş olduğu kararın temyizi üzerine Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir. İşe iade haricindeki kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve diğer alacaklara ilişkin olarak ise yargılama usulüne ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmadığından; 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca sözlü yargılama usulü uygulanmalı ve bu nedenle işe iade talebi ile işbu talepler ayrı davalarda görülmelidir⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ İşe iade kararının uygulanmaması durumunda çalıştırılmayan dört aylık sürenin durumu hakkında açıklamalar için bkz. ÖZDEMİR, Cumhur Sinan, İşe İade Kararının Uygulanmaması Durumunda Çalıştırılmayan Dört Aylık Sürenin Kıdem Süresine Eklenmesi Sorunu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.2, S.7, Mart 2007, s.53-57.

⁶⁰⁸ YARGITAY 9. HD., T:24.04.2005, E: 2005/7907, K:2005/14470, www.kazanci.com, 06.06.2010, "...4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2. maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmeye ilişkin kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır. İş akdi feshedilen işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını ileri sürdüğü takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Somut olayda 01.07.2004 tarihinde T. işletmesinin ve personelinin özelleştirme sonucu varılan anlaşma gereği davalı A. A.Ş. ye devir edildiği, davacının ve bir arkadaşlarının iş sözleşmesinin feshi edildiği anlaşılmaktadır. Davalı feshe gerekçe olarak ileri sürdüğü hususlarda delil ibraz etmediği gibi yukarıda belirtilen kriterlere uygun olarak ne gibi uygulamalar yapıldığını da ispatlayamamıştır. Feshin son çare olması ilkesi dikkate alınmamıştır..."; İşverenin geçerli sebebi ispatlama ve objektif davranma yükümlülüğüne ilişkin açıklamalar hakkında bkz. ÇELİK, Nuri, İşyeri Gereklere Sebepiyle İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Geçerli Sebepi İspatlama ve Çıkarılacak İşçinin Seçiminde Objektif Davranma Yükümlülüğü, Batider, Aralık 2007, C.XXIV, S.2, (Karar İncelemesi), s.21-30.

⁶⁰⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.478 vd.

⁶¹⁰ EKMEKÇİ Ömer, Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD, Ocak-Mart 2004, (İşe İade), s.169 vd.; YARGITAY 9 HD., T:03.02.2005, E:2005/749, K:2005/2984, www.kazanci.com, 06.06.2010, "...Ayrıca işe iade davasının özelliği nedeniyle başka talep ve davaların işe iade ile birlikte görülmesi ve karara bağlanması mümkün değildir. Mahkemece bu nedenle diğer talepler ile ilgili bir yargılama yapılmamıştır. Ancak, buna rağmen davacının ihbar

İçtihat birliğinin sağlanması hedefi ile Yargıtay denetimine yer verilmesinin yanı sıra maddede iş mahkemelerinin yükünün fazla olması da göz önünde tutularak toplu iş sözleşmesi taraflarının öngörmesi veya işçi ile işverenin anlaşması durumunda uyuşmazlığın özel hakem aracılığıyla çözümlenebileceği de benimsenmiştir. "*Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya*" ifadesi ile son fıkra olan "*Özel hakemin oluşumu çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir*" ifadesi Anayasa Mahkemesi tarafından 19.10.2005 deki toplantıda iptal edilmiştir. Bu durumda iş sözleşmesi işverence feshedilen işçi; bir aylık süre içinde İş Mahkemesi'ne dava açabilir ya da işçi ile işveren anlaşılırsa yine bir aylık süre içinde uyuşmazlık özel hakeme götürülebilir. Öngörülmuş olan 1 aylık süre hak düşürücü süredir ve süre geçtikten sonra dava açılması ya da hakeme başvurulması mümkün değildir, bu durumda fesih geçerli feshin sonuçlarını doğurur⁶¹¹.

Şirket toplulukları bakımından yargılama sürecine ve işe iade kararının icrasına ilişkin olarak husumetin kime yönlendirileceği, davanın sonuçlanması sonrasında başvurunun hangi işverene yapılacağı önem arz etmektedir.

I. Husumet Bakımından Doğabilecek Sorunlar

Yargılama sürecinin başlangıcında doğabilecek sorunları ilki fesih bildirimine itiraz davasında husumetin kime yönlendirileceğine ilişkindir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun fesih bildirimine itiraz ve usulünü düzenleyen 20. maddesine göre "*İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. (Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya⁶¹²) taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür*".

ve kıdem tazminatı haklarının saklı tutulmasına dair talebin reddinden dolayı davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmesi isabetli olmamıştır..."; İşe iade davası sonrasında açılan alacak davalarına ilişkin açıklamalar için bkz. DURAN, Abdurrahman, Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Ertesinde Açılan Alacak Davaları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, 15 Ağustos 2006, (Alacak Davaları), s.333-347; Alacakların takibine ilişkin açıklamalar hakkında bkz. ÖZEKES, Muhammet, İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları, MESS Sicil Dergisi, Aralık 2006, Y.1, S.4, s.32-38; YILMAZ, Ejder, İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması, MESS, Sicil Dergisi, (İcra Takibi), Mart 2010, s.45-52.

⁶¹¹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.140.

⁶¹² Bu ibare Anayasa Mahkemesi'nin 19/10/2005 tarihli ve E.:2003/66, K.:2005/72 sayılı Kararıyla iptal edilmiştir.

Yargıtay'ın üst kuruluşa husumetin yönlendirilebileceğine ilişkin olarak 1985 tarihli bir kararı bulunmaktadır. "... Müesseseler, sermayesinin tamamı bir iktisadi devlet teşekkülü olan Seka tarafından ödenmek suretiyle, teşekkül genel müdürünün önerisi ve yine teşekkül yönetim kurulunun kararı ile kurulmaktadır. Müesseseler tüzel kişiliğe sahip ve sermayeleri ile sınırlı sorumlulukları olmakla beraber bunlar ve bunlara bağlı fabrikaların etüd ve projelerinin hazırlanması, bunların tesisi, idaresi ve bu sanayi dalında teknolojik araştırma ve geliştirme etüdlerinin yapılması ve geliştirilmesi, bu konuda her cins üretim planlarının düzenlenmesi hep üst kuruluşa verilmiş görevlerdir. Kısaca ve yasal deyimle müesseseler esas teşekküllerin organizasyonu içinde yer alan yerel imkan ve şartlarla sınırlı, teknik amaçla mal ve hizmet üreten ünitelerdir. Bu müesseseler yukarıda açıklandığı gibi sınırlı sorumlulukları ve görevleri dışında diğer plan ve proje ve bütçe uygulamaları, yatırım ve finansman yönünden ve hatta personel ve işçi atama işlerinde asıl teşekküle bağlıdırlar...Bu itibarla Aksu müessesesinde çalışan bir işçinin işçilik hakları sebebiyle Seka'nın hasım gösterilmesinde bir usulsüzlük yoktur..."⁶¹³.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektirecek hallerde ya da şirketler arasında organik bağ bulunduğun hallerde ana şirket ve bağlı şirketin tek işveren sayılmasından hareketle husumetin de ana şirkete, bağlı şirkete ya da her ikisine birden yöneltilmesi mümkündür. Şirketlerin tek işveren sayılmasının mümkün olmadığı hallerde ise; husumetin işçiyi istihdam eden şirkete yöneltilmesi gerekmektedir.

Husumetin yönlendirileceği, hukuken sorumlu şirketin belirlenmesi sürecinde şirketler arasındaki organik bağ da önem arz etmektedir. Yargıtay'ın 2008 tarihli bir kararında bu durum açıklığa kavuşturulmuştur. "...Taraflar arasındaki uyuşmazlık doğrudan Holding A.Ş.lere hizmet vermeyen davacının iş sözleşmesinin çalıştığı yemek şirketi Yemin Yapı tarafından feshedilmesi, nedeniyle asıl işveren olarak Holding A.Ş. lerin dava konusu alacaklardan sorumlu tutulup tutulamayacağı noktasındadır. Davacı ve arkadaşlarının SSK'na girişlerini yapan ve ücretlerini ödeyen Yemin Yapı Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti. ile Hürgüç Gazetecilik (ünvan değişikliği ile Doğan Burada Rizoli A.Ş.) arasında yemek hizmetleri verilmesi konusunda 2.7.1998 tarihinde bir sözleşme düzenlenmiştir. Bu şirket Doğan Medya

⁶¹³ YARGITAY, 9.H.D., E.1985/98111, K.1985/10052, T. 07.11.1985, KOÇ, s.53-54.

Center'ın bir bölümünün malikidir. Medya Center'ın diğer bölümünün maliki ise Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. dir. İlgili şirket davalı şirketlere maliki olduğu binaları kiraya vermiştir. Davalı Holding A.Ş. lerin kabulünde olduğu üzere Yemin Yapı Gıda San. ve Tic. Ltd. şirketi bu şirketlere yemek yapım ve dağıtım işini sözlü olarak yapılan sözleşmelere dayanarak yerine getirmiştir. 16.4.2004 tarihinde de Yemin Yapı adlı şirketle bu şirketten hizmet alan şirketler arasında yemek yapımı ve dağıtımına ilişkin sözleşmeler feshedilmiştir. Davalı Holding A.Ş. ler Doğan Medya Center'da hizmet vermemişler davacı ve arkadaşları ise Doğan Medya Center'da çalışmışlardır... Holdinglerin hukuki sorumluluğu özellikle "tüzel kişilik perdesinin kaldırılması" ve "organik bağ" kavramları ışığında ele alınmalıdır, ideal olan sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin yasalarda yer alması ya da ortak topluluğuna yönelik sözleşmelerde ayrıntılı açıklamalara yer verilmesidir... Somut olayda, Holdingler anonim ortak olarak yer almaktadırlar. Davacı işçiler alt işveren işçisi olarak yemek şirketi ile Holding dışındaki şirketlere hizmet vermişlerdir. Holding A.O.lar ile Doğan Medya Center'da yani davacı işçilerin çalıştığı işyerinde faaliyet gösteren şirketler arasında menfaat ilişkisi olduğu gerekçesiyle Holding A.O.ların asıl işveren oldukları kabul edilmiş ise de bu sonuca nasıl ve ne şekilde varıldığı somut olarak ortaya konulmamıştır. Davacı taraf dava dışı Yemin Yapının davalılara hizmet vermek amacıyla kurulduğunu, davalılar ve grubundan başkaca gerçek ve tüzel kişiye hizmet vermediğini iddia etmiştir. Davacının bu iddiaları üzerinde durulmalı, Holding anonim ortaklıklar ile holdinge bağlı olduğu ileri sürülen ve davacı işçilerin doğrudan hizmet verdiği şirketler arasındaki ilişki, holdinglerin şirketler üzerindeki etkisinin ne şekilde olduğu tespit edilmelidir. Mahkemece yukarıda anlatılan araştırmalar yapılmadan, Holdinglerin hukuki sorumlulukları "tüzel kişilik perdesinin kaldırılması" ve "organik bağ" kavramları ışığında ele alınmadan eksik inceleme sonucu verilen karar bozmayı gerektirmiştir...⁶¹⁴".

Şirket toplulukları bünyesinde söz konusu olan üçlü iş ilişkileri de husumetin yöneltmesi gereken işverene etki edebilmektedir. Husumete ilişkin değerlendirme yapılırken Yargıtay; taraflar arasındaki ilişkinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde netleştirilmesi, sonrasında husumet yönünden karar verilmesi gerektiğine hükmetmektedir.

⁶¹⁴ YARGITAY, 9.H.D., E.2008/12825, K.2008/18885, T.04.07.2008, Çalışma ve Toplum Disk/Birleşik Metal İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Y.2009/1, S.20, s.365-369.

"...Her iki şirketin ortaklarının büyük bir kısmı da aynıdır. Mahkemece dava konusu uyumsuzluk bakımından davalı şirket ile dava dışı anılan şirket arasındaki ilişki asıl işveren alt işveren, geçici iş ilişkisi, iş sözleşmesinin devri gibi hususlar yönünden ayrı ayrı irdelenmemiş, ayrıca varsa "birlikte istihdam" olgusu üzerinde durulmamıştır. Bu nedenle yapılacak iş, her iki şirket arasında yukarıda belirtilen anlamda ne tür bir hukuki ilişki bulunduğu ve muvazaalı bir işlem söz konusu olup olmadığı gerekirse işyerinde bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle tespit edilmeli, işçinin gerçek işverenin hangi şirket olduğu şüpheye yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturularak sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile davanın husumet yönünden reddine karar verilmiş olması hatalıdır...⁶¹⁵".

Birlikte istihdam hali bakımından; her ne kadar doktrinde husumetin şirketlerin tümüne, birine ya da birkaçına yöneltilebileceğine ilişkin bir görüş⁶¹⁶ bulunsa da, işçiyi birlikte istihdam eden bağlı şirketler arasında tek bir iş ilişkisi bulunduğu ve işverenler fesih yetkisini birlikte kullanabileceğinden husumetin de fesih yetkisini kullanan işverenlere birlikte yöneltilmesi daha yerinde olacaktır. Ancak somut olayın özelliklerinden işçinin; fesih yetkisinin birlikte istihdam eden işverenler tarafından birlikte kullanıldığına kanaat getiremediği anlaşıldığı durumlarda, işverenlerden birine yapılan başvurunun da geçerli kabul edilmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır.

Birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda Yargıtay; işçinin kağıt üzerinde başka bir işverenin işçisi olduğu fakat başka bir şirkete fiili hizmette bulunduğu durumlarda şirketler arasındaki bağı tespit ederek; birlikte istihdam ilişkisinin varlığı halinde birlikte istihdam eden işverenlerden birine husumet yöneltilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir.

"...Kayıt üzerinde, Kantar Deri Tekstil ve Konf. San.Tic. Ldt. Şirketi işçisi görünmesine rağmen, diğer işçiler gibi davalıya ait işyerinde çalıştığını ve davalı işveren işçisi olduğunu savunmuştur. Ticaret Sicil Kayıtlarına göre, davalı işveren ile davacının kayıt üzerinde görüldüğü dava dışı Kantar Deri Tekstil ve Konf. San.Tic. Ldt. Şirketinin ortakları, faaliyet alanları ve adresleri aynıdır. Davacının iş sözleşmesinin feshine konu olan olay, davalı işverence diğer kendi çalışanlarının iş sözleşmesinin feshinde kullanılan olgu ile aynıdır. Belirtilen bu somut tespitlere

⁶¹⁵ YARGITAY 9 HD., T:06.11.2006, E:2006/20150, K:2006/29336, www.kazanci.com., 05.02.2010.

⁶¹⁶ KAR, İş Güvencesi, s.510.

göre, işyerinde “birlikte istihdam” olgusunun olduğu ve davalılar arasında adi ortaklık bulunduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de, Özellikle gurup 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. Böyle bir olguda, işçinin birlikte istihdam eden işverenlerden birine davasını yöneltmesi yerindedir...⁶¹⁷”.

İş sözleşmesinin devri de şirket topluluklarında sıklıkla görülen bir uygulamadır. İş sözleşmesinin usulüne uygun devri halinde devralan işveren sözleşmenin tarafı haline geleceğinden ve artık işveren o olacağından; iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda husumetin de devralan işverene yöneltilmesi gerekecektir. Bu durumda devreden işverenin sözleşmede taraf ve işveren sıfatı kalmadığından; devreden işverene husumet yöneltilmesi mümkün olmayacaktır. İşçinin iş sözleşmesinin devrine gösterdiği örtülü rızanın; ilişkinin iş sözleşmesinin devri olduğu, devralan işverenin sözleşmenin tarafı haline geleceği ve devreden işverenin sorumluluğunun kalmadığına ilişkin kanaatini içermediği durumlarda iş sözleşmesinin devredildiğini kabul etmek mümkün değildir ve devralan işverenin sözleşmeye katılarak birlikte işveren haline geldiğinin kabulü gerekir⁶¹⁸. Bu durumda; işçinin iş sözleşmesinin feshi sonrasında açılacak feshin geçersizliği davalarında işverenlerin fesih yetkisini birlikte kullanacak olmalarından hareketle husumetin de her ikisine birlikte yöneltilmesi yerinde olmakla birlikte; işçinin ilişkinin sözleşmeye katılma olduğunu bilemeyecek olması ve bu nedenle husumetin her iki işverene birden yöneltilmesinin işçiden beklenemeyecek olması nedeniyle işverenlerden birine husumetin yöneltilmesi halinin de geçerli kabul edilmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır.

Geçici iş ilişkisinin devamı süresince her ne kadar işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedenleri ve ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil eden haklı fesih nedenleri geçici işverene ilişkin olarak da ortaya çıkabilirse de işçinin iş sözleşmesini feshetme yetkisi gerçek işverene ait olduğundan feshin geçersizliğine ilişkin olarak açılacak davalarda da husumet gerçek işverene

⁶¹⁷ YARGITAY, 9.H.D., E.2006/3276, K.2006/7010, T.20.03.2006, www.kazanci.com, 25.05.2010.

⁶¹⁸ ALP, Sorunlar, s.197-198, 207; ALP, Sözleşmenin Devri, s.310.

yöneltmelidir. Geçici iş ilişkisinin süresinin aşılması, işverenlerin duruma ses çıkarmaması işçinin de geçici işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde de geçici işverenin de sözleşmeye katılmasından⁶¹⁹ ve işverenlerin fesih yetkisini birlikte kullanacak olmalarından hareketle husumetin de her ikisine birden yöneltmesi yerinde olmakla birlikte; işçinin ilişkinin sözleşmeye katılma olduğunu bilemeyecek olması ve bu nedenle husumetin her iki işverene birden yöneltmesinin işçiden beklenemeyecek olması nedeniyle işverenlerden birine husumetin yöneltmesi halinin de geçerli kabul edilmesi hakkaniyete daha uygundur.

II. Feshin Geçersizliğine Bağlanan Sonuçlar Bakımından Doğabilecek Sorunlar

Feshin geçersizliğine bir takım sonuçlar bağlanmıştır⁶²⁰. İş Kanununun 21. maddesi geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarını düzenlemektedir. Anılan maddenin il fıkrasına göre; *"İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur"*.

İşverenin işçiyi işe başlatmama halinde ödeyeceği tazminat ile boşa geçen dört aya kadarki ücret ve diğer haklar nitelik itibarıyla de birbirinden farklıdır. Şöyle ki; işe başlatmama halinde ödenecek miktar tazminat niteliği taşımaktayken, dört aya kadarki ücret bir tazminat değil boşa geçen dört aya kadarki sürenin ücreti ve diğer haklardır⁶²¹.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre on iş günü içinde işverene

⁶¹⁹ ENGİN, Ödünç İş, s.335,353; DEMİR, Fevzi, İş Hukuku Uygulaması, s.58; ALP, Sorunlar, s.196, 207; ALP, Sözleşmenin Devri, s.314.

⁶²⁰ Feshin geçersizliğine bağlanan sonuçlar hakkında açıklamalar için bkz. DURAN, Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi "Geçersiz Sebeple Yapılan Feshin Sonuçları", Legal İSGHD, Y.2004, C.1, S.3, (Geçersiz Fesih), s.809-815; ERTÜRK, s. 277-281; DEMİR, Fevzi, Geçerli Fesih, s.492-497; ULUÇ, s.625 vd.; Feshin geçersizliğine ilişkin davada taleple bağlılık ilkesi hakkında açıklamalar için bkz. UÇUM, Mehmet, İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal, 2005, (Sorunlar), s.84.

⁶²¹ EKMEKÇİ, İşe İade, s.135; SOYER, Feshe Karşı Koruma, s.63; KILIÇOĞLU Mustafa, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2005, (Uygulama), s.222.

başvurmak zorundadır⁶²². İşçi on günlük süre içinde işverene başvurmazsa yapılan fesih geçerli fesih haline gelir ve işveren sadece bunun sonuçları ile sorumlu olur. Bu durumda feshin geçersizliği kararının tebliği üzerine on gün içinde işçi işverene başvurmazsa işverence yapılan fesih geçerli hale gelecektir.

İşveren md 21/1 e göre bir ay içinde işçiyi işe başlatmak zorundadır. İşçinin başvuru şartını yerine getirmesi üzerine, işverenin işe başlatma süresi işlemeye başlayacaktır⁶²³.

Yasadaki düzenleme işe iadenin daha lehe olduğunu göz önünde bulundurarak hep işe iade üzerine kurulmakla birlikte hayat akışı içinde yaşanabilecek birtakım olumsuzluklar işçinin işe iadeyi hiç düşünmemesine bile yol açabilir. İşçinin çıkarıldığı işyerinde bir daha çalışmayı arzu etmemesi halinde işçi; İş Kanunu md 32/5 uyarınca hak ettiği halde kendisine ödenmemiş bulunan ihbar, kıdem tazminatları ile doğrudan talep edebileceği⁶²⁴ doktrinde belirtilse de; bu doğrudanlığın ayrı bir dava ile istenebilecekleri şeklinde anlaşılması daha doğrudur⁶²⁵.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre " İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur". Bu doğrultuda işçinin yasal süresi içinde işverene başvurmaması durumunda işverenin işçiyi işe başlatma zorunluluğu ortadan kalkacak, işçinin ihbar, kıdem tazminatı ve diğer işçilik alacaklarını önceden almadığı hallerde işbu kalemlerin işverence ödenmesi gerekecektir⁶²⁶.

Şirket toplulukları bünyesinde söz konusu olabilecek feshe itiraz davaları bakımından davanın sonuçlanması sonrasında başvurunun kime yapılması

⁶²² İşçinin işverene başvurması ve bu konuda çıkacak uyuşmazlıklar için bkz. EKMEKÇİ, Uygulama Sorunları, s.138 vd.; İşçinin işverene yasal süre içerisinde başvurması işverenin de işçiyi davet etmesine rağmen işçinin işe başlamaması durumu hakkında açıklamalar için bkz. BOSTANCI, Uygur, İşçinin İşe İade Yönündeki Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti Konusunda Yargıtay'ın Yeni Görüşü, MESS Sicil Dergisi, Aralık 2009, Y.4, S.16, s.124 vd.; ŞEN, Murat, Geçersiz Fesihte İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Bildirim Süresi Kullanılması, MESS Sicil Dergisi, Mart 2010, (Bildirim Süresi), s.167 vd.

⁶²³ DURAN, Alacak Davaları, s.337.

⁶²⁴ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.144.

⁶²⁵ SOYER, Feshe Karşı Koruma, s.65.

⁶²⁶ SARIBAY, s.219.

gerekeceği esasen husumetten bağımsız bir sorun teşkil etmemektedir. Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarına ilişkin düzenleme içeren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre; *"İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur"*. Madde metninden anlaşıldığı üzere işçinin başvurusunu işverene yapması gerekmektedir. Bu noktada işçinin ana şirkete mi bağlı şirkete mi başvurmasının gerektiği konusunda değerlendirme yapılırken husumetin yönlendirilmesinde izlediğimiz yola paralel olarak, husumetin yöneltildiği kişiye başvuru yapılması daha yerinde olacaktır.

Aksi halde feshin geçerli kabul edilerek, mevcut yasal düzenleme gereğince sadece geçerli feshe ilişkin sonuçların doğması söz konusu olacaktır. İşçinin yasal süresi içinde işverene başvurması sonrasında işe başlatıldığı yer ve işe başlatılmış olduğunun kabul edilebilirliği bakımından da birlikte istihdam ayrık tutularak yorum getirilmelidir. Birlikte istihdam halinde; işçinin başvurusunu işverenlerden birine ya da her ikisine birden yapması geçerli kabul edildiğinden; başvuru yapılan ana şirket ya da bağlı şirket (ya da iki bağlı şirket) işçiyi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin ilk fıkrası uyarınca işe başlatmak zorundadır. Şirket topluluklarında ortaya çıkabilecek üçlü iş ilişkilerinin varlığı halinde husumetin kime yönlendirileceğine ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar işçinin hangi işverene başvuracağı ve hangi işverene ait işyerinde işe başlatılacağı bakımından da geçerliliğini korumaktadır.

İşçinin yasal süre zarfında işverene başvurmaması halinde fesih geçerli hale gelecek ve sadece geçerli feshe ilişkin sonuçlar doğacaktır. Bu durumda işçi işverenden sadece koşulları varsa ihbar ve kıdem tazminatlarını isteyebilecektir. Bu konumdaki bir işçinin koşulları varsa ihbar ve kıdem tazminatını isteyeceği işveren kendi işverenidir. Meğer ki işçi birlikte istihdam ediliyor ya da iş sözleşmesi devredilmiş olsun.

İşçinin işverene başvurup işveren tarafından işe başlatılmaması halinde de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin ilk fıkrasına göre; *"İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz*

aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur". Ayrıca anılan maddenin devamında "Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir" ifadesi yer almaktadır. Maddede bahsi geçen tazminat ve dört aya kadarki boşta geçen süre ücreti işçinin başvuruda bulunduğu ve işçiyi yasal süresi içinde işe başlatmayan işverenden tahsil edilecektir. Yine belirtmek gerekir ki işçinin birlikte istihdam edilmesi halinde kural olarak her iki işverene birlikte başvurmak gerekmektedir, birlikte istihdam eden ana şirket ve bağlı şirkete (ya da iki bağlı şirkete), başvurması da işçinin sözleşmenin birlikte feshedildiğine kanaat getiremediği durumlarda mümkün olabileceğinden; işçinin başvuruda bulunduğu işverenin işçiyi yasal süresi içinde işe almadığı hallerde tazminat ve dört aya kadarki boşta geçen süre ücretinin işbu işverenden istenmesi mümkündür. Diğer üçlü iş ilişkileri bakımından ise husumetin yöneltildiği işverene başvuruda bulunmak gerekecektir.

SONUÇ

▪ Ana şirket ve ana şirkete ekonomik, sosyal ve organizasyonel anlamda bağlı olan şirketler şirket topluluklarını oluşturmaktadır. Esas amacı bağlı şirketlere iştirak etmek olan ana şirketin bağlı şirketler üzerindeki hakimiyeti; sözleşmesel ya da fiilen bağlı şirketin paylarının çoğunluğuna sahip olma şeklinde ortaya çıkabilir. Şirket topluluklarına ilişkin mevzuatımızda Türk Ticaret Kanunu'nun 466. maddenin üçüncü fıkrasında holding şirketlerinin yedek akçe ayırma zorunluluğu olmadığına ilişkin olarak maddede yer alan ".gayesi esas itibariyle başka işletmelere iştiraktan ibaret olan holding şirketleri.." ifadesi dışında şu an itibariyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Halen Türkiye Büyük Millet Meclisi gündeminde olan Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 195 ila 209. maddeleri arasında ise şirket topluluklarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Tasarının bu haliyle yasalaşması halinde mevzuattaki düzenleme boşluğu önemli ölçüde kapatılmış olacaktır.

▪ Tüzel kişiliğin yaygınlaşması ve sorumluluktan kurtulmak için araç olarak kullanılabilme ihtimali "perdeyi kaldırma teorisi" olarak adlandırılan ilkenin gelişmesine ortam hazırlamıştır. Tüzel kişiliğin, tüzel kişilerin ayrılığı ilkesini kötüye kullanarak sorumluluktan kaçmaya çalıştığı hallerde perdeyi kaldırma teorisi devreye sokulmakta; tüzel kişiler bakımından kişi ve mal ayrılığı ilkelerinin somut olay bakımından dikkate alınmaması ile birlikte tüzel kişiliğin perdesi de kaldırılmış olmaktadır. Bir borç ya da yükümlülük altına girmiş bağlı şirketin mevcudiyeti halinde asıl olan bu bağlı şirketin kendi borcundan sorumluğu olmasına rağmen; tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektirecek durumlarda aynı şirket topluluğu içerisindeki başka bir bağlı şirketin ya da ana şirketin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi mümkündür. Teorinin uygulanması; şirket topluluğu içindeki şirketlerin malvarlıklarının-organizasyon alanlarının birbirine karışması, bağlı şirketlerin amacını gerçekleştirmeye yetemeyecek kadar az sermaye ile kurulması, bağlı şirketlerin yönetsel olarak payların çoğunu elinde bulunduran ana şirketin etkisi altında olması gibi durumlarda söz konusu olmaktadır.

▪ Şirket topluluklarında işveren kavramının tespiti de önem taşımaktadır. Şirket toplulukları bünyesindeki bağlı şirketlerin de işveren niteliğine haiz olduğunda

şüphe olmamakla birlikte sorun; bağlı şirket ve ana şirketin tek işveren kabul edilip edilemeyeceği noktasında kendini göstermektedir. Ana şirketten ayrı ve bağımsız bir hukuki kişiliğe sahip olan bağlı şirkette çalışan işçilerin işvereni; sadece işçiyi istihdam eden bağlı şirket mi yoksa bağlı şirketin ekonomik, sosyal ve organizasyonel anlamda hakimiyetinde olduğu ana şirket mi olacaktır? Şirket topluluklarındaki işveren kavramı değerlendirilirken tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulandığı haller ve şirketler arasında organik bağın bulunduğu haller gerçek işverenin kim olduğuna ışık tutacak ve işverenin belirlenmesinde rol oynayacaktır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektiren şartların ya da şirketler arasında organik bağın varlığı halinde; işvereni sadece işçiyi işe alan şirket olarak nitelendirmenin işçilik haklarına zarar vereceği göz önünde bulundurulduğunda, şirket topluluğu içindeki her bir şirketin; şirket topluluğunun ekonomik ve sosyal bütünlüğü göz ardı edilerek; şirketlerin ayrı tüzel kişiliğe haiz olmasından hareketle farklı işverenlerin söz konusu olduğuna yönelik iddialar İş Hukukunun gereklerine uygun düşmeyecektir ve ana şirket ve bağlı şirketi tek işveren olarak kabul etmek gerekecektir. Şirket topluluğu bünyesindeki şirketler arasında organik bağın varlığına ilişkin tespit yapılırken sırf aynı şirket topluluğunda bulunma ölçütü yeterli kabul edilmeyecek; şirket ortaklarının çoğunluğunun aynı kişilerden oluşması, adres ayniyeti gibi bir takım destekleyici unsurların varlığı gerekecektir. Kural olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektiren haller ve şirketler arasında organik bağın bulunduğu haller haricinde bağlı şirket ve ana şirket tek işveren sayılabilmemesi mümkün olmayacaktır.

▪ Birlikte istihdam kavramı 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmemekle birlikte Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarında yer alan ve içtihatlar doğrultusunda gelişen bir kavramdır. Yargıtay kararlarından yola çıkarak tanımlamak gerekirse birlikte istihdam; ekonomik ve organizasyonel bütünlük içerisindeki şirket topluluklarında görülen, işçinin işverenine karşı yükümlü olduğu iş görme edimini birbiriyle organik bağı bulunan birden fazla işverene karşı diğer üçlü iş ilişkilerinden farklı olarak yürüttüğü bir istihdam şeklidir. Birlikte istihdam ilişkisinde, her ne kadar birden fazla işverene (birlikte istihdam eden işverenlere) karşı iş görme ediminin ifa edilmesi söz konusu olsa da işçi ve işverenler arasında tek bir iş ilişkisi

bulunmaktadır. İşverenlerin her biri talimat verme yetkisine haizdir. Birlikte istihdam eden işverenlerden biri bakımından ortaya çıkan haklı veya geçerli bir fesih nedeninin söz konusu olması durumunda işçinin iş sözleşmesi feshedilebilir ve fakat fesih yetkisinin birlikte istihdam eden işverenler tarafından birlikte kullanılması gerekmektedir. İşçiyi birlikte istihdam eden işverenlerin hukuki sorumlulukları ve sorumluluklarının sınırlarının belirlenmesi de önem arz etmektedir. İşçinin iş sözleşmesinin birlikte istihdam eden işverenler tarafından birlikte feshedilmesi neticesinde işçi tarafından açılacak feshin geçersizliği davasında husumetin her iki işverene birlikte yöneltmesi daha yerinde olmakla birlikte işçinin sözleşmesinin birlikte istihdam eden işverenler tarafından birlikte feshedildiğine kanaat getiremediği hallerde işverenlerden birine husumet yöneltmesi de geçerli kabul edilmelidir. Yargıtay da birlikte istihdam eden işverenleri adeta tek işveren olarak kabul etmekte; işçilik alacaklarından müştereken ve müteselsilen sorumlu tutmaktadır.

▪ Geçici iş ilişkisi ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenmiştir. Geçici iş ilişkisinin bağlantısız işverenler arasında ya da şirket topluluğu bünyesinde ortaya çıkması mümkündür. Şirket topluluklarında da çeşitli gereklilikler, topluluğun amaçları ve istihdam politikası doğrultusunda geçici iş ilişkilerinin kurulması, ana şirket veya bağlı şirket bünyesinde istihdam edilen bir işçinin; devir sırasında rızası alınarak geçici iş ilişkisinin süresi ile sınırlı olarak bir başka bağlı şirkete iş görme edimini ifa etmek üzere gönderilmesi söz konusu olabilir. Şirket toplulukları bünyesindeki geçici iş ilişkilerinde "benzer işte çalıştırma" koşulu aranmamaktadır. Geçici iş ilişkisine ilişkin İş Kanunu'nda yer alan süre sınırlamasının işçi bazında mı geçici iş ilişkisi bazında mı söz konusu olduğu tartışma konusu olmuştur. Bu noktada işverenin niyeti önem arz etmektedir. İşveren; adeta işçi teminini meslek haline getirmişçesine işçiyi devrediyor, yenilemeler neticesinde 18 aylık sürenin sonunda bir iki gün çalıştırarak yeniden işçiyi geçici olarak başka bir işverene devir amacı güdüyorsa, işverenin art niyetli olduğu ve ikinci iş ilişkisinin geçersiz olduğu yorumu yapılmalıdır. Ancak; geçici iş ilişkisi kurulmasına ilişkin amaçların zaman içerisinde yeniden söz konusu olması durumunda, daha önce geçici olarak başka bir işverene karşı iş görme edimini yerine getirmiş olan bir işçinin, yeniden başka bir işverene devredilmesinde sakınca

bulunmamaktadır. İşçinin devamlı aynı geçici işverene iş görme edimini yerine getirmesi amacıyla devredilmesi durumunun ise işverenin iyi niyeti bakımından şüphe uyandıracakı açıktır. Geçici iş ilişkisi süresince işçinin iş sözleşmesi işvereni ile devam edeceğinden; her ne kadar geçerli ya da haklı fesih nedenleri geçici işverene ilişkin olarak da gerçekleşebilirse de; fesih yetkisinin gerçek işveren tarafından kullanılması gerekmektedir. Geçici iş ilişkisinin devamı süresince ücret ödeme borcu esasen işverene ait olmakla birlikte geçici işveren de Kanun Koyucunun iradesi ile, işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur. Fazla çalışma ücretinden ise; fazla çalışmayı yaptıranın geçici işveren olmasından hareketle, geçici işveren sorumlu tutulmalıdır. İhbar, kötü niyet, kıdem, iş güvencesi tazminatı, dört aya kadar boşta geçen süre ücreti gibi işçilik alacaklarından geçici işverenin sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışma konusu yapılabilir. Her ne kadar İş Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrasında "*İşçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır*" düzenlemesinden aksinin anlaşılmadığı durumlarda geçici işverenin de işçilik alacaklarından sorumlu tutulabileceği yorumu yapılabilirse de; böylesine bir yorum geçici işverenin sorumluluk sınırlarını oldukça genişletecek ve 3. fıkra da zikredilen hususlardan birlikte sorumlu olduğuna ilişkin düzenlemeyi işlevsiz bırakacaktır. İş Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrasındaki "*Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumludur*" ifadesi birlikte sorumlu olunacak yükümlülükleri sınırlı olarak saymaktadır. Aksinin kararlaştırılmadığı hallerde işçilik alacaklarından madde 7/4 düzenlemesi uyarınca geçici işverenin sorumlu tutulması hali; fesih hakkını kullananın işveren olması fakat feshe bağlı alacaklardan geçici işverenin sorumlu tutulması noktasında da dayanaksız kalmaktadır. İş Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme bu noktada aksi kararlaştırılmadıkça ve işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde işçinin işvereni yanındaki hak ve yükümlülükleri geçici işveren ile olan ilişkisinde de devam eder şeklinde anlaşılmalı; geçici iş ilişkisi sürecinde iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi durumunda, feshe bağlı işçilik alacaklarından işveren sorumlu tutulmalıdır. Bu doğrultuda feshin geçerli sebebe dayanmadığı hallerde, işçi tarafından açılacak işe iade davasında husumetin işverene

yöneltmesi gerekmektedir. Mahkemenin feshin geçersizliği halinde hükmedeceği dört aya kadarki ücretten ise; geçici işverenin ücretten işverenle birlikte sorumlu olduğuna ilişkin düzenlemeden hareketle, geçici iş ilişkisi süresi ile sınırlı olarak geçici işverenin sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir. İşçiyi gözetme borcu ve sağlık ve güvenlik risklerine karşı eğitim verme yükümlülüğü ise esasen geçici işverene ait olmakla birlikte; aykırılık halinde ise her iki işveren birlikte sorumlu tutulacaktır. Geçici iş ilişkisi; işin görülmesini isteme hakkının ve talimat verme yetkisinin geçici iş ilişkisi süresince geçici işverene geçmesi, holding ödücü bakımından iş yeri ve iş türünün, bağlantısız işverenler arasındaki geçici iş ilişkisinde ise iş yerinin değişikliğe uğraması bakımından işçinin çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik oluşturabilir. Bu noktada, işçinin geçici iş ilişkisine rıza göstermemesinin işverene fesih imkanı verebilmesi için; işçiye geçici iş ilişkisi önerilmesine neden olan işletme gereklerinin işverenin kendisi bakımından mevcut olması gerekir. Özellikle şirket toplulukları bünyesindeki geçici iş ilişkilerine işçinin rıza göstermemesi durumunda; işveren, kendisi haricindeki ana şirket ya da bağlı şirketin işletme gereklerini öne sürerek işçinin geçici iş ilişkisine rıza göstermemesinden hareketle, sözleşmesini feshetme yoluna gidememelidir. İşçinin, işverene ait işyerinde çalışma olanağı kalmamışsa ve işveren iş sözleşmesini feshetmek yerine işçiye geçici iş ilişkisini önermişse, işçinin rıza göstermemesi durumunda işverenin; işçinin sözleşmesini değişiklik feshine dayanarak feshedebilmesi mümkün olmalıdır.

▪ İş sözleşmesinin devrine ilişkin olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenleme bulunmamakta ve iş sözleşmesinin devri doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında açıklanmaya çalışılmaktadır. Halen Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin gündeminde olan Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 428. maddesi ise iş sözleşmesinin devrine ilişkin düzenleme içermektedir. İş sözleşmesinin devrinin; işçi devreden işveren ve devralan işverenin üçlü anlaşması ile ya da devreden işveren ve devralan işverenin aralarındaki anlaşmaya işçinin rıza göstermesi ile kurulması mümkündür. Şirket toplulukları bünyesinde de iş sözleşmesi devirleri sıklıkla görülmektedir. Devralan işveren iş sözleşmesinin devri ile birlikte sözleşmeyi tüm hak ve borçları ile birlikte devralmakta ve sözleşmenin tarafı haline gelmektedir. Bu doğrultuda halefiyet ilkesi gereği devralan işveren devirden önce doğmuş bulunan borçlardan da sorumlu olacaktır. Devreden işverenin ise; iş sözleşmesinin devri sonrasında doğacak

borçlardan sorumlu tutulabilmesi mümkün olmayacaktır. Devralan işveren de kıdem, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izne ilişkin olarak devreden işverene ait işyerinde geçen süreleri de dikkate almalı ve toplam çalışma süresi üzerinden hesaplamalar yapılmalıdır. İş güvencesi hükümlerinden yararlanmaya ilişkin 6 aylık kıdem koşulu da; işçinin, devreden işverene ait işyerinde çalışmaya başladığı tarih esas alınmalıdır. Devir anında doğmuş bulunan ve ödenmesi gereken borçlar bakımından devreden nasıl sorumlun tutulacağı tartışma konusu yapılabilir. Bu durumda; işyeri devrinin temelinde yatan ilişkinin sözleşme devri olmasından hareketle, mevzuattaki işyeri devrine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte olan 14. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemelerin iş sözleşmesinin devrine de kıyasen uygulanması yerinde olacaktır. Bu doğrultuda devreden işverenin devir anında doğmuş bulunan ve ödenmesi gereken borçlardan; devirden sonra 2 yıl süre ile sınırlı olarak devralan işveren ile birlikte sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir. Kıdem tazminatı bakımından ise, devreden işveren; işçinin kendisine ait işyerinde çalıştığı süre ve son ücret ile sorumlu tutulabilecektir. İş sözleşmesinin devrine ilişkin rızanın; her ne kadar iş sözleşmesinin devrinden daha hafif sonuçlar içeren geçici iş ilişkisinde bile yazılı olması şartı arandığından , iş sözleşmesinin devrinde de yazılı rıza aranmasının daha yerinde olabileceği ifade edilmelidir. Örtülü rızaların geçerliliğine ise şüphe ile yaklaşılmalıdır. Sözleşme devrine ilişkin örtülü rızanın; iş sözleşmesinin devredildiğine, devralan işverenin sözleşmenin tarafı haline geldiğine ve devreden işverenin bundan böyle sorumluluğunun kalmadığına ilişkin kanaati içermediği durumlarda geçerli bir sözleşme devrinden bahsedebilmek mümkün olmayacak; devralan işverenin sözleşmeye katıldığını, işveren ile birlikte işveren ve müteselsil sorumlu olduğunu kabul etmek hakkaniyete daha uygun olacaktır. Geçici iş ilişkisinin süresinin aşılmasına rağmen işverenlerin sessiz kalması, işçinin de geçici işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde iş sözleşmesinin devredildiğini kabul etmek mümkün değildir. Bu durumda geçici işverenin mevcut iş sözleşmesine katıldığı; birlikte işveren ve müteselsil sorumlu haline geldiğini kabul etmek daha yerinde olacaktır. Devre ilişkin olarak, sözleşmede yer alan, iş sözleşmesinin şirket topluluğu bünyesindeki bağlı şirketlere devredilebileceği yönündeki kayıtlar ise; ancak feshin son çare olması ilkesinin şirket topluluğu

bünyesindeki tüm şirketler bazında değerlendirilmesi halinde geçerli kabul edilebilir. Aksi halde sözleşme devri ile işçi aleyhine bozulan menfaat dengesinin düzeltilmesi mümkün görünmemektedir. Ancak yine de devre ilişkin kayıtların geçerliliği değerlendirilirken; iş sözleşmesini devralacak şirketlerin iş sözleşmesinin yapıldığı esnada şirket topluluğu bünyesinde halihazırda faaliyet gösteren şirketler olması gerektiği, devralacak olan şirketlerin ekonomik ve sosyal konularının, işyerlerinin değişmemiş olması gerektiği; aksi halde yeniden rıza alınmasının gerekebileceği göz önünde bulundurulmalıdır. İş sözleşmesinin feshi ve ertesi gün bir başka bağlı şirketle iş sözleşmesi akdedilmesi şeklinde yapılan zincirleme iş sözleşmelerinin şirket topluluğu bazında söz konusu olması durumunda ise; devrin işverenlerin lehine, koordinasyon ve işbirliği içerisinde yapıldığının anlaşılabilirdiği durumlarda sözleşme devrinin söz konusu olduğu yorumu daha isabetlidir.

▪ İş güvencesi, işçiyi işverenin hukuken uygun olmayan, geçerli neden olarak sayılmayan keyfi fesihlerine karşı korumayı amaçlayan ve bu doğrultuda işverenin fesih hakkını sınırlayan bir sistemdir. Şirket toplulukları bünyesindeki bir bağlı şirkette istihdam edilen işçiler bakımından iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilirliğine ilişkin 30 işçi koşulunun, sadece işçinin istihdam edildiği bağlı şirket bazında mı, şirket topluluğundaki diğer bağlı şirketler de dahil edilerek mi hesaplanacağı koşulun sağlanması bakımından önemlidir. Yürürlükteki İş Kanunu sayının hesaplanması esnasında işyeri bazında bir değerlendirme yapmakta, aynı işverene ait işyerleri bakımından; işçi sayısının toplam işçi sayısından hesaplanabilmesi için işyerlerinin aynı işkolunda bulunması şartını aramaktadır. Bu doğrultuda; bağlı şirket bünyesinde çalışan işçilerin 30 işçi koşulunu sağlayamadığı durumlarda bir diğer bağlı şirket bünyesinde çalışan işçilerin değerlendirilip değerlendirmeyeceği sorunuyla karşılaşıldığında kanun maddesinden hareketle "işkolu" esasından yararlanılabilir. Bilindiği üzere ana şirketin faaliyet alanı bünyesindeki bağlı şirketlere iştirak etmektir. Bu doğrultuda ana şirketle bağlı şirket arasında aynı işkolunda bulunma durumu konusu olamayacak; aynı iş kolunda bulunma bağlı şirketler arasında değerlendirilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin 4. fıkrasında *"İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir"* ifadesi yer almaktadır. Buradan hareketle ana şirket ve bağlı

şirketlerin tek işveren olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Şirket topluluğu bünyesindeki bağlı şirketler arasındaki ekonomik, sosyal ve organizasyonel birlik her ne kadar şirketlerin tümünü tek işveren sayma yönünde bir eğilime neden olsa da bu noktada kural olarak bağlı şirketlerin ana şirketten ayrı ve hukuken bağımsız tüzel kişilikleri olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bağlı şirketler arasında iş kolu bakımından değerlendirme yapılmalı, faaliyet alanı aynı olan bu doğrultuda aynı iş kolunda bulunan bağlı şirketlerde istihdam edilen işçiler bakımından; tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektiren durumlarda, şirketler arasında organik bağın bulunduğu durumlarda (yani işverenlerin tek işveren kabul edilebildiği durumlarda) ya da birlikte istihdam ilişkisinin varlığı halinde (yani işverenlerin birlikte işveren kabul edildiği durumlarda) "işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması" şartı aynı iş kolundaki bağlı şirketler bakımından gerçekleşmiş olacağından, iş güvencesinden yararlanmaya ilişkin 30 işçi koşulu hesaplanırken aynı iş kolunda bulunan tüm bağlı şirketlerdeki işçi sayısı hesaba katılmalıdır. Aynı iş kolunda faaliyet göstermeyen bağlı şirketler bakımından ise; 30 işçi koşulunun hesaplanması sürecinde çalışan işçilerin toplamı üzerinden hesaplama yapılması mümkün olmayacak; koşul her şirket bakımından münferit olarak değerlendirilecektir. Bu durumda; bünyesinde 30 dan daha az işçi istihdam eden bir bağlı şirkette çalışan işçi bakımından; şirket topluluğu bünyesinde kendi şirketi ile aynı işkolunda faaliyet gösteren bir başka bağlı şirketin bulunmaması halinde, şirketler arasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektirecek haller, organik bağ ya da birlikte istihdam ilişkisi söz konusu olsa bile koşul gerçekleşmeyecek ve işçi iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlandırılmayacaktır. 30 işçi koşulunun değerlendirmesine ilişkin olarak şirket toplulukları bakımından ortaya çıkabilecek bir diğer sorun; muvazaalı olarak işverenin işçilerinin alt işverenin işçisi olarak gösterilmesi durumudur. Bu hallerde; muvazaanın ispatı sonrasında bu işçilerin işçi sayısının hesabında dikkate alınması daha yerinde olacaktır. Birlikte istihdam edilen işçinin, iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin değerlendirme yapılırken işçi şirket topluluğu içerisindeki bütün şirketlere karşı iş görme edimini ifa ediyorsa tüm şirket topluluğundaki şirketlerde çalışan işçilerin toplam sayısı hesaba katılacak; şirket topluluğu içindeki bir bağlı şirkette istihdam

edilen işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı hakkında değerlendirme yapılırken ise, kural olarak aynı şirket topluluğu içerisindeki tüm bağlı şirketlerde çalışan işçi sayısı hesaba katılmayacağından, o bağlı şirkette çalışan ve birlikte istihdam edilen işçilerin sayısı hesaba katılarak 30 işçi koşulu değerlendirilecektir. Geçici iş ilişkisi süresince işçinin iş sözleşmesi işvereni ile devam ettiği için gerçek işverenine ait işyerinde sayının hesabında dikkate alınması gerekmektedir. İş sözleşmesinin devri ile birlikte İşçinin işvereni, devir ile devralan işveren haline geldiğinden devralan işverene ait işyerindeki işçi sayısı hesabında dikkate alınmaları gerekmektedir.

▪ 6 aylık kıdem koşulu bakımından işçinin, şirket topluluğu bünyesindeki farklı bağlı şirketlerde geçen çalışma sürelerinin birleştirilip birleştirilemeyeceği değerlendirilmelidir. Yargıtay, şirket topluluğu içerisindeki farklı bağlı şirketlerde yapılan çalışmaların, şirketlerin ayrı tüzel kişiliklere sahip olmalarından hareketle birleştirilemeyeceği kanaatindedir. Şirketler ayrı tüzel kişiliklere sahip olmakla birlikte; tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektirecek hallerde, şirketler arasında organik bağın var olduğu hallerde ya da birlikte istihdam ilişkisinin var olduğu hallerde tek/birlikte işveren olma hali söz konusu olacağından; şirket topluluğu bünyesindeki farklı bağlı şirketlerde geçirilen çalışma sürelerinin birleştirilmesi söz konusu olabilmelidir. İşçinin kıdeme dayalı haklarını zarara uğratmak amacı ile yapılan görüşteki sözleşme fesihlerine itibar edilmemeli ve devrin işverenlerin lehine, koordinasyon ve işbirliği içinde yapıldığının anlaşılabilir olduğu durumlarda işçiye yazılı bir talimat verilmese ya da şirketler arasında devre ilişkin bir anlaşma bulunmasa bile işlemin iş sözleşmesinin devri olarak kabul edilmesi daha yerinde olacaktır. Bu durumda işçinin kıdemine ilişkin olarak süreler şirket topluluğu bünyesindeki ilk işveren yanında işe başladığı andan itibaren hesaplanacak; devralan işveren tüm süre üzerinden hesaplanan tazminattan sorumlu tutulacaktır. İş sözleşmesinin devri halinde iş ilişkisi kesintiye uğramayacağından; 6 aylık kıdem koşulu işçinin devreden işveren yanında çalışmaya başladığı tarihten itibaren hesaplanacaktır. Birlikte istihdam ve geçici iş ilişkisi halinde işçinin kıdemi kesintiye uğramayacağından, 6 aylık kıdem koşulunun hesaplanması bakımından özellik arz etmemektedir.

▪ Şirket toplulukları bünyesinde feshin geçerliliğine ilişkin olarak da sorunların doğması söz konusu olabilir. Kural olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren, şirketler arasında organik bağın bulunduğu ve birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu haller haricinde şirket topluluğu bünyesindeki şirketleri tek/birlikte işveren saymak mümkün görünmemektedir. Şirket topluluğu bünyesindeki şirketlerin tek/birlikte işveren sayılmasını gerektirecek bir durumun söz konusu olmadığı hallerde; ana şirkette istihdam edilen bir işçinin sözleşmesinin bağlı şirketlerin birinde ortaya çıkan işletme gerekleri ya da bağlı şirketlerden birinde istihdam edilen işçinin iş sözleşmesinin bir başka bağlı şirkette ortaya çıkan işletme gerekleri gerekçe gösterilerek geçerli olarak feshedilebilmesi mümkün görünmemektedir. Topluluk bünyesindeki bir bağlı şirkette istihdam edilen işçinin iş sözleşmesinin ana şirket bakımından ortaya çıkacak işletme gerekleri gerekçe gösterilerek geçerli olarak feshedilebilmesi de mümkün görünmemekle birlikte; bağlı şirketlerin ekonomik ve organizasyonel açıdan ana şirkete bağlı olmalarından hareketle bağlı şirketin ana şirketin etki alanında kaldığı da göz önünde bulundurulmalı; her somut olay bakımından ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Şirket topluluğu bünyesindeki şirketlerin tek/birlikte işveren sayılabildikleri hallerde ise; işletme gereklerinin şirket topluluğu bazında yorumlanması düşünülebilir. Bu durumda, şirketlerden biri bakımından ortaya çıkan işletme gereği diğer şirketlerde istihdam edilen işçiler bakımından da geçerli fesih nedeni oluşturabilecektir. Şirket topluluğu bünyesindeki bağlı şirketler bakımından oluşacak fesih nedenlerinin geçerlilik denetimi yapılırken faaliyet alanı esasından yararlanılması düşünülebilir. Bu noktada topluluk içerisindeki şirketlerin tek/birlikte işveren sayılabildikleri haller ayrı tutularak yorum yapılmalıdır. Aynı alanda faaliyet gösteren bağlı şirketler arasında işletme gerekleri kavramının geniş yorumlanması da tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren, şirketler arasında organik bağın bulunduğu ve birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu haller bakımından söz konusu olabilecektir. Bu durumda ; bir sebebin, örneğin aynı alanda faaliyet gösteren iki bağlı şirketin ürettiği malın sürüm ve satış olanaklarının azalmasının, istihdam fazlası söz konusu olmuş ise, her iki bağlı şirkette çalışan işçiler bakımından geçerli bir fesih nedeni oluşturacağı kabul edilebilir. Bunun dışındaki hallerde sırf faaliyet alanlarının aynı olması nedeniyle, işletme gereklerinin aynı faaliyet alanındaki diğer bağlı şirketler

bakımından da geçerli fesih nedeni oluşturabileceği yorumu hakkaniyete pek de uygun görünmemektedir. Farklı alanlarda faaliyet gösteren bağlı şirketler bakımından ise; şirketlerin tek/birlikte işveren sayılabilecekleri haller haricinde fesih nedeninin geçerliliğinin her bağlı şirket bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir. İş sözleşmesinin devri halinde feshin geçerli kabul edilebilmesi için işletme gereklerinin devralan işveren bakımından gerçekleşmesi gerekmektedir. Birlikte istihdam halinde ise; işverenlerin her ikisi bakımından da işletme gereklerinin fesih nedeni olarak ortaya çıkabileceğinin kabulü gerekecektir. Ancak fesih yetkisinin birlikte istihdam eden işverenler tarafından birlikte kullanılması daha yerinde olacaktır. Geçici iş ilişkisinde işe; işçiden kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinin ve ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılıktan kaynaklanan haklı fesih nedenlerinin geçici işveren bakımından da geçerli fesih nedeni olarak kabul edilebileceği düşünülebilirse de; işletme gereklerinin, sözleşmenin işveren ile devam etmesi ve ilişkinin süreyle sınırlı olmasından hareketle, ancak gerçek işveren bakımından ortaya çıktığında geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilebilmesi söz konusu olmalıdır. Geçici işveren bakımından bu noktada benimsenecek çözüm tarzı geçici iş ilişkisini sonlandırmak olacaktır.

▪ Şirket topluluğu bünyesindeki şirketlerden biri bakımından ortaya çıkan ekonomik güçlüklerin diğer şirketler bakımından geçerli bir fesih nedeni oluşturup oluşturmayacağına ilişkin değerlendirme şirket topluluğu bünyesindeki şirketlerin tek/birlikte işveren niteliğine haiz olduğu ve olmadığı durumlar şeklinde ikiye ayrılarak yapılabilir. Şirket topluluğu bünyesindeki şirketlerin tek/birlikte işveren sayılmasını gerektirecek bir durumun söz konusu olmadığı hallerde; ana şirkette istihdam edilen bir işçinin sözleşmesinin bağlı şirketlerden birinin yaşamakta olduğu ekonomik güçlükler gerekçe gösterilerek ya da bağlı şirketlerden birinde istihdam edilen işçinin iş sözleşmesinin bir başka bağlı şirketin yaşamakta olduğu ekonomik güçlükler gerekçe gösterilerek geçerli olarak feshedilebilmesi mümkün görünmemektedir. Topluluk bünyesindeki bir bağlı şirkette istihdam edilen işçinin iş sözleşmesinin ana şirket bakımından ortaya çıkacak ekonomik güçlükler gerekçe gösterilerek geçerli olarak feshedilebilmesi; bağlı şirketlerin ekonomik ve organizasyonel açıdan ana şirkete bağlı olmaları ve ana şirketin içinde olduğu ekonomik güçlüğü en az ya da geç bünyesindeki bağlı şirkete de yansıyacağından

hareketle diğer olasılık karşısında daha mümkün görünmekle birlikte; her somut olay bakımından ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Şirket topluluğu bünyesindeki şirketlerin tek/birlikte işveren sayılmalarını gerektirecek durumların söz konusu olması halinde ise; şirketlerden biri bakımından söz konusu olan ekonomik güçlüklerin şirket topluluğu bünyesindeki tüm şirketler bakımından geçerli fesih nedeni oluşturabilecektir. Şirket topluluğundaki şirketler arasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren haller, şirketler arasında organik bağın bulunduğu haller ve birlikte istihdam ilişkisinin söz konusu olduğu haller haricinde bir bağlı şirket bakımında ortaya çıkan ekonomik güçlüklerin; sırf aynı alanda faaliyet gösteriyor olmalarından hareketle şirket topluluğu bünyesindeki bir diğer bağlı şirkette istihdam edilen işçiler bakımından geçerli fesih nedeni olabilmesi çok geniş bir yorum olacağından mümkün olmamalıdır. Genel ekonomik krizlerin şirket toplulukları ekseninde nasıl yorumlanacağı da önem taşımaktadır. Bağlı şirket bünyesinde çalışan bir işçi bakımından, genel ekonomik krizin bağlı şirketin ekonomisini etkilediği hallerde, geçerli bir fesih nedeni oluşturacağından şüphe yoktur. Bağlı şirket bünyesinde genel ekonomik kriz neticesinde oluşan ekonomik güçlüklerin ana şirket bakımından da geçerli bir fesih nedeni oluşturup oluşturmayacağına üzerinde durulmalıdır. Ülke çapında genel ekonomik kriz hakim olmasına rağmen ana şirketin kazancı azalmamış, genel ekonomik kriz ana şirkete doğrudan bir zarar vermemişse ana şirket bünyesinde çalışan işçiler bakımından geçerli bir fesih nedeninin doğduğu söylenilememelidir. Elbette ekonomik güçlükler içerisinde olan bir bağlı şirketin ekonomik olarak bağlı olduğu ana şirketin bütçesinde de olumsuzluklar doğurması muhtemeldir. Ancak bağlı şirketin etkilendiği genel ekonomik krizin; ana şirketin kazancı azalmamış olmasına rağmen ekonomik olarak bağlantılı olmaları ve ekonomik durumunda oluşabilecek dolaylı zararlar nedeniyle, ana şirkette çalışan işçiler bakımından da geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmesi çok geniş bir yorum olacak ve ana şirket bünyesinde çalışan işçilerin menfaatlerine halel getirecektir. İki farklı bağlı şirkette istihdam edilen işçiler için de durum aynıdır. Şirket topluluğu bünyesindeki bağlı şirketlerden birinin etkilendiği genel ekonomik kriz gerekçe gösterilerek, ekonomik krizden etkilenmemiş olan diğer bağlı şirkette istihdam edilen işçilerin sözleşmelerinin feshedilmesi çok geniş bir yorum olacaktır. Şirket topluluklarında yeniden yapılanma

ihtiyacı da söz konusu olabilmektedir. İşverenin; işletme, işyeri, işin düzenlenmesi konusunda ve bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi de dahil olmak üzere aldığı tüm kararlar işletmesel karar niteliğine haizdir. Bu doğrultuda iki bağlı şirketin birleşmesi ve faaliyeti sona erdirilen şirketin işçilerinin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi de işletmesel karar niteliğine haizdir⁶²⁷. İşletme, işyeri ya da işin gerekleri ile işçinin sözleşmesinin feshedilmesi durumunda işletmesel karar ile; istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı(tutarlılık denetimi), işverenin fesihle keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. Aksi halde işverence işletmesel karar neticesinde yapılan fesihler geçerli kabul edilemeyecektir. İş sözleşmesinin devri halinde Devralan şirket ekonomik olarak sorun yaşamamasına rağmen; şirket topluluğu bünyesindeki bir başka bağlı şirketin yaşadığı ekonomik güçlükleri feshe konu edebilmesi mümkün olamayacaktır. Birlikte istihdam ilişkisinde ise; işverenlerin her ikisi bakımından da yaşanan ekonomik güçlüklerin fesih nedeni olarak ortaya çıkabileceğinin kabulü gerekecektir. Geçici iş ilişkisinde ise; ekonomik güçlüklerin feshe konu edilebilmesi, sözleşmenin işveren ile devam etmesi ve ilişkinin süreyle sınırlı olmasından hareketle, ancak gerçek işverenin yaşadığı ekonomik güçlükler bakımından söz konusu olacaktır. Geçici işverenin ekonomik güçlükler yaşaması halinde ise, benimsenecek çözüm tarzı geçici iş ilişkisini sonlandırmak olacaktır.

▪ Son çare ilkesinin, işverenin şirket topluluğu bünyesindeki diğer şirketlerde işçiyi istihdam etme külfetini de kapsayıp kapsamadığına ilişkin tespit yapılırken; işverenlerin tek/birlikte işveren sayılıp sayılamayacağı noktasından hareket edilebilir. İşverenlerin tek/birlikte işveren sayılmalarını gerektirmeyen hallerde, son çare ilkesinin uygulanıp uygulanmadığına ilişkin denetimin feshin geçerliliğine ilişkin denetimin bir parçası olmasından hareketle, fesih nedenlerinin geçerliliğinde olduğu gibi şirket topluluğundaki şirketlerin ayrı tüzel kişiliklere haiz olduğu göz önünde bulundurulmalı ve son çare ilkesinin kural olarak işçinin istihdam edildiği işyeri bakımından değerlendirilmelidir. Şirket topluluğu bünyesindeki şirketler bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektiren haller,

organik bağı söz konusu olduğu haller ya da birlikte istihdam ilişkisinin bulunduğu hallerde şirketleri kural olarak tek/birlikte işveren kabul etmek söz konusu olacağından; ancak bu hallerde şirket topluluğu bünyesindeki tüm şirketleri kapsayacak şekilde son çare ilkesinin uygulanması mümkün olabilecektir. Aynı alanda faaliyet gösteren bağlı şirketler bakımından son çare ilkesinin geniş yorumlanması; ancak aynı alanda faaliyet gösteren bağlı şirketler arasında organik bağı söz konusu olması durumunda mümkün olabilmeli, faaliyet alanı ayniyeti son çare ilkesinin geniş yorumu için yeterli kabul edilmemelidir.

▪ Şirket toplulukları bakımından fesih bildirimine yetkili işverenin tespitine ilişkin sorun doğması muhtemeldir. Bu noktada bağlı şirkette istihdam edilen bir işçinin sözleşmesinin ana şirket tarafından feshedilip feshedilemeyeceği tartışma konusu yapılabilir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektirecek hallerde ya da şirketler arasında organik bağı bulunduğu hallerde şirket topluluğu bünyesindeki şirketleri tek işveren sayabilmenin mümkün olmasından hareketle bu hallerde fesih nedenlerinin söz konusu olması durumunda işçinin sözleşmesinin şirketlerden biri tarafından feshedilebilmesi olanaklıdır. Şirket topluluğu bünyesindeki şirketlerin tek işveren sayılmasının mümkün olmadığı hallerde fesih nedeninin de işçinin istihdam edildiği şirket bakımından değerlendirileceğinden hareketle, fesih yetkisinin de işçinin iş görme edimini ifa ettiği işveren bakımından kullanılması daha yerinde olacaktır. Birlikte istihdam ilişkisinin varlığı halinde fesih bildirimine yetkili işverenin tespiti bakımından doktrinde farklı görüşler bulunmakla birlikte; ikinci işverenin sözleşmeye katıldığı kabul edilmesi, sözleşmenin işveren tarafında çoğalma olduğundan, bu doğrultuda fesih yetkisinin de her iki işveren tarafından birlikte kullanılması daha yerinde olacaktır. İş sözleşmesinin devri halinde ise; devralan işveren sözleşmeyi tüm hak ve borçları ile birlikte devralarak işveren haline geldiğinden hem fesih nedenlerinin devralan işverene ilişkin olarak gerçekleşmesi hem de fesih yetkisini devralan işverenin kullanması gerekmektedir. Örtülü sözleşme devrinde ise, işçinin sözleşme devrine yönelik rızasının; sözleşmenin devredildiğine, devralan işverenin sözleşmenin tarafı haline geldiğine ve devreden işverenin sorumluluğu kalmadığına ilişkin kanaati içerdiğinin kanıtlanamadığı hallerde de iş sözleşmesinin devri değil, birlikte istihdam ilişkisi söz konusu olacağından; fesih yetkisinin de birlikte istihdam

eden işverenlerce birlikte kullanılması gerekecektir. Geçici iş ilişkisi bakımından ise; geçici işveren iş sözleşmesinin tarafı olmadığından fesih yetkisini kullanma imkanı da bulunmamaktadır. Şirket topluluğu bünyesinde görülen geçici iş ilişkilerinde de sürenin aşılması halinde de; işçinin gerçek işvereni ile geçici işverenin sözleşmeye katıldığı ve işverenlerin birlikte işveren haline geldiklerinin kabulü daha yerinde olacak; bu durumda her iki işverene ilişkin olarak fesih nedenlerinin ortaya çıkabilmesi mümkün olacak ve fakat iki işverenin birlikte iş sözleşmesini feshetmeleri gerekecektir.

▪ Yargılama sürecinin başlangıcında doğabilecek sorunları ilki fesih bildirimine itiraz davasında husumetin kime yönlendirileceğine ilişkindir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektirecek hallerde ya da şirketler arasında organik bağın bulunduğu hallerde ana şirket ve bağlı şirketin tek işveren sayılmasından hareketle husumetin de ana şirkete, bağlı şirkete ya da her ikisine birden yöneltilebilmesi mümkündür. Şirketlerin tek işveren sayılmasının mümkün olmadığı hallerde ise; husumetin işçiyi istihdam eden şirkete yöneltilmesi gerekmektedir. Birlikte istihdam hali bakımından; birlikte istihdam eden işverenlerin iş sözleşmesini birlikte feshetmeleri daha yerinde olacağından husumetin de fesih yetkisini kullanan işverenlere birlikte yöneltilmesi daha yerinde olacaktır. Ancak somut olayın özelliklerinden işçinin; fesih yetkisinin birlikte istihdam eden işverenler tarafından birlikte kullanıldığına kanaat getiremediğinin anlaşıldığı durumlarda, işverenlerden birine yapılan başvurunun da geçerli kabul edilmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır. İş sözleşmesinin devri sonrasında, sözleşmenin feshedilmesi durumunda husumetin de devralan işverene yöneltilmesi gerekecektir. İşçinin iş sözleşmesinin devrine gösterdiği örtülü rızanın; ilişkinin iş sözleşmesinin devri olduğu, devralan işverenin sözleşmenin tarafı haline geleceği ve devreden işverenin sorumluluğunun kalmadığına ilişkin kanaatini içermediği durumlarda iş sözleşmesinin devredildiğini kabul etmek mümkün olmadığından ve devralan işverenin sözleşmeye katılarak birlikte işveren haline geldiğinin kabulü gerekeceğinden, bu durumda açılacak feshin geçersizliği davalarında işverenlerin fesih yetkisini birlikte kullanacak olmalarından hareketle husumetin de her ikisine birlikte yöneltilmesi yerinde olacaktır. Ancak; işçinin ilişkinin sözleşmeye katılma olduğunu bilemeyecek olması ve bu nedenle husumetin her iki işverene birden

yöneltilmesinin işçiden beklenemeyecek olması nedeniyle işverenlerden birine husumetin yöneltilmesi halinin de geçerli kabul edilmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır. Geçici iş ilişkisi bakımından da; işçinin iş sözleşmesini feshetme yetkisi gerçek işverene ait olduğundan feshin geçersizliğine ilişkin olarak açılacak davalarda da husumet gerçek işverene yöneltilmelidir. Geçici iş ilişkisinin süresinin aşılması, işverenlerin duruma ses çıkarmaması işçinin de geçici işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde; geçici işverenin sözleşmeye katıldığı ve fesih yetkisini işverenlerin birlikte kullanması gerekeceğinden, husumetin de her ikisine birden yöneltilmesi yerinde olacaktır. Ancak; işçinin ilişkinin sözleşmeye katılma olduğunu bilemeyecek olması ve bu nedenle husumetin her iki işverene birden yöneltilmesinin işçiden beklenemeyecek olması nedeniyle işverenlerden birine husumetin yöneltilmesi halinin de geçerli kabul edilmesinin hakkaniyete daha uygundur.

▪ Şirket toplulukları bünyesinde söz konusu olabilecek feshe itiraz davaları bakımından davanın sonuçlanması sonrasında başvurunun kime yapılması gerekeceği esasen husumetten bağımsız bir sorun teşkil etmemektedir. Şirket toplulukları bakımından husumetin kime yöneltileceğine ilişkin benimsenen çözüm tarzı başvurunun yapılacağı şirket bakımından da geçerlidir. İşçinin yasal süresi içinde işverene başvurması sonrasında işe başlatıldığı yer ve işe başlatılmış olduğunun kabul edilebilirliği bakımından da birlikte istihdam ayrık tutularak yorum getirilmelidir. Birlikte istihdam halinde; işçinin başvurusunu işverenlerden birine ya da her ikisine birden yapması geçerli kabul edildiğinden; başvuru yapılan ana şirket ya da bağlı şirket (ya da iki bağlı şirket) işçiyi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin ilk fıkrası uyarınca işe başlatmak zorundadır. Şirket topluluklarında ortaya çıkabilecek üçlü iş ilişkilerinin varlığı halinde husumetin kime yönlendirileceğine ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar işçinin hangi işverene başvuracağı ve hangi işverene ait işyerinde işe başlatılacağı bakımından da geçerliliğini korumaktadır. İşçinin yasal süre zarfında işverene başvurmaması halinde sadece geçerli feshe ilişkin sonuçlar doğacağından, işçi sadece koşulları varsa ihbar ve kıdem tazminatlarını kendi işverenden isteyebilecektir. Meğer ki işçi birlikte istihdam ediliyor ya da iş sözleşmesi devredilmiş olsun. İşçinin işverene başvurup işveren tarafından işe başlatılmaması halinde bahsi geçen tazminat ve dört aya

kadarki boşta geçen süre creti işçinin başvuruda bulunduğu ve işçiyi yasal süresi içinde işe başlatmayan işverenden tahsil edilecektir. Yine belirtmek gerekir ki işçinin birlikte istihdam edilmesi halinde kural olarak her iki işverene birlikte başvurmak gerekmele birlikte, birlikte istihdam eden ana şirket ve bağlı şirkete (ya da iki bağlı şirkete), başvurması da işçinin sözleşmenin birlikte feshedildiğine kanaat getiremediği durumlarda mümkün olabileceğinden; işçinin başvuruda bulunduğu işverenin işçiyi yasal süresi içinde işe almadığı hallerde tazminat ve dört aya kadarki boşta geçen süre ücretinin işbu işverenden istenmesi mümkündür. Diğer l iş ilişkileri bakımından ise husumetin yöneltildiği işverene başvuruda bulunmak gerekecektir.

KAYNAKÇA

- AKER, Halit, Hakim İşletme ile Bağımlı Şirket Arasındaki Hukuki İlişki ve Hakim İşletmenin Sadakat Borcu, Batider, C.XXII, S.2, Aralık 2003.
- AKI, Erol, İş Sözleşmesinin Feshi Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, 15 Ağustos 2006, (Geçersiz Fesih).
- AKI, Erol, İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Olarak Emeklilik, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı, İzmir, 2007, (Emeklilik).
- AKI, Erol/ALTINTAŞ, Olcay/BAHÇIVANLAR, İbrahim, Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul, Temmuz 2005.
- AKINTÜRK TÜRKMEN, Hülya, İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiyeye Devri: Ödünç İş İlişkisi, Yargıtay Dergisi, C.25, S.1-2, Ocak-Nisan 1999.
- AKİPEK G. Jale/ AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul, 2002.
- AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara, 1995, (Ödünç İş).
- AKYİĞİT, Ercan, İş İlişkisinin Bireysel Devri, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kasım 2001, (Karar İncelemesi).
- AKYİĞİT, Ercan, İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara, 2006, (Şerh).

- AKYİĞİT, Ercan, Açıklamalı ve İctihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi İşe İade, Ankara, 2007, (İş Güvencesi).
- ALP Mustafa, Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk Ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması-Alman Hukukuna Göre- Yasa Hukuk Dergisi, C.17, S.205/12(Ocak/1999), (Ölçülülük İlkesi).
- ALP, Mustafa, İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, İzmir, 2003, (İş Güvencesi).
- ALP, Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005, (Sözleşmenin Değiştirilmesi).
- ALP Mustafa, İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, (Sorunlar).
- ALP, Mustafa, İş Sözleşmesinin Devri (Tebliğ Metni), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyum 04.04.2009, İstanbul, 2009, (Sözleşmenin Devri).
- ALP, Mustafa, Birbirini İzleyen İş Sözleşmeleri Akdedilerek Hizmet Akdinin Devri Karar İncelemesi, Ali Güneren'e Armağan, İstanbul, 2010, (Karar İncelemesi).
- ALPAGUT, Gülsevil, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi:Sınırlamadan Teşvike, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005, (Geçici İş İlişkisi).
- ALPAGUT, Gülsevil, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y.2006, S.10, (Karar İncelemesi).

- ALPAGUT, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayırımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, MESS Sicil Dergisi, Mart 2006, Y.1, S.1, (Sözleşmenin Feshi).
- ANTALYA Gökhan, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" 2 Şubat 2008, İstanbul, 2008.
- ARSLANOĞLU, M. Anıl, İş Sözleşmesinin İradî Devri ile İşverenin Değişmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y.2006, S.10.
- ASTARLI, Muhittin, Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi, MESS Sicil Dergisi, Mart 2010.
- AYDINLI, İbrahim, Üst Kuruluş İşletmelerinde İşyeri ve İşletme Kavramları Bakımından İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdeliğinin Kaldırılması Teorisinin Görünümü, Çimento İşveren Dergisi, C:13, S:4, Temmuz 1999, (Üst Kuruluş).
- AYDINLI, İbrahim, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara, 2001, (İşyeri ve İşletme).
- AYRANCI, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara, 2003.
- AYTAÇ, Zühtü; Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm, Batider, C:VIII, S:4, Aralık 1976.
- BALKIR, Z. Gönül, İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar, MESS Sicil Dergisi, Aralık 2008, Y.3, S.12.
- BAŞBUĞ, Aydın, İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Mayıs/Ağustos 2003.

- BAŞTERZİ, Süleyman, Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, AÜHFD, C.54, S.3, Y.2005.
- BİLGİLİ, Abbas, İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, Adana, 2004.
- BİRBEN Erhan, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2006, (Ölçülülük İlkesi).
- BİRBEN Erhan, Müvekkil Tacir ile Acentenin İşçileri Arasında Bir İş İlişkisi Mevcut Mudur?, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1, 2007, (İş İlişkisi).
- BOSTANCI, Uygur, İşçinin İşe İade Yönündeki Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti Konusunda Yargıtay'ın Yeni Görüşü, MESS Sicil Dergisi, Aralık 2009, Y.4, S.16.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen, Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları, (Tebliğ Metni), Legal Vefa Toplantıları II Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı "Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler", İstanbul, 2008, (Tebliğ).
- CANIKLIOĞLU, Nurşen, Hizmet Akdinin Devri-Emeklilik Halinde İhbar Tazminatı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2002/1, (Emeklilik).
- ÇALIK Şefik, Soru ve Yanıtlarla İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İstanbul, 2005.
- ÇANKAYA Osman Güven/GÜNAY Cevdet İlhan/GÖKTAŞ Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2006.
- ÇANKAYA Osman Güven/ÇİL Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, 2006.

- ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 19. Bası, İstanbul, 2006, (İş Hukuku).
- ÇELİK, Nuri, İşyeri Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Geçerli Sebebi İspatı ve Çıkarılacak İşçinin Seçiminde Objektif Davranma Yükümlülüğü, Batider, Aralık 2007, C.XXIV, S.2, (Karar İncelemesi).
- ÇİL, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (9. Hukuk Dairesi 2008-2009 Yılları), Ankara, 2009.
- DANAR, Cüneyt, Yargıtay Kararlarıyla Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri, MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Sicil Dergisi, Y.2, S.6, Haziran 2007.
- DEMİR, Cuma Arif, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Ankara, 2007.
- DEMİR, Fevzi, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri, MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Mercek Dergisi, Temmuz 2003, (Yenilikler).
- DEMİR, Fevzi, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, İzmir, 2005, (İş Hukuku Uygulaması).
- DEMİR, Fevzi, Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama, Legal İSGHD, Y.2006, C.3, S.10, (Geçerli Fesih).
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul, 2007.
- DURAN, Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi "Geçersiz Sebeple Yapılan Feshin Sonuçları", Legal İSGHD, Y.2004, C.1, S.3, (Geçersiz Fesih).

- DURAN Abdurrahman, Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Ertesinde Açılan Alacak Davaları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, 15 Ağustos 2006, (Alacak Davaları).
- EKMEKÇİ, Ömer, İşveren ve İşveren Vekili Kavramları Üzerine, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, C.I, S.2, 1997, (İşveren ve İşveren Vekili).
- EKMEKÇİ, Ömer, 4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine, MESS Mercek Dergisi, Ekim 2002, Y.7, S.28, (4773 Sayılı Yasa).
- EKMEKÇİ Ömer, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek Dergisi, Temmuz, 2003, MESS Yayını, (Uygulama Sorunları).
- EKMEKÇİ Ömer, Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD, Ocak-Mart 2004, (İşe İade).
- EKMEKÇİ, Ömer, 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y.2004, S.2, (Geçici İş İlişkisi).
- EKMEKÇİ, Ömer, Tebliğ Metni, TÜSİAD Performans Nedeniyle İş Akdinin Feshi ve Fesihden Kaynaklanan İşe İade Davaları Toplantısı, 14.05.2005, İş Kanunu Toplantı Dizisi III, Ağustos 2005, (Tebliğ).
- EKMEKÇİ, Ömer, Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi (Tebliğ Metni), Legal Vefa Toplantıları II Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı "Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler", İstanbul, 2008, (Sona Erme).

- EKONOMİ Münir, Şirket Topluluklarında-Holdinglerde İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, Sayı 5, 2001, (İşçi İşveren İlişkileri).
- EKONOMİ, Münir, Tebliğ Metni, TÜSİAD Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, 24.06.2004, İş Kanunu Toplantı Dizisi, Mart 2005, (Tebliğ).
- EKONOMİ Münir/EYRENCİ Öner, Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi, Prof.Dr Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul, 2001.
- ENGİN, E. Murat, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Ankara, 1993, (İşveren).
- ENGİN, E.Murat, Üçlü İş İlişkileri (Tebliğ Metni), Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, III. Yılında İş Yasası, 21-25 Eylül 2005, Bodrum, (Geçici İş İlişkisi).
- ENGİN, Murat, İşveren Kavramı, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Sempozyum, 6-7 Haziran 1997, İstanbul, 1998, (Sempozyum).
- ENGİN, Murat, Tebliğ Metni, TÜSİAD İş Güvencesi ve İşyerinin Gereklere Dayanarak İş Akdinin Feshi Toplantısı, 05.03.2005, İş Kanunu Toplantı Dizisi II, Mart 2005, (Tebliğ).
- ENGİN, Murat, Ödünç İş İlişkisi, İHD C.I, (Ödünç İş).
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2003.
- ERTÜRK, Şükran, 4857 Sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, 2006.

- EYRENCİ, Öner, 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y.2004, S.1.
- EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2004.
- GÜNAY, Cevdet İlhan; İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Ankara, 2005, (İş Yasaları).
- GÜNAY, Cevdet İlhan, Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Mayıs 2005, (İş Güvencesi).
- GÜNAY, Cevdet İlhan, İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih, MESS Sicil Dergisi, Haziran 2009, Y.4, S.14, (Geçerli Neden).
- GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler, www.kamu-is.org.tr, 05.06.2010, (Öneriler).
- GÜZEL, Ali, İşverenin Değişmesi İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul, 1987, (İşverenin Değişmesi).
- GÜZEL Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul, 2004, (İş Güvencesi).
- GÜZEL, Ali, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Mayıs 2005, (Son Çare).
- GÜZEL, Ali, İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi, www.calismavetoplum.org, 06.06.2010, (Karar İncelemesi).

- HELVACI, Mehmet; Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1995.
- İNCİROĞLU, Lütfi, Güncel Yargıtay Kararları Işığında Açıklamalı Yeni İş Kanunu, İstanbul, 2006.
- İREN, Ertan, İş Güvencesinin Uygulama Koşullarından Altı Aylık Kıdemin Hesabında Dikkat Edilecek Hususlar, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.4, S.37, Eylül 2009.
- Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları 2000-2005, Ankara, 2006.
- KAR Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması (2008 Yılı Emsal Kararları ile), Ankara, 2009, (İş Güvencesi).
- KAR, Bektaş, Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması, MESS Sicil Dergisi, Eylül 2009, Y.4, S.15, s.60-69, (Ölçülülük İlkesi).
- KARAYALÇIN, Yaşar; Üst Kuruluşlar Hukuku, Batider, C:XVI, S:1, Haziran 1991.
- KESER, Hakan, İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkinde Yansıması, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y.2006, S.9.
- KILIÇOĞLU, Mustafa, İşveren Kavramının İşlevi ve Üst Kuruluşlara İlişkin Uygulama Sorunları, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Sempozyum, 6-7 Haziran 1997, İstanbul, 1998, (Sempozyum).
- KILIÇOĞLU, Mustafa, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun 18. Maddesinin Yorumu, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005, (18. Madde).

- KILIÇOĞLU Mustafa, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2005, (Uygulama).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2005.
- KOÇ Sedef, Şirket Gruplarında İş İlişkileri, T.C. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2003.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, Anglo-Amerikan Hukukunda Trust Kavramı Trust'ın Tarihi Gelişimi ve Roma Hukuku'na Dayanan Kıta Avrupası Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Batider, C.XXIII, S.2, Aralık 2005.
- MAMAK, Kemal, Finansal Holding Şirketleri, Batider, C.XXIV, S.1, Haziran 2007.
- MANAV, Eda, Feshe İtiraz Davasının Yargılama Sürecinde Gerçekleşen Olayların Davaya Etkisi, MESS Sinil Dergisi, Mart 2010.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, Ankara, 2004, (İş Hukuku).
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi Kamu İşletmeleri ve İşverenleri Sendikası, C.7, S.4, Y.2004, (Yenilikler).
- ODAMAN, Serkan, Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi, MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Sicil Dergisi, Y.3, S.10, (Sona Erme).
- ODAMAN, Serkan, Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul, 2007, (Ödünç İş İlişkisi).
- OKUR, Ali Rıza, Şirket Birleşmelerinin Kıdem Tazminatına Etkisi, Şirket Birleşmeleri, İstanbul, 2004.

- OKUTAN NILSSON, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarı'sına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009.
- ÖZBOYACI, Alper, İş Aracılığı ve Diğer Üçlü İş İlişkileri ile Mukayesesi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.4, S.29, Ocak 2009.
- ÖZDEMİR, Cumhur Sinan, İşe İade Kararının Uygulanmaması Durumunda Çalıştırılmayan Dört Aylık Sürenin Kıdem Süresine Eklenmesi Sorunu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.2, S.7, Mart 2007.
- ÖZEKES, Muhammet, İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları, MESS Sicil Dergisi, Aralık 2006, Y.1, S.4.
- ÖZKARACA, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008.
- ÖZSUNAY Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul, 1982.
- ÖZTEK Selçuk/MEMİŞ Tekin, Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" 2 Şubat 2008, İstanbul, 2008.
- PERNSTEINER, Helmut, İşletme Bilimi Literatüründe Birleşme Kavramı (Çeviren:Çağla Ersen), Şirket Birleşmeleri, İstanbul, 2004.
- POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2003.
- SAĞLAM İpek, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret

Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" 2 Şubat 2008, İstanbul, 2008.

- SARIBAY, Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul, 2007.
- SEROZAN, Rona, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1997.
- SEVEN Vural/GÖKSOY Y. Can, Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi), İstanbul Barosu Dergisi, C.80, S.6, 2006.
- SOYER, M. Polat, İşçinin İş Görme Borcu, İzmir, 1979, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İş Görme).
- SOYER, M. Polat, İşçinin Bir Başka İşverenin Yanında Çalışması ve Bireysel İş Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar, Yasa Hukuk Dergisi, Mart 1980, (Başka İşveren).
- SOYER, M. Polat, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı.İstanbul, 2005, (Feshe Karşı Koruma).
- SOYER, M. Polat, İş Güvencesi Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Değerlendirme, TİSK İşveren Dergisi, Nisan 2007, (Değerlendirme).
- SUR, Melda, İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005.
- SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Konya, 2006, (İş Hukuku).

- SÜMER, Haluk Hadi, İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi, MESS Sicil Dergisi, Aralık 2006, Y.1, S.4, (İşe Davet).
- SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara, 1989, (Askıya Alınma).
- SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Türleri, MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Mercek Dergisi, Nisan 2001, (İş Akdinin Türleri).
- SÜZEK, Sarper, İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, , A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005, (Geçerli Fesih).
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul, 2006, (İş Hukuku).
- SÜZEK, Sarper, İşverenin Eşit Davranma Borcu, MESS Sicil Dergisi, Aralık 2008, Y.3, S.12, (Eşit Davranma).
- SÜZEK, Sarper, Türk İş Hukukunda İşveren, MESS Sicil Dergisi, Mart 2010, (İşveren).
- ŞAHLANAN, Fevzi, Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri ile İş Akdinin Feshi, MESS Sicil Dergisi, Aralık 2006, Y.1, S.4, (İşletme Gerekleri).
- ŞAHLANAN, Fevzi, İşyeri Devri ile İş Sözleşmesinin Devrinin Farkı ve Sonuçları, 24 Ocak 2007, www.tekstilisveren.org, 05.06.2010, (Sözleşme Devri).
- ŞAKAR, Müjdat; İş Hukuku Uygulaması El Kitabı, İstanbul, 2003.
- ŞANLI Cemal, Konişmentonun Devri Alacağın Temliki ve "Perdeyi Kaldırma Teorisi" Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından

Geçerliliği Sorunu, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.22, S.2, 2002.

- ŞEN, Murat, Geçerli Fesih Nedeni Olarak Ücrete Sık Sık Haciz Konulması, MESS Sicil Dergisi, Mart 2009, Y.4, S.13, (Geçerli Fesih).
- ŞEN, Murat, Geçersiz Fesihte İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Bildirim Süresi Kullandırılması, MESS Sicil Dergisi, Mart 2010, (Bildirim Süresi).
- TAŞKENT, Savaş, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku'na İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Kamu-İş Kamu İşletmeleri ve İşverenleri Sendikası, Ankara, 2006.
- TEKİNALP Gülören/TEKİNALP Ünal, Perdeyi Kaldırma Teorisi, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, 1995.
- TUNCAY, A. Can, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E.1987/4243 K.1987/4582 T.05.05.1987 Karar İncelemesi, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Çimento İşveren Dergisi, Y. Eylül 1987, C.1, S.5, (Karar İncelemesi).
- TUNCAY, Can, İş Kanunu Tasarısı'ndaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi, MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Mercek Dergisi, Nisan 2003, (Eleştiri).
- TUNCAY, A. Can, İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu, MESS Sicil Dergisi, Haziran 2007, Y.2, S.6, (30 İşçi).
- UÇUM, Mehmet; Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul, 2003, (Seminer).
- UÇUM, Mehmet, İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar, Legal İSGHD, Y.2004, C.1, S.4, (Dava Açma Süresi).

- UÇUM, Mehmet, İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal, 2005, (Sorunlar).
- ULUCAN, Devrim, Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sürenin Dolmasından Önce Feshi Haklı Nedenle Feshe Süre Konması ve Aynı İş İlişkisinin İki Ayrı Sözleşme İle Düzenlenmesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armagan, Y.2007, S.1.
- ULUÇ, Şule, İşverenin İş Sözleşmesini Geçerli Nedenle Feshi, Lagal İSGHD, Y.2009, C.6, S.22.
- ULUSOY Erol, Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" 2 Şubat 2008, İstanbul, 2008.
- USLU, Murat, Ödünç İş İlişkisine Dair Sorunlar ve Basın İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi (Karar İncelemesi), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, C.9, Y.2007.
- YANLI Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklarına Karşı Sorumlu Tutulması, İstanbul, 2000.
- YAVAŞ Murat, İcra ve İflas Hukukunda Tüzel Kişiliğin Perdesinin Kaldırılması Teorisi, Terazi Hukuk Dergisi, S.24, Ağustos 2008.
- YILDIRIM Kamil, Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Koruma Sağlayan Enstrümanlar (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" 2 Şubat 2008, İstanbul, 2008.

- YILDIZ, Gaye Burcu, İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği, Legal İSGHD, Y.2006, C.3, S.11.
- YILMAZ, Lerzan, Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" 2 Şubat 2008, İstanbul, 2008.
- YILMAZ, Ejder, Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2003, (Sözlük).
- YILMAZ, Ejder; İşe İade Davalarında Yargılama Usulü İle İlgili Özellikler, Sicil Dergisi, Y:1, S: 4, Aralık 2006, Mess Yayını, (Yargılama Usulü).
- YILMAZ, Ejder, İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması, MESS, Sicil Dergisi, Mart 2010, (İcra Takibi).
- YÜKSEL Kemalettin, Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması Lighting the Corporate Veil (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" 2 Şubat 2008, İstanbul, 2008.