



KADIR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN
ASIL İŞVEREN - ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ**

MELİS ÇÖMLEKÇİ SARI

DANIŞMAN: PROF. DR. ALİ GÜZEL

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İSTANBUL, EYLÜL, 2018

**İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN
ASIL İŞVEREN - ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ**

MELİS ÇÖMLEKÇİ SARI

DANIŞMAN: PROF. DR. ALİ GÜZEL

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı'nda Yüksek Lisans derecesi için gerekli kısmi şartların yerine getirilmesi amacıyla Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne teslim edilmiştir.

İSTANBUL, EYLÜL, 2018

Ben, MELİS ÇÖMLEKÇİ SARI;

Hazırladığım bu Yüksek Lisans Tezinin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve başka çalışmalardan yaptığım alıntıların kaynaklarını kurallara uygun biçimde tez içerisinde belirttiğimi onaylıyorum.

ÖĞRENCİNİN ADI SOYADI

MELİS ÇÖMLEKÇİ SARI

TARİH VE İMZA

04.09.2018



KABUL VE ONAY

MELİS ÇÖMLEKÇİ SARI tarafından hazırlanan **İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN ASIL İŞVEREN - ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ** başlıklı bu çalışma **04/09/2018** tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından **YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Ali GÜZEL (Danışman)

Kadir Has Üniversitesi

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU

Marmara Üniversitesi

Doç. Dr. Ercüment ÖZKARACA

Marmara Üniversitesi

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylıyorum.

Prof. Dr. Sinem AKGÜL AÇIKMEŞE

ONAY TARİHİ:

4/9/18

İÇİNDEKİLER DİZİNİ

İÇİNDEKİLER DİZİNİ	i
KISALTMALAR DİZİNİ	iv
ÖZET	v
ABSTRACT	vi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	4
ALT İŞVEREN, İŞ GÜVENCESİ VE İŞE İADE KAVRAMLARI	4
1. ALT İŞVEREN	4
1.1. Genel Olarak	4
1.2. Alt İşveren İlişkisinin Kurulabilmesinin Koşulları.....	5
1.2.1. İşyerinde işçi çalıştıran asıl işverenin olması	6
1.2.2. İşin işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin olması	7
1.2.3. İşin asıl işverene ait işyerinde yapılması.....	8
1.2.4. İşin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması	9
1.2.5. Alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan işte çalıştırılması... 11	
1.3. Asıl İşverenin Alt İşveren İşçilerine Karşı Müteselsil Sorumluluğu	12
1.3.1. Genel olarak	12
1.3.2. İşçinin asıl işverene ait işyerinde değişen alt işverenler yanında çalışması halinde sorumluluk	15
1.4. Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisine Getirilen Sınırlamalar ve Bunlara Aykırlığın Yapıtırımı	16
1.4.1. Alt işveren tarafından işe alınan asıl işveren işçilerinin haklarının kısıtlanamaması	17
1.4.2. Daha önce asıl işverence çalıştırılmış kişilerle alt işveren ilişkisinin kurulamaması	20
1.4.3. Asıl işin bölünememesi	22
1.4.4. Asıl işveren - alt işveren ilişkisine getirilen sınırlamalara aykırılığın yapıtırımı	24
2. İŞ GÜVENCESİ	26
2.1. İş Güvencesi Kavramı.....	26
2.2. İş Güvencesinden Yararlanma Koşulları	27
2.2.1. Genel olarak	27
2.2.2. İş Kanununa göre işçi veya Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci olma	27
2.2.3. İş sözleşmesinin belirsiz süreli olması	28
2.2.4. İş sözleşmesinin işverence feshedilmiş olması	30
2.2.5. İşyerinde otuz veya daha fazla işçi çalışması.....	31
2.2.6. İşçinin altı aylık kıdemi olması	34
2.2.7. İşçinin işveren vekili veya yardımcısı olmaması	38

2.3. Alt İşveren İşçisi Bakımından İş Güvencesinden Yararlanma Koşullarının Değerlendirilmesi.....	40
2.4. Sözleşmenin Feshinde Usul	43
2.4.1. Yazılı fesih bildirim ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde bildirilmesi	43
2.4.2. İşçinin savunmasının alınması	45
3. İŞ GÜVENCESİ SİSTEMİNİN SONUCU: İŞE İADE DAVALARI	46
3.1. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk.....	47
3.1.1. Genel olarak	47
3.1.2. Asıl işveren - alt işveren ilişkisinde	50
3.2. Hak Düşürücü Süre	53
3.3. Yargılama Süreci	54
3.3.1. Davanın konusu.....	54
3.3.2. Yargılama usulü	56
3.3.3. Davanın sonuçlandırılma süresi	57
3.3.4. İspat yükü	58
3.3.5. Kararın niteliği	59
3.3.6. Kanun yolu	62
İKİNCİ BÖLÜM	63
ASIL İŞVEREN - ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE İŞE İADE DAVASI.....	63
1. İŞE İADE DAVASINDA ALT İŞVEREN VE ASIL İŞVERENİN TARAF SIFATI	63
1.1. Davada Taraf Sıfatı ve Dava Arkadaşlığı Kavramları.....	63
1.1.1. Taraf sıfatı (Husumet)	63
1.1.2. Dava arkadaşlığı	64
1.2. Kanuna Uygun Olarak Kurulan Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde Taraf Sıfatı	66
1.3. Kanuna Aykırı Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde Taraf Sıfatı	68
1.3.1. Genel olarak	68
1.3.2. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ihtiyari dava arkadaşlığı görüşü	70
1.3.3. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin zorunlu dava arkadaşlığı görüşü.....	74
1.3.4. Görüşümüz	79
2. GEÇERLİ NEDEN VE ALT İŞVERENLİK UYGULAMASI.....	81
2.1. Geçerli Neden Kavramı	81
2.2. Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde Geçerli Neden	84
2.2.1. Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin süresinin bitmesi veya başka bir nedenle asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona ermesi.....	84
2.2.2. Alt işverenlik uygulamasına geçilmesi.....	89
3. İŞE İADE DAVASININ SONUÇLARINDAN SORUMLULUK	91
3.1. İşe İade Davasının Sonuçları	91
3.2. Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde İşe Başlatma Bakımından Sorumluluk ..	92
3.3. Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde İşe İadenin Parasal Sonuçlarından Sorumluluk.....	95

4. ASIL İŞVEREN - ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE İŞVERENLERİN DEĞİŞMESİNİN ETKİLERİ	98
4.1. Asıl İşverenin Değişmesi	98
4.1.1. Asıl işverenin değişmesi halleri	98
4.1.2. Asıl işverenin değişmesinin iş güvencesinden yararlanma bakımından etkileri.....	100
4.1.3. Asıl işverenin değişmesinin işe iade davaları bakımından etkileri	101
4.2. Alt İşverenin Değişmesi.....	105
4.2.1. Alt işverenin değişmesi halleri	105
4.2.2. Alt işverenin değişmesinin iş güvencesinden yararlanma bakımından etkileri.....	108
4.2.3. Alt işverenin değişmesinin işe iade davaları bakımından etkileri.....	110
SONUÇ.....	113
KAYNAKÇA	119
EK - ÖZGEÇMİŞ.....	125

KISALTMALAR DİZİNİ

AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
E.	: Esas numarası
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İK	: 4857 sayılı İş Kanunu
İMK	: 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
K.	: Karar numarası
md.	: Madde
RG	: Resmi Gazete
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

ÖZET

ÇÖMLEKÇİ SARI, MELİS. *İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN ASIL İŞVEREN - ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ*, YÜKSEK LİSANS TEZİ, İstanbul, 2018.

İşçi - işveren ilişkisinde oldukça fazla uyuşmazlığın yaşandığı ve iş ilişkisinin en önemli aşamalardan biri olan iş sözleşmesinin sona ermesi aşamasında, iş güvencesi sisteminin sonucu olan işe iade davaları, güncel ve çokça karşılaşılan davalardır. İş güvencesi sistemi ile esasen iş ilişkisinin devamının sağlanması, işçinin işinin güvence altına alınması, işverenin keyfi olarak iş ilişkisini sonlandırmasının önüne geçilerek işçinin korunması hedeflenmiştir.

4857 sayılı İş Kanununda iş güvencesi sistemine yer verilmiş, iş güvencesi kapsamındaki ilişkilerde fesih serbestisi kaldırılmış, fesihte kanunda düzenlenen geçerli veya haklı nedenlerin varlığı aranmış, nedenlerin varlığını ispat yükü işverene yüklenmiş, bu düzenlemeye aykırı olarak yapılan fesihlerde ise işçinin işe iadesini talep edebileceği öngörülmüştür.

İş Kanununda yer alan asıl işveren - alt işveren uygulaması ise, günümüzde sürekli olarak artmakta ve işçi - işveren ilişkisini farklı şekillerde etkilemektedir. İş hukukunda önemli bir yere sahip olan iş güvencesi sistemi bakımından asıl işveren ve alt işverenin rolleri, sorumlulukları, işe iade davalarındaki konumları, bu ilişkinin işçiye yansımaları uygulamada sorunlara yol açmaktadır.

Tezimizde iş güvencesi sistemi ve bu sistemin sonucu olan işe iade davaları bakımından asıl işveren - alt işveren ilişkisi ele alınmış, özellikle alt işveren işçisinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanma şartları, işe iade davalarında asıl işveren ve alt işverenin taraf sıfatı, işe iade davalarına bağlanan sonuçlardan asıl işveren ve alt işverenin ne şekilde sorumlu olacağı ve asıl işveren - alt işveren ilişkisinde işveren değişikliklerinin iş güvencesi bakımından etkileri hususları İş Kanunu kapsamında, doktrinindeki görüşler ve Yargıtay kararlarından da faydalanılarak incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: İş Güvencesi, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, İşe İade Davaları

ABSTRACT

ÇÖMLEKÇİ SARI, MELİS. *THE RELATIONSHIP BETWEEN PRIMARY EMPLOYER AND SUB-EMPLOYER IN THE CONTEXT OF JOB SECURITY PROVISIONS*, MASTER'S THESIS, İstanbul, 2018.

During one of the most important phases of employer - employee relationship, which is terminating a labor contract, numerous employer - employee disputes arise including reemployment lawsuit as a result of job security system. With the job security system, ensuring the continuation of employment process, securing the job of the employee and the protection of the rights of the employee by avoiding arbitrary termination of employment process by the employer have been aimed.

Labor Law no. 4857 which includes employment relations system, removed the withdrawal liberty within the context of job security, demanded just and valid causes which are regulated by law for withdrawal process. Moreover, the burden of proving for existence of mentioned causes has been imposed on the employer and in case of a withdrawal which is against to his regulations, the right of reemployment claim by the employee has been guaranteed.

The practice of primary employer and sub-employer in Labor Law is constantly increasing today and it affects the employee-employer relationship in different ways. In terms of job security system which has a significant part in Labor Law, the roles of primary employer and sub-employer, responsibilities, their positions in reemployment lawsuits, the reflections of this relationship to employees cause problems in practice.

In our thesis, the relationship between primary employer and sub-employer in terms of job security system and the reemployment lawsuits as a consequence of this system has been discussed, especially the terms of sub-employer employee's benefiting from the job security provisions, the party role of the primary employer and sub-employer in the reemployment lawsuits, how the primary employer and sub-employer will be responsible for the consequences of the reemployment lawsuits and the effects of the employer changes in regard to job security terms in the primary employer - sub-employer

relationship have been tried to be examined considering the perspectives of the doctrine and decisions of the Court of Cassation under the Labor Law.

Keywords: Job Security, The Relationship Between Primary Employer and Sub-employer, Reemployment Lawsuits

GİRİŞ

İş hukukumuz bakımından hayati bir öneme sahip olan iş güvencesi sistemi ile her şeyden evvel iş ilişkisinin devamının sağlanması, işçinin işinin güvence altına alınması, işverenin gerekçesiz veya keyfi olarak iş ilişkisini sonlandırmasının önüne geçilerek işçinin korunması amaçlanmaktadır. Böylelikle işçinin sürekli olarak işini kaybetme, ailesinin ve kendi geçimini sağlayamama endişesi duymaması sağlanacak; bunun yansıması olarak işyerinde verimin artmasına, çalışma barışının sağlanmasına katkıda bulunulacaktır.

Ancak iş güvencesine her ne olursa olsun iş ilişkisinin devam etmesi gerektiği, işveren tarafından hiçbir şekilde işçinin işten çıkarılmayacağı anlamları yüklenmemelidir. Başka bir deyişle, iş güvencesi ile iş sözleşmesinin feshi yasaklanmamaktadır. Nihayetinde sistemin amacı, işçinin iş güvencesinin sağlanmasının yanında işveren ve işletme gereklerinin de göz önüne alınarak işçilerin çalışma hakkı ile işverenlerin girişim ve sözleşme özgürlüğünün bir denge içinde birleştirilmesinin sağlanması olmalıdır.

Hukukumuzda tüm bu nedenler göz önünde bulundurularak 4857 sayılı İş Kanununun 18 vd. maddeleri ile iş güvencesi sistemi benimsenmiş, iş güvencesi kapsamındaki ilişkilerde fesih serbestisi kaldırılmış, fesihte kanunda düzenlenen geçerli veya haklı nedenlerin varlığı aranmış, nedenlerin varlığını ispat yükü işverene yüklenmiş, bu düzenlemeye aykırı olarak yapılan fesihlerde ise işçinin işe iadesi veya işçiye iş güvencesi tazminatı ile boşa geçen süre ücretlerinin ödenmesi öngörülmüştür.

İş güvencesi sistemi ve bu sistemin en önemli sonucu olan işe iade davalarının İş Kanununun 2. maddesinde düzenlenen asıl işveren - alt işveren ilişkisi kapsamında uygulamasında sorunlarla karşılaşmaktadır.

İş hukukunda asıl olan işverenlerin kendi işçileriyle üretim yapması ise de, işverenler uygulamada birtakım sebeplerle bazı işlerini başka işverenlere gördürmektedirler. Hukukumuzda üretimin başka işverenler aracılığı ile yapılması yasaklanmamakta, ancak özellikle işçilerin korunması amacıyla Kanunla sınırlandırılmaktadır.

Bu nedenle asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli sayılması İş Kanununda belli şartların varlığına bağlanmış, kanuna aykırı ya da muvazaalı olarak kurulan asıl işveren -

alt işveren ilişkilerinin geçersiz sayılacağı, işçilerin böyle bir ilişkinin söz konusu olması halinde başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

İş güvencesi hükümleri bakımından asıl - işveren alt işveren ilişkisi ele alınırken, ilk olarak alt işveren işçisinin iş güvencesi kapsamına girip girmeyeceğinin belirlenmesinde özellikle iş güvencesinden yararlanma şartlarından olan işyerinde otuz işçi çalışması ve işçinin altı aylık kıdemi olması koşulları bakımından uygulamada tereddütler yaşanmaktadır.

İş güvencesi sistemi kapsamına giren alt işveren işçisi bakımından ise, özellikle iş güvencesi sistemine bağlanan sonuç olan işe iade davalarında sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bunun en önemli sebeplerinden biri kanunda işçilik alacaklarından asıl işveren ve alt işverenin birlikte sorumlu olacağına düzenlenmesidir.

İşe iade davası neticesinde işe iadeye karar verilmesi halinde işçiyi işe başlatmakla yükümlü olacak işveren, işçinin gerçek işvereni olan alt işveren ise de, eğer işçi işe başlatılmazsa, bu durumun yaptırımı olarak öngörülen iş güvencesi tazminatından birlikte sorumluluk gereği asıl işveren de sorumlu olacaktır. Uygulamada, kanunda öngörülen birlikte sorumluluk nedeniyle işe iade davaları alt işverenle birlikte asıl işverene de yöneltilmekte, hatta kimi durumlarda muvazaa iddiası ya da işçinin yanılması nedeniyle bu davalar yalnızca asıl işverene yöneltilmektedir.

Özellikle asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı mahkemece resen araştırıldığından, yargılama sırasında bu ilişkinin geçerli ya da geçersiz olduğuna ilişkin yapılacak tespit, işverenlerin davadaki taraf sıfatlarını etkilemektedir. Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin bulunduğu işe iade davalarında ortaya çıkan bu soruna karşı Yargıtayın iş hukuku uyuşmazlıklarına bakan daireleri farklı çözümler benimsemiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu işe iade davalarında, işverenler arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğu görüşünderken, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise zorunlu dava arkadaşlığının bulunduğunu kabul etmektedir. Yargıtay dairelerinin farklı görüşlerde olmaları, aynı nitelikteki davalarda farklı kararlar verilmesi sonucunu doğurmakta, dairelerin uygulamaları iş hukuku ve usul hukuku bakımından doktrinde eleştirilmektedir.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin bulunduğu işe iade davalarında ortaya çıkan taraf sıfatı sorununa, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununu ile hukukumuzda giren dava şartı olarak arabuluculuk hükümlerinde yer alan, işe iade talepli uyuşmazlıklarda anlaşmanın gerçekleşebilmesi için asıl işveren ve alt işverenin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması şartı da farklı bir boyut kazandırmıştır.

Ayrıca iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesini fesheden işverenin geçerli bir nedene dayanma zorunluluğu kapsamında, işyerinde salt alt işveren uygulamasına geçilmesi veya mevcut asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona ermesinin işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli neden olarak kabul edilip edilemeyeceği de üzerinde durulması gereken noktalardandır.

Tezimizde asıl işveren - alt işveren ilişkisi, iş güvencesi sistemi ve hükümleri kapsamında, özellikle bu konuda uygulamada karşılaşılan sorunlar, işe iade davalarında ortaya çıkan taraf sıfatı sorunu ve işe iade davasının sonuçlarından sorumluluk bakımından aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ALT İŞVEREN, İŞ GÜVENCESİ VE İŞE İADE KAVRAMLARI

1. ALT İŞVEREN

1.1. Genel Olarak

İşveren, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasında bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş olarak tanımlanmaktadır¹. Ancak İş Kanununda ayrıca alt işveren tanımı yapılmamıştır².

Alt işveren tanımına yer verilmemekle birlikte, Kanunun 2. maddesinin 6. fıkrasında “*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.*” denilerek asıl işveren - alt işveren ilişkisi tanımlanmıştır³.

İş Kanunundaki asıl işveren - alt işveren ilişkisi tanımı doğrultusunda alt işveren, bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir⁴.

¹ İşveren tanımına ilişkin ayrıntı için bkz. Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Bası, Beta, İstanbul 2017, 78; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, Beta, İstanbul 2017, 29; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 1. Baskı, Lykeion, Ankara 2017, 60.

² Narmanlioğlu, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Beta, İstanbul 2014, 117; Çil, Şahin: “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Editör: Güzel, Ali, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum - 04 Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, 7.

³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 83; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 31; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 65; Süzek, Sarper: İş Hukuku, 15. Baskı (Tıpkı Basım), Beta, İstanbul 2018, 158; Narmanlioğlu, İş Hukuku, 117.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinde, bir işverenin “asıl”, diğerinin ise “alt” olarak adlandırılmasında amaçlanan, bu işverenleri birbirinden ayırt etmektir⁵. Esasen asıl işveren - alt işveren ilişkisinde, işçinin asıl işvereni alt işverendir. İşverenin asıl işvereni olmayan işvereni “asıl işveren” olarak adlandırılmaktansa, kanaatimizce bu üçlü iş ilişkisinde işverenleri aralarındaki ilişkiye uygun düşecek şekilde, örneğin “alt işveren” ve “üst işveren” şeklinde ifade etmek daha doğrudur. Ancak çalışmamızda, İş Kanununda kullanıldığı şekilde “alt işveren” ve “asıl işveren” kavramları kullanılacaktır.

İş Kanununun 3. maddesinin 2. fıkrası gereği alt işveren ile asıl işveren arasında yazılı bir alt işverenlik sözleşmesi yapılmalı, alt işveren bu sözleşme ve gerekli diğer belgeler ile kendi işyerinin tescili için Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirimde bulunmalıdır⁶.

İş Kanununda asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirimi ve diğer hususlar ile ilgili usul ve esasların bir yönetmelikte belirlenmesi öngörülmüş, bu nedenle Alt İşverenlik Yönetmeliği çıkarılmıştır⁷.

1.2. Alt İşveren İlişkisinin Kurulabilmesinin Koşulları

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulması için İş Kanunu ve yargı kararları gereği birtakım koşulların gerçekleşmesi aranmaktadır. Bu koşullar; işyerinde işçi çalıştıran asıl işverenin olması, işin asıl işverene ait işyerinde yapılması, işin işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin olması, işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş ya da yardımcı iş olması ve işçilerin sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırılmasıdır.

⁴ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 31; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 66; Taşkent, Savaş: “Alt İşveren”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, 2004, 363; Çil, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, 7.

⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 65.

⁶ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 31; Centel, Tankut: “Alt İşverene İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 10, Yıl 3, Haziran 2008, 6; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 85.

⁷ RG, 27.09.2008, 27010, yönetmeliğe ilişkin ayrıntılı bilgi ve eleştirisi için bkz. Alpagut, Gülsevil: “Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:5, Sayı:20, 2008, 1347-1358.

1.2.1. İşyerinde işçi çalıştıran asıl işverenin olması

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulabilmesinin ilk koşulu, işyerinde işçi çalıştıran bir asıl işverenin olmasıdır⁸. Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 4. maddesinde bu husus “*Asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Bir işin yapılması tümüyle başka bir işverene bırakılmış ise, bu halde asıl işveren - alt işveren ilişkisinin varlığından söz edilemez. Örneğin anahtar teslimi şartıyla bir binanın yapımını üstlenen kişi alt işveren değil, işveren sıfatını taşıyacaktır⁹. Yargıtay kararları da bu yöndedir¹⁰.

Yargıtay bu konuda 2017 tarihli bir kararında “*İşin belirli bir bölümünde değil de, tamamının bir bütün halinde ya da bölümlere ayrılarak başkalarına devredildiği, işten bu yolla tamamen el çekildiği, sigortalı çalıştırılmadığı için işveren sıfatının haiz olunmadığı durumda ise, bunları devralan kişiler alt işveren, devredenler de asıl işveren olarak nitelendirilemeyecektir.*” diyerek taraflar arasında belirli bir işin yapılıp teslim edilmesine ilişkin anahtar teslim işi söz konusu olduğundan asıl işveren - alt işveren ilişkisi bulunmadığını ifade etmiştir¹¹.

Belirtmek gerekir ki, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin varlığından söz edilebilmesi için, işyerinde yalnızca asıl işverenin değil, alt işverenin de işçi çalıştırması gereklidir. İşyerindeki işin bir kısmını üstelenerek, bu işi kendi başına yapan kişi alt işveren sıfatı kazanamaz¹².

⁸ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 33; Süzek, Sarper: “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:7, Sayı:25, 2010, 14; Taşkent, “Alt İşveren”, 363; Canbolat, Talat: Türk İş Hukukunda Asıl İşveren–Alt İşveren İlişkileri, Kazancı, İstanbul 1992, 21.

⁹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 33; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 66; Süzek, İş Hukuku, 160; Süzek, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, 14; Taşkent, “Alt İşveren”, 363.

¹⁰ Yarg. 22. HD, 19.12.2017, E. 2015/24380, K. 2017/29530; Yarg. 9. HD, 17.12.2015, E. 2014/22750, K. 2015/35869, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 03.01.2018).

¹¹ Yarg. 22. HD, 04.07.2017, 8286/15986, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 03.01.2018).

¹² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 89-90; Süzek, İş Hukuku, 160; Süzek, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, 15.

1.2.2. İşin işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin olması

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulabilmesinin bir diğer koşulu, alt işverenin işçilerini asıl işverenin işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde ya da asıl işin bir bölümünde çalıştırıyor olmasıdır¹³. Bu husus İş Kanununun 2. maddesinin gerekçesinde de “*Bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin "asli işin bir bölümünde" veya "yardımcı işlerinde" iş alan diğer işverenler, işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırdıklarında asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmuş olacak (...)*” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu nedenle işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin olmayan, örneğin işyerinin çatısının onarımı, işyeri binasının boyanması ya da tadilatı işi gibi işlerde, bu iş asıl işverene ait işyerinde yapılmasına rağmen asıl işveren - alt işveren ilişkisi olarak değerlendirilemeyecektir¹⁴.

1475 sayılı mülga İş Kanununun 1. maddesinin son fıkrasında “*Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan*” işveren diğer koşulların da varlığı halinde alt işveren olarak kabul edilmekte idi¹⁵. Yargıtayın görüşü asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için asıl işin belli bir bölümünün üstlenilmesi gerektiği yönündeydi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1996 tarihinde verdiği bir kararında “*(...) davalılar ... A.Ş. ile ... Müteahhitlik firması arasında bir ast-üst işveren ilişkisi mevcut değildir. ... firması, bu tür onarım işlerini üstlenen, tamamen bağımsız bir firmadır. Davalılar arasındaki hukuki ilişki eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Ölen işçi de tatilde bulunan ... fabrikasındaki yıllık mutad bakım ve onarım işini üstlenen ... Müteahhitlik firmasının işçisidir. Olayın gerçekleşme biçimi itibari ile davalılardan ... A.Ş. sorumlu tutulamayacağına göre (...)*” ifadelerini kullanmıştır¹⁶. 4857 sayılı İş Kanununda da,

¹³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 90; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 67; Süzek, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, 16.

¹⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 90; Süzek, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, 16; Çil, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, 12-13.

¹⁵ Güzel, Ali: “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum, 2004/1, 43.

¹⁶ YHGK, 07.02.1996, E. 1995/9-901, K. 1996/44, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 03.01.2018).

Yargıtayın bu içtihadı esas alınarak, bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş veya asıl işin bir bölümünde iş alınması halinde asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulacağı düzenlenmiştir¹⁷.

Doktrinde bir görüş, yardımcı işler bakımından 4857 sayılı Kanununun 2. maddesinde yer alan “*işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş*” ifadesinin, asıl işverenlerin sorumluluğunu sınırlayıcı nitelikte olması nedeniyle isabetli olmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, asıl işveren - alt işveren ilişkisi düzenlemesinin temel amacı, işçiyi koruma ilkesi doğrultusunda alt işveren işçilerinin haklarını müteselsil sorumluluk esasıyla güvence altına almaktır. Bu nedenle asıl işveren - alt işveren ilişkisini bu şekilde daraltmak, birçok işçiyi güvenceden yoksun bırakmak anlamını taşıyacaktır. Kapsam dışında bırakılan, örneğin işyerinin çatısının onarımı, işyeri binasının boyanması gibi işler de, diğer işler gibi asıl işverene ait işlerdir ve yardımcı iş sayılmak açısından, yemek veya temizlik işinden farklı sayılmamalıdır¹⁸.

1.2.3. İşin asıl işverene ait işyerinde yapılması

İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında yer alan işçilerini bu işyerinde çalıştıran diğer işveren ifadesinden anlaşıldığı üzere asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için, alt işverenin işçilerini, asıl işverenin işyerinde çalıştırıyor olması gerekmektedir. Bu nedenle bir işverenden iş alarak, aldığı bu işi kendi işyerinde yapan işveren ile iş sahibi arasında asıl işveren - alt işveren ilişkisi kurulmaz¹⁹.

Ancak asıl işverenin işyeri ifadesi dar yorumlanmamalı, işin mutlaka asıl işverene ait işyerinin coğrafi sınırlarının içinde yapılması gerektiği sonucuna varılmamalıdır²⁰. Örneğin işçilerin işyerine getirilip götürülmesi işi²¹, bir elektrik santraline kömür taşınması işi²² gibi işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerin

¹⁷ Güzel, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, 43.

¹⁸ Güzel, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, 43-44.

¹⁹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 34; Süzek, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, 15; Çankaya, O. Güven/Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 3. Baskı, Yetkin, Ankara 2011, 24.

²⁰ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 34; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 68.

²¹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 34.

²² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 68.

başka bir işverene verildiği durumlarda asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulmuş olduğu kabul edilmelidir.

Yargıtay bu konuya ilişkin olarak, işyerinin işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğunu, dolayısıyla üretimden dağıtım aşamalarına kadar iş organizasyonu içinde yer alan işyeri ve araçların işyeri içinde olduğunu, bu nedenle dağıtım işi araçla işyeri dışında gerçekleşse de araç işyerine bağlı olduğundan işin işyerinde yapıldığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir²³.

1.2.4. İşin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması

İş Kanununun 2. maddesinde alt işveren ilişkisinin işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işler veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde söz konusu olabileceği düzenlenmiştir.

Bu noktada işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerin alt işverene verilebilmesi için işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulunun aranıp aranmayacağı hususuna değinmek gerekir. Doktrinde yardımcı işlerde alt işveren ilişkisinin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulu aranmaksızın kurulabileceği kabul edilmiştir²⁴.

Yargıtay da bu konuda bir kararında “*Alt işverene verilen iş, işyerinde mal veya hizmet üretiminin yardımcı işlerinden olmalıdır. Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi durumunda ise, verilen iş işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır.*” ifadelerini kullanmıştır²⁵.

²³ Yarg. 9. HD, 14.12.2015, E. 2014/24574, K. 2015/35275; Yarg. 7. HD, 16.09.2013, 8090/14813; Yarg. 9. HD, 26.09.2011, 5359/33287, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 03.01.2018).

²⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 97; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 37; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 67; Süzek, İş Hukuku, 162; Çelik, Nuri: “İş Hukukumuzda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Önemli Bazı Sorunları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 17, Yıl 5, Mart 2010, 6-7; Narmanlioğlu, İş Hukuku, 122; Taşkent, “Alt İşveren”, 365.

²⁵ Yarg. 9. HD, 11.10.2017, 23611/15450, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.01.2018).

Alt işverene verilecek asıl işler bakımından ise asıl işin bir bölümünün verilmesi ve bu işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması koşulu aranacaktır. Kanun maddesinde kullanılan işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş ifadesinin nasıl yorumlanması gerektiği hususunda doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır.

Doktrindeki bir görüşe göre maddede yer alan “ile” bağlacı “ve” olarak anlaşılmalıdır. Buna göre asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için işin hem işletmenin ve işin gereği olması hem de teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekmektedir. Bu görüşe göre “ile” bağlacı “veya” olarak kabul edildiğinde düzenlemenin amacına aykırı olacak, işveren sadece işin ve işletmenin gereği olduğunu ileri sürerek sadece maliyeti düşürmek için asıl işi bölerek alt işverene verebilecektir²⁶.

Doktrindeki diğer görüşe göre ise “ile” bağlacı “veya” olarak anlaşılmalıdır. Bir başka deyişle asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için işin işletmenin ve işin gereği olması yeterlidir. Yine alt işverene verilecek olan asıl işin bir bölümünün teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması halinde, işletmenin ve işin gereği olması koşulu aranmayacaktır²⁷.

Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 11. maddesinde birinci görüşe paralel şekilde “*Ancak asıl iş; a) İşletmenin ve işin gereği, b) Teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi, şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde bölünerek alt işverene verilebilir.*” düzenlemesine yer verilmiştir²⁸.

²⁶ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 36; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 94-95; Süzek, İş Hukuku, 165; Akyiğit, Ercan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2013, 40; Çelik, Nuri: “Alt İşverenlik Konusunda Bir Yargıtay Kararındaki Değerlendirmeler Üzerine Düşüncelerimiz”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:9, Sayı:35, 2012, 174; Çelik, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sorunları”, 7-8; Güzel, Ali: “Alt İşveren Uygulamasında Güvencesiz Bir Sisteme Doğru...”, Çalışma ve Toplum, 2010/4, 19; Narmanlioğlu, İş Hukuku, 124; Taşkent, “Alt İşveren”, 364; Çil, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, 16.

²⁷ Ekonomi, Münir: “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (III) Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, Legal, İstanbul 2008, 42; Alpagut, Gülsevil: “4857 Sayılı İş Yasası İle Alt İşveren Kurumunda Yeni Yapılanma”, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı-Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, İNTES, Ankara 2004, 18-19; Ekmekçi, Ömer: “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, Mercek, Temmuz 2003, 134.

²⁸ Yönetmelik hükmünün yasayı aşan bir sınırlama öngörmesi nedeniyle hukuka aykırı olduğu görüşü için bkz. Alpagut, “Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, 1356.

Doktrinde tartışmalı olan bu hususta Yargıtay, “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütlerinin bir arada aranması gerektiği belirterek, kararlarında bağlacın “ve” olarak kabul edilmesi gerektiğine dair ilk görüşü benimsemiştir²⁹. Yargıtay bu konuda bir kararında “4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütünün bir arada bulunması şarttır.” diyerek “ile” bağlacının “ve” olarak anlaşılması gerektiğini açıkça belirtmiştir³⁰.

Yargıtayın yine bu hususta başka bir kararında “Anılan düzenlemede baskın öge, “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur.” açıklamalarında bulunulmuştur³¹. Böylelikle ölçüt bütünlüğü görüşü uygulamada da benimsenmiştir.

1.2.5. Alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan işte çalıştırılması

Alt işveren ilişkisinin kurulabilmesinin son koşulu ise, alt işverenin asıl işverenden alınan işte çalıştırdığı işçilerini, sadece bu asıl işverenden alınan işte çalıştırmasıdır. Başka bir deyişle alt işverenin bu işçileri asıl işverenden alınan işe tahsis etmesi, aynı zamanda başka işlerde çalıştırmaması gerekmektedir³².

Ancak bu koşul, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulması için alt işverenin tüm işçilerini asıl işverenden alınan işte çalıştırması gerektiği anlamına gelmez. Alt işverenin

²⁹ Çelik, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sorunları”, 9; Doğan Yenisey, Kübra: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul 2015, 35.

³⁰ Yarg. 22. HD, 23.01.2017, E. 2016/30992, K. 2017/623; aynı yönde Yarg. 7. HD, 22.02.2016, E. 2015/38914, K. 2016/3886, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.01.2018).

³¹ Yarg. 9. HD, 10.11.2015, 22937/31849, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.01.2018).

³² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 93; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 34; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 68; Süzek, İş Hukuku, 166; Süzek, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, 25; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 126; Şahlanan, Fevzi: “Alt İşveren İşçisine Karşı Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Sınırları (Karar İncelemesi)”, Tekstil İşveren, Hukuk 55, Sayı 370, Ocak 2011, 5; Taşkent, “Alt İşveren”, 364; Canbolat, 28.

asıl işverenden alınan işe tahsis ettiği işçiler dışındaki diğer işçilerini başka işlerde çalıştırması, asıl işverenle olan ilişkisini etkilemeyecektir³³.

Yargıtay konuyla ilgili bir kararında, alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında mı yoksa başka işverenlere ait birden çok işyerinde mi çalıştırıldıklarının tespitinin asıl işveren - alt işveren ilişkisinin bulunup bulunmadığının tespiti konusunda önemli olduğunu “*Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için, işçinin münhasıran ... Şirketine ait asıl işverene ait işyerinde çalıştırılıyor olması gerekmektedir.*” şeklinde belirtmiştir³⁴.

1.3. Asıl İşverenin Alt İşveren İşçilerine Karşı Müteselsil Sorumluluğu

1.3.1. Genel olarak

İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında “*asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Düzenlemenin amacı ekonomik açıdan daha güçsüz konumda olarak nitelendirilebilecek alt işveren işçilerinin korunmasıdır³⁵.

Buna göre alt işveren işçisi, İş Kanunundan, iş sözleşmesinden, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını asıl işveren veya alt işverenden -dilerse her ikisinden birlikte- talep edebilecektir³⁶. Maddede sözü geçen birlikte sorumluluk, müteselsil sorumluluktur. Bu müteselsil sorumluluk, kıdem, ihbar, kötüniyet, ayrımcılık tazminatı ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, yıllık izin, genel tatil ücretleri, boşa geçen

³³ Süzek, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, 25; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 126.

³⁴ Yarg. 22. HD, 03.07.2017, 34520/15641, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.01.2018).

³⁵ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 99; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 38; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 70; Süzek, İş Hukuku, 167; Süzek, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, 26.

³⁶ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 101; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 39; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 70; Süzek, İş Hukuku, 167; Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 50; Akyiğit, Alt İşverenlik, 72; Demir, Fevzi: “Asıl İşveren - Alt İşveren Birlikte Sorumluluğunun Sınırları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:12, Sayı:48, 2015, 23; Çil, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, 29.

süre alacağı ile işe başlatmama tazminatı, yemek, yol, prim gibi tüm işçi alacaklarını içerir³⁷.

Bu noktada işçinin bir iş kazası sonucu yaralanması veya ölmesi durumunda, işçinin kendisi ya da desteğinden yoksun kalanların tazminat taleplerinin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa dayanması nedeniyle asıl işverenden talep edilip edilemeyeceği sorusu akla gelebilmektedir. Bu konuda öğretide her ne kadar yasal dayanak TBK olsa da, bu alacağın işverenin işçiyi gözetme ve koruma borcundan kaynaklandığı, bu nedenle müteselsil sorumluluk kapsamında sayılması gerektiği ifade edilmiştir³⁸.

Yargıtay bu hususta bir kararında “*Asıl işveren, doğrudan bir hizmet sözleşmesi bulunmama ile birlikte İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrası gereğince alt işverenin işçilerinin iş kazası veya meslek hastalığı sebebiyle uğrayacakları maddi ve manevi zarardan alt işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur. Bu sebeple meslek hastalığına veya iş kazasına uğrayan alt işverenin işçisi veya ölümü halinde mirasçıları tazminat davasını müteselsil sorumlu olan asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte açabilecekleri gibi yalnızca asıl işverene veya alt işverene karşı da açabilirler.*” diyerek asıl işveren bakımından husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine ilişkin yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir³⁹.

Belirtmek gerekir ki asıl işverenin alt işveren işçisine karşı sorumluluğu, kendi döneminde doğan alacaklar ile sınırlıdır. Bu nedenle kural olarak asıl işveren - alt işveren ilişkisinin bulunmadığı dönemde doğan bir alaktan asıl işveren sorumlu tutulamaz⁴⁰.

Yargıtaya göre alt işveren işçisi, alt işveren tarafından alt işverenin aldığı işten dolayı bu süre zarfında sadece bu işte çalışmış ve asıl işveren - alt işveren arasındaki ilişki sona

³⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 101; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 39; Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 51; Çil, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, 29; Şen, Murat/Naneci, Aslı: “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 15, Yıl 4, Eylül 2009, 44.

³⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 101; Sützek, İş Hukuku, 167.

³⁹ Yarg. 21. HD, 09.10.2017, E. 2016/5056, K. 2017/7484 K. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.01.2018).

⁴⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 102; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 70; Sützek, İş Hukuku, 167; Narmanlioğlu, İş Hukuku, 131; Şahlanan, “Alt İşveren İşçisine Karşı Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Sınırları (Karar İncelemesi)”, 4; Şen/Naneci, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi”, 43; Güzel, Ali: “İşe İade Davalarına İlişkin Sorunların Çözümü Açısından Yeni Bir Model Önerisi”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar - 4, Editörler: Güzel, Ali/Ugan Çatalkaya, Deniz, Seminer: 22 Şubat 2014, Seçkin, Ankara 2014, 106.

erdiğinde veya asıl işveren - alt işveren ilişkisi devam ederken iş ilişkisi sonlanmış ise, işçinin feshe bağlı alacakları dahil tüm işçilik alacaklarından asıl işveren, alt işverenle birlikte sorumlu olacaktır⁴¹.

Ancak işçi, asıl işveren ilişkisi başlamadan önce de alt işveren işçisi olarak, alt işverenin kendi işinde veya alt işverenin üstlendiği farklı bir asıl işverende çalışmış ve işçinin iş sözleşmesi sonra kurulan asıl işveren - alt işveren ilişkisi sırasında veya bitiminde sonlanmış ise, alt işveren tüm süre üzerinden işçilik alacaklardan sorumlu iken, asıl işveren sadece kendi dönemindeki süre ve ücret üzerinden alt işverenle birlikte sorumlu olacaktır⁴².

Yine Yargıtaya göre asıl işveren - alt işveren ilişkisi sona ermesine rağmen, işçi alt işverenin kendi veya alt işverenin yeni yüklendiği farklı bir asıl işverene ait işte çalışıyor ise, fesih olgusuna bağlı haklar hariç olmak üzere asıl işverenin kendi dönemindeki ücret ve süre üzerinden ücret ve diğer işçilik alacaklarından alt işverenle birlikte sorumluluğu devam edecektir. İşçinin iş sözleşmesinin daha sonra sonlandırılması halinde ise asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona erdiği tarihteki süre ve ücret üzerinden, sadece kıdem tazminatı ve gerçekleşen işçilik alacaklarından alt işverenle birlikte sorumlu olacaktır. Fesih olgusu asıl işveren - alt işveren ilişkisi sona erdikten sonra gerçekleştiği için, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağından asıl işveren sorumlu tutulamayacaktır⁴³.

Yargıtayın işçinin iş sözleşmesinin asıl işveren - alt işveren ilişkisi sona erdikten sonra sonlandırılması halinde asıl işverenin, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona erdiği tarihteki süre ve ücret üzerinden kıdem tazminatı ve gerçekleşen işçilik alacakları bakımından alt işverenle birlikte sorumlu olacağı görüşü doktrinde eleştirilmiştir.

Kıdem tazminatı feshe bağlı bir hak olup, İş Kanununda öngörülen şartlar sağlandığı takdirde iş sözleşmesinin feshi ile birlikte doğar. Bu nedenle asıl işveren - alt işveren ilişkisi devam ederken doğmuş olan bir kıdem tazminatı alacağı söz konusu değildir.

⁴¹ Yarg. 9. HD, 16.06.2016, 17841/14519; Yarg. 22. HD, 16.06.2016, E. 2015/11169, K. 2016/17967, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.01.2018).

⁴² Yarg. 9. HD, 16.06.2016, 17841/14519; Yarg. 9. HD, 01.03.2016, E. 2014/31837, K. 2016/4523; Yarg. 22. HD, 29.06.2015, E. 2014/13187, K. 2015/22252, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.01.2018).

⁴³ Yarg. 9. HD, 16.06.2016, 17841/14519; Yarg. 9. HD, 01.03.2016, E. 2014/31837, K. 2016/4523; Yarg. 22. HD, 29.06.2015, E. 2014/13187, K. 2015/22252, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.01.2018).

Yargıtayın görüşü bu yönüyle isabetsiz olarak değerlendirilmiştir⁴⁴. Bunun yanında Yargıtayın görüşünün aksi kabul edildiğinde kıdem tazminatı alacağının tehlikeye düştüğü, bu görüş her ne kadar teknik hukuk bakımından isabetli olmasa da korunmaya değer menfaat bakımından adil olduğu da ifade edilmiştir⁴⁵.

Belirtmek gerekir ki, asıl işverenin birlikte sorumluluk kapsamında alt işveren işçisine ödemiş olduğu miktarda alt işverene rücu hakkı bulunmaktadır⁴⁶. Asıl işveren ile alt işverenin aralarında yapacakları bir sözleşme ile birlikte sorumluluk kurallarını ortadan kaldırmaları, asıl işverenin sorumlu olmayacağını kararlaştırılmaları işçi bakımından hüküm ifade etmez, ancak asıl işveren - alt işveren arasındaki iç ilişki bakımından uygulanabilir⁴⁷.

1.3.2. İşçinin asıl işverene ait işyerinde değişen alt işverenler yanında çalışması halinde sorumluluk

Uygulamada işçinin asıl işverene ait işyerinde değişik işverenler yanında kesintisiz olarak çalışması durumuna sıkça rastlanılmaktadır. Bu halde alt işverenler periyodik olarak değişmesine rağmen, işçiler aynı işyerinde yeni alt işverenler yanında çalışmaya devam etmektedirler⁴⁸.

Yargıtaya göre işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenler nezdinde aynı işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi gerekir. Bu durumda değişen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını da devralmış sayılırlar. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi veya alt işveren tarafından bir fesih bildirimini yapılmadığı sürece, iş sözleşmeleri değişen

⁴⁴ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 104.

⁴⁵ Alpagut, Gülsevil: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2012, 31-32.

⁴⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 70; Süzek, İş Hukuku, 168; Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 50; Andaç, Faruk: “Alt İşverenlerin İş Güvencesinden Doğan Sorumlulukları”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Demir, Ender/Gemici Filiz, Beste, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, 585; Demir, “Asıl İşveren - Alt İşveren Birlikte Sorumluluğunun Sınırları”, 23; Çil, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, 28; Şen/Naneci, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi”, 42.

⁴⁷ Süzek, İş Hukuku, 168; Şen/Naneci, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi”, 43.

⁴⁸ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 105-106.

alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçi açısından, feshe bağlı haklar olan kıdem ve ihbar tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz⁴⁹.

1.4. Asıl İşveren - Alt İşveren İlişisine Getirilen Sınırlamalar ve Bunlara Aykırılığın Yaptırımı

İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında asıl işveren - alt işveren ilişkilerinde muvazaayı engellemeye yönelik olarak *“Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.”* düzenlemesine yer verilmiştir. Maddenin gerekçesinde ise Yargıtayın görüşleri de dikkate alınarak asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat verilmemesi için bu konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesinin uygun görüldüğü belirtilmiştir.

Genel olarak muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmak konusunda anlaşmaları olarak tanımlanabilir⁵⁰. Muvazaa, TBK md. 19’da *“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.”* şeklinde düzenlenmiştir.

İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında, uygulamada sıkça karşılaşılan muvazaa hallerine yer verilmişse de genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayanması ifadesi nedeniyle bu durumların dışında da muvazaa iddiasının ileri sürülebileceği kabul edilmelidir⁵¹. Yargıtay da bu yönde bir kararında *“Muvazaanın*

⁴⁹ Yarg. 22. HD, 14.09.2017, 37805/18003; Yarg. 9. HD, 10.07.2017, 22096/12491, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.01.2018).

⁵⁰ Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 1993, 408; Yarg. 9. HD, 03.05.2016, 10886/11103, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 30.01.2018)

ispatı genel ispat kurallarına tabidir. Bundan başka 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen hususların adi kanuni karine olduğu ve aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.” ifadelerini kullanmıştır⁵².

Belirtmek gerekir ki asıl işveren - alt işveren ilişkisinde muvazaanın söz konusu olup olmadığı hakim tarafından resen araştırılmalıdır. Yargıtay bu konuda bir kararında “(...) geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi olup olmadığı üzerinde durulmamıştır. Belirtilen ilişkinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı re’sen araştırılmalıdır.” ifadelerine yer vermiştir⁵³.

1.4.1. Alt işveren tarafından işe alınan asıl işveren işçilerinin haklarının kısıtlanamaması

İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında ilk olarak asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamayacağını düzenlenmiştir.

Maddenin gerekçesinde, 1980’li yıllardan sonra ekonomik koşulların etkisiyle asıl işveren - alt işveren ilişkilerinde sayısal artışlar olduğu, bunun sonucu olarak işçilerin haklarının sınırlandırılması veya kullanılamaz hale getirilmesine yönelik uygulamaların yaygınlaştığı, bu nedenle Yargıtayın görüşü de nazara alınarak asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla düzenlemenin getirildiği ifade edilmiştir.

Düzenlemede asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınamayacağı değil, bu yolla mevcut haklarına kısıtlama getirilemeyeceği belirtilmiştir⁵⁴. Hükmün lafzına

⁵¹ Süzek, İş Hukuku, 171; Süzek, Sarper: “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi”, Legal İHSGHD, Sayı 27, İstanbul 2010, 935.

⁵² Yarg. 9. HD, 23.03.2010, E. 2008/17251 K. 2010/7763; aynı yönde Yarg. 22. HD, 16.06.2016, 15329/18179; Yarg. 9. HD, 17.11.2016, 13905/20223, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 30.01.2018).

⁵³ Yarg. 9. HD, 26.11.2007, E. 36945/35404, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 30.01.2018).

⁵⁴ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 37.

göre alt işveren, asıl işveren işçilerini işe alabilecek fakat aynı şartlar ile çalıştırmaya devam edecek ya da daha iyi şartlar ile çalıştıracaktır⁵⁵.

Hakların kısıtlanmasından ne anlaşılması gerektiği konusunda, örneğin işçinin ücret ya da ücret eklerinin azaltılması, ücret azaltılmamış olsa da işçiye sağlanan servisten yararlanma hakkının kaldırılması gibi bazı hakların ortadan kaldırılması, haklarının kısıtlanması olarak kabul edilmelidir⁵⁶.

Bu düzenleme ile asıl işveren alt işveren ilişkisinin, muvazaa ya da yasaya karşı hile olgularının en yoğun yaşandığı bir konuya açıklık getirilerek asıl işveren alt işveren ilişkisinin gerçek anlamı içinde kurulması amaçlanmıştır. Bu şekilde alt işverenin asıl işverenin işçilerini değil, dışarıdan istihdam edeceği işçileri çalıştırması söz konusu olacaktır⁵⁷.

Düzenleme, doktrinde doğrudan çalışma yasağı olarak algılanması nedeniyle de eleştirilmektedir. Örneğin geçerli sebeple işten çıkarılan asıl işveren işçisinin, aynı işyerinde alt işveren tarafından işe alınmasının önüne geçilerek sözleşme özgürlüğü önlenmiş olacaktır. Bu nedenle doktrinde düzenlemenin ancak muvazaa olması halinde uygulanması gerektiğine ilişkin görüş ve eleştiriler mevcuttur⁵⁸.

Her ne kadar işçinin haklarının kısıtlanmasının söz konusu olmadığı hallerde asıl işveren işçisinin alt işverence çalıştırılmasının engellenmediği, haklarının kısıtlanmaması koşuluyla asıl işveren işçilerinin alt işveren işçisi olarak çalışmasında engel bulunmadığı sonucuna varılıyorsa da, doktrinde düzenleme ile çalışmanın sürdürülmesinin her halde hak kısıtlamasına yol açığının kabul edildiği ve bu halin önlenmesinin amaçlandığı görüşü mevcuttur⁵⁹. Buna göre hükmün amacının toplu sözleşme düzeninin parçalanmasını önlemek olduğundan, bireysel hak kaybı ortaya çıkmasa dahi bu tür ilişki muvazaalı sayılmalıdır.

⁵⁵ Süzek, “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi”, 935.

⁵⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 112.

⁵⁷ Güzel, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, 56.

⁵⁸ Aydın, İbrahim: Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 4. Baskı, Ankara 2015, 285.

⁵⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 111-112.

Buna karşılık bizim de isabetli bulduğumuz şekilde doktrinde, daha önce asıl işveren yanında çalışan işçinin uzun bir süre geçtikten sonra, muvazaa söz konusu olmadığı takdirde alt işveren işçisi olarak çalışmasında yasaya aykırı bir yön bulunmadığı da belirtilmiştir⁶⁰.

Yine doktrinde kuralın amacı dikkate alındığında, asıl işverenlerin alt işverenlere, onların da başkalarına iş vermesi halinde, anılan düzenlemedeki sınırlamanın her bir işi verenle işi alan arasında geçerli olacağı, bir sonraki ilişkiyi ise etkilemeyeceği görüşüne itibar etmemek gerektiği, kuralın aynı ilişki zinciri içinde yer alan tüm işverenleri kapsadığı ifade edilmiştir⁶¹.

Yargıtay, konu ile ilgili 2005 yılında verdiği bir kararında “*Davacının davalı belediye işyerinde çalışırken asli işi olan temizlik işinin dava dışı şirkete devredilmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedilip, ertesi günü taşeron şirket tarafından düşük ücretle çalıştırılmaya başlandığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/VII. maddesi uyarınca, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamayacağından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek (...)*” diyerek ücreti düşürülerek alt işveren yanında çalıştırılan işçinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılması gerektiğini belirtmiştir⁶².

Yargıtay 2007 tarihli bir kararında ise “*(...) davacının başlangıçta bilet satış, dağıtım, tahsilat, peron kontrol hizmetlerini yürüten davalı İ... Ulaşım Sanayi Anonim Şirket işçisi olarak işe başladığı, davalının bu hizmetleri daha sonra ihale ile alt işverene verdiği ve davacının bu kez alt işveren işçisi olarak aynı işyerinde çalışmasına devam ettiği anlaşılmaktadır. Mahkemece davanın asıl işveren işçisi iken, asıl işin alt işverene verilmesi ve alt işveren işçisi olarak çalıştırılmaya devam etmesi nedeni ile davalılar arasındaki sözleşmenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesine aykırı olduğu ve davacının başlangıçtan beri İ... Ulaşım Sanayi Anonim Şirket işçisi sayılması gerektiği*

⁶⁰ Soyer, Polat: “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, Mart 2006, 22.

⁶¹ Güzel, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, 56; aynı yönde Soyer, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, 22.

⁶² Yarg. 9. HD, 11.07.2005, 18822/24469, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

yönündeki tespiti yerindedir.” diyerek kanundaki yasağın doğrudan uygulandığı izlenimi yaratmaktadır⁶³.

Yargıtayın işçilerin büyük çoğunluğunun alt işverenin işçisi olması halinde muvazaadan bahsedilemeyeceğine dair kararları mevcuttur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında büyük çoğunluğu kendi işçi kadrosundan oluşan ve asıl işverenin birkaç işçisini işe alarak çalıştıran alt işverenin bu tutumunun, işlemi muvazaalı hale getirmeyeceğini, bu durumda işe alınan az sayıdaki asıl işveren işçilerinin haklarının kısıtlanmış olmasının da sonuca etkili olmayacağını belirtmiştir⁶⁴.

Ancak doktrinde bir görüş, alt işverenin işçilerinden bazıları asıl işveren işçisi de olmuş ve alt işveren tarafından daha düşük koşullarda çalıştırılıyorsa, diğer kısım işçiler daha önce asıl işverenin işçisi olmamışlarsa, bu durumda daha evvel asıl işveren işçisi olup da hakları kısıtlanmış olan işçiler açısından alt işverenlik ilişkisinin geçersiz olacağını ve onların asıl işveren işçisi sayılacağını savunmuştur⁶⁵.

1.4.2. Daha önce asıl işverence çalıştırılmış kişilerle alt işveren ilişkisinin kurulamaması

İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenen diğer bir sınırlama ise daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulamayacağıdır. Bu düzenlemede amaç, işverenin muvazaalı şekilde işyerinde güvendiği işçilerini alt işveren olarak göstererek işçilerin ücretlerinin düşürülmesi, toplu sözleşme yapılmasının engellenmesi gibi uygulamaların önüne geçmektir⁶⁶.

Düzenleme, Anayasaya aykırılık ve iyi niyetli uygulamaları engelleyebileceği noktalarında doktrinde eleştiri konusu olmuştur. Bir görüş, söz konusu düzenleme ile kötü niyetli uygulamaların yanında Anayasanın 48. maddesi ile güvence altına alınan girişim, çalışma ve sözleşme özgürlüğünün de engellenmiş olduğunu, karinenin aksinin işverence ispat edilebileceği kabul edilse dahi sonuçlarının ispat zorluğu nedeniyle son derece riskli

⁶³ Yarg. 9. HD, 25.06.2007, 20641/20075, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

⁶⁴ Yarg. 9. HD, 15.05.2006, 11741/14066, Çalışma ve Toplum, Sayı 12, 2007/1, 318-320.

⁶⁵ Akçiğit, Ercan: İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, 1. Cilt, Ankara 2008, 122.

⁶⁶ Süzek, İş Hukuku, 174.

olduğunu, bu nedenle isabetsiz yasal düzenlemenin kaldırılması gerektiğini savunmaktadır⁶⁷.

Diğer bir görüş, hükmün katı bir biçimde yorumlanmasının Anayasaya aykırılık sonucunu gündeme getireceğini belirtmekle, hükmün Anayasaya uygun yoruma müsait olduğunu, Anayasaya aykırılığın ancak hükmün Anayasaya uygun yorumunun mümkün olmadığı hallerde söz konusu olabileceğini savunmuştur. Bu görüşe göre hükmün amacı, daha evvel o işyerinde çalışanların aynı işyerinde alt işveren olmalarını mutlak şekilde engellemek değil, muvazaalı uygulamaların önüne geçmektir⁶⁸. Doktrinde aynı doğrultuda bir başka görüş, hükmün yasak değil, aksi ispatlanabilecek yasal bir karine olduğunu ifade etmektedir⁶⁹.

Doktrinde hükmün mutlak emredici bir niteliğe sahip olduğunu, herhangi bir istisna ve süre sınırlaması içermediğini, hükmün asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmak istendiği tarihte asıl işverenin işyerinde çalışmakta olan bir işçi ile alt işveren ilişkisi kurulmasını engellediği gibi, o tarihte bu işyerinde çalışmayan ancak daha önce çalışmış olan örneğin, emekli olan bir işçi ile de alt işveren ilişkisi kurulmasını engellediğini savunan bir görüş de mevcuttur⁷⁰.

Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 4. maddesinin d bendine göre de “*Alt işveren, daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır. Ancak daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurulmasına engel teşkil etmez*”. Yönetmeliğin bu hükmü yasadaki sınırlamayı dolanmaya elverişli nitelikte olup, şirketin kuruluş tarihi ve faaliyet alanı gibi hususlar değerlendirilmeli, ciddi bir şirket ilişkisinin mi yoksa muvazaanın mı söz konusu olduğu araştırılmalıdır⁷¹.

Düzenlemeyi daha evvel işyerinde çalışmış işçi ile hiçbir şekilde alt işveren ilişkisi kurulamayacağı şeklinde kabul etmek kanımızca doğru değildir. Gerçekten de

⁶⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 113.

⁶⁸ Süzek, İş Hukuku, 174; Süzek, “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi”, 937.

⁶⁹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 38.

⁷⁰ Güzel, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, 59; Çankaya, O. Güven/Çil, Şahin: “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 3, Yıl 2006, 61.

⁷¹ Süzek, “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi”, 938.

düzenlemenin şekline bakıldığında bu durumun genel olarak muvazaalı işleme dayandığının kabul edileceği belirtilmiştir. Bu nedenle muvazaa oluşturmeyen hallerde ilişkinin geçerli bir şekilde kurulabileceğinin kabulü gerekmektedir. Örneğin işçi, işyerinden ayrıldıktan sonra bir alanda uzmanlaşmış, kendisine bağlı bir işçi kadrosu istihdam etmeye başlamışsa, burada ilişkinin kurulabileceği kabul edilmelidir, aksi düzenlemenin amacına da aykırı olacaktır⁷².

1.4.3. Asıl işin bölünememesi

İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında son cümlede ise işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverene verilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile kanun koyucu kural olarak işverenin asıl işini kendi işçileri ile yapması gerektiğini kabul etmektedir⁷³.

İşyerinde yürütülen asıl iş bir bütün oluşturuyorsa, başka bir ifadeyle mal veya hizmet üretimi bölümlere ayrılacak nitelikte olmayıp tek bir süreçten ibaret ve üretim bütünlüğü bozulmadan bölünemiyorsa, asıl iş bölünerek alt işverene verilemeyecektir⁷⁴. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında “*Somut olayda davacı dahili davalı A. U. Anonim Şirketi işçisi olarak çalışırken, iş sözleşmesi feshedilmiş ve adı geçen şirket, asıl işi olan taşıma işini bölerek alt işveren diğer davalı K. N. şirketine vermiş bulunmaktadır. Yukarıda belirtilen hükmün ihlal edildiği açıktır. Davacı baştan beri A. U. Şirketinin işçisidir.*” ifadelerini kullanmıştır⁷⁵.

Asıl iş, bir bütün değil de birbirini izleyen ve tamamlayan süreçlerden oluşuyorsa, asıl işin bir veya bazı bölümleri işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulu da gerçekleşmiş ise alt işverene verilebilecek, ancak asıl işin bütün bölümleri alt işverene verilemeyecektir⁷⁶.

⁷² Soyer, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, 23; Taşkent, “Alt İşveren”, 366.

⁷³ Çelik/Canıklioğlu/Canbolat, 114.

⁷⁴ Süzek, İş Hukuku, 175; Süzek, “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi”, 938.

⁷⁵ Yarg. 9. HD, 12.12.2005, 36137/39139, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

⁷⁶ Süzek, İş Hukuku, 175-176.

Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davalı işverenin asıl işin her bir bölümünü farklı alt işverene verilmek suretiyle böldüğü, bunun sendikanın işyerine çoğunluk sağlamasını önlemeye yönelik muvazaaya olduğu iddia edilmiştir. Yargıtay konuya ilişkin kararında “(...) iş müfettişi ve yapılan keşif sonrası alınan bilirkişi raporundan davalı işverenin asıl işin her bir bölümünü farklı alt işverene yaptırmak suretiyle böldüğü, bunun yukarıda açıklanan 4857 sayılı yasanın 2. maddesinde belirtilen asıl işveren alt işveren ilişkisinin koşullarını taşımadığı anlaşıldığından alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri olarak kabul edilip çoğunluk tespitinin bu çerçevede yapılması gerekir. Alt işverenler tarafından görülmekte olan işlerin yukarıda belirtilen unsurları taşımadığı, asıl işveren alt işveren ilişkisinde davalı işverenin asıl işin bölümlerini muvazaalı olarak alt işverenlere verdiği dikkate alınmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.” ifadelerine yer vermiştir⁷⁷.

Doktrinde işin alt işverene ayrılan bölümünün bir bütün olarak verilmesi ve maddenin gerekçesinde belirtilen “aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı, işçilerin bölünme suretiyle bir kısmının asıl işverence, diğer kısmının alt işverence yürütülmesine madde düzenlemelerinin imkan vermediği” hususunun göz önünde tutulması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁸. Aynı doğrultuda, asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde, hükmün asıl işverenin aynı bölümde kendi işçisini çalıştırmasına engel olacağı belirtilmiştir⁷⁹. Yargıtay, 2006 tarihli bir kararında konuya ilişkin olarak “Davacının, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işte, şirket işçileri ile birlikte çalıştığı saptandığı takdirde, davacının asıl işveren işçisi olduğu kabul edilmeli (...)” ifadelerine yer vermiştir⁸⁰.

Ancak alt işverene verilen işlerin yürütümü doğrudan alt işveren tarafından üstlenilse de işin doğası gereği asıl işveren ile alt işveren ile arasında etkileşim olması kaçınılmazdır⁸¹. Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 12. maddesinin 2. fıkrasının e bendinde “Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl

⁷⁷ Yarg. 9. HD, 10.04.2008, 12851/8003, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

⁷⁸ Süzek, İş Hukuku, 176.

⁷⁹ Güzel, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, 61.

⁸⁰ Yarg. 9. HD 27.03.2006, 4860/7479, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

⁸¹ Doğan Yenisey, Kübra: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul 2015, 49.

işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı” ifadesi karşısında, asıl işverenin alt işverene verilen bölümde koordinasyon ve denetim amacıyla işin niteliğine uygun olarak az sayıda kendi işçisini çalıştırabileceği kabul edilmelidir.

Bu konuda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta yerel mahkeme kararında, davacının özel güvenlik görevlisi amiri olarak çalıştırıldığı, emir ve talimatları ise asıl işverenin işçisi olan güvenlik amirlerinden aldığı, alt işverenin bağımsız bir işveren olarak kendi iş organizasyonunu kurmadığı gerekçeleriyle asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçersiz olduğu kabul edilmiştir. 9. Hukuk Dairesi ise güvenlik hizmetinin yardımcı iş niteliğinde olduğu, asıl işveren işçisinin güvenlik hizmetlerine yönelik olarak davacıya talimat vermesi ve denetim yapmasının işin yürütümü ve işyerinin güvenliği açısından normal olduğu, davalılar arasındaki hukuki ilişkinin asıl işveren - alt işveren ilişkisi olduğu gerekçeleriyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir⁸².

1.4.4. Asıl işveren - alt işveren ilişkisine getirilen sınırlamalara aykırılığın yaptırımı

İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasının 2. cümlesinde muvazaalı alt işveren ilişkisinin yaptırımı olarak alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görecekları hüküm altına alınmıştır. Aynı yaptırımın 7. fıkranın son cümlesinde yer alan işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverene verildiği hallerde de uygulanması gerekmektedir⁸³. Tasarının kanunlaşmasından önce isabetli olarak 7. fıkranın 2. cümlesine son cümle olarak yer verilmişken, yapılan değişiklik sırasında sıralama değiştirilerek asıl işin bölünemeyeceğine ilişkin hüküm fıkranın sonuna getirilmiştir⁸⁴.

Maddenin öngördüğü hukuki yaptırımın sonucu olarak, alt işveren işçileri, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren asıl işyerinin işçisi kabul edilerek, bu işyerinde çalışan işçi

⁸² Yarg. 9. HD, 27.9.2017, E. 2016/21250, K. 2017/14318, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

⁸³ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 40; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 112; aksi yönde bkz. Soyer, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, 19-20.

⁸⁴ Çelik, Nuri: “Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları (Karar İncelemesi)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 13, Yıl 4, Mart 2009, 89.

sayısına dahil edilecekler; asıl işverenin yasal yükümlülükleri de bu işçiler de hesaba katılarak belirlenecek; işçiler asıl işverenin daha önce kendi işçilerine yaptığı, ancak alt işverence kendilerine verilmeyen tüm işçilik haklarını da asıl işverenden talep edebileceklerdir⁸⁵.

Alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılmasına ilişkin verilen karar, işçilerin İş Kanunundan, iş sözleşmesinden ve toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan tüm işçilik haklarının, çalışmaya başladığı andan itibaren geriye dönük olarak asıl işveren işçisiymiş gibi hükme bağlanmasına yol açacaktır⁸⁶.

Her ne kadar alt işveren işçileri asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamıyorlarsa da, alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu hallerde işçiler asıl işverenin işçisi sayılacaklarından taraf iş sendikası üyesi olmak koşuluyla işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinin uygulama alanına gireceklerdir⁸⁷.

Uygulamada muvazaalı alt işveren ilişkisi kurmak amacıyla işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilerek, feshi izleyen gün alt işveren yanında işe alındıkları görülmektedir. Yargıtay bu konuda bir kararında isabetli olarak *“Davacının, davalı belediye işyerinde çalışırken asli işi olan temizlik işinin, dava dışı şirkete devredilmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedilip, ertesi günü taşeron şirket tarafından düşük ücretle çalıştırılmaya başlandığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.”* diyerek asıl işveren işçilerinin, alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamayacağından asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığını kabul etmiş, alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılması gerektiğini belirtmiştir⁸⁸.

⁸⁵ Güzel, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, 62; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 115; Süzek, İş Hukuku, 184.

⁸⁶ Aydın, 347.

⁸⁷ Süzek, İş Hukuku, 184.

⁸⁸ Yarg. 9. HD, 11.07.2005, 18823/24470, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

2. İŞ GÜVENCESİ

2.1. İş Güvencesi Kavramı

İş güvencesi terimi genel anlamıyla iş ilişkisinin devamının sağlanması, işçinin işinin güvence altına alınması, işverenin keyfi olarak iş ilişkisini sonlandırmasının önüne geçilerek işçinin korunmasını ifade eder⁸⁹. İşçinin işini kaybetme, ailesinin ve kendi geçimini sağlayamama endişesi duymaması, işyerinde verimin artmasına, çalışma barışının sağlanmasına katkı sağlar⁹⁰.

Ancak iş güvencesi, işverenin hiçbir şekilde işçiyi işten çıkaramayacağı, ne olursa olsun iş ilişkisinin sürdürüleceği anlamını da taşımamakta, iş sözleşmesinin feshini yasaklamamaktadır⁹¹. Amaç, işçinin iş güvencesinin sağlanmasının yanında işletme gereklerinin de göz önünde bulundurularak işçilerin çalışma hakkı ile işverenlerin girişim ve sözleşme özgürlüğünün bir denge içinde birleştirilmesi olmalıdır⁹².

Yukarıda açıklanan nedenlerle 4857 sayılı İş Kanununda 18 vd. maddeleri ile iş güvencesi sistemi getirilmiş, iş güvencesi kapsamındaki ilişkilerde fesih serbestisi kaldırılmış, fesihte kanunda düzenlenen geçerli veya haklı nedenlerin varlığı aranmış, nedenlerin varlığını ispat yükü işverene yüklenmiş, bu düzenlemeye aykırı olarak yapılan fesihlerde ise işçinin işe iadesi veya iş güvencesi tazminatı ile boшта geçen süre ücreti ödeneceği öngörülmüştür⁹³.

⁸⁹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 196; Demir, Arif Cuma: İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, 3. Baskı, Adalet, Ankara 2016, 4-5; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 446.

⁹⁰ Süzek, İş Hukuku, 568-569.

⁹¹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 196; Demir, 5; Süzek, İş Hukuku, 569; Kar, Bektaş: "İş Güvencesi Kavramı", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:2, Sayı:6, 2005, 563; Subaşı, İbrahim: "İşe İade Davaları İle İlgili Bazı Uygulama Sorunları", Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Demir, Ender/Gemici Filiz, Beste, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, 598.

⁹² Süzek, İş Hukuku, 569; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 447.

⁹³ Süzek, İş Hukuku, 567.

2.2. İş Güvencesinden Yararlanma Koşulları

2.2.1. Genel olarak

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrası gereği otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Aynı maddenin son fıkrasında işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında 18, 19 ve 21. madde ile 25. maddenin son fıkrası uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

2.2.2. İş Kanununa göre işçi veya Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci olma

İş güvencesi hükümleri, 4857 sayılı İş Kanununa tabi olan ve İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasında yer alan koşulları taşıyan işçilere uygulanır. Ayrıca Basın İş Kanununun 6. maddesinin son fıkrası gereği gazetecilere İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanacaktır⁹⁴.

4857 sayılı İş Kanununa göre işçi veya Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci olma koşulu nispi emredici niteliktedir; iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile bu kapsama girmeyen işçilere de iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağı kararlaştırılabilir⁹⁵.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu konuda bir kararında “(...) her ne kadar davacı uçucu personel olup hava taşıma işinde çalışması nedeni ile İş Kanunu kapsamında çalışan değil ise de, davacının üyesi olduğu sendika ile davalı tarafından imzalanan 01.01.2009-31.12.2010 yürürlük süreli Toplu İş Sözleşmesinin 27. maddesinde “Süreli fesihlerde uçucu personel dahil sendika üyesi tüm personele iş güvencesi hükümleri ile birlikte 4857

⁹⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 337; Süzek, İş Hukuku, 572-573; Demir, 19; Özkaraca, Ercüment: “İş Güvencesinin Kapsamı”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Demir, Ender/Gemici Filiz, Beste, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, 34; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 497.

⁹⁵ Özkaraca, “İş Güvencesinin Kapsamı”, 61; Doğan Yenisey, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, 1. Baskı, Beta, İstanbul 2014, 131.

sayılı yasa hükümlerinin uygulanacağı” belirtilmiştir. Her ne kadar sözleşmenin süresi 31.12.2010 tarihinde sonra ermiş ve fesih tarihinde imzalanmış bir Toplu İş Sözleşmesi yok ise de sözleşmenin bu hükmü, 2822 sayılı kanunun 6, 6356 sayılı kanunun 36/2 maddesi uyarınca hizmet akti hükmü olarak devam edeceğinden, hava taşıma işinde çalışan davacı, iş sözleşmesinin feshine ilişkin iş güvencesi hükümlerinden yararlanacak ve uyuşmazlıkta iş mahkemesi görevli olacaktır.” demiştir⁹⁶.

2.2.3. İş sözleşmesinin belirsiz süreli olması

İş Kanununun 18. maddesinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceği belirtilmiştir; bu nedenle belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından iş güvencesi hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir⁹⁷.

İş Kanununun 11. maddesinde “*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*” şeklinde tanımlanan belirli süreli iş sözleşmesi, sürenin bitiminde kendiliğinden sonra erdiği, dolayısıyla işveren feshi söz konusu olmadığı için iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında bırakılmıştır⁹⁸.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu konuda bir kararında, her ne kadar işçinin iş sözleşmesinde başlangıç ve bitiş tarihlerine yer verilmişse de, iş sözleşmesinin belirli süreli olduğunun kabulü için aranan objektif ve esaslı bir neden olmadığından, işçinin iş güvencesi hükümleri kapsamında olduğunu belirtmiştir⁹⁹. Dolayısıyla objektif ve esaslı bir neden

⁹⁶ Yarg. 9. HD, 25.02.2013, 1498/6663, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.02.2018).

⁹⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 340; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 463; Demir, 19; Süzek, İş Hukuku, 583; Akyiğit, Ercan: Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2007, 218; Özkaraca, “İş Güvencesinin Kapsamı”, 36; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 497; Çil, Şahin: İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi, 1. Baskı, Yetkin, Ankara 2018, 359.

⁹⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 463. Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma koşulu, iş güvencesinden yararlanmanın diğer koşulları gibi nispi emredici norm değildir; belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş güvencesinden yararlanması kurumun özü ile bağdaşmaz (Doğan Yenisey, İş Hukukunun Emredici Yapısı, 133-134).

⁹⁹ Yarg. 9. HD, 05.11.2015, 21029/31409 (Çil, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları), 7. Baskı, Yetkin, Ankara 2016, 367-369).

olmaksızın belirli süre öngörülen bir iş sözleşmesi ile çalışan işçi de iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaktır.

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların iş güvencesinden yararlanamamaları hususunda 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununa tabi özel okul öğretmenlerinin durumuna değinmek gerekir. 5580 sayılı Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasında “*Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olarak yapılır.*” hükmü yer almaktadır.

Yargıtay 7. ve 9. Hukuk Daireleri ile Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununa tabi özel okul öğretmenlerinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin olarak farklı kararlar vermektedir.

Yargıtay 7. ve 9. Hukuk Daireleri, 5580 sayılı Kanuna tabi eğitim personellerinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceğine ilişkin kararlar vermektedir. Söz konusu dairelerin uygulamasında özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmeleri, asgari süreli sözleşme olarak kabul etmekteydi. Buna göre 5580 sayılı Kanunun 9. maddesinde yer alan “*en az bir takvim yılı süreli olmak üzere (...) yapılır*” ifadesinde asgari bir süre öngörüldüğü açık olup eğitim ve öğretim devam eden bir faaliyet olduğuna göre asgari süre iki yıl da, üç yıl da olabilir. Bu nedenle eğitim personeli ile yapılan sözleşmenin Kanundan kaynaklanan asgari süreli iş sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir. Asgari süreli sözleşmeler, tarafların bildirimli fesih haklarını asgari bir süre için ortadan kaldırdıkları belirsiz süreli sözleşmelerdir, sözleşmenin işveren tarafından sona erdirilmesi halinde işçi şartları varsa iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir¹⁰⁰.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise söz konusu işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını kabul etmekteydi. 22. Hukuk Dairesine göre, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununa tabi eğitim personeli ile yapılacak iş sözleşmelerinin belirli süreli olması ve bir yıldan az süreli olmaması kanundan kaynaklanan bir zorunluluk olup

¹⁰⁰ Yarg. 7. HD, 16.03.2015, E. 2014/22023, K. 2015/4628; Yarg. 9. HD, 04.07.2017, E. 2016/17236, K. 2017/11568, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 10.02.2018); Yarg. 7. HD, 25.11.2015, 309/23221 (Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 365-366).

iş sözleşmesinin yenilenmiş olması sözleşmenin belirli süreli olması niteliğini değiştirmeyecektir¹⁰¹.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 2018 tarihli kararında oyçokluğuyla 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 9. maddesinde belirtilen sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu sonucuna varmıştır¹⁰². Dolayısıyla artık söz konusu işçilerle yapılan sözleşmeler belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilecek, bu işçilere iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır¹⁰³.

2.2.4. İş sözleşmesinin işverence feshedilmiş olması

İş güvencesi hükümleri ile işçinin işveren tarafından gerçekleştirilen feshe karşı korunması amaçlanmıştır. Bu nedenle sözleşmeyi istifa yoluyla ya da haklı nedenle sona erdiren işçi, kural olarak işe iade isteyemez¹⁰⁴. Sözleşmenin ikale yoluyla sona erdirildiği durumlarda da işveren tarafından fesih söz konusu olmadığından, işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır¹⁰⁵.

Bununla birlikte Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında isabetli şekilde, işverenin sosyal ve ekonomik üstünlüğünü kullanarak, tazminatları ödeme vaadi veya benzeri baskılarla

¹⁰¹ Yarg. 22. HD, 08.06.2012, E. 2011/10535, K. 2012/12767, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.02.2018).

¹⁰² YİBBGK, 23.02.2018, E. 2017/1, K. 2018/2, RG, 29.06.2018, 30463, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 03.07.2018).

Kararın gerekçesinde “5580 sayılı Kanunun 9’uncu maddesinde belirtilen sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun kabulü hükmün amacına aykırıdır. Çünkü hükmün amacı öğrencinin eğitiminin aksamadan sürdürülmesidir. Başka bir deyişle, yapılacak amaca uygun yorum, söz konusu normun işçiyi (öğretmeni) değil, eğitimi ve öğrencileri koruduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Yasa bunu, bir yıl devam eden veya birbirini izleyen ve haklı bir neden olmaksızın feshedilmesi hukuka aykırı olan belirli süreli iş akitlerinin kurulmasını öngörmekle sağlamaktadır. Başka bir deyişle söz konusu sözleşmelerin asgari süreli olarak kabul edilmesi hükmün amacına aykırıdır (Süzek, a.g.e., s. 763). Bu açıklamalar ışığında 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nun 9’uncu maddesinde belirtilen iş sözleşmesinin niteliğinin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu anlaşılmalı, kanunda öngörülen bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu’nun 11’inci maddesinde belirtilen objektif koşulun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla kanun hükmünün sözleşmenin belirli süreli yapılması zorunluluğunu öngördüğü durumda objektif koşulların varlığı aranmaz. Kanun hükmü ile sözleşmenin belirli süreli yapılması gereken hallerde belirli süreli sözleşmenin zincirleme yapılması da sözleşmenin belirli süreli olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Hal böyle olunca 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nun 9’uncu maddesinde belirtilen sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu sonucuna varılmıştır.” ifadelerine yer verilmiştir.

¹⁰³ Çil, Araboluculuk, 364.

¹⁰⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 450; Süzek, İş Hukuku, 583; Akyiğit, İş Güvencesi, 249; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 506; Subaşı, “İşe İade Davaları İle İlgili Bazı Uygulama Sorunları”, 614.

¹⁰⁵ Süzek, İş Hukuku, 584.

işçiden yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi ve işçinin buna uyması veya işçiyi aynı şekilde karşılıklı anlaşma sureti ile iş sözleşmesinin feshine zorlaması halinde, gerçek bir istifa ve ayrılma iradesinden söz edilemeyeceğinden, bu halde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilmesi gerektiğini, bu nedenle işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağını belirtmiştir¹⁰⁶. Dolayısıyla gerçek bir istifa iradesi olmadığı halde görünüşte iş sözleşmesini fesheden işçi de iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir.

2.2.5. İşyerinde otuz veya daha fazla işçi çalışması

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrası gereği otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebebe dayanmak zorundadır. Bu nedenle İş Kanunu kapsamında bulunmakla otuzdan az işçi çalıştıran işyerleri, iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışındadır¹⁰⁷.

1475 sayılı mülga İş Kanununun 4773 sayılı Kanun¹⁰⁸ ile eklenen 13/A maddesinde işyerinde on veya daha fazla işçi çalıştırılması halinde iş sözleşmesinin feshi halinde geçerli sebebe dayanma zorunluluğu düzenlenmişti. 4857 sayılı yeni İş Kanununda iş güvencesi kapsamı daraltılmış, iş güvencesi kapsamına giren işyerleri bakımından aranan asgari işçi çalıştırma sayısı ondan otuza çıkarılmıştır¹⁰⁹.

Doktrinde otuz işçi sayısı eleştirilmektedir. Bir görüşe göre otuz veya daha fazla işçi çalıştırma koşulu, Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmekte, Türkiye'deki işyerlerinin çok büyük bir kısmının küçük ölçekli işyerleri niteliğinde olması nedeniyle çok sayıda işçi iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalmaktadır¹¹⁰.

¹⁰⁶ Yarg. 9. HD, 08.11.2017, E. 19841/17723, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.02.2018).

¹⁰⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 451; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 199; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 335; Süzek, İş Hukuku, 573; Akyiğit, İş Güvencesi, 212; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 498.

¹⁰⁸ RG, 15.08.2002, 24847.

¹⁰⁹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 200; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 452; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 335; Süzek, İş Hukuku, 573. 4857 sayılı Kanuna ilişkin tasarıda on işçi ölçütü korunmasına rağmen, tasarı TBMM'de görüşülmesi sırasında verilen bir önerge ile otuz işçi olarak değiştirilmiştir (Özkaraca, Ercüment: "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, 96; Doğan Yenisey, İş Hukukunun Emredici Yapısı, 131).

İş Kanununun 18. maddesinde yer alan otuz işçi ölçütünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmışsa da Anayasa Mahkemesi iptal isteminin reddine karar vermiştir¹¹¹. İptal isteminin reddine ilişkin kararın gerekçesinde “18. maddeyle getirilen 30 veya daha fazla işçi çalıştırma koşulunun işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda işveren bakımından oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olabileceği, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amaçları gözetildiğinde, dava konusu kuralla getirilen şartlarla işçi ve işveren arasında kurulan dengede bir ölçüsüzlük bulunmamaktadır.” denilmiştir.

İş Kanununun 18. maddesinin 4. fıkrasında “İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir.” denilmiş, bu düzenleme ile işverenlerin sırf iş güvencesi kapsamı dışında kalmak maksadıyla işçileri farklı işyerlerine bölmelerinin önüne geçilmek istenmiştir¹¹². Yargıtay bu konuda bir kararında “Fesih tarihinde davacının çalıştığı işyerinde çalışan işçi sayısının 30’un altında olduğu görülmekte ise de, davalının davacının çalıştığı iş yerinden başka aynı işkolunda iş yerlerinin bulunup bulunmadığı, tüm Türkiye genelinde aynı işkolunda başka iş yeri olup olmadığı araştırılmalıdır.” diyerek eksik inceleme ile verilen yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir¹¹³.

Yargıtaya göre otuz işçi sayısının belirlenmesinde belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılamaz. Fesih bildirim yapıldığı tarihte otuz işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması da gerekmemektedir. Ancak hastalık, iş kazası, gebelik ya da normal izin ve benzeri nedenlerle ayrılan işçi yerine bu süre için ikame işçi temin edilmiş ise otuz işçi sayısında

¹¹⁰ Süzek, İş Hukuku, 574; Güzel, Ali: “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, 15-18 Ekim 2013, Antalya, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Legal, İstanbul 2014, 264.

¹¹¹ AYM, 19.10.2005, E. 2003/66, K. 2005/72, RG, 24.11.2007, 26710, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.02.2018).

¹¹² Süzek, İş Hukuku, 575.

¹¹³ Yarg. 9. HD, 12.01.2015, E. 2014/29976, K. 2015/38, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 10.02.2018).

ikame edilen işçi dikkate alınmayacaktır. Aşağıda ayrıca bahsedileceği üzere konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekmektedir¹¹⁴.

Yine Yargıtaya göre fesih bildirim tarihinden önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle feshin geçersizliği davası açıp lehine feshin geçersizliğine karar verilen işçinin işverene işe başlatılması için başvurusu halinde, bu işçinin de otuz işçi sayısında değerlendirilmesi gerekmektedir; böyle bir durumda feshin geçersizliğine ilişkin dava sonuçlanmamış ise bekletici mesele yapılarak davanın sonucu beklenmelidir¹¹⁵.

İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süreksiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar¹¹⁶.

İş Kanununun 4. maddesi gereği, elliden daha az (elli dahil) işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri ve işletmelerde İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Bu nedenle elliden az işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri ve işletmelerde otuzdan fazla işçi çalıştırılrsa dahi, bu işçilere iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır. Bu işyerlerinin iş güvencesi kapsamına girmesi için elliden fazla işçi çalıştırılması gerekir. Buna karşın elli işçinin tespitinde, sadece tarım işçileri değil işyerinde çalışan diğer işçiler de dikkate alınmalıdır¹¹⁷.

Yargıtay, birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, aynı anda birden fazla işverene birlikte hizmet veren işçilerin, iş güvencesi hükümleri bakımından otuz işçi sayısı hesaplanırken hizmet verdiği tüm şirketlerdeki işçi sayısına dahil edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹¹⁸.

¹¹⁴ Yarg. 9. HD, 15.06.2017, 22070/10604; Yarg. 22. HD, 27.03.2017, 30583/6245, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 10.02.2018).

¹¹⁵ Yarg. 9. HD, 15.06.2017, 22070/10604; Yarg. 22. HD, 27.03.2017, 30583/6245, Yarg. 7. HD, 09.03.2016, E. 2015/41731, K. 2016/5891, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 10.02.2018).

¹¹⁶ Yarg. 9. HD, 15.06.2017, 22070/10604; Yarg. 22. HD, 27.03.2017, 30583/6245, Yarg. 7. HD, 09.03.2016, E. 2015/41731, K. 2016/5891, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 10.02.2018).

¹¹⁷ Yarg. 9. HD, 12.05.2016, E. 2015/30962, K. 2016/12010; Yarg. 7. HD, 02.03.2016, E. 2015/40056, K. 2016/5099, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 10.02.2018).

¹¹⁸ Yarg. 9. HD, 12.05.2016, E. 2015/30962, K. 2016/12010; www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 10.02.2018).

İş Kanununun 18. maddesinde düzenlenen otuz işçi ölçütü nispi emredici niteliktedir, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile otuz işçi sınırının düşürülmesi mümkündür¹¹⁹. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu konuda bir kararında “4857 Sayılı İş Kanununun 18. maddesine göre iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebebe dayandırılması zorunluluğu için iş yerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması gerekir ancak Kanunun bu maddesi nisbi emredici bir madde olup, taraflar her zaman işçi lehine bunun aksini kararlaştırabilirler. Nitekim taraflar arasında imzalanmış iş yerinde yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesinin İş Güvencesi ve işçi çıkartılması başlığını taşıyan 34. maddesinde iş aktinin feshedileceği durumlarda İş yerinde çalışan işçi sayısına bakılmaksızın 4857 sayılı İş Yasasının iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı hükmünü getirmiştir. Bu durumda iş yerinde çalışan işçi sayısı otuz işçinin altında olsa dahi Toplu İş Sözleşmesinin bu maddesine itibar etmek gerekirken, mahkemenin aksine düşünce ile davanın reddine karar vermesi hatalıdır.” ifadelerini kullanmıştır¹²⁰.

2.2.6. İşçinin altı aylık kıdemi olması

İş Kanununun 18. maddesi gereği işçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için işyerindeki kıdemi en az altı ay olmalıdır. Bu nedenle kıdemi altı aydan az olan işçinin iş sözleşmesini fesheden işveren, geçerli bir neden göstermek zorunda değildir. Aynı maddede yer altı işlerinde çalışan işçiler için kıdem şartı aranmayacağı ayrıca belirtilmiştir¹²¹.

Yargıtay, altı aylık sürenin hesaplanmasına ilişkin olarak bir kararında “İşçinin 6 aylık kıdem hesabına deneme ve askıda kalan süreler de dahil edilir. Başka bir anlatımla bu hesapta fiili çalışma süreleri mutlak olarak aranmaz. Aynı Kanunun 66'ncı maddesinde belirtilen çalışma süresinden sayılan haller altı aylık kıdemin sayılmasında dikkate alınacaktır. İşçinin feshe karşı koruyan hükümlerden yararlanabilmesi için, altı aylık

¹¹⁹ Süzek, İş Hukuku, 577; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 201; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 337; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 791; Özkaraça, “İş Güvencesinin Kapsamı”, 60-62; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 500; Doğan Yenisey, İş Hukukunun Emredici Yapısı, 133.

¹²⁰ Yarg. 9. HD, 26.05.2005, 12317/19404, Yıldız, Gaye Burcu: “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği (Karar İncelemesi)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:11, 2006, 902-903.

¹²¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 457; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 202; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 337; Demir, 33-34; Süzek, İş Hukuku, 577.

kıdem süresini aynı işveren nezdinde iş sözleşmesine dayanan iş ilişkisi içerisinde geçirmiş olması zorunludur.” ifadelerine yer vermiştir¹²². Dolayısıyla iş sözleşmesinde bir deneme süresi kararlaştırılmışsa, bu süre de altı aylık kıdem içinde sayılacaktır¹²³.

Yine Yargıtaya göre altı aylık çalışma süresi, fesih bildirimının işçiye ulaştığı tarihte tamamlanmış olmalıdır¹²⁴.

İş Kanununun 18. maddesinin 4. fıkrası gereği işçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilecektir¹²⁵. İşçi, işverenin aynı işyeri veya farklı işyerlerinde aralıklı olarak çalışmış olabilir; kanunla altı aylık çalışma süresinin kesintisiz olması gerektiğine dair bir düzenleme getirilmemiştir. Doktrinde isabetli olarak sürenin ayrıca kesintisiz olması gerekeceği düzenlenmemiş olduğundan, maddenin kanunun amacına uygun olarak aralıklı çalışma sürelerinin birleştirileceği şeklinde yorumlanması gerektiği belirtilmiştir¹²⁶.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında, doktrindeki bu görüşe paralel şekilde işçinin aralıklı da olsa işyerinde toplam çalışmasının altı ayı geçtiğini, iş sözleşmesinin kesintili olarak devam etmesinin sonuca etkili olmadığını belirterek yerel mahkemenin davanın reddine ilişkin kararının bozulmasına karar vermiştir¹²⁷.

Buna karşın Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise bir kararında “*Mahkemece kıdem süresinin belirlenmesinde işçinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde iş ilişkisi hukuken kesintiye uğramış olsa dahi, işçinin o işverene bağlı işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi gerektiği ilkesi dikkate alınarak hüküm kurulmuş ise de, davacının davalı işverene ait işyerindeki çalışma döneminin sona erdirildiği, bu döneme ilişkin alacak ve tazminatlarının ödendiği, yeniden iş sözleşmesi imzalanarak yeni bir çalışma döneminin başlatıldığı, altı aylık kıdem süresinin hesaplanmasında alacak ve tazminatları ödenen önceki dönemin dikkate alınamayacağı gözetilmelidir.” ifadelerini kullanmıştır¹²⁸.*

¹²² Yarg. 9. HD, 09.11.2017, E. 2016/28920, K. 2017/17860, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.02.2018).

¹²³ Süzek, İş Hukuku, 577.

¹²⁴ Yarg. 9. HD, 28.11.2005, 34667/37461, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 10.02.2018).

¹²⁵ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 203.

¹²⁶ Süzek, İş Hukuku, 578; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 460.

¹²⁷ Yarg. 9. HD, 21.10.2015, 20137/29340 (Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 362-364).

¹²⁸ Yarg. 22. HD, 20.10.2011, 1014/3133, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.02.2018).

Altı aylık kıdem süresinin dolmasına kısa bir süre kala, sırf iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasının engellenmesi amacıyla işveren tarafından iş sözleşmesinin feshi durumunda işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı hususu da doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Bir görüşe göre altı aylık kıdem dolmasına kısa bir süre kala iş sözleşmesinin feshedilmiş olması durumunda işverenin kötü niyetle hareket etmiş olması sonucu değiştirmeyecek, işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır. Bu durumda işçi sadece işverenden kötüniyet tazminatı talep edebilecektir¹²⁹.

Aynı doğrultuda bir başka görüş, altı aylık bekleme süresinin bir deneme süresi niteliğinde kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu nedenle kural olarak altı aylık süre zarfında iş sözleşmesinin süreli fesih bildirimini ile nedensiz olarak feshedilebileceği kabul edilmelidir. Feshin iş güvencesi hükümlerini engellemek amacıyla yapıldığının tespiti durumunda uygulanacak yaptırım, altı aylık bekleme süresini doldurmayan işçiyi iş güvencesi kapsamında kabul etmek olmamalı, bu işçiler için özel olarak düzenlenmiş olan kötüniyet tazminatı olmalıdır¹³⁰.

Aksi yöndeki görüşe göre ise işveren sırf işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını önlemek için altı aylık kıdem dolmasına az bir süre kala iş sözleşmesini feshederse, İş Kanununun 18. ve devamı maddeleri uygulanacak, işçi işe iade davası açabilecek, fesih geçerli nedene dayanmıyorsa işveren ya işçiyi işe başlatacak ya da boşa geçen süre ücreti ve iş güvencesi tazminatı ödemek zorunda kalacaktır¹³¹.

Kanaatimizce altı aylık sürenin dolmasına kısa bir süre kala yapılan fesihlerde işçinin iş güvencesinden yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin ilk görüş isabetli gözükmektedir. Gerçekten de İş Kanununda iş güvencesinden yararlanamayan işçiler için ayrıca kötüniyet tazminatı öngörülmüş olup bu halde başvurulması gereken yol kötüniyet tazminatı talep etmek olmalıdır. Altı aylık süre doktrinde ifade edildiği üzere adeta işverenin işçiyi

¹²⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 339; Alpagut, Gülsevil: “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, 208.

¹³⁰ Özkaraca, “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, 102; Özkaraca, “İş Güvencesinin Kapsamı”, 55.

¹³¹ Süzek, İş Hukuku, 581-582; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 458; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 202-203; Ekonomi, Münir: “İş Güvencesinde Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi (Bekleme Süresi)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:9, Sayı:34, 2012, 26.

değerlendirebileceği bir deneme süresi olarak öngörülmüş, bu süre içinde işverene iş sözleşmesini geçerli bir neden göstermeye gerek olmadan feshetme yetkisi tanınmıştır. Bu nedenle ilk görüşün kanun koyucunun amacına daha uygun düştüğü kanaatindeyiz.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu konuda 2010 tarihli bir kararında “*Borçlar Kanununun 154. maddesinde yer alan “şartın tahakkukuna iki taraftan biri hüsnü niyet kaidelerine muhalif bir hareketle mani olursa, o şart tahakkuk etmiş addolunur” kuralına göre işverence iyiniyet kurallarına aykırı olarak 6 aylık kıdem koşulunun gerçekleşmesi engellenmiş ise, şartın gerçekleştiği kabul edilerek davacının iş güvencesi hükümleri kapsamında düşünülmesi gerekecektir.*” ifadelerini kullanmıştır¹³².

Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2013 tarihli bir kararında “*(...) altı aylık kıdem koşuluna bir gün kala iş sözleşmesinin bu şekilde feshi dürüstlük kuralına aykırıdır. Davalının davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaması amacı ile hareket ettiği açıktır. Diğer taraftan davacının başlangıç olan 26.01.2011 tarihi ile fesih bildirimini yapılan 25.07.2011 tarihinde çalıştığından, altı aylık kıdeme sahip olduğu kabul edilmelidir. Sonuç itibarı ile mahkemece davacının iş güvencesi hükümlerinden faydalandırılması ve feshin geçersizliğine karar verilmesi isabetlidir*” demiştir¹³³.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2016 tarihli başka bir kararında ise “*(...) 5 ay 29 gün çalışma süresi olan davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayacağına karar verilmiştir. Ancak davacının işe başlangıç tarihi 05/09/2014 tarihi kabul edildiğinde dahi 05/09/2014 tarihinin de davacının kıdeminde dikkate alınması gerektiği, davacının işe girdiği gün de çalıştığı, dolayısıyla Eylül 2014 ayında fiili çalışma süresinin gün olarak 26 gün olarak kabul edilmesi gerektiği, hal böyle olunca davacının işten çıkış tarihi olan 04/03/2015 tarihinde 6 aylık kıdemini doldurduğu anlaşılmaktadır.*” ifadelerine yer vermiştir¹³⁴.

¹³² Yarg. 9. HD, 15.10.2010, E. 2009/30688, K. 2010/29172, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 24.02.2018).

¹³³ Yarg. 9. HD, 01.04.2013, E. 2012/35856, K. 2013/10606, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 24.02.2018).

¹³⁴ Yarg. 9. HD, 01.06.2016, E. 2015/31667, K. 2016/13091, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 24.02.2018).

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 2015 tarihli bir kararında işçinin toplam kıdem süresinin beş ay 26 gün olduğu ve bu hali ile İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrası uyarınca davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulünün hatalı olduğunu belirtmiştir¹³⁵.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen uyuşmazlıkta ise yerel mahkeme fesih bildirimının işçiye ulaştığı kabul edilen tarihte beş ay 29 gününün dolmuş olduğu, Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde tarif edilen hakkın kötüye kullanılması ve dürüstlük kuralı göz önünde tutulduğunda davacının, davalı işyerindeki hizmetlerinin İş Kanununun 18. maddesindeki 6 aylık süreyi doldurmuş olarak kabulü gerektiği gerekçesiyle işe iade talepli davanın kabulüne karar verilmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, olayda davacının davalı işveren nezdindeki hizmetinin altı aydan az olduğu, bu nedenle iş güvencesinden yararlanma şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle kararın bozulmasına karar vermiştir¹³⁶.

Belirtmek gerekir ki altı aylık kıdem koşulu nispi emredici nitelikte olduğundan, iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile bu süre kısaltılabilir veya tamamen ortadan kaldırılabilir¹³⁷. Yargıtay kararlarında da bu husus *“Bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile altı aylık sürenin kısaltılması ya da tamamen kaldırılması mümkündür. Çünkü bu hüküm nisbi emredicidir.”*¹³⁸, *“(…) altı aylık kıdem koşulu, nisbi emredici bir kural olup işçi lehinde bu süre azaltılabileceği gibi kaldırılabilir.”*¹³⁹ şeklinde belirtilmektedir.

2.2.7. İşçinin işveren vekili veya yardımcısı olmaması

İş Kanununun 18. maddesinin son fıkrasında işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında İş Kanununun 18, 19 ve 21. maddeleri ile 25. maddenin son fıkrasının uygulanmayacağı düzenlenmiştir¹⁴⁰.

¹³⁵ Yarg. 7. HD, 08.04.2015, 832/6577, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 24.02.2018).

¹³⁶ Yarg. 22. HD, 14.02.2014, 2161/2358, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 24.02.2018).

¹³⁷ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 203; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 339; Doğan Yenisey, İş Hukukunun Emredici Yapısı, 133.

¹³⁸ Yarg. 7. HD, 09.11.2016, 28740/18676, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 24.02.2018).

¹³⁹ Yarg. 9. HD, 31.10.2016, E. 2015/35440, K. 2016/18789, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

¹⁴⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 461; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 203; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 339; Süzek, İş Hukuku, 582; Demir, 36; Akyiğit, İş Kanununun Şerhi, 803; Özkaraca, “İş Güvencesinin Kapsamı”, 57; Narmanlioğlu, İş Hukuku, 503.

İşyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri ifadesindeki “ve” bağlacı, işyerinin bütününe yöneten işveren vekillerinin iş güvencesi kapsamı dışında kalması için ayrıca işçileri işe alma ve işten çıkarma yetkisinin bulunması gerektiği anlamına gelir. Bu nedenle işyerinin bütününe yönetmekle birlikte işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunmayan işveren vekilleri iş güvencesi kapsamındadır¹⁴¹. Sadece işçi alma ya da işten çıkarma yetkisinin varlığı yeterli değildir, iki yetkinin de bir arada bulunması gerekir¹⁴².

Yargıtaya göre bir banka şubesi veya fabrika müdürü, işyerini sevk ve idare etmekle beraber, özgür iradesi ile işçi alma ve işten çıkarma yetkisi yoksa İş Kanununun 18. maddesi anlamında işveren vekili sayılmaz ve iş güvencesinden yararlanır. Aynı şekilde, işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan insan kaynakları müdürü ile personel müdürü, işyerinin tümünü yönetmediğinden iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir¹⁴³.

İş Kanununun 18. maddesinin son fıkrasında sayılan işveren vekilleri için temsil yetkisi şartı aranmamasına rağmen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararlarında işçinin temsil yetkisi olup olmadığı hususunun incelenmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında “*Dosyadaki bilgi ve belgeler ile organizasyon şemasına göre davacı, davalı şirkette Genel Müdüre bağlı olan birden fazla müdür içerisinde pazarlama müdürü olarak görev yapmaktadır. Davalı Anonim Şirket olup, işletme düzeyindedir. Dosyada mevcut imza sirkülerine göre davacının şirketi temsil yetkisi bulunmadığından ve organizasyon şemasında doğrudan Genel Müdüre bağlı olması da işveren vekili yardımcısı olduğunu göstermediğinden davalı işyerinde iş güvencesi kapsamında olduğunun kabulü gerekir.*” ifadelerine yer vermiştir¹⁴⁴.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, genel müdür yardımcılarının iş güvencesi kapsamı dışında kaldığı yönünde kararlar vermektedir. Bu konuda bir kararında “*Dosyadaki bilgi ve belgeler ile organizasyon şemasına göre, davacını davalı işveren işletmesinde genel müdür yardımcısı niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Dairemizin yerleşik görüş ve*

¹⁴¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 461; Akyiğit, İş Kanununun Şerhi, 804; Özkaraca, “İş Güvencesinin Kapsamı”, 57.

¹⁴² Akyiğit, İş Kanununun Şerhi, 804; Özkaraca, “İş Güvencesinin Kapsamı”, 57.

¹⁴³ Yarg. 9. HD, 18.6.2015, 14400/22307; Yarg. 7. HD, 21.01.2016, E. 2015/32115, K. 2016/615, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 24.02.2018).

¹⁴⁴ Yarg. 9. HD, 10.10.2016, E. 2015/33962, K. 2016/17615, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 24.02.2018).

uygulamasına göre genel müdür yardımcıları işveren vekili yardımcısı sayıldığından, bu nitelikte olanların 4857 Sayılı Kanunu'nun 18. maddesinin son fıkrasındaki düzenlemeye göre iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkün değildir.” ifadelerini kullanmıştır¹⁴⁵.

Yine Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2017 tarihli bir kararında “*Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacı ile şirket çalışanları arasındaki e-mail yazışmalarında ve davalı tarafça sunulan organizasyon şemasında davacının “icra kurulu başkanı” olarak yer aldığı, davacının işveren adına iş sözleşmesi imzaladığı, ... 41. Noterliğin 22 Ağustos 2010 tarihli vekaletnamesi ile davacıya “işçi alma ve çıkarma yetkisi” de dahil olmak üzere birçok yetkinin verildiği, böylece davacının davalı işveren işletmesinde işveren vekili konumunda olduğu anlaşılmaktadır. Dairemizin yerleşik görüş ve uygulamasına göre icra kurulu başkanı, işveren vekili sayıldığından, bu nitelikte olanların 4857 Sayılı Kanunu'nun 18. maddesinin son fıkrasındaki düzenlemeye göre iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkün değildir.” demiştir¹⁴⁶.*

İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekillerinin iş güvencesi kapsamı dışında kaldığına dair hüküm nispi emredici niteliktedir, işçi lehine sözleşmede aksine düzenleme getirilebilecektir¹⁴⁷.

2.3. Alt İşveren İşçisi Bakımından İş Güvencesinden Yararlanma Koşullarının Değerlendirilmesi

Alt işveren işçisinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için yine İş Kanununun 18. maddesinde düzenlenen ve yukarıda incelenen koşulların varlığı aranacaktır. Buna göre, alt işveren işçisinin iş güvencesinden yararlanması için 4857 sayılı İş Kanununa tabi işçi veya Basın İş Kanununa göre gazeteci olması, en az altı aylık kıdeminin olması, belirli düzeyde işveren vekili olmaması, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması, iş

¹⁴⁵ Yarg. 22. HD, 08.12.2015, 28602/34038, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 24.02.2018).

¹⁴⁶ Yarg. 22. HD, 16.5.2017, 33037/11258, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 24.02.2018).

¹⁴⁷ Özkaraca, “İş Güvencesinin Kapsamı”, 63.

sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi ve işyerinde en az otuz işçinin çalışıyor olması gerekmektedir¹⁴⁸.

Alt işveren işçisi bakımından altı aylık kıdem ve işyerinde otuz işçi çalışması koşullarının ne şekilde uygulanacağı hususu uygulamada tereddüde yol açabilecek niteliktedir.

Alt işveren işçileri, iş güvencesi hükümlerinden yararlanma şartı olan otuz işçi ölçütü bakımından, kural olarak kendi işverenlerinin yani alt işverenin işyerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar. Asıl işveren - alt işveren ilişkisi kanuna aykırı kurulmuş ya da muvazaalı ise, İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrası “(...) alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.” hükmü gereği otuz işçi ölçü bakımından alt işveren işçilerinin asıl işveren işçilerinin sayısına dahil edilmesi gerekecektir¹⁴⁹. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında asıl işveren - alt işveren ilişkisinde muvazaa olup olmadığı belirlendikten sonra otuz işçi sayısının tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁵⁰.

Otuz işçi ölçütü bakımından İş Kanununun 18. maddesinin 4. fıkrası gereği işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenecektir.

Bu noktada alt işveren bakımından işkolu tespiti hususuna değinmek gerekir. Kural olarak bir işyerindeki yardımcı işler, asıl işin işkolunda sayılır ve ayrı bir işkolu tespitine konu edilemez. Ancak yardımcı işler bir alt işverene verilmişse, söz konusu yardımcı işler alt işverenin işyerini oluşturacağından, ayrı bir işkolu tespitine konu olacaktır. Bu durumda alt işverenin işkolu, asıl işverenden ayrı olarak tespit edilecektir. Belirtmek gerekir ki asıl işin bir bölümünün Kanundaki şartlara uygun olarak alt işverene verilmesi halinde de, yine alt işverenin işyeri ayrı bir işyeri olduğundan, ayrı bir işkolu tespitine konu olacaktır¹⁵¹.

¹⁴⁸ Andaç, “Alt İşverenlerin İş Güvencesinden Doğan Sorumlulukları”, 586.

¹⁴⁹ Odaman, Serkan: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2013, 140; Demir, 30; Aydın, 348.

¹⁵⁰ Yarg. 9. HD, 23.12.2015, 24519/36597 (Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 357); aynı yönde Yarg. 9. HD, 23.12.2004, 16486/29129 (Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 348).

¹⁵¹ Şahlanan, Fevzi: “İş Kolu Tespitinde Alt İşverenin İşyeri (Karar İncelemesi)”, Tekstil İşveren, Hukuk 64, Sayı 379, Kasım 2011, 6-7.

Doktrinde bir görüşe göre alt işveren işçisi, sadece asıl işverenden alınan işte çalışan işçi olduğundan, işçinin alt işverenin aynı işkolunda olsa bile başka işverene ait işlerde çalıştığı süre altı aylık kıdemden sayılmayacaktır. Yine aynı görüşe göre alt işverenin başka bir işverene ait aynı veya başka bir işkolunda çalışan işçilerinin sayısı otuz işçi sayısında dikkate alınmayacaktır¹⁵².

Aksi yöndeki görüşe göre ise otuz işçi ölçütü bakımından, alt işverenin aldığı her işyerini müstakil olarak değerlendirmek doğru değildir; bakılması gereken alt işverenin aynı işkolunda hizmet verdiği işyerlerinde çalıştırdığı işçilerin toplam sayısıdır. Örneğin bir güvenlik şirketinin hizmet verdiği çeşitli asıl işveren işyerlerinde çalıştırdığı işçi sayısı otuzdan az olsa da, bu işçilerin toplam sayısı otuzdan fazla ise her bir işçi (diğer koşulları da sağlamak kaydıyla) iş güvencesi kapsamında olacaktır¹⁵³.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bu konuda bir kararında davacı işçinin iş güvencesi hükümleri kapsamına girip girmediğinin tespiti için alt işverenin dava konusu işyerinde ve varsa aynı işkolunda çalışan işlerinin sayısı belirlendikten sonra sonuca gidilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁵⁴.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 22. Hukuk Dairesi ile aynı doğrultuda bir kararında alt işveren işçisi bakımından otuz işçi sayısının tespitinde asıl işverenin işçilerinin hesaba katılmayacağını, ancak alt işverenin aynı işkolunda faaliyet gösteren işyerlerinde çalışan işçilerin toplam sayısına göre sayının belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁵⁵.

Kanaatimizce ikinci görüş doğrultusunda ve Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere otuz işçi ölçütünde alt işverenin aynı işkolunda hizmet verdiği işyerlerinde çalıştırdığı işçilerin toplam sayısına bakılmalıdır. İlk görüş kabul edildiği takdirde İş Kanununun 18. maddesinin 4. fıkrasında “*İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir.*” hükmüne aykırılık teşkil edecektir.

¹⁵² Andaç, “Alt İşverenlerin İş Güvencesinden Doğan Sorumlulukları”, 586-587.

¹⁵³ Demir, 31.

¹⁵⁴ Yarg. 22. HD, 02.03.2012, E. 2011/9704, 2012/3235, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 24.02.2018).

¹⁵⁵ Yarg. 9. HD, 28.03.2005, 9268/10156 (Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 337).

Yine kanaatimizce aynı şekilde altı aylık kıdem koşulu bakımından da alt işveren nezdinde işçinin çalıştığı toplam süreye bakılmalıdır. Aksi halin kabulü İş Kanununun 18. maddesinin 4. fıkrası gereği işçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilecektir hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin mevcut olması, işçinin gerçek ve tek işverenin alt işveren olduğu gerçeğini etkilemez; asıl işverenin sadece işçilik alacakları bakımından alt işverenle birlikte kanundan kaynaklanan müteselsil sorumluluğu vardır. Alt işveren nezdinde altı aylık kıdem süresi dolmasına rağmen, asıl işveren - alt işveren ilişkisi kurulduktan sonraki dönem için altı aylık kıdem süresinin dolmaması halinde asıl işverenin müteselsil sorumluluğunun etkilenip etkilenmeyeceği hususu ise aşağıda ayrıca incelenecektir.

2.4. Sözleşmenin Feshinde Usul

İş Kanununun 19. maddesinin 1. fıkrası gereği işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise bir işçinin hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan, belirsiz süreli iş sözleşmesinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak, işverenin İş Kanununun 25. maddesinin II. bendinde sayılan nedenlerle fesih hakkı saklıdır¹⁵⁶.

2.4.1. Yazılı fesih bildirimini ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde bildirilmesi

İş Kanununun 19. maddesinin 1. fıkrası gereği “*İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır*”. İş Kanununun 109. maddesinde ise, kanunda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu nedenle 19. maddede düzenlenen fesih bildirimini yazılı olarak yapılması zorunluluğunun, 109. maddenin tekrarı niteliğinde olduğu söylenebilir¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 502; Süzek, İş Hukuku, 624-625; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 350-352.

¹⁵⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 503.

Yargıtaya göre fesih bildirimının yazılı olarak yapılması, İş Kanununun 109. maddesinin bir sonucudur; ancak yazılı şekil şartı geçerlilik koşulu değil, ispat koşuludur¹⁵⁸. İş güvencesi kapsamındaki uyuşmazlıklar bakımından ise İş Kanununun 19. maddesinin 1. fıkrasının açık düzenlemesi gereği fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması geçerlilik koşuludur¹⁵⁹.

Buna ek olarak 19. madde ile bildirimde fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi zorunluluğu düzenlenmiştir¹⁶⁰. Kanunda fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi gerektiği düzenlendiğinden genel ifadeler yeterli olmayacak, örneğin işçinin davranışları veya yetersizliği nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi hali söz konusu ise işçinin hangi davranışı ya da hangi açıdan yetersiz olması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğinin fesih bildiriminde açıkça yazılması gerekecektir¹⁶¹.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi kararına konu uyuşmazlıkta, davalı işverence davacı işçiye tebliğ edilen fesih bildiriminde *"20.01.2015 tarihi itibarıyla iş akdiniz işiniz ve işyerinin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle sona erdirilmiştir"* yazılmıştır. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi kararında, olayda salt yasal ifadeler kullanılmak suretiyle somut hiçbir gerekçe içermeksizin iş sözleşmesinin feshedildiğini, bu haliyle bildirim İş Kanununun 19. maddesinin öngördüğü kesinlik ve açıklıkta olmadığından feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerektiğini ifade etmiştir¹⁶².

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de bu konuda bir kararında İş Kanununun 19. maddesinde öngörülen yazılı şekil şartına uyulmamasının feshi geçersiz kılacağını, yazılı fesih bildiriminde fesih açık ve kesin sebebinin gösterilmemesinin de İş Kanununun 20. maddesi anlamında feshin geçersizliği sonucunu doğuracağını ifade etmiştir. Kararın devamında *"İşverenin fesih iradesi açık ve kesin olarak ortaya konmalıdır. Kullanılan ifade o kadar açık ve seçik olmalı ki, işçi açısından, iş sözleşmesinin sona erdirildiği açıkça anlaşılır olmalıdır. Fesih bildiriminde, sözleşmeyi sona erdirme iradesi yanında"*

¹⁵⁸ Yarg. 22. HD, 11.12.2017, E. 2015/22568, K. 2017/28425; YHGK, 25.01.2017, E. 2014/9-2165, K. 2017/141; Yarg. 9. HD, 10.2.2014, E. 2011/54410, K. 2014/3699; Yarg. 7. HD, 4.3.2013, 1880/2023, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.05.2018).

¹⁵⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 350; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 503; Akyiğit, İş Güvencesi, 273; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 508.

¹⁶⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 503; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 509.

¹⁶¹ Süzek, İş Hukuku, 625; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 215; Akyiğit, İş Güvencesi, 272.

¹⁶² Yarg. 7. HD, 25.04.2016, 1142/9104, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 26.02.2018).

ayrıca, sona erme zamanı da yeteri kadar açık ve yanlış anlaşılmaya sebebiyet vermeyecek şekilde ifade edilmiş olmalıdır.” ifadelerine yer verilmiştir¹⁶³.

2.4.2. İşçinin savunmasının alınması

İş Kanununun 19. maddesinin 2. fıkrası gereği belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesi, hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin İş Kanununun 25. maddesinin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır. Kanundaki “işçinin verimi” ifadesi “işçinin yeterliliği” olarak anlaşılmalıdır¹⁶⁴.

İşçinin savunmasının alınması zorunluluğu sadece işçinin davranışları ve veriminden kaynaklanan fesihlerde öngörülmüş, işletmenin ya da işin gereklerine dayanan fesihlerde aranmamıştır. Bunun nedeni işçiden kaynaklanmayan hallerde işçinin savunmasının alınmasının bir anlamı olmamasıdır¹⁶⁵.

Savunmanın şekli ve usulü konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamakla birlikte, savunmanın alındığına dair ispat yükü işveren üzerinde olduğundan işçiden yazılı savunma alınması ispat kolaylığı sağlayacaktır¹⁶⁶.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2017 tarihli bir kararında “*Davacının iş sözleşmesinin davranışları nedeni ile feshedilmesine karşın, fesih öncesinde savunmasının alınmadığından fesih salt bu sebeple geçersiz olup, davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.*” ifadelerini kullanmıştır¹⁶⁷.

Yargıtayın yerleşik içtihadına göre, işçinin savunmasının sözleşmenin feshinden önce alınması, işçinin fesihten önce savunma vermeye davet edilmesi, davet yazısında davranışı sebebiyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı

¹⁶³ Yarg. 9. HD, 30.04.2015, 5583/15936, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 26.02.2018).

¹⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 504; Süzek, İş Hukuku, 625.

¹⁶⁵ Süzek, İş Hukuku, 625.

¹⁶⁶ Süzek, İş Hukuku, 626.

¹⁶⁷ Yarg. 9. HD, 05.12.2017, E. 2016/35917, K. 2017/20063; aynı yönde Yarg. 9. HD, 23.05.2017, E. 2016/11629, K. 2017/8615, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 26.02.2018).

bir savunma verebileceğinin, bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması şarttır; fesih bildiriyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar; yine ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur¹⁶⁸.

3. İŞ GÜVENCESİ SİSTEMİNİN SONUCU: İŞE İADE DAVALARI

4857 sayılı İş Kanununun 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun¹⁶⁹ 11. maddesi ile değişen 20. maddesi gereği iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimının tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurabilir. Arabulucuya yaptığı başvuruda anlaşmaya varılamaması halinde son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Bu değişiklik ile feshin geçersizliği ve işe iade talebiyle açılacak davalar için arabulucuya başvurulmuş olması bir dava şartı olarak kabul edilmiştir¹⁷⁰.

Maddenin eski halinde ise iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabileceği düzenlenmekteydi¹⁷¹.

¹⁶⁸ Yarg. 9. HD, 08.05.2017, E. 2016/12669, K. 2017/8048; Yarg. 7. HD, 08.12.2016, 28126/20791; Yarg. 22. HD, 08.04.2014, 4135/7252, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 26.02.2018).

¹⁶⁹ RG, 25.10.2017, 30221.

¹⁷⁰ Çiçek, Mustafa: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2018, 241; Çil, Arabuluculuk, 386-387.

¹⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 507; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 216; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 354; Çil, Arabuluculuk, 386.

3.1. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk

3.1.1. Genel olarak

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrası gereği kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır¹⁷². Söz konusu madde ile dava şartı olarak arabuluculuk kurumu hukukumuzda girmiş ve maddede yer alan uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabulucuya başvurulması zorunluluğu getirilmiştir¹⁷³. Düzenlemenin amacı İş Mahkemelerinin yoğunluğunun azaltılması, uyuşmazlıkların hızlıca çözüme ulaşmasını sağlamaktır¹⁷⁴.

İş Mahkemeleri Kanununun 3. maddesinin 2. fıkrasına göre davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır; bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkemece davacıya son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir¹⁷⁵.

Arabuluculuk başvurusu, karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk

¹⁷² 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 38. maddesinin (a) bendi gereği dava şartı olarak arabuluculuk hükümleri, 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁷³ Doğan Yenisey, Kübra: "İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk", İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, Editör: Doğan Yenisey, Kübra, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul 2016, 186; Astarlı, Muhittin: "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 38, 2017, 41; Narmanlıoğlu, Ünal: "İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Yenilikler)", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 38, 2017, 13; Çiçek, 83.

¹⁷⁴ Özkan, Hasan: "İş Davalarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:14, Sayı:56, Yıl:2017, 1881; Çiçek, 84.

¹⁷⁵ Narmanlıoğlu, "Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi", 16-17; Astarlı, "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu", 41; Çil, Arabuluculuk, 25-28.

bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılacaktır (İMK md.3/5). Arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirilen arabulucu, elindeki bilgiler ile her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirecek ve ilk toplantıya davet edecektir. Arabulucu, bilgilendirme ve davete ilişkin işlemlerini belgeye bağlayacaktır (İMK md.3/8).

Kanuna göre arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırarak, bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilecektir (İMK md.3/10). Arabulucu, taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması, yapılan görüşmeler sonucunda anlaşmaya varılması veya varılamaması hallerinde arabuluculuk faaliyetini sona erdirecek ve son tutanağı düzenleyerek durumu derhal arabuluculuk bürosuna bildirecektir (İMK md.3/11).

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen dava şartı olarak arabuluculuk hükümlerine paralel olarak İş Kanununun 20. maddesinde de 7036 sayılı Kanunun 11. maddesi ile değişiklik yapılmıştır. İş Kanununun değişen 20. maddesi gereği iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi halinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir, kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde iş mahkemesinde işe iade davası açılabilir¹⁷⁶.

İşe iade talebiyle arabuluculuğa başvuru için kanunda öngörülen bir aylık süre, hak düşürücü süre niteliğindedir. Dolayısıyla bir aylık hak düşürücü süre içinde feshin geçersizliği iddiasıyla arabuluculuğa başvurmayan işçi işe iade davası açamayacak, işveren tarafından yapılan fesih geçerli bir feshin hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Çiçek, 240-241.

¹⁷⁷ Astarlı, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu”, 41.

Doktrinde bizim de isabetli bulduğumuz bir görüşe göre, arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmadığından arabulucunun hak düşürücü sürenin geçtiğine dair bir tespitle bulunarak arabuluculuk faaliyetini sonlandırması mümkün değildir. Bir aylık süre geçtikten sonra yapılan arabuluculuk başvurusunda taraflar işe iadeye ilişkin anlaşma yapabilirler. Ancak arabuluculukta anlaşma sağlanamazsa, açılan işe iade davasında bu husus gözetilecek ve mahkemece arabulucuya başvuru bakımından hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle davanın reddine karar verilecektir¹⁷⁸.

Aynı şekilde işçinin iş güvencesi kapsamına bir işçi olup olmadığı hususunda da arabulucu tarafından bir değerlendirme yapılmamalıdır. Bu durumda işe iade talebiyle arabulucuya başvuran ancak iş güvencesinden yararlanma koşullarını sağlamayan işçi de işe başlatılması konusunda anlaşma yapabilecektir¹⁷⁹.

İş Kanununun 21. maddesine 7036 sayılı Kanun ile eklenen fıkraya göre arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde, işe başlatma tarihini, aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını, işçinin işe başlatılmaması durumunda aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlenen tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunludur. Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılacak ve son tutanak buna göre düzenlenecektir. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde ise fesih geçerli hale gelecek ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olacaktır.

Düzenlemede gereği işçinin işe başlatılmamasına ancak işçiye belirlenen boşta geçen süre ücreti ve iş güvencesi tazminatı ödenmesine, hatta bunlara ek olarak ilave bir ödeme yapılmasına ilişkin anlaşma, işe iade başvurusu bakımından geçerli bir anlaşma tutanağı olarak kabul edilemez. Zira maddede “*tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde*” denilerek anlaşmanın gerçekleşebilmesi için zorunlu unsur işçinin işe başlatılması olarak belirlenmiştir¹⁸⁰.

Doktrinde bir görüşe göre işçinin işe başlatılması konusunda anlaşamamasına rağmen, işe iadenin parasal sonuçları üzerinde bir anlaşmaya varılması kural olarak mümkün

¹⁷⁸ Çil, Arabuluculuk, 40.

¹⁷⁹ Astarlı, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu”, 42.

¹⁸⁰ Çil, Arabuluculuk, 40.

olmasa da, böyle bir anlaşma yapılsa dahi işçi işe iade davası açabilecektir. Bunun aksine bir kabul, işçinin dava açma hakkından feragat etmesi anlamına gelecek olup hak düşürücü süre içinde bu haktan vazgeçmek mümkün değildir. Böyle bir durumda işçi, iki haftalık süre içinde işe iade davası açabilecek, davanın kabulü halinde anlaşma tutanağında kararlaştırılarak ödenen tutarın iadesi veya mahsubu gerekecektir¹⁸¹.

Aynı görüşe göre, anlaşma tutanağında feshin geçerli nedene dayandığının tespit edilmesi halinde, bu tutanak da işçi bakımından bağlayıcı değildir. Söz konusu tutanakta işçiye bir kısım işçilik alacaklarının ödenmesine dair anlaşılmış olsa dahi, işe iade bakımından anlaşılmadığından, işçi yine iki haftalık süre içinde işe iade davası açabilecektir.

Kanaatimizce de işçinin işe başlatılması konusunda anlaşılmaması halinde, diğer hususlara ilişkin tutanakla anlaşmaya varılmış olsa da işçinin tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde işe iade davası açabileceği kabul edilmelidir. Aksine bir kabul İş Kanununun değişik 21. maddesine aykırılık teşkil edecektir.

3.1.2. Asıl işveren - alt işveren ilişkisinde

İş Mahkemeleri Kanununun 3. maddesinin 15. fıkrası gereği asıl işveren - alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır¹⁸². Kanunun lafzı gereği her iki işverenin işçinin talepleri bakımından irade birliği içinde olması halinde anlaşma sağlanacak, aksi halde arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşma gerçekleşmemiş olacaktır¹⁸³.

İş Mahkemeleri Kanununun 3. maddesinin 15. fıkrasında “*işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları*” ifadesinden her iki işverenin aynı anda arabuluculuk sürecinde temsil edilmesi anlaşılmalıdır. Doktrinde bizim de isabetli bulduğumuz bir görüşe göre, ilk toplantıya işverenlerin birlikte katılması ve işe başlatma ve sonuçları

¹⁸¹ Çil, Arabuluculuk, 40.

¹⁸² Melekoğlu Keser, Burcu: Sorular ve Örnek Olaylarla İş Hukuku'nda Zorunlu Arabuluculuk, 1. Baskı, Bilge, Ankara 2018, 39; Çiçek, 106; Astarlı, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu”, 42; Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 6356 sayılı STİK ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (Arabuluculuk) Kapsamında Yenilenmiş 3. Baskı, Yetkin, Ankara 2017, 365; Çil, Arabuluculuk, 35.

¹⁸³ Çiçek, 106.

bakımından uygun beyanda bulunmaları yeterli sayılmamalıdır. Önemli olan son tutanağın imzalandığı görüşmeye her iki işverenin de katılması ve aynı yönde anlaşmanın sağlanmasıdır¹⁸⁴.

Yine Kanunun lafzına göre alt işveren işçisi, asıl işveren - alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı veya geçersiz olduğuna ilişkin bir iddiası bulunsa da, bulunmasa da her iki işvereni de hasım olarak göstermelidir; zira ilgili maddede buna ilişkin bir ayırım yapılmamıştır¹⁸⁵.

İş Mahkemeleri Kanununun 3. maddesinin gerekçesinde, uygulamada alt işverenin çalıştırdığı işçi tarafından işe iade talebiyle açılan davalarda, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçersiz olduğunun veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak davalının gerçek işveren olmadığı belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıktığı, davanın sıfat yokluğu sebebiyle reddi durumunda ise işçinin gerçek işverene karşı dava açması gerektiğinden işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesiyle karşı karşıya kaldığı, bu durumun işçiyi mağdur ettiği ve bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılması zorunluluğunun da usul ekonomisine aykırı düştüğü belirtilmiştir.

Devamında, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığı konusunda yapılması gereken yargısal denetimin, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını, kendi hukuklarını koruyacak açıklamaları yapmalarını ve iddialarıyla ilgili olarak ispat haklarını kullanmalarını zorunlu kıldığı, aksi halde adil yargılanma hakkı ile hukuki dinlenilme hakkına aykırılığın gündeme gelebileceği, dolayısıyla asıl işveren - alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, işe iade davalarına özgü olarak davalı taraf yönünden mecburi dava arkadaşlığının var olduğunun kabulü gerektiği, bu nedenle de asıl işveren - alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olmasının arandığı belirtilmiştir.

¹⁸⁴ Çil, Arabuluculuk, 35.

¹⁸⁵ Astarlı, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu”, 43.

Maddenin gerekçesi incelendiğinde, gerekçede Yargıtay 22. Hukuk Dairesi içtihadının etkisinin olduğu anlaşılmaktadır¹⁸⁶. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu görüşündedir. Buna göre asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığına veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik resen yapılması gereken yargısal denetim, asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını ve kendi haklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını kullanmalarını zorunlu kılmakta; aksine bir düşünce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 27. maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil etmektedir¹⁸⁷.

Doktrinde buna ilişkin olarak İş Mahkemeleri Kanununun 3. maddesinin 15. fıkrası ile Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin içtihadının kanuni bir dayanak kazandığı yönünde bir görüş ileri sürülmüştür¹⁸⁸.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olmasının aranmasına dair hüküm kanaatimizce uygulamada tereddütlere ve sorunlara yol açabilecek niteliktedir.

Örneğin, arabuluculuk aşamasında işçinin asıl işvereni olan alt işverenin iradesi, işçinin işe başlatılması yönündeyken iş sözleşmesinin tarafı olmayan asıl işverenin iradesi feshin geçerli olduğu ve işçinin işe başlatılmaması yönünde ise düzenlemede iradelerinin birbirine uygun olması arandığında anlaşma sağlanamamış sayılacaktır. Böyle bir ihtimalde iş sözleşmesini fesheden alt işveren, kendi yaptığı fesih işleminin geçersizliğini kabul etmesine ve işe iade de alt işveren nezdinde yapılacak olmasına rağmen asıl

¹⁸⁶ Astarlı, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu”, 43.

¹⁸⁷ Yarg. 22. HD, 25.04.2017, 32091/9558; Yarg. 22. HD, 14.09.2017, 36804/17889, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 01.03.2018).

¹⁸⁸ Astarlı, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu”, 43.

işverenin taraf olmadığı sözleşmenin feshine ilişkin beyanı anlaşmanın sağlanamamasına yol açacaktır.

Diğer bir ihtimal olarak asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaalı olduğu iddiası olan alt işveren işçisinin arabulucuya başvurduğu ve her iki işverenin de katılımının sağlandığını düşünelim. Taraflar asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu ve işe iadenin asıl işverene yapılması gerektiği hususunda anlaşma yapılabilecek midir? Zira asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığının tespiti işe iade yargılaması sırasında mahkemece resen yapılmaktadır¹⁸⁹. Arabuluculuk yargılama makamı olmadığından arabulucu tarafından tarafların kabulüne rağmen böyle bir tespit yapılması kanaatimizce mümkün olmamalıdır. Böyle bir durumda anlaşmanın sağlanamamış sayılması isabetli olacaktır.

3.2. Hak Düşürücü Süre

İş Kanununun 20. maddesi gereği iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde işçi, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde işe iade davası açabilir.

İş Kanununun 20. maddesinde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununu ile yapılan değişiklikten önce arabuluculuğa başvurma şartı mevcut değildi. Eski düzenlemede, işçiye fesih bildiriminden kendisine tebliğinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre içinde İş Mahkemelerinde işe iade davası açma hakkı tanınmıştı¹⁹¹. Bu süre yeni düzenlemede

¹⁸⁹ Yarg. 9. HD, 28.11.2017, E. 2016/31268, K. 2017/19162; Yarg. 7. HD, 28.12.2016, E. 2016/27381, K. 2016/21950; Yarg. 22. HD, 10.05.2016, 10127/14166, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

¹⁹⁰ Hak düşürücü sürenin başlangıç tarihi için kanunda fesih bildiriminden işçiye tebliğ edildiği tarih ifadesi kullanılmışsa da, bu ifade fesihten işçinin haberdar olduğu tarih olarak kabul edilmelidir. Yargıtay bu konuda bir kararında “İşveren fesih bildiriminde bulunmuş, ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, örneğin, işçi, işvereni şikâyet ederek, fesih bildiriminden yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa, artık bu tarihin esas alınması uygun olacaktır. Bu anlamda işverenin fesih bildiriminden tebliğden itibaren tutanakların tutulduğu tarih, tutanak düzenleyicilerinin doğrulaması halinde tebliğ tarihi sayılacaktır. Eylemli fesih halinde dava açma süresi, eylemli feshin yapıldığı tarihten itibaren işler.” ifadelerine yer vermiştir. (Yarg. 9. HD, 04.10.2017, 22679/14911, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 01.03.2018)

iki haftaya düşürülmüş, hak düşürücü sürenin başlangıç tarihi ise arabuluculuk faaliyetinde anlaşmaya varılamaması halinde son tutanağın düzenlendiği tarih olarak belirlenmiştir¹⁹².

Kanunda her ne kadar hak düşürücü sürenin başlangıç tarihi olarak “*son tutanağın düzenlendiği tarih*” ifadesine yer verilmişse de, doktrinde bu ifadeyi tutanağın davacı işçiye tebliğ edildiği tarih olarak anlamak gerekeceğine ilişkin bir görüş ileri sürülmüştür¹⁹³.

Kanundaki dava açılması için öngörülen süre hak düşürücü süre niteliğinde olduğundan, bu sürede dava açılmaması halinde işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz; koşulları varsa kıdem, ihbar, maddi veya manevi tazminat talep edebilir¹⁹⁴.

3.3. Yargılama Süreci

3.3.1. Davanın konusu

İş Kanununun 20. maddesi gereği “*İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile (...) işe iade talebiyle (...) iş mahkemesinde dava açabilir*”.

İş Kanununun 20. maddesi gereği açılan işe iade davalarının konusu işverence yapılan feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade istemidir¹⁹⁵. Yargılamada feshin geçersizliği ve işe iade ile işe iadeye bağlı sonuçlar ele alınır; iş güvencesi yargılamasının konusu sınırlı olup ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti gibi kalemler iş güvencesi yargılamasının konusuna girmezler¹⁹⁶. Zira böyle bir talep, feshin geçersiz olduğu iddiası

¹⁹¹ Süzek, İş Hukuku, 631; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 356; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 216; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 507; Akyiğit, İş Güvencesi, 284.

¹⁹² Çiçek, 241.

¹⁹³ Narmanlioğlu, “Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi”, 17.

¹⁹⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 356.

¹⁹⁵ Süzek, İş Hukuku, 633; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 355; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 216.

¹⁹⁶ Akyiğit, İş Güvencesi, 296-297.

ve feshin geçersizliğinin tespiti halinde kanunda buna bağlanan sonuç olan işçinin işe iadesi ile çelişir¹⁹⁷.

Uygulamada, İş Kanununun 20. maddesi gereği açılan davalar her ne kadar işe iade davası olarak adlandırılrsa da, yargılama sonucu verilecek karar ile işverenin işçiyi işe iadeye etmeye zorlanması söz konusu değildir¹⁹⁸. Feshin geçersizliği ve işçinin işe iadesine karar verildiği takdirde işveren, İş Kanununun 21. maddesinin 1. fıkrası gereği işçiyi başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatmak yerine işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödeme yaptırımını seçebilecektir.

İş güvencesine tabi olan işçiler, feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade yerine kendilerine kötüniyet tazminatı ödenmesini talep edemezler, kötüniyet tazminatı İş Kanununun 17. maddesinin 6. fıkrasında iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler için öngörülmüştür¹⁹⁹. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de bu yönde bir kararında *“4857 Sayılı Kanun'un 17/4. maddesinde 18. maddelerin birinci fıkrası uyarınca "Bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında olan işçilerin iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir" düzenlenmesine yer verilmiştir. Bu kural gereği, işçi iş güvencesi kapsamında kalıyor ise, feshin geçersizliği ve işe iade imkanından yararlandığından kötüniyet tazminatı isteminde bulunamayacaktır. (...) İş güvencesi uygulama alanı içinde olan ve feshin geçersizliğini ileri sürmeyen işçi kötüniyet tazminatı isteyemez. Bu isteğin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”* ifadelerine yer vermiştir²⁰⁰.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2016 tarihli bir kararına konu uyuşmazlıkta ise, davacı dava dilekçesinde davanın terditli olarak açıldığını belirterek, asli talep olarak davacının işe iadesine karar verilmesini, ferî talep olarak ise kötüniyet tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir. Yerel mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay konuya

¹⁹⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 355.

¹⁹⁸ Süzek, İş Hukuku, 633-634.

¹⁹⁹ Süzek, İş Hukuku, 634.

²⁰⁰ Yarg. 22. HD, 24.12.2015, E. 2014/25768, K. 2015/35821, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 01.03.2018).

ilişkin kararında, davacının altı aylık kıdemi bulunmadığı ve bu sebeple iş güvencesi kapsamında yer almadığı gerekçesi ile işe iade talebinin reddine dair kararın yerinde olduğu, fakat işe iade talebinin esastan reddedilerek kesinleşmesi karşısında kötüniyet tazminatı talebine dair harcın tamamlattırılarak iş güvencesi kapsamında yer almayan davacının ferî talebi olan kötüniyet tazminatına hak kazanıp kazanmadığının da değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir²⁰¹.

3.3.2. Yargılama usulü

İş Kanununun değişik 20. maddesinin son fıkrası gereği işe iade davası ivedilikle sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karara karşı istinaf yoluna başvurulması halinde, bölge adliye mahkemesi ivedilikle ve kesin olarak karar verir²⁰².

Düzenlemenin eski hali “*Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.*” şeklindeydi²⁰³. Her ne kadar maddede seri muhakeme usulü ifadesi kullanılmışsa da, 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 501 ilâ 506. maddelerinde düzenlenen seri muhakeme usulüne, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer verilmemiştir²⁰⁴. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanununun 447. maddesinin 1. fıkrasındaki “*Diğer kanunların sözlü yahut seri yargılama usulüne atıf yaptığı hallerde, bu Kanunun basit yargılama usulü ile ilgili hükümleri uygulanır.*” düzenlemesi gereği işe iade davalarında basit yargılama usulü uygulanmaktaydı²⁰⁵.

Maddenin yeni halinde seri muhakeme usulünün uygulanacağı ifadesi çıkarılmıştır. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesinin 1. fıkrasında “*İş mahkemelerinde basit*

²⁰¹ Yarg. 9. HD, 29.11.2016, E. 2015/36352, K. 2016/21310, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 01.03.2018).

²⁰² Astarlı, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu”, 43.

²⁰³ Süzek, İş Hukuku, 636.

²⁰⁴ Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 1. Baskı, Yetkin, Ankara 2017, 615.

²⁰⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 512; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 217; Kutsal Savaş, F. Burcu: “Geçersiz Feshin Yaptırımları: İşe İade veya Tazminat”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Demir, Ender/Gemici Filiz, Beste, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, 268.

yargılama usulü uygulanır.” düzenlemesi gereği işe iade davalarında basit yargılama usulü uygulanacaktır.

3.3.3. Davanın sonuçlandırılma süresi

İş Kanununun değişik 20. maddesinin son fıkrası gereği işe iade davası ivedilikle sonuçlandırılır. Maddenin eski halinde davanın iki ay içinde sonuçlandırılacağı, kararın temyizi halinde, Yargıtayın bir ay içinde kesin olarak karar vereceği düzenlenmişti.

Düzenlemenin eski halinde her ne kadar toplam üç aylık dava süreci öngörülmüşse de uygulamada davalar öngörülen süreden çok daha uzun sürmektedir²⁰⁶. Bu konuda Anayasa Mahkemesi bir kararında, yaklaşık üç buçuk yıl süren bir işe iade davasında başvuruçunun makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir²⁰⁷.

İsabetli olarak 7036 sayılı Kanun ile 20. maddede yapılan değişiklikle “iki ay” ve “bir ay” sözcükleri maddeden çıkarılarak, yerine “ivedilikle” ifadesi getirilmiştir²⁰⁸.

İşe iade davasında yargılama süresine ilişkin öngörülen iki ay ve bir aylık sürelerin kaldırılmasının, davada kararlaştırılacak boşta geçen süre ücreti yönünden değerlendirilmesi gerekir.

İş Kanununun 21. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “*Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.*” düzenlemesindeki “*en çok dört aya kadar*” ibaresinin, Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nde iptal davası açılmışsa da Anayasa Mahkemesi iptal isteminin reddine karar vermiştir²⁰⁹.

Kararın gerekçesinde “*4857 sayılı Yasa'nın 20. ve 21. maddelerinde yer alan düzenlemeler arasında bütünlük bulunduğu görülmektedir. Yasakoyucu tarafından 20.*

²⁰⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 512; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 217; Akyiğit, İş Güvencesi, 299; Demir, 312; Subaşı, “İşe İade Davaları İle İlgili Bazı Uygulama Sorunları”, 622.

²⁰⁷ AYM, 17.07.2014, Başvuru Numarası: 2013/1326, RG. 01.10.2014, 29136, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 01.03.2018).

²⁰⁸ Astarlı, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu”, 43.

²⁰⁹ AYM, 19.10.2005, E. 2005/2, K. 2008/181, RG. 07.10.2009, 27369, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 01.03.2018).

maddede yargılama süresi olarak öngörülen toplam dört aylık süre, 21. maddenin üçüncü fıkrasında, feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda, kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için elde edebileceği azami ücret ve diğer hakları belirlemede ölçü olarak kullanılmıştır.” denilmiştir. Anayasa Mahkemesi, işe iade davası açma süresi olan bir ay, yerel mahkemenin davayı sonuçlandırma süresi olan iki ay ve temyiz incelemesi için öngörülen bir ay olmak üzere işe iade davasının sonuçlandırılması için Kanunda azami dört ay olarak öngörülen sürenin 21. maddenin 3. fıkrasında ölçüt olarak kullanıldığını belirterek hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştır.

İş Kanununun değişen 20. maddesinde yargılamaya ilişkin süreler kaldırılarak, davanın ivedilikle sonuçlandırılması öngörülmüştür. Doktrinde bir görüşe göre, kanun koyucunun iradesi Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi boşta geçen süre ücretini kanunda öngörülen yargılama süresi ile sınırlandırmak ise, maddede yapılan değişiklik nedeniyle boşta geçen süre ücreti için öngörülen en çok dört aylık sürenin de kaldırılması gerekmektedir²¹⁰.

3.3.4. İspat yükü

İş Kanununun 20. maddesinin 2. fıkrası gereği feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. Ancak işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür²¹¹.

Yargıtay kararlarında, işe iade davalarında işçinin fesihle sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacağını, ispat yükünün işverende olduğunu, işçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda bu iddiasını ispatla yükümlü olduğunu, işçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlamasının işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmadığını belirtmektedir²¹².

²¹⁰ Astarlı, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu”, 44.

²¹¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 356; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 511; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 218; Süzek, İş Hukuku, 636; Demir, 315; Akyiğit, İş Güvencesi, 305.

²¹² Yarg. 9. HD, 21.12.2017, E. 2016/32844, K. 2017/21913; Yarg. 9. HD, 07.12.2017, E. 2016/26488, K. 2017/20258; Yarg. 7. HD, 09.11.2016, 14296/19101; Yarg. 22. HD, 05.05.2016, 9291/13540, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 01.03.2018).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararına konu davada yerel mahkeme, işçinin sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia ettiğini, ispat külfetinin işçide olduğunu ve işçinin iddiasını ispat edemediği gerekçeleri ile davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi “(...) davalı işveren öncelikle, ispat yükü kendisinde olduğundan, iş sözleşmesinin haklı yada geçerli nedenle feshedildiğini kanıtlamalıdır. Davacının karşı delil olarak gösterdiği sendikal nedeni kanıtlayamaması davalı işverenin bu ispat yükünü ortadan kaldırmaz. Sendikal neden karşı delil olduğu gibi, feshin geçersizliğine ve işe iade kararı verilmesi halinde, işe başlatmama tazminatının aylık olarak belirlenmesinde etkili olacaktır. Bu nedenden dolayı doğrudan ispat yükünün davacı işçiye yükletilmesi ve ispat edilmediği gerekçesi ile davanın reddi hatalıdır.” diyerek yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir²¹³.

3.3.5. Kararın niteliği

Mahkemece işe iade davası sonucunda öncelikle feshin geçerli olup olmadığı tespit edilerek fesih geçersiz ise işçinin işe iadesine karar verilmektedir.

İş Kanununun 21. maddesinde “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.” düzenlemesine yer verilmiştir.

İşe iade davalarının türü ve dava sonucunda verilen işe iadeye ilişkin kararın niteliği ise doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, işe iade davalarını Yargıtay kararları

²¹³ Yarg. 9. HD, 19.06.2006, 14801/17539, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 01.03.2018).

doğrultusunda tespit davası olarak nitelendirmektedir²¹⁴. Bu görüşe göre feshin yasaya aykırılığına ilişkin geçersizlik kararı tespit niteliğindedir, icrai bir karar niteliğini taşımaz; işveren işçiyi işe başlatmaya zorlanamaz ve boşta geçen süre ücreti ile iş güvencesi tazminatı ilamlı icraya konu edilemez. Her ne kadar mahkemece işe iadeye dair karar verilse de işveren seçimlik hakka sahiptir, işçinin iş güvencesi tazminatı talep edebilmesinin koşulu, feshin geçersizliğinin tespiti ve işçinin başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmamasıdır. Mahkemece verilen şartta bağlı bu karar eda hükmü niteliği taşıyamaz²¹⁵.

Aksi görüş ise işe iade kararını tespit içeren eda hükmü olarak nitelendirmektedir²¹⁶. Buna göre her eda davası mutlak anlamda bir tespit hükmü içerir, İş Kanununun 21. maddesi de feshin geçerli olup olmadığını yönünde bir tespit yapılarak bunun sonucuna göre bir karar verilmesini öngörür. İşe iade kararı bir eda hükmüdür. Ancak ilamlı icra yoluyla zorla icrası mümkün değildir. Bunun nedeni işe iade yükümlülüğü yerine getirilmediği takdirde ödenecek tazminat miktarının ayrıca belirlenmesidir. Ayrıca işçi işe başlatılsın ya da başlatılmasın, işverenin boşta geçen süre için ödeyeceği işçinin en fazla dört aylık ücreti tutarındaki ücret hakkında verilen karar eda hükmü niteliğindedir ve ilamlı icraya konu edilebilir²¹⁷.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise bu konuda ilk görüş doğrultusunda bir kararında *“Mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının ... Tic. Ltd. Şti.’ne ait işyerindeki işe iadesine karar verilmiş olması isabetlidir. Ancak, işe iade davası netice olarak bir tespit davası olup tespit davalarında yalnızca tespit hükmü verilir, eda hükmü verilemez. Somut olayda, mahkemece bu husus gözetilmeden işe iade davasının mali sonuçları yönünden davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsile karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir.”* demiştir²¹⁸.

²¹⁴ Akyiğit, İş Güvencesi, 294; Süzek, İş Hukuku, 638; Özkaraca, “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, 128.

²¹⁵ Özkaraca, “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, 128; Süzek, İş Hukuku, 638.

²¹⁶ Güzel, “İşe İade Davalarına İlişkin Sorunlar”, 96-97; Güzel, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi”, 291; Özkes, Muhammet: “İş Kanunu’nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 55, Birinci Baskı, Ankara 2004, 513.

²¹⁷ Özkes, “İş Kanunu’nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, 512-513.

Belirtmek gerekir ki 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 12. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesine “*Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkroda düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkroda düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler.*” fıkrası eklenmiştir.

İş Mahkemeleri Kanununun 12 maddesinin gerekçesinde, uygulamada işe iade kararı veren mahkemelerin boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatını ay esaslı olarak belirledikleri, işçinin işe başlatılmaması durumunda kararda ay esaslı olarak belirlenen alacak ve tazminatın tahsili için ikinci bir dava açması gerektiği, eklenen fıkranın amacının da hem işçi bakımından sorunlu olan bu durumun önüne geçmek hem de yargının iş yükünü azaltmak olduğu belirtilmiştir. Gerekçeye göre eklenen bu fıkra ile boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı parasal olarak belirlenecek ve işçinin işe başlatılmaması durumunda kararda yazan parasal miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilebilmesine imkan tanınmış olacaktır.

Doktrinde bizce de isabetli olarak İş Kanununun 21. maddesine eklenen bu fıkra ile gerekçede yazılanın aksine uygulamada yaşanan sorunların tümüyle giderilemeyeceği ifade edilmiştir. Şöyle ki uygulamada işçinin işe başlamak üzere süresinde işverene başvurup başvurmadığı, işverenin işçiyi süresinde işe davet edip etmediği, verilen işin eski iş niteliğinde olup olmadığı noktalarında sorunlar yaşanmaktadır. Maddeye eklenen 4. fıkra ile uygulamada yaşanan bu sorunların önüne geçilmesi mümkün gözükmemektedir²¹⁹.

²¹⁸ Yarg. 22 HD, 25.09.2017, 38950/19180; aynı yönde Yarg. 7. HD, 22.12.2016, 35894/21839; www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 01.03.2018).

²¹⁹ Alpagut, Gülsevil: “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, Editör: Doğan Yenisey, Kübra, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul 2016, 211.

3.3.6. Kanun yolu

5521 sayılı mülga İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesinde “İş mahkemelerince verilen nihai kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Şu kadar ki, para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararlar hariç, miktar veya değeri üç bin Türk lirasını geçmeyen davalar hakkındaki nihai kararlar kesindir. (...) Bölge adliye mahkemesinin para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararları ile miktar veya değeri kırk bin Türk lirasını geçen davalar hakkındaki nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden başlayarak sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.” düzenlemesi yer almaktaydı.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesinde ise 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesi uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlar hakkında temyiz kanun yoluna başvurulamayacağı düzenlenmiştir. İş Kanununun değişik 20. maddesinde de bu düzenlemeye paralel olarak işe iade davalarında verilen kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulması halinde Bölge Adliye Mahkemesi kararının kesin olduğu düzenlenmiştir²²⁰.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesinin gerekçesinde “Düzenleme ile, 6100 sayılı Kanundaki genel düzenleme yanında, iş hukukunun temel prensipleri dikkate alınarak daha kısa sürede kesinleşmesinde yarar umulan dava türlerinin de bölge adliye mahkemelerinde kesinleşmesi öngörülmekte ve bu şekilde bir yandan da Yargıtay’ın iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmaktadır.” denilmiştir²²¹.

²²⁰ Astarlı, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu”, 44.

²²¹ İşe iade davalarında verilen kararlara karşı temyiz kanun yolunun kapatılmasının eleştirisi için bkz. Alpagut, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, 204-205.

İKİNCİ BÖLÜM

ASIL İŞVEREN - ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE İŞE İADE DAVASI

1. İŞE İADE DAVASINDA ASIL İŞVEREN VE ALT İŞVERENİN TARAF SIFATI

İşe iade davalarında davacı iş güvencesinden yararlanan işçi, davalı ise işçiyi işten çıkaran işverendir. Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, asıl işveren ve alt işverenin davada davalı taraf sıfatı bakımından kanuna uygun kurulan (geçerli) asıl işveren alt işveren ilişkisi ve kanuna aykırı asıl işveren alt işveren ilişkisinde olmak üzere ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Ancak bu ayrımdan evvel medeni usul hukuku bakımından davada taraf sıfatı ve dava arkadaşlığı kavramlarına da kısaca değinilmelidir.

1.1. Davada Taraf Sıfatı ve Dava Arkadaşlığı Kavramları

1.1.1. Taraf sıfatı (Husumet)

Bir sübjektif hakkı dava etme hakkı, kural olarak o hakkın sahibine ait olup bu nedenle o hakka ilişkin bir davada davacı olma sıfatı da o hakkın sahibine aittir. Örneğin bir alacak davasında davacı olma hakkı alacaklıya aitken, dava üçüncü bir şahıs tarafından açılırsa, alacak mevcut olmadığından değil, davacı davacı sıfatına sahip olmadığından yani husumetten reddedilecektir²²².

Bir sübjektif hak kendisinden davalı olarak talep edilebilecek kişi, o hakka uymakla yükümlü kişidir. Yine bir alacak davasında davalı olma sıfatı o alacağın borçlusuna aitken, dava üçüncü bir şahsa yöneltildiğinde, alacak mevcut olmadığından değil, davalı davalı sıfatına sahip olmadığından yani husumetten reddedilecektir²²³.

²²² Kuru, 122; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Temel Bilgiler, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, 115; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema: Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2016, 257.

²²³ Kuru, 122; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 115; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, 257-258.

Taraf sıfatı bir dava şartı değildir. Husumetten redde ilişkin karar, davanın esasına ilişkindir, o davadaki taraflar arasında kesin hüküm teşkil eder; ancak gerçekte taraf sıfatına sahip olan ve o davada taraf olarak gösterilmeyen kişi bakımından kesin hüküm teşkil etmez²²⁴.

Belirtmek gerekir ki Hukuk Muhakemeleri Kanununun 327. maddesinin 2. fıkrası gereği bir kişi davada sıfatı olmadığı halde, davalı sıfatı kendisine aitmiş gibi davacıyı yanıltarak kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet verirse, davanın sıfat yokluğu nedeniyle reddi halinde, davalı yararına yargılama giderlerine²²⁵ hükmedilemez.

1.1.2. Dava arkadaşlığı

Dava arkadaşlığı, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 57 ilâ 60. maddelerinde düzenlenmiştir. Dava arkadaşlığı söz konusu olduğunda davacı veya davalı tarafta (ya da her iki tarafta) birden fazla kişi bulunmaktadır. Birden fazla davacı bir davalıya (ya da birden fazla davalıya) birlikte veya bir davacı birden fazla davalıya karşı bir dava dilekçesinde dava açabilir. Bu halde bir taraftaki birden fazla kişi davada birlikte hareket ederler; bu sübjektif dava birleşmesine dava arkadaşlığı denir. Dava arkadaşlığı, zorunlu dava arkadaşlığı ve ihtiyari dava arkadaşlığı olmak üzere ikiye ayrılır²²⁶.

Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hallerde, mecburi (zorunlu) dava arkadaşlığı vardır (HMK md. 59).

Buna göre maddi hukukun bir hakkın birden fazla kişi tarafından kullanılmasını ya da birden fazla kişiye karşı birlikte kullanılmasını zorunlu kıldığı hallerde, bu hak dava konusu yapıldığı takdirde, o hakla ilgili birden fazla kişi davada zorunlu dava arkadaşısıdır²²⁷.

²²⁴ Kuru, 122-123; Börü, Levent: “Sıfat ve Dava Takip Yetkisi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 27, Sayı: 3, Eylül 2011, 255-256; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, 258.

²²⁵ HMK md. 323 (ğ) bendi gereği vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekalet ücreti, yargılama gideridir.

²²⁶ Kuru, 353; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 120-121; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, 525.

²²⁷ Kuru, 354; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, 530.

Zorunlu dava arkadaşları, ancak birlikte dava açabilir veya aleyhlerine de birlikte dava açılabilir. Bu tür dava arkadaşlığında, dava arkadaşları birlikte hareket etmek mecburiyetindedir. Ancak, duruşmaya katılan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemleri, usulüne uygun olarak davet edildiği halde duruşmaya katılmayan dava arkadaşları bakımından da hüküm ifade eder (HMK md. 60). Zorunlu dava arkadaşlığı, kendi içinde maddi bakımdan ve şekli bakımdan zorunlu dava arkadaşlığı olmak üzere ikiye ayrılır²²⁸.

Maddi bakımdan zorunlu dava arkadaşlığında, dava konusu hak veya borç birden fazla kişi arasında ortaktır, mahkemece bütün dava arkadaşları için aynı şekilde ve tek bir hüküm verilmesi zorunludur. Bu halde zorunlu dava arkadaşlarının birlikte dava açması veya aleyhlerine de birlikte dava açılması hem maddi hem de şekli zorunluluktur. Dava arkadaşları arasındaki ilişki çok sıklıdır. Mahkeme bir dava arkadaşı bakımından davanın kabulüne karar verirken, diğeri bakımından davanın reddine karar veremez. Örneğin elbirliği mülkiyeti konusu olan bir mal veya hakka ilişkin davalarda, davanın tüm ortaklar tarafından ya da hepsine karşı birlikte açılması zorunludur²²⁹.

Şekli bakımdan zorunlu dava arkadaşlığında ise, maddi bir zorunluluk olmadığı halde kanun gereği gerçeğin ve hukuki ilişkinin daha iyi bir biçimde ortaya çıkarılması ve karara bağlanması için birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılması zorunlu kılınmıştır²³⁰. Burada maddi bakımdan zorunlu dava arkadaşlığında olduğu gibi tüm dava arkadaşları bakımından aynı şekilde karar verilmesi zorunlu değildir. Mahkemece bir dava arkadaşına karşı açılan davanın reddine karar verilirken, diğere karşı açılan davanın kabulüne karar verilebilir. Davalılar kanundan doğan şekli zorunluluktan dolayı dava arkadaşlarıdır; davada aynı şekilde ve birlikte hareket etmek zorunda olmadıklarından aralarındaki ilişki çok sıkı değildir. Örneğin Türk Medeni Kanununun 286. maddesi gereği soybağının reddi davasının ana ve çocuğa ya da ana ve kocaya karşı açılması zorunludur²³¹.

²²⁸ Kuru, 354; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 120-121; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, 530.

²²⁹ Kuru, 354-355; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, 531.

²³⁰ Taşkın, Ahmet: Türk İş Hukukunda ve İşletme Yönetiminde Alt İşverenlik İlişkileri, 1. Baskı, Yetkin, Ankara 2016, 393; Kuru, 357.

²³¹ Kuru, 357; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, 532.

Zorunlu dava arkadaşlığında dava bütün zorunlu dava arkadaşlarına karşı açılmamışsa, dava sıfat yokluğundan hemen reddedilmez. Mahkemece HMK md. 115 gereği davacıya davayı diğer dava arkadaşlarına teşmil etmesi için kesin süre verilmesi, kesin sürede davacı davasını teşmil etmezse davanın usulden reddi gerekir²³².

İhtiyari dava arkadaşlığını düzenleyen HMK md. 57 gereği ise, davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması, ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri, davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması hallerinde birden çok kişi birlikte dava açabilecekleri gibi aleyhlerine de birlikte dava açılabilir²³³.

İhtiyari dava arkadaşlığında, dava arkadaşı sayısı kadar dava vardır ve davalar birbirinden bağımsızdır; dava arkadaşlarından her biri, diğerinden bağımsız olarak hareket eder (HMK md. 58). Örneğin alacaklı müteselsil borçlulardan birine karşı dava açabileceği gibi, birkaçına veya tümüne karşı birlikte dava açabilir. Bu durumda müteselsil borçlular ihtiyari dava arkadaşdır²³⁴.

1.2. Kanuna Uygun Olarak Kurulan Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde Taraf Sıfatı

İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında “*asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Kanunda düzenlenen bu birlikte sorumluluk hali, müteselsil sorumluluktur²³⁵. Müteselsil borçlular arasında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur²³⁶; bu nedenle alt işveren işçisi kanundan doğan tüm işçilik alacakları için asıl

²³² Kuru, 358.

²³³ Kuru, 361; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 121-122; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, 526.

²³⁴ Kuru, 361; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 122.

²³⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 101; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 39; Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 51; Çil, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, 29; Taşkın, 398.

²³⁶ Kuru, 361; Taşkın, 398.

işveren ve alt işverene birlikte dava açabileceği gibi yalnızca asıl işveren ya da yalnızca alt işverene de dava açabilir²³⁷.

Ancak işe iade davaları bakımından bu durum alacak davalarından farklıdır. Kanuna uygun olarak kurulan bir asıl işveren - alt işveren ilişkisinde, alt işveren işçisinin işe iade davasını iş sözleşmesini fesheden kendi işverenine yani alt işverene açması gerekir. Zira dava sonunda verilecek işe iade kararını uygulama yükümlülüğü alt işverendedir²³⁸.

Bu nedenle doktrinde, kanuna uygun olarak kurulan asıl işveren - alt işveren ilişkilerinde, isabetli olarak alt işveren işçisinin işe iade davasını salt asıl işverene karşı açamayacağı kabul edilmektedir²³⁹.

Ancak İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrası gereği işe iade davasının parasal sonucu olan iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücretinden asıl işveren ve alt işveren müteselsil sorumludur; bu nedenle alt işveren işçisi iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücretini asıl işverenden de talep edebilir²⁴⁰. İşe iade davasının parasal sonuçlarından müteselsil sorumluluğu nedeniyle, işe iade davasının alt işverenle birlikte asıl işverene karşı açılabilirliği kabul edilmektedir²⁴¹. Her iki işverene birlikte dava açılabilmesi için fesih tarihinde asıl işveren - alt işveren ilişkisinin var olması gerekir; fesih tarihinde asıl işveren - alt işveren ilişkisi mevcut değilse ortada tek bir işveren vardır ve dava sadece o işverene karşı açılmalıdır²⁴².

Müteselsil sorumluluk gereği işe iade davasının parasal sonuçlarından asıl işverenin de sorumlu olması, işe iade davasında husumet ehliyetinin asıl işverende olduğu anlamına

²³⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 101; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 39; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 70; Süzek, İş Hukuku, 167; Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 50; Akyiğit, Alt İşverenlik, 72; Demir, “Asıl İşveren - Alt İşveren Birlikte Sorumluluğunun Sınırları”, 23; Çil, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, 29.

²³⁸ Aydın, 353; Göktaş, Seracettin: “Asıl İşverenin İş Güvencesi Hükümleri Yönünden Sorumluluğu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 27, Yıl 7, Eylül 2012, 62; Demir, Ender: “Asıl İşveren İle Alt İşverenin Müteselsil Sorumluluğu”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, Ankara, 1. Cilt, 854; Çil, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, 35.

²³⁹ Demir, “Asıl İşveren İle Alt İşverenin Müteselsil Sorumluluğu”, 853; Aykaç, Hande Bahar: İş Hukukunda Alt İşveren, 1. Baskı, Beta, İstanbul 2011, 298; Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 64; Çil, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, 34.

²⁴⁰ Aydın, 353.

²⁴¹ Göktaş, “Asıl İşverenin İş Güvencesi Hükümleri Yönünden Sorumluluğu”, 62.

²⁴² Çil, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, 35; Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 64.

gelmeyecektir²⁴³. Geçerli bir asıl işveren - alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde davanın ya alt işverene ya da asıl işveren ve alt işverene birlikte açılması gerekir. Davanın iki işverene karşı birlikte açılması halinde işe iade yükümlülüğü alt işverendedir²⁴⁴.

1.3. Kanuna Aykırı Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde Taraf Sıfatı

1.3.1. Genel olarak

İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrası gereği asıl işveren - alt işveren ilişkisi kanuna aykırı olarak kurulmuş ya da muvazaalı ise, işçi baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılacağından işe iade davası gerçek işveren olan asıl işverene karşı açılmalıdır, işe iade hükmü de asıl işveren aleyhine kurulmalıdır²⁴⁵.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin yasal unsurları taşıyıp taşımadığı veya muvazaalı olup olmadığı, böyle bir iddia bulunmasa dahi hakim tarafından resen gözetilir²⁴⁶. Yargıtay kararları da bu yöndedir²⁴⁷.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu işe iade davaları bakımından işe iade davasının asıl davalısına karşı kanunda öngörülen hak düşürücü sürenin dolması sorunu gündeme gelecektir. Şöyle ki asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığının tespiti yargılama sırasında mahkemece yapılacaktır. Bu nedenle örneğin işçi tarafından asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olduğu varsayımıyla alt işverene karşı dava açıldığında, mahkemece bu varsayımın tersine ilişkin muvazaalı olduğu tespit edilirse, işe iade davasının asıl davalısı olan asıl işverene karşı işe iade davası açmak için kanunda öngörülen süre geçmiş olacaktır. Bu sorun tam tersi ihtimal içinde, yani işçi

²⁴³ Aydınli, 353.

²⁴⁴ Aykaç, 298; Şahlanan, Fevzi: “Alt İşveren İşçisinin Açtığı İşe İade Davasında Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)”, *Tekstil İşveren*, Hukuk 75, Sayı 390, Kasım-Aralık 2012, 4.

²⁴⁵ Aydınli, 353; Çil, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, 36; Çankaya/Çil, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, 65; Kar, Bektaş: “Feshin Geçersizliğinin Tespiti Davalarında Uygulanacak Usule İlişkin Yargıtay Uygulamaları”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Demir, Ender/Gemici Filiz, Beste, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, 446.

²⁴⁶ Çankaya/Çil, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, 66.

²⁴⁷ Yarg. 9. HD, 28.11.2017, E. 2016/31268, K. 2017/19162; Yarg. 7. HD, 28.12.2016, E. 2016/27381, K. 2016/21950; Yarg. 22. HD, 10.05.2016, 10127/14166, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

tarafından asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu varsayımıyla asıl işverene karşı dava açıldığında ve mahkemece ilişkinin geçerli olduğu tespit edildiğinde de ortaya çıkacaktır²⁴⁸.

Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu konuda 2005 tarihli bir kararında “*Somut olayda davacı dahili davalı A. U. Anonim Şirketi işçisi olarak çalışırken, iş sözleşmesi feshedilmiş ve adı geçen şirket, asıl işi olan taşıma işini bölerek alt işveren diğer davalı K. N. şirketine vermiş bulunmaktadır. Yukarıda belirtilen hükmün ihlal edildiği açıktır. Davacı baştan beri A. U. Şirketinin işçisidir. O halde davalı K. N. Şirketi hakkında dava açılması ve mahkemece söz konusu şirket hakkında kabul hükmü kurulması hatalıdır. Diğer davalı hakkında usulüne uygun ve süresinde açılan bir dava da bulunmamaktadır. Böyle olunca davanın reddine karar verilmesi gerekir.*” diyerek olayda asıl işveren - alt işveren ilişkisi kanuna aykırı olduğundan alt işverene karşı açılan davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğini, asıl işverene karşı da süresinde bir dava açılmadığını belirtmiştir²⁴⁹. Belirtmek gerekir ki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi aşağıda inceleneceği üzere sonraki tarihli kararlarında bu görüşünü değiştirmiştir.

Doktrinde bir görüşe göre davanın her iki işverene birlikte açılması, hak düşürücü sürenin geçmesi sorununu çözecektir. Ancak bu ihtimalde yargılama sonunda bir taraf yönünden dava reddedildiğinde buna bağlı olarak davacı işçinin harç ve vekalet ücreti ödeme yükümlülüğü ortaya çıkabilir²⁵⁰. Bu görüşe göre çözüm olarak işverenlerden herhangi birine dava açılmasıyla hak düşürücü sürenin kesileceği ve gerekirse temsilde hata kabul edilerek işçi lehine yoruma gidilebileceği ileri sürülmektedir²⁵¹.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ve Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, ortaya çıkan bu soruna dair farklı çözümler getirmişlerdir.

²⁴⁸ Aydın, 353; Göktaş, “Asıl İşverenin İş Güvencesi Hükümleri Yönünden Sorumluluğu”, 62; Çil, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, 36; Urhanoğlu Cengiz, İstar: “Geçersiz Fesih ve İşe İade Davalarında, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Bulunduğu Durumlarda Davalı Yönünden Şekli Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 29, Yıl 8, Mart 2013, 117.

²⁴⁹ Yarg. 9. HD, 12.12.2005, 36137/39139, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

²⁵⁰ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 65.

²⁵¹ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 65. Yazarlara göre asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanması halinde fesih prosedürü gerçek işveren tarafından yerine getirilmemiş olacaktır. Bu durumda fesih bildirimimin gerçek işveren tarafından usulüne uygun yapılması esas ise de, görünüşte alt işveren tarafından yapılan bildirim işveren vekili tarafından yapılmış gibi düşünülmeli, salt gerçek işverence yapılmamış olması fesih bildirimimin geçersiz olduğu sonucuna götürmemelidir.

1.3.2. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ihtiyari dava arkadaşlığı görüşü

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'ne göre, muvazaa söz konusu olmayan, geçerli bir asıl işveren - alt işveren ilişkisinde, fesih geçersizliği ve işe iade talebi sadece alt işverene karşı ileri sürülecektir. Aşağıda inceleneceği üzere 22. Hukuk Dairesi'nin zorunlu dava arkadaşlığı görüşünün aksine 9. Hukuk Dairesi'ne göre asıl işveren - alt işveren ilişkisinde işverenler arasında zorunlu dava arkadaşlığı yoktur. Müteselsil sorumluluk nedeniyle işçinin işe başlatılmaması halinde öngörülen tazminat ve boşta geçen süre ücretleri bakımından her iki işverene karşı birlikte dava açması zorunlu değildir. Ancak feshin geçersizliği ve işe iade davasında, asıl işveren - alt işveren ilişkisi bulunduğu takdirde, işçinin her iki işverene birlikte dava açmasında hukuki yararı vardır²⁵².

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmadığı, geçerli bir asıl işveren - alt işveren ilişkisi bulunduğu iddia edilip, işçi tarafından sadece asıl işverene karşı dava açıldığında, davacının işvereni ve işe iade edileceği işveren alt işveren olduğundan, bu durumda husumetin tevcihinde hata kabul edilerek alt işverene dava dilekçesi tebliğ edilmeli, alt işveren davalı taraf olarak davaya kabul edilmelidir²⁵³.

Davacı işçinin muvazaa iddiası varsa veya asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kanuna aykırı olduğu iddia ediliyorsa ve dava bu nedenle sadece asıl işverene karşı açılmışsa davaya asıl işveren bakımından devam edilmeli ve sonuçta muvazaa bulunmadığı, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin yasaya uygun kurulduğu kabul edildiği takdirde, iş ilişkisinin tarafı olmayan asıl işveren yönünden feshin geçersizliği ve işe iade davasının husumetten reddi gerekecektir. Eğer işçinin iddia ettiği gibi muvazaa söz konusu ise veya asıl işveren - alt işveren ilişkisinin unsurları yok ise asıl işveren yönünden dava esastan karar altına alınacaktır²⁵⁴.

²⁵²Yarg. 9. HD, 08.11.2017, E. 2016/29450, K. 2017/17688; Yarg. 9. HD, 02.10.2017, E. 2016/22733, K. 2017/14621; Yarg. 9. HD, 02.10.2017, E. 2017/24796, K. 2017/14633, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

²⁵³Yarg. 9. HD, 08.11.2017, E. 2016/29450, K. 2017/17688; Yarg. 9. HD, 12.10.2017, E. 2016/24731, K. 2017/15641; Yarg. 9. HD, 02.10.2017, E. 2016/22733, K. 2017/14621; Yarg. 9. HD, 02.10.2017, E. 2017/24796, K. 2017/14633; aynı yönde Samsun BAM 7. HD, 23.06.2017, 1836/1314, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 08.06.2018).

Yargıtay 9. Hukuku Dairesi 2008 tarihli bir kararında davacı işçinin SSK kayıtlarında davalı (B) şirketi işçisi olarak görüldüğünü, davalı (B) şirketinin dava dışı (E) şirketine işçi temin eden bir şirket olduğunu, bu iki şirket arasındaki ilişkinin İş Kanununun 2. maddesine aykırı olduğundan davacı işçinin başlangıçtan itibaren (E) şirketinin işçisi olduğunu belirtmiştir. Devamında bu kanuna aykırı işleminden dolayı işverenin kim olduğu konusunda tereddüde düşen davacı işçinin husumette yanıldığını, davacıya davasını gerçek işvereni olan (E) şirketine yöneltmesi için süre verilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğini, davacıya davasını gerçek işverene yöneltme olanağı verilmeden davanın husumet yönünden reddine karar verilmiş olmasının hatalı olduğunu ifade etmiştir²⁵⁵.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2009 tarihli bir kararına konu davada, davacı işçi muvazaalı iddiasıyla işe iade davasını asıl işverene karşı açmıştır. Yerel mahkemece bozma ilamı doğrultusunda yapılan yargılama neticesinde asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olduğu sonucuna varılarak davanın alt işverene yöneltmesi gerektiğinden hareketle davalı asıl işveren hakkında açılan davanın husumet yokluğundan reddine karar verilmiştir. 9. Hukuk Dairesi, davalı asıl işverenin daha önceki alt işverenlik uygulamalarının muvazaaya dayandığının kabul edildiğinin ve buna ilişkin çok sayıda kararın kesinleştiğinin dosya içeriğinden anlaşıldığını, davacının daha önceki kararlardan hareketle asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığını ileri sürerek asıl işverene karşı bu davanın açıldığını belirtmiştir.

Devamında davalı işverenin daha önceki alt işverenlik uygulamalarının muvazaaya dayandığını belirten kesinleşmiş kararların davacıyı gerçek işverenin kim olduğu konusunda yanılttığı, davacının temsilde yanıldığının açık olduğu, bu durumda davanın husumet yönünden reddine değil, temsilde yanılma olduğunun kabul edilerek davacıya davasını gerçek hasma yani alt işverene yöneltmesi için süre verilerek ve sonucuna göre

²⁵⁴Yarg. 9. HD, 08.11.2017, E. 2016/29450, K. 2017/17688; Yarg. 9. HD, 12.10.2017, E. 2016/24731, K. 2017/15641; Yarg. 9. HD, 02.10.2017, E. 2016/22733, K. 2017/14621; Yarg. 9. HD, 02.10.2017, E. 2017/24796, K. 2017/14633; aynı yönde Samsun BAM 7. HD, 23.06.2017, 1836/1314, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 08.06.2018).

²⁵⁵ Yarg. 9. HD, 17.6.2008, E. 2007/39421, K. 2008/16347, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

yargılamaya devam edilerek bir karar verilmesi gerektiği gerekçeleriyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir²⁵⁶.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir başka uyuşmazlıkta davacı, davalı üniversite bünyesinde 2011 yılından 2014 yılına kadar aralıksız olarak dekan şoförü olarak çalıştığını, buna rağmen farklı iş ve pozisyonlar üzerinden alt işveren işçisiymiş gibi gösterildiğini iddia ederek feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesini talep etmiştir. Davacı asil tarafından dava dilekçesinde davalı taraf olarak yalnızca ... Üniversite Rektörlüğü gösterilmiş, yerel mahkemece ön inceleme duruşmasında taşeron aleyhine dava açılması için davacıya süre verilmiş, ardından ... Kurumsal Hizmetler Ltd. Şti. davaya dahil edilmiş, davalılar arasındaki sözleşmenin işçi teminine yönelik olduğu, davalılar arasında ilişkinin muvazaalı olduğu, davacının baştan beri asil işveren işçisi olduğu ve feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir²⁵⁷.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi önüne gelen bu uyuşmazlığa ilişkin kararında, usul hukukunda kural olarak zorunlu dava arkadaşlığı nedeni ile taraf teşkili dışında dahili dava denen bir kurum bulunmadığını, tüzel kişi hakkında usulüne uygun dava açılmadan, açılan davada dahili davalı edilerek hakkında hüküm kurulmasının usule aykırı olduğunu belirtmiştir. Devamında Hukuk Muhakemeleri Kanununun 124. maddesinin 4. fıkrası gereği dava dilekçesinde tarafın eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılığa dayanması halinde, hakim karşı tarafın rızası olmaksızın taraf değişikliğinin kabul edilebileceğini, ancak söz konusu olayda yanılma bulunmadığını, davacının davayı sadece davalı üniversiteye karşı açtığını, bu nedenle yargılama sürecinde davaya dahil edilerek gerekçeli kararda dahili davalı olarak gösterilen ve aleyhine hüküm kurulan ... Kurumsal Hizmetler Ltd. Şti.'nin aleyhine usulüne uygun açılmış davadan söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Bu gerekçelerle yerel mahkeme kararının bozulmasına, ... Kurumsal Hiz. Ltd. Şti. aleyhine usulüne uygun açılmış dava olmadığından, hakkında karar verilmesine yer olmadığına,

²⁵⁶ Yarg. 9. HD, 28.09.2009, 26956/24380, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

²⁵⁷ Yarg. 9. HD, 02.10.2017, E. 2016/22733, K. 2017/14621, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

feshin geçersizliğine ve davacının davalı ... Rektörlüğü nezdinde işe iadesine karar vermiştir²⁵⁸.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2017 tarihli bir kararında ise, davacı işçinin muvazaa iddiasıyla asıl işveren aleyhine açtığı davada, yerel mahkemece muvazaa araştırılmaksızın davacının işverenin alt işveren olduğu kabul edilerek davanın pasif husumet yokluğundan reddine karar verilmesinin hatalı olduğunu belirtmiş, *“Dairemiz uygulamasına göre, işe iade davasının muvazaa iddiasıyla, asıl-alt işveren ilişkisinde asıl işverene karşı açılması halinde, mahkemece öncelikle yapılması gereken iş; muvazaa iddiası üzerinde durmak, delilleri toplamak, asıl-alt işveren ilişkisi ve muvazaayı değerlendirmek, asıl-alt işveren ilişkisinin varlığı ve bunun muvazaalı olduğunun tespit edilmesi halinde davayı dava dilekçesindeki davalı açısından sonuçlandırmaktır. Mahkemece bu hususlar değerlendirilmeden, davanın pasif husumetten reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”* ifadelerine yer vermiştir²⁵⁹.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, muvazaa iddiası ile asıl işverene karşı açılan işe iade davasına ilişkin bir kararında *“Dosya içeriğine göre davacının yardımcı iş kapsamında alt işveren işçisi olarak çalıştığı, davalı ... ile dahili davalı arasında asıl-alt işveren ilişkisi olduğu anlaşılmaktadır. Davacı muvazaa iddia edip asıl işverene karşı dava açmıştır. Bu durumda husumette yanılma yoktur. Aleyhine usulüne uygun şekilde dava açılmayan alt işverenin dahili dava yolu ile davaya ithal edilmesi ve hakkında hüküm kurulması hatalıdır.”* diyerek davalı asıl işveren hakkındaki davanın husumet yokluğu nedeni ile, alt işveren hakkındaki davanın ise usulüne uygun dava açılmadığından reddine karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin temsilde yanılma veya taraf sıfatında maddi hataya düştüğü kabul edilerek asıl işveren - alt işveren ilişkisinde işe iade davalarında husumete dair sorunları çözüme yaklaşımı doktrinde eleştirilmiştir. Buna göre Hukuk Muhakemeleri Kanununun 124 maddesi:

²⁵⁸Yarg. 9. HD, 02.10.2017, E. 2016/22733, K. 2017/14621, aynı yönde Yarg. 9. HD, 02.10.2017, E. 2017/24796, K. 2017/14633, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

²⁵⁹ Yarg. 9. HD, 12.10.2017, E. 2016/24731, K. 2017/15641, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

“Bir davada taraf değişikliği, ancak karşı tarafın açık rızası ile mümkündür.

(...) Ancak, maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi, karşı tarafın rızası aranmaksızın hakim tarafından kabul edilir.

Dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılıya dayanıyorsa, hakim karşı tarafın rızasını aranmaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebilir.” şeklindedir.

Dolayısıyla, HMK md. 124 gereği kabul edilebilir yanılıya dayanan taraf değişikliği talep şartına bağlıdır. Hakimin bu hususta taraflara hatırlatma yapması mümkün değildir. Talep olmadığı halde mahkeme kararlarının taraf sıfatında maddi hataya düşüldüğünden bahisle bozulması, bu düzenleme karşısında mümkün deęildir²⁶⁰.

1.3.3. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin zorunlu dava arkadaşlığı görüşü

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, önceki tarihli kararlarında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ile aynı görüşte ise de, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra görüşünü değiştirerek, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu işe iade davalarında, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik yargısal denetimin, asıl işveren ve alt işverenin davada yer almaları ve her iki tarafın açıklama ve ispat hakkını kullanmalarını zorunlu kıldığını, bu sebeple taraflar arasında bir çeşit şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğunu kabul etmiştir²⁶¹. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi’nin görüşü de 22. Hukuk Dairesi ile aynı yöndedir²⁶².

²⁶⁰ Şahlanan, “Alt İşveren İşçisinin Açtığı İşe İade Davasında Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)”, 5; Urhanoğlu Cengiz, “Geçersiz Fesih ve İşe İade Davalarında, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Bulunduğu Durumlarda Davalı Yönünden Şekli Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)”, 118.

²⁶¹Yarg. 22. HD, 10.10.2017, E. 2017/39113, K. 2017/21278; 05.04.2012, 1966/6464; 22.02.2016, 3420/4819, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

²⁶² Yarg. 7. HD, 06.12.2016, 23438/20543; 08.06.2015, 11216/11500; 29.01.2014, E. 2013/27006 K. 2014/1212, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2011 tarihli bir kararında²⁶³ görüş değiştirmesinin nedenini şu şekilde açıklamıştır:

22. Hukuk Dairesine göre alt işveren işçisi tarafından feshin geçersizliğine karar verilmesi istemiyle yalnızca alt işveren hakkında ya da geçersizlik veya muvazaa iddiasıyla sadece asıl işveren aleyhine açılan davalarda, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığının belirlenmesine bağlı olarak, davalı taraf olarak gösterilen işverenin işçinin gerçek işvereni olmadığının belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıkmaktadır. Davanın taraf sıfatı yokluğu nedeni ile reddedilmesi halinde, gerçek işverene karşı açılacak davada işçi, çoğunlukla işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır. Böyle bir sonuç işçinin mağdur olmasına yol açar; ayrıca bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılması da usul ekonomisine uygun düşmez. Ortaya çıkan bu sorun Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ve 22. Hukuk Dairesi tarafından davacının temsilcide yanıldığı veya taraf sıfatında maddi hataya düştüğü kabul edilmek suretiyle taraf değişikliği konusunda mülga 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun katı kuralları aşılarak sorun çözülmeye çalışılmıştır. Ancak işe iade davası asıl işveren ile alt işverene karşı birlikte açıldığında, asıl işveren hakkında taraf sıfatı yokluğu gerekçesiyle davanın reddine ilişkin karar verilmezken, sadece asıl işveren hakkında dava açıldığında taraf sıfatının bulunmadığı ve taraf sıfatında yanılığının kabulüne karar verilmesi sözü edilen çözümün çelişkisidir.

Ayrıca 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 124. maddesinde kabul edilebilir yanılığa dayanan iradi taraf değişikliği taleplerinin mahkemece kabul edilmesi yönünde düzenleme yapılmıştır. Ancak sözü edilen düzenlemede taraf değişikliğinin talep şartına bağlandığından hakim tarafından bu hususta taraflara hatırlatma yapılması mümkün değildir. Bu sebeple talep olmadığı halde, taraf sıfatında maddi hataya düşüldüğünden söz edilmek suretiyle mahkeme kararının bozulmasına yönelik uygulamaya devam edilmesi, Kanunun açık düzenlemesi karşısında mümkün değildir. Bu nedenlerle 22. Hukuk Dairesi içtihadının yeniden gözden geçirilerek ihtiyacı doğmuştur.

²⁶³ Yarg. 22. HD, 18.11.2011, 6169/5306; aynı yönde 05.04.2012, 1966/6464; 22.02.2016, 3420/4819; www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

Mahkemece verilecek hükmün etkisi bakımından mecburi dava arkadaşlığı, maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ve şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı, maddi hukuka göre bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi zorunlu hallerde söz konusu olur. Şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ise, kanunun özel hükümleri ve davanın niteliğinden kaynaklanan, birden fazla kişiye karşı dava açılmasının ve yürütülmesinin zorunlu olduğu hallerde oluşan dava arkadaşlığına denir. Şekli dava arkadaşlığı, gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması ve taraflar arasındaki ilişkinin doğru karara bağlanmasını sağlamak için kabul edilmiştir. Bu durumda, davaya konu hukuki ilişki hakkında bütün dava arkadaşlarına yönelik tek ve aynı doğrultuda bir karar verme zorunluluğu yoktur. Ayrıca dava arkadaşlarının yaptıkları usuli işlemler birbirinden bağımsızdır.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik resen yapılması gereken yargısal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını ve kendi hukuklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kılmaktadır. Aksince bir düşünce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun 27. maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder. Buna göre, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Bu çözüm tarzı hem işçi hem de işveren yönünde hukuka uygun maddi ve usuli bakımdan her iki tarafın haklarını korumasını sağlayan bir çözümdür. Bu nedenle işe iade davasının yalnızca asıl işveren veya alt işveren aleyhine açılması durumunda, mahkemece dava hemen reddedilmemeli, davalı olarak gösterilmeyen asıl işveren veya alt işverene davanın teşmili için davacı tarafa süre verilmeli, verilen süre içinde diğer dava arkadaşına teşmil edilirse davaya devam edilmeli, aksi halde dava sıfat yokluğundan reddedilmelidir.

Taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasına yönelik olarak yapılacak inceleme sonucunda, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaaya dayanması nedeni ile feshin geçersizliğine yönelik karar gerçek işveren hakkında kurulmalı, geçersiz

veya muvazaaya dayalı ilişkinin diğ er tarafı hakkında sıfat yokluğ u davanın reddine karar verilmelidir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanununun 327. maddesinin 2. fıkrası uyarınca taraf sıfatı olmadı ğ ı halde davacıyı, davalı sıfatı kendisine aitmiş gibi yanıltarak kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet verdiğ i için, davanın sıfat yokluğ u nedeni ile hakkındaki davanın reddine karar verilen taraf lehine vekalet ücreti takdir edilmemelidir.

Görüldüğü üzere Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğ u işe iade davalarına özgü olarak şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığ ının mevcut olduğ u, bu durumda işe iade davasının her iki işverene karşı birlikte açılması gerektiğ i görüşünü benimsemiştir. Bu görüşe göre işverenlerden yalnızca birine dava açıldığ ı takdirde dava hemen reddedilmeyecek, davalı olarak gösterilmeyen asıl işveren veya alt işverene davanın teşmili için davacı tarafa süre verilecek, verilen süre içinde dava diğ er dava arkadaşına teşmil edilirse davaya devam edilecek, aksi halde dava sıfat yokluğ undan reddedilecektir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 2012 tarihli bir kararında, somut olayda asıl işveren - alt işveren ilişkisi söz konusu olduğ undan doğru sonuca varılabilmesi, araştırma ve incelemenin yeterli hale getirilmesi ve ileride oluşabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi bakımından dava dışında kalan alt işverene davanın teşmili ve bu suretle alt işverenin de davalı safında yer almasının sağlanması gerektiğ ini, bunun yerine davanın alt işverene ihbarı ile yetinilerek sonuca gidilmesinin isabetli olmadığını belirtmiştir²⁶⁴.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin bu kararı doktrinde eleştiri konusu olmuştur. Buna göre asıl işveren ile alt işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığ ı söz konusu değildir. Kural olarak hiç kimse, kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkı talep etmeye zorlanamaz. Kaldı ki yargılamayı sürdüren hakimin taraflardan birisinin yanına bir üçüncü kişiyi dahil etmesine imkan sağlayan bir hukuku düzenleme de mevcut değildir. Mecburi dava arkadaşlığ ının söz konusu olmadı ğ ı bir durumda dahili davalı kurumu kabul edilebilir değildir. Bu durumda dava ancak üçüncü kişiye ihbar edilebilir. İhbarın amacı da gelecekte kullanılacak rücu hakkının korunmasıdır. Üçüncü bir kişiye davanın teşmilinin zorunlu tutulması hukuki temele sahip değildir²⁶⁵.

²⁶⁴ Yarg. 22. HD, 02.07.2012, 12237/15447, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin bu görüşünü isabetsiz olarak değerlendiren bir başka görüşe göre, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda müteselsil sorumlulukta alacaklının borcun tamamının veya bir kısmının ifasını dilerse borçlulardan birinden, dilerse hepsinden isteyebileceği düzenlenmiştir. Davacı işçi, işçilik alacaklarını dilerse her iki işverene karşı açacağı davada, dilerse de ikisine ayrı ayrı dava açarak (mükerrer ödeme olmamak kaydıyla) talep edebilir. Asıl işveren ile alt işveren arasında zorunlu değil, ihtiyari dava arkadaşlığı vardır. Asıl işveren - alt işveren arasında rücu ilişkisinde geçerli olan ve kendileri arasında davanın ihbarı ile yerine getirilmesi gereken usuli işlemin davacı işçiye yükletilerek ve mecburi olarak davaya diğer işverenin dahil edilmesinin istenmesi yerinde değildir²⁶⁶.

Doktrinde Yargıtay 22. Hukuk Dairesi içtihadını isabetli bulan bir görüşe göre ise, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının ya da kanuna uygun olup olmadığının incelendiği bir davada, asıl işveren ya da alt işverenin yer almaması düşünülemez. Bu nedenle işe iade davaları bakımından işçinin korunması düşüncesi ve hukuki dinlenilme hakkı gereği şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığının olduğu kabul edilmelidir²⁶⁷.

Yine doktrinde aynı doğrultuda bir görüş, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi içtihadını hem işçi hem işverenler yönünden uygun, maddi ve usuli bakımdan her iki tarafın haklarının korunmasını sağlayan, asıl işveren - alt işveren ilişkisinde işe iade davalarını usuli açıdan sağlam bir hukuki zemine oturtan bir çözüm yolu olarak değerlendirmektedir²⁶⁸.

Belirtmek gerekir ki 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesinde İş Kanununun 20. maddesi uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen

²⁶⁵ Bostancı, Yalçın/Kırtıloğlu, Süleyman Serhat: “İşçinin Asıl İşverene Karşı Dava Açması Durumunda Davanın Alt İşverene Teşmil Edilme Zorunluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı: 2, Aralık 2013, 845-864. Aynı yönde Şen/Naneci, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi”, 43.

²⁶⁶ Kar, “Feshin Geçersizliğinin Tespiti Davalarında Uygulanacak Usule İlişkin Yargıtay Uygulamaları”, 448; Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, 382-383.

²⁶⁷ Göktaş, “Asıl İşverenin İş Güvencesi Hükümleri Yönünden Sorumluluğu”, 62.

²⁶⁸ Şahlanan, “Alt İşveren İşçisinin Açtığı İşe İade Davasında Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)”, 3; aynı yönde Urhanoğlu Cengiz, “Geçersiz Fesih ve İşe İade Davalarında, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Bulunduğu Durumlarda Davalı Yönünden Şekli Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)”, 120.

kararlar hakkında temyiz kanun yoluna başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle bölge adliye mahkemelerinin bu konuda oluşturacakları içtihat da önem taşımaktadır.

1.3.4. Görüşümüz

Yukarıda görüldüğü üzere Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ve 22. Hukuk Dairesi, asıl işveren - alt işveren ilişkisi söz konusu olan işe iade davalarında husumete ilişkin sorunları çözmek için farklı uygulamalara gitmişlerdir.

Kanaatimizce Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin işçinin husumetin tevcihinde hataya düştüğünün kabulü ile husumetin gerçek işverene yöneltilmesi gerektiğine ilişkin görüşü, iş hukukunun işçi lehine yorum ilkesi ile bağdaşmakta, ancak usul hukuku bakımından taraf değişikliğinin talebe bağlı olması kuralı ile çelişmektedir.

Ayrıca asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığının denetiminin tarafların talebine bağlı olmaksızın resen yapılması ve bu hususta bir tespiti yer verilerek işe iade hükmünün bu tespit üzerine kurulması asıl işveren ve alt işverenin davada yer almasını zorunlu kılmaktadır.

Gerçekten de asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığına ilişkin yapılan yargılamada iki işverenin de hazır bulunması halinde bu tespit değişebilir. Örneğin sadece alt işverene karşı açılan bir işe iade davasında, asıl işverenin yokluğunda asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçersizliği tespit edildiğinde bu husus hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edebilir. Asıl işverenin bu davada başından beri taraf gösterilmesi halinde asıl işverenin savunması ve mahkemeye sunacağı deliller ilişkinin geçersizliği yönündeki tespiti tersine çevirebilir.

Bu bakımdan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin asıl işveren - alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu işe iade davalarında *“Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik re'sen yapılması gereken yargısal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını ve kendi haklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kılmaktadır. Aksince bir düşünce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun*

27. maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder.” gerekçesi bizce de isabetlidir.

Ancak asıl işveren - alt işveren ilişkisi İş Kanunundan doğan işçilik alacaklarından müteselsil sorumludur ve müteselsil sorumlular usul hukuku gereği ihtiyari dava arkadaşıdır. Şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ancak kanundan kaynaklanır. 22. Hukuk Dairesi'nin görüşüne katılmakla birlikte, görüşün yasal bir dayanağa ihtiyacı olduğu kanaatindeyiz.

Yukarıda değinildiği üzere 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3. maddesinin 15. fıkrası gereği asıl işveren - alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır²⁶⁹. Düzenleme gereği her iki işverenin işçinin talepleri bakımından irade birliği içinde olması halinde anlaşma sağlanacak, aksi halde arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşma gerçekleşmemiş olacaktır²⁷⁰.

Maddenin gerekçesinde, uygulamada alt işverenin çalıştırdığı işçi tarafından işe iade talebiyle açılan davalarda, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçersiz olduğunun veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalının gerçek işveren olmadığı belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıktığı, davanın sıfat yokluğu sebebiyle reddi durumunda ise işçinin gerçek işverene karşı dava açması gerektiğinden işçi, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesiyle karşı karşıya kaldığı, bu durumun işçiyi mağdur ettiği ve bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılması zorunluluğunun da usul ekonomisine aykırı düştüğü belirtilmiştir. Devamında, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığı konusunda yapılması gereken yargısal denetimin, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını, kendi hukuklarını koruyacak açıklamaları yapmalarını ve iddialarıyla ilgili olarak ispat haklarını kullanmalarını zorunlu kıldığı, aksi halde adil yargılanma hakkı ile hukuki dinlenilme hakkına aykırılığın gündeme gelebileceği, dolayısıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisinin

²⁶⁹ Melekoğlu Keser, 39; Çiçek, 106; Astarlı, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu”, 42.

²⁷⁰ Çiçek, 106.

söz konusu olduğu durumlarda, işe iade davalarına özgü olarak, davalı taraf yönünden mecburi dava arkadaşlığının var olduğunun kabulü gerektiği, bu nedenle de asıl işveren - alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olmasının arandığı belirtilmiştir.

Maddenin gerekçesi incelendiğinde, gerekçede Yargıtay 22. Hukuk Dairesi içtihadının etkisinin olduğu görülmekle birlikte, doktrinde Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin içtihadının kanuni bir dayanak kazandığı yönünde bir görüş de ileri sürülmüştür²⁷¹.

İşe iade talebiyle arabuluculuğa yapılacak olan başvurularda anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması şartı, aynı şekilde işe iade davaları bakımından da getirildiği takdirde kanımızca bu hükümlerle uyum içinde olacak, hem de 22. Hukuk Dairesi'nin isabetli bulduğumuz görüşü yasal bir zemine oturtulmuş olacaktır.

Aksi halde ise, işe iade talebiyle arabuluculuğa başvurulduğunda asıl işveren ve alt işverenin birlikte bulunma zorunluluğu, arabuluculuk faaliyetinden sonuç alınmadığı takdirde işe iade davası bakımından zorunlu sayılmazsa²⁷² ortada hukuki bir çelişkinin olacağı kanaatindeyiz.

2. GEÇERLİ NEDEN VE ALT İŞVERENLİK UYGULAMASI

2.1. Geçerli Neden Kavramı

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrası gereği 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 mecburiyetindedir²⁷³.

²⁷¹ Astarlı, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu”, 43.

²⁷² Arabuluculuk sürecinde asıl işveren ve alt işverenin birlikte temsil gerekliliğinin, daha sonra açılan işe iade davasında zorunlu dava arkadaşlığı sonucunu doğurmayacağına ilişkin görüş için bkz. Çil, Arabuluculuk, 35.

Bu sebepler tahdidi olarak sayılmamakla birlikte madde gerekçesinde örneklendirilmiştir.

Gerekçede işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli sebepler, işçini ortalama olarak benzer işi yapanlara göre daha az verimli çalışması, gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olması, işe yoğunlaşmasının giderek azalması, işe yatkın olmaması, öğrenme ve kendini yetiştirmede yetersiz olması, sık sık hastalanması, çalışamaz duruma gelmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen bir hastalığı bulunması, uyum yetersizliği olarak sayılmıştır. Devamında işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde ise işçinin emeklilik yaşına gelmiş olması hali belirtilmiştir.

Maddenin gerekçesinde işçinin davranışlarından doğan geçerli sebepler olarak, İş Kanununun 25. maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler kadar ağır olmamakla birlikte, işçinin işverene zarar vermesi ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratması, işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemesi, arkadaşlarını işverene karşı kışkırtması, işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi, işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmesi, işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapması, sık sık işe geç gelmesi ve işini aksatarak işyerinde dolaşması, amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermesi, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmesi gibi haller örnek verilmiştir.

Kanunun gerekçesinde belirtilen işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler dışında Yargıtay kararlarında da birtakım kriterler belirlenmiştir. Yargıtaya göre işçiyle yapılan iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, kurumsal çalışma ilkeleri veya işyerine özgü performans değerlendirme kriterlerinde yer alan işçinin verimliliği ile ilgili beklentilerin karşılanamaması hallerinde de geçerli sebeple fesih söz konusu olabilir²⁷⁴.

²⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, İş Hukuku, 585-586; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 465; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 512. İşçiden kaynaklanan nedenler için ayrıca bkz. Caniklioğlu, Nurşen: "İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi", Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Demir, Ender/Gemici Filiz, Beste, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, 67-131.

²⁷⁴ Yarg. 9. HD, 27.11.2017, E. 2016/31461 K. 2017/19066; Yarg. 7. HD, 09.11.2016, 14296/19101; Yarg. 22. HD, 15.06.2015, 17193/20705, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

Yine Yargıtaya göre işçinin performansı ve verimliliğinin geçerli feshe dayanak olabilmesi için işyerine özgü ve o işyerinde aynı işi yapanlara uygulanacak objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur; performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimliliğin yükseltilmesine yönelik hedeflere ulaşamaması tek başına geçerli neden sayılamaz. İşçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedeflere ulaşmak için gereken çabayı göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir. İşçinin performansının iş sözleşmesinin feshi bakımından geçerli neden sayılabilmesi için, performans değerlendirme kriterleri önceden belirlenmeli, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirilmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde önceden belirlenen bu kriterler esas alınmalıdır²⁷⁵.

Kanunun gerekçesinde işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebepler, işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki ayrı olarak örneklendirilmiştir. 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, ham madde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi olarak belirtilmiştir. İşyeri içi sebepler ise, yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması olarak örneklendirilmiştir.

Gerekçede ayrıca işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebep olabileceği; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerde ise mutlaka feshe son çare olarak bakılması gerektiği vurgulanmıştır.

²⁷⁵ Yarg. 9. HD, 27.11.2017, E. 2016/31461 K. 2017/19066; Yarg. 7. HD, 09.11.2016, 14296/19101; Yarg. 22. HD, 15.06.2015, 17193/20705, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

2.2. Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi ve Geçerli Neden

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinde sözleşmenin geçerli nedene dayanarak feshi hususunda uygulamada iki sorun karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki alt işverenin, asıl işverenden almış olduğu işin süresinin bitmesi veya başka bir nedenle asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona ermesi durumunda, alt işveren işçisinin durumu ve asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona ermesinin salt alt işveren işçisinin iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturup oluşturamayacağı; ikincisi ise alt işverenlik uygulamasına geçilmesinin tek başına geçerli fesih nedeni olup olamayacağı sorunudur.

2.2.1. Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin süresinin bitmesi veya başka bir nedenle asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona ermesi

Alt işverenin, asıl işverenden almış olduğu işin süresinin bitmesi veya başka bir nedenle asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona ermesi sebebiyle alt işveren işçisinin sözleşmesinin feshi halinde, alt işveren işçisinin başka bir yerde çalıştırılma olanağının bulunup bulunmadığı, başka bir deyişle feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığına bakılmalıdır²⁷⁶.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu konuda 2006 tarihli bir kararında “(...) davalının alt işveren olduğu ve bu gibi durumlarda çalıştırılacak işçi sayısının genellikle asıl işverence önceden belirlendiği hususu dikkate alınmadığı gibi, davalı şirketin aynı il ya da başka illerde işyerinin olup olmadığı da araştırılmış değildir. Davalı şirketin aynı il veya diğer illerde başka işyerinin bulunup bulunmadığı araştırılmadan ve davalı şirketin Genel Hizmetler Sözleşmesi kapsamında üstlendiği diğer işlerde davacı işçinin nasıl değerlendirilebileceği açıkça ortaya konulmadan feshin son çare olduğu ilkesinin uygulanmadığının kabulü doğru değildir.” ifadelerine yer vermiştir²⁷⁷.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2017 tarihli bir kararına konu uyuşmazlıkta, asıl işverenin alt işveren ile aralarındaki hizmet alım sözleşmesini feshetmesi nedeniyle, alt

²⁷⁶ Akyiğit, İş Güvencesi, 271; Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 67.

²⁷⁷ Yarg. 9. HD, 13.02.2006, E. 2005/37239, K. 2006/3456, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

işveren davacı işçiyi işten çıkarmıştır. 22. Hukuk Dairesi, davalılar arasındaki hizmet alım sözleşmesinin sona erdirilmesine yönelik işveren kararın “işletmesel karar” niteliğinde olduğunu, yerindelik denetimine tabi tutulamayacağını, asıl işveren - alt işveren arasındaki hizmet alım sözleşmesinin sona erdirilmesi sebebiyle alt işveren şirketinde istihdam fazlalığının ortaya çıkmasının kaçınılmaz olduğunu, bu nedenle yargısal denetimin sadece feshin son çare olması ilkesi kapsamında yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle asıl işveren - alt işveren arasındaki hizmet alım sözleşmesinin sona erdiği tarihte alt işverenin başka işyerlerinin olup olmadığı, davacının bu işyerlerinde değerlendirilme imkanının bulunup bulunmadığının belirlenmesi, varsa bu işyerlerine fesih tarihinden kısa bir süre önce ve sonra davacı ile aynı vasıflarda yeni işçi alımı yapıp yapılmadığı araştırılarak, davacıyı çalıştırabileceği başka işyeri ve yeni işçi alımı yok ise hizmet alım sözleşmesinin sona ermesine dair bu durumun geçerli fesih sebebi oluşturacağının kabulü gerekeceği ifade edilmiştir²⁷⁸.

Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona ermesi nedeniyle alt işveren işçisinin iş sözleşmesinin feshinde, feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı değerlendirilmelidir. Bundan başka muvazaalı bir işlem olmadığı takdirde Yargıtay kararlarında da isabetli olarak belirtildiği üzere asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona ermesi işletmesel karar niteliğinde olup yerindelik denetimine tabi olmayacaktır. Burada feshin son çare olması ilkesi kapsamında incelenmesi gereken husus, alt işveren işçisinin alt işverenin varsa başka işyerlerinde değerlendirilme imkanının bulunup bulunmadığıdır. İşçinin başka bir yerde çalıştırılma imkanı yoksa ve alt işveren tarafından yeni bir işçi alımı da yapılmamış ise bu durumda iş sözleşmesinin geçerli nedenle sona erdirildiği kabul edilmelidir.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona ermesi halinde, işçilerin alt işverene ait başka bir işyerine davet edilmesi ve bu durumun çalışma koşullarında esaslı değişiklik olup olmadığı hususu uygulamada başka bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

İş Kanununun çalışma koşullarında esaslı değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi başlıklı 22. maddesi gereği işveren, iş sözleşmesi veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel

²⁷⁸ Yarg. 22. HD, 11.09.2017, 37635/17178; aynı yönde Yarg. 22. HD, 02.03.2017, E. 2016/33010, K. 2017/4305, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği, ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini altı gün içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklayarak ve bildirim sürelerine uyarak iş sözleşmesini feshedebilir.

Yargıtaya göre çalışma koşullarının en önemlileri işçinin iş görme borcu ile buna karşılık işverenin ücret ödeme borcudur. Bunlar dışında işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerinde çalışma süreleri, ödenen ücret ekleri, yıllık izin süreleri, ara dinlenme, sosyal yardımlar (evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet, ölüm vb.), özel sağlık sigortası yapılması ve işverence prim ödenerek işçinin bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesi çalışma koşullarından sayılmıştır²⁷⁹. Yargıtay bu çalışma koşullarında yapılan değişikliklerde işçinin durumunun ağırlaşması halinde yapılan değişikliği esaslı değişiklik olarak değerlendirmektedir²⁸⁰.

İşçinin çalıştığı yerin il sınırları dışında bir yerde çalıştırılmak istenmesi esaslı değişiklik olarak kabul edilmektedir. Yargıtay konu ile ilgili bir kararında “*Davacının Ankara ilinden İstanbul iline görevlendirilmesi çalışma şartlarında esaslı değişiklik olup, bu değişiklik işçi tarafından açıkça kabul edilmediği sürece işçiyi bağlamaz.*”²⁸¹ demiştir. Esaslı değişikliği kabul etmeyen işçinin görev yeri değiştirildiğinde, bu görev yerine gitmek zorunda olmadığı gibi, İş Kanununun 24. maddesi uyarınca iş sözleşmesini feshetmediği sürece iş sözleşmesini işçinin feshettiği kabul edilemez²⁸².

²⁷⁹ Yarg. 9. HD, 01.03.2016, E. 2014/31770, K. 2016/4503; Yarg. 9. HD, 17.11.2015, E. 2015/27488, K. 2015/32721; Yarg. 22. HD, 12.05.2014, E. 2013/11042, K. 2014/12367; YHGK, 04.11.2009, E. 2009/9-416, K. 2009/474; Yarg. 9. HD, 27.10.2008, 29715/28944, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

²⁸⁰ Yarg. 9. HD, 12.11.2010, E. 2009/36031, K. 2010/33783; Yarg. 22. HD, 03.10.2013, E. 2013/26565, K. 2013/20677, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

²⁸¹ Yarg. 22. HD, 03.11.2015, E. 2015/25343, K. 2015/30037, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

²⁸² Yarg. 9. HD, 09.09.2015, E. 2014/12328, K. 2015/25106, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

Ancak örneğin Sakarya’da bulunan işyerinde işçinin işi ortadan kalkmış ya da işyeri Sakarya’dan taşınmışsa, işçinin eski işyerinde çalışma olanağı bulunmadığından burada işyeri gereklerinden kaynaklanan fesih sebebi vardır. Dolayısıyla işçinin Diyarbakır’a nakli kabul etmemesi nedeniyle yapılan fesih işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedeni olacaktır²⁸³.

Aynı şehir içinde işyeri değişikliği genel olarak esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez. Örneğin işçinin aynı bina içinde başka bir bölüme gönderilmesi, B bloktan C bloğa geçmesi, şehir içinde makul uzaklıkta bir yere gönderilmesi çalışma koşullarında ağırlaştırma meydana getirmiyorsa esaslı değişiklik olarak kabul edilemeyecektir²⁸⁴. Fakat işyeri değişikliği nedeniyle işçi yolda çok fazla zaman geçirmek zorunda kalıyorsa burada esaslı değişiklik olduğu kabul edilebilir. Bu durumda işçiye servis hizmeti sağlanması nedeniyle esaslı değişiklik yapılmadığı yönünde Yargıtay kararı mevcuttur²⁸⁵.

İşçinin çalışma koşullarında esaslı değişikliği gerektirmeyecek şekilde çalıştırılması esas olmakla birlikte, çalışma koşullarında değişiklik yapılarak bir istihdam imkanı varsa, işçiye bu yönde teklifte bulunulmalıdır. Alt işverenin asıl işverenden aldığı işin süresinin bitmesi nedeniyle başka bir işyerinde çalışmasının istenmesi, bu şekilde çalışma koşullarında değişiklik yapılması 22. madde anlamında geçerli bir nedendir²⁸⁶.

Doktrinde bizim de isabetli bulduğumuz bir görüşe göre işçi tarafından ihalenin bitimi ile başka bir işyerinde görevlendirilebileceğinin öngörülebilir olması, kanunda tanınan bu hakkı bertaraf etmez. İşçi bu değişikliği kabul etmez ise İş Kanununun 22. maddesi gereği işçinin iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilmiş sayılmalıdır. Bu nedenle işveren ihbar sürelerine uymalı ve işçiye kıdem tazminatı ödemelidir²⁸⁷.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin bu konuda 2015 tarihli bir kararına konu uyuşmazlıkta, işçinin güvenlik görevlisi olarak çalıştığı asıl işverenin işyerinin kapatılması üzerine alt

²⁸³ Alpagut, Gülsevil: “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”, Bankacılar Dergisi, Sayı 65, 2008, 110.

²⁸⁴ Şen, Murat: İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2005, 138-139; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 532.

²⁸⁵ Yarg. 9. HD, 25.03.2010, E. 2010/21806, K. 2010/8074, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

²⁸⁶ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 68.

²⁸⁷ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 68.

işveren tarafından işçiye Rize Meslek Yüksek Okulu'nda işe başlaması gerektiği tebliğ edilmiş, işçi ise daha yakın bir yerde görevlendirilmesini aksi halde tazminatının ödenerek iş sözleşmesinin feshedilmesini istemiştir. 9. Hukuk Dairesi, iş sözleşmesinde işçinin Türkiye sınırları içine gideceğine dair nakil şartı olduğunu, ancak iş koşulları ağırlaştığından işçinin Rize'deki işe gitmeyerek iş akdini haklı nedenle feshettiğini, kıdem tazminatı talebinin kabulü gerektiğini belirtmiştir²⁸⁸.

Uygulamada, çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapma hakkı, iş sözleşmelerine ya da iç yönetmeliklere bu yönde hükümler koyularak saklı tutulmakla, böylece işçilerin çalışma şartlarının esaslı tarzda değiştirilmesine rıza göstermelerini sağlama, ilerde karşılaşılabilecek sorunların önüne geçmeye çalışılmaktadır.

İşçi, bireysel veya toplu iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği vb. kaynaklarda bu tür bir değişikliği kabul etmiş ise, bir görüşe göre alt işverenin bu uygulaması çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğinde sayılmamalıdır. Çünkü işçi gerektiğinde işyerinin değiştirilebileceği önceden kabul etmekle, işverenin yönetim hakkı olarak değerlendirilebilecek bu husus kötüye kullanılmadığı müddetçe işçiyi başka bir işyerine nakletme imkanı sağlamalıdır. Ancak işçi önceden böyle bir değişikliği kabul etmemiş ise, altı gün içinde değişikliği yazılı olarak kabul etmesi gerekir; aksi halde değişiklik işçiyi bağlamayacaktır²⁸⁹.

Diğer bir görüşe göre ise 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin 24. maddesi gereği, tip iş akitlerinde ve iç yönetmeliklerde işverence değişiklik yapma hakkının saklı tutulması yasaklanmış olup, yapılacak esaslı değişiklikler ancak İş Kanununun 22. maddesine uyulmak suretiyle yapılabilecektir. Bireysel iş akitlerinde ise değişiklik kayıtlarının konulmasına engel olmamakla birlikte, değişiklik kayıtları işyerinin niteliğinden ve ihtiyaçlarından kaynaklanmalı ve dürüstlük kuralına uygun kullanılmalıdır. Bu noktada genel olarak esaslı değişikliğin yapılabileceğine dair bir hükmün geçerli sayılamayacağı söylenebilir²⁹⁰.

²⁸⁸ Yarg. 9. HD, 30.03.2015, E. 2013/14194, K. 2015/8783 (Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 473-475, 542).

²⁸⁹ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 68.

²⁹⁰ Süzek, İş Hukuku, 687.

Doktrinde bir başka görüşe göre ise, 22. madde ile çalışma koşullarında esaslı bir değişikliğin ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirilmek suretiyle yapılabileceği ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişikliklerin işçiyi bağlamayacağı açıkça düzenlediğinden esaslı değişikliğin saklı tutulmasına ilişkin kayıtlar geçersiz sayılmalıdır; aksi hal bu düzenlemeye aykırılık teşkil edecektir²⁹¹.

Bu hususta Yargıtay bir kararında işverenin sözleşme ile kararlaştırılan nakil veya başka yerde görevlendirme yetkisini saklı tutan kuralın objektif iyiniyet kuralı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁹². Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklinde sözleşme hükümleri ile işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkı saklı tutulmuşsa da, işçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir²⁹³.

Belirtmek gerekir ki İş Kanununun 62. maddesine göre "*Her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi sebebiyle ya da bu kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz*". Bu madde emredici bir düzenleme olduğundan, işçi ile işveren arasında iş sözleşmesi yapılırken işverenin belirlenen ücrette ilerde tek taraflı olarak indirim yapma hakkının saklı tutulması kaydı geçersizdir²⁹⁴.

2.2.2. Alt işverenlik uygulamasına geçilmesi

Bir işyerinde alt işverenlik uygulamasına geçilmesi, Yargıtay tarafından yeniden yapılanma tedbiri ve işletmesel karar olarak kabul edilmekte ve kural olarak iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebep sayılmaktadır²⁹⁵.

²⁹¹ Güzel, Ali: "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Son Çare İlkesi", Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Demir, Ender/Gemici Filiz, Beste, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, 560.

²⁹² Yarg. 9. HD, 03.07.2015, E. 2014/26985, K. 2015/24025, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

²⁹³ YHGK, 04.11.2009, E. 9-416/474, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

²⁹⁴ Yarg 9. HD, 25.05.2015, 7656/18878, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

²⁹⁵ Yarg. 9. HD, 14.02.2011, 5030/2691; Yarg. 9. HD, 04.03.2011, 9336/5989; Yarg. 9. HD, 22.10.2007, 17306 / 31062; Yarg. 22. HD, 14.02.2013, 1920/2980, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2004 tarihli bir kararında, feshin son çare olup olmadığı hususunda ayrıca bir inceleme yapmaksızın, kanunun tanıdığı olanaktan yararlanan işverenin, yardımcı işleri alt işverene devretmesinin hukuki bir yeniden yapılanma tedbiri ve işletme gereği olduğunu, bu nedenle işin alt işverene devrinden önce söz konusu işte çalışan davacının iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden mevcut olduğunun kabulünün gerektiğini ifade etmiştir²⁹⁶.

Ancak bir işyerinde asıl işveren - alt işveren uygulamasına geçilmesi tek başına iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden olarak kabul edilemez. İşçinin başka birimlerde değerlendirilme imkanının bulunup bulunmadığına, başka bir deyişle feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığına bakılmalıdır. İşçinin öncelikle çalıştığı işyerinde veya işverenine ait diğer işyerlerinde, alt işverene devredilen iş dışında kalan işlerde esaslı değişikliği gerektirmeyecek şekilde çalıştırılması esastır. Bu mümkün olmadığı takdirde çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılarak istihdam imkanı var ise işçiye bu yönde teklifte bulunulmalıdır. İş ilişkisinin devamına yönelik bu ihtimaller göz önünde bulundurulmadan sırf asıl işveren - alt işveren uygulamasına geçilmesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshi halinde feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı kabul edilmelidir²⁹⁷.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2011 tarihli bir kararında ise isabetli olarak feshin son çare olması ilkesine göre hareket edilip edilmediğinin incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu kararda, işin alt işverene verilmesinin kural olarak fesih için geçerli neden olduğu, ancak feshin son çare olması ilkesi kapsamında işçinin başka işyeri veya bölümlerde değerlendirilme imkanının olup olmadığının araştırılması gerektiği, işçinin başka bir işyeri veya bölümde değerlendirme imkanı yoksa feshin geçerli nedene dayandığının kabul edilebileceği ifade edilmiştir²⁹⁸.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir başka kararında da, işin alt işverene devrinin işletme gereklerine dayanan geçerli fesih sayılabilmesinin, İş Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7.

²⁹⁶ Yarg. 9. HD, 14.10.2004, 22472/23187, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018); aynı yönde Yarg. 9. HD, 13.01.2005, E. 2004/29394, K. 2005/901 (Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 344-345).

²⁹⁷ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 67.

²⁹⁸ Yarg. 9. HD, 14.02.2011, 5030/2691, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

fikraları uyarınca geçerli ve muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulması şartına bağlı olduğunu belirtmiştir²⁹⁹.

3. İŞE İADE DAVASININ SONUÇLARINDAN SORUMLULUK

3.1. İşe İade Davasının Sonuçları

İş Kanununun 21. maddesinin 1. fıkrası gereği işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Ayrıca aynı maddenin 3. fıkrası gereği işveren, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını ödeyecektir.

İş Kanununun 21. maddesinin son fıkrası *“Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.”* hükmü gereği iş güvencesi tazminatı ve boşa geçen süre ücretine ilişkin düzenlemeler mutlak emredicidir. Bu nedenle bireysel ya da toplu iş sözleşmesi ile işçi lehine de olsa değiştirilemezler³⁰⁰.

Görüldüğü üzere İş Kanununda işverene işçiyi işe başlatma veya tazminat ödeme olmak üzere seçim hakkı tanınmıştır. Ancak işçi mahkemeden feshin geçersizliğinin tespitini ve işe iadesini talep etmelidir, işçiye işe iade yerine tazminat talep etme hakkı tanınmamıştır³⁰¹. İşçi, işe iade edilmeyi değil de geçersiz feshin İş Kanununun 21. maddesinde düzenlenen parasal sonuçlarını istiyor olsa dahi kararın kesinleşmesinden itibaren süresi içinde işverene işe iadesi talebiyle başvurmalıdır³⁰².

²⁹⁹ Yarg. 9. HD, 11.03.2015, 3861/10184; aynı yönde Yarg. 7. HD, 24.12.2015, 31761/26696 (Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 473-475, 465-470).

³⁰⁰ Doğan Yenisey: İş Hukukunun Emredici Yapısı, 86; Özkaraca, “İş Güvencesinin Kapsamı”, 61.

³⁰¹ Eleştirisi için bkz. Güzel, “İşe İade Davalarına İlişkin Sorunlar”, 98.

³⁰² Kutsal Savaş, “Geçersiz Feshin Yaptırımları”, 271.

Aynı şekilde mahkemece feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilecektir. İşe iade yerine tazminata hükmedilemez; ancak işçinin işe başlatılmaması halinde işçiye ödenmesi gereken tazminat belirlenir³⁰³.

İş Kanununun 21. maddesinin 6. fıkrası gereği işçi, kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. Bu nedenle işe başlamak üzere on gün içinde işveren başvurmayan işçi, iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücretini talep edemez³⁰⁴.

İşçi, başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatılmazsa işveren, işçiye mahkemece belirlenen en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Ayrıca işçi başvurusunun üzerine işe başlatılsın veya başlatılmasın boşta geçen süreye ilişkin en çok dört aylık ücretini ve diğer hakları talep edebilir³⁰⁵.

3.2. Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde İşe Başlatma Bakımından Sorumluluk

Feshin geçersizliği ve işe iade davasının muvazaa söz konusu olmayan asıl işveren - alt işveren ilişkisinde her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olduğundan ve iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, işe iade yükümlülüğü alt işverene aittir³⁰⁶. Asıl işverenin iş ilişkisinde taraf sıfatı bulunmadığından, işe iade yükümlülüğünden de bahsedilemeyecektir. Yargıtay kararları da bu yöndedir³⁰⁷. Geçerli bir asıl işveren - alt işveren ilişkisinde iş sözleşmesinin

³⁰³ Süzek, İş Hukuku, 645.

³⁰⁴ Süzek, İş Hukuku, 647; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 514; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 361; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 219; Narmanlioğlu, İş Hukuku, 528.

³⁰⁵ Süzek, İş Hukuku, 653-655; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 521.

³⁰⁶ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 64; Gökteş, "Asıl İşverenin İş Güvencesi Hükümleri Yönünden Sorumluluğu", 63.

³⁰⁷ Yarg. 9. HD, 18.12.2017, E. 2016/32056, K. 2017/21446; Yarg. 9. HD, 04.12.2017, 6745/19575; Yarg. 9. HD, 27.11.2017, E. 2016/30790, K. 2017/19101; Yarg. 9. HD, 12.10.2017, E. 2016/24731, K. 2017/15641; Yarg. 22. HD, 17.10.2017, E. 2017/41323, K. 2017/21918; Yarg. 22. HD, 09.10.2017, E. 2017/40259, K. 2017/21244, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

feshinde asıl işveren etkili olmuş olsa dahi işe iade kararı alt işveren hakkında kurulmalıdır³⁰⁸.

İşçi, feshin geçersizliği ve işe iadesine dair kararın kesinleşmesinden sonra alt işverene başvurarak işe başlatılmasını istemelidir; başvuru asıl işverene yapıldığı takdirde geçersiz bir başvuru olarak kabul edilecektir³⁰⁹.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında, somut uyuşmazlıkta davanın kabulüne ve davacının işe iadesine karar verilmesinin isabetli olduğunu, ancak aralarında asıl işveren - alt işveren ilişkisi bulunan davalılardan hangisi nezdinde davacının işe iade edildiğinin hükümde gösterilmemesinin hatalı olduğunu belirterek hükmün düzeltilerek onanmasına, işverenin alt işveren nezdinde işe iadesine karar vermiştir³¹⁰.

Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında, yerel mahkemece davacının iş akdinin feshinin geçersizliği yönünde yapılan tespiti yerinde bulmakla birlikte, davacının davalı asıl işveren nezdindeki işe iadesine karar verildiğini, davalılar arasındaki asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu iddiası bulunmadığı gibi buna yönelik ispat ve emare de bulunmadığını, bu nedenle davacının alt işveren nezdindeki işe iadesinin gerektiği gerekçesiyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir³¹¹.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2017 tarihli başka bir kararında davalılar arasında asıl işveren - alt işveren ilişkisinin olduğunun kabul edilmesine rağmen, davacının alt işveren nezdindeki işine iade edilmesi gerekirken hüküm fıkrasında hangi işverene iade edildiğinin gösterilmemesi, davada birden fazla davalı olduğu halde yargılama gideri, harç ve vekalet ücretinden hangi davalının sorumlu olduğu açıklanmadan yalnızca

³⁰⁸ Yarg. 9. HD, 02.05.2005, E. 2004/3181, K. 2005/15110 (Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 332-333).

³⁰⁹ Göktaş, “Asıl İşverenin İş Güvencesi Hükümleri Yönünden Sorumluluğu”, 63; Demir, “Asıl İşveren İle Alt İşverenin Mütteselsil Sorumluluğu”, 854; Çil, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, 38; Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 68.

³¹⁰ Yarg. 9. HD, 08.11.2017, E. 2016/29538, K. 2017/17698, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

³¹¹ Yarg. 9. HD, 08.11.2017, E. 2016/29453, K. 2017/17691, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

davalıdan denilerek hüküm kurulması nedeniyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir³¹².

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bir kararında, yerel mahkemenin feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine dair kararını isabetli bulmuşsa da, usulüne uygun ve geçerli bir asıl işveren - alt işveren ilişkisinde, davacının alt işverene ait işe iadesine karar verilmesi gerektiği hususunun göz ardı edilerek, infazda tereddüt oluşturacak şekilde sadece işe iade kararı ile yetinilmesi nedeniyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir³¹³.

Feshin geçersizliği ve işe iade davasının muvazaâ söz konusu olan, yani geçersiz asıl işveren - alt işveren ilişkisinde her iki işverene birlikte açılması halinde, işçi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacağından, işe iade yükümlülüğü asıl işverene aittir. Yargıtay kararları da bu yöndedir³¹⁴.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu hususta bir kararında “*Somut uyumsuzlukta, mahkemece gerekçe kısmında davalılar arasındaki hizmet alım işinin muvazaaya dayandığı ve davacının yaptığı işin belediyenin asli işlerinden olduğu kabul edilmesine rağmen gerekçeyle çelişki oluşturacak şekilde davacının alt işveren şirket olan davalı iş ortaklığı nezdinde işine iadesine karar verilmesi gerekçeli karar ile hükmü fıkrası çelişmesine neden olmuştur. Kararın surf bu sebeple bozulması gerekmiştir.*” demiştir³¹⁵.

Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi, 2018 tarihli bir kararında Yargıtay kararları ile aynı doğrultuda, asıl işveren - alt işveren ilişkisi muvazaalı olduğundan davacı işçinin asıl işveren nezdinde işe iadesinin yerinde olduğunu belirtmiştir³¹⁶.

³¹² Yarg. 9. HD, 18.10.2017, 24252/16101, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

³¹³ Yarg. 22. HD, 17.10.2017, E. 2017/41323, K. 2017/21918, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018). Kararda ayrıca davanın feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davası olduğu, işe iade davasının niteliği itibarıyla tespit davası olduğu, tespit davalarında alacağın tahsiline yönelik olarak eda hükmü verilmesinin mümkün olmadığı, somut olayda bu husus gözetilmeden boşa geçen süre için dört aylık ücret ve diğer sosyal hakların tahsiline karar verilmesinin hatalı olduğu belirtilmiştir.

³¹⁴ Yarg. 9. HD, 18.12.2017, E. 2016/32056, K. 2017/21446; Yarg. 9. HD, 28.11.2017, E. 2016/31268, K. 2017/19162; Yarg. 22. HD, 25.09.2017, 38509/19230, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

³¹⁵ Yarg. 9. HD, 29.11.2017, 448/19333, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

³¹⁶ Bursa BAM 9. HD, 19.04.2018, 759/838, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 08.06.2018).

3.3. Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde İşe İade Davasının Parasal Sonuçlarından Sorumluluk

Feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iadeye dair kararın kesinleşmesinden sonra işçinin işe başlamak için alt işverene başvurması ve alt işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde asıl işveren, İş Kanununun 21. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen işçinin en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ile aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenen dört aya kadar boшта geçen süre ücretinden İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenen “*Asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.*” hükmü gereği alt işverenle birlikte sorumludur³¹⁷. Yargıtay kararları da bu yöndedir³¹⁸.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin bir kararına konu uyumsuzlukta, davacı işçi asıl işveren ve alt işverene birlikte dava açmış, yerel mahkeme feshin geçersizliği ile işçinin davalı alt işveren işyerinde işe iadesine, davalı asıl işveren bakımından ise davanın husumet yönünden reddine karar vermiştir. Yargıtay “*Mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının alt işveren işyerine işe iadesine karar verilmesi yerindedir. Ancak asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumlu olacağı kuralı dikkate alınmadan ve işe başlatmama tazminatı ve boшта geçen süre ücretinden birlikte sorumlu olduğu gözden kaçırılarak, asıl işveren yönünden davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmesi hatalıdır.*” diyerek yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir³¹⁹.

³¹⁷ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 68.

³¹⁸ Yarg. 9. HD, 18.10.2017, 24252/16101; Yarg. 9. HD, 18.12.2017, E. 2016/32056, K. 2017/21446; Yarg. 9. HD, 04.12.2017, 6745/19575; Yarg. 9. HD, 27.11.2017, E. 2016/30790, K. 2017/19101; Yarg. 9. HD, 12.10.2017, E. 2016/24731, K. 2017/15641; Yarg. 22. HD, 17.10.2017, E. 2017/41323, K. 2017/21918; Yarg. 22. HD, 09.10.2017, E. 2017/40259, K. 2017/21244, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018); aynı yönde İzmir BAM 3. HD, 19.04.2018, 430/605, , www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 08.06.2018).

³¹⁹ Yarg. 9. HD, 04.12.2017, 6745/19575, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

İşçi, asıl işveren tarafından asıl işverene ait bir işte çalıştırılmak üzere işe alınsa dahi, asıl işverenin işe iade davasının parasal sonuçlarından müteselsil sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır³²⁰.

Yargıtay, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı olması nedeniyle geçersiz sayılmasında her ne kadar işe iade yükümlülüğü asıl işverende olsa da, alt işveren muvazaalı işlemin tarafı olduğundan, alt işverenin asıl işverenle birlikte feshin geçersizliğine bağlanan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinden sorumlu olacağı görüşündedir³²¹.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu konuda bir kararında “(...) Mahkemenin davacının iş aklının feshinin geçersizliğine ve davalılar arasında muvazaa olduğunun, davacının başından beri ...'nın işçisi olduğuna dair tespit ve kararı yerinde olup, davalı ... vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak Mahkemece muvazaanın tarafı olan şirketin kendi muvazaasından yararlanamayacağı gözetilmeden, davalı şirket aleyhine açılan davanın reddine karar verilmesi hatalıdır. Davalı şirket kendi muvazaasına dayanamayacağından işe iadenin mali sonuçlarından davalı ... ile birlikte müştereken-müteselsilen sorumlu tutulmalıdır.” ifadelerine yer vermiştir³²².

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de 9. Hukuk Dairesi ile aynı yönde bir kararında davalılar arasındaki asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu kabul edilerek feshin geçersizliğine ve davacının davalı asıl işveren nezdinde işe iadesine karar verilmiş olmasının isabetli olduğunu belirtmiş; iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücretinden sorumluluğa ilişkin kararın devamında ise “Ancak, muvazaanın iyiniyetli olan davacıya karşı ileri sürülmesinin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesindeki iyiniyet kurallarına aykırı olması ve hiç kimsenin kendi hilesinden yararlanamayacağı ilkesi nazara alındığında, işe iadenin mali sonuçlarından davalı şirket de, davalı belediye ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmalıdır.” ifadelerine yer vermiştir³²³.

³²⁰ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 69.

³²¹ Yarg. 9. HD, 18.12.2017, E. 2016/32056, K. 2017/21446; Yarg. 9. HD, 28.11.2017, E. 2016/31268, K. 2017/19162; Yarg. 9. HD, 16.11.2017, E. 2016/29681, K. 2017/18486, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018); Yarg. 7. HD, 02.04.2015, 3588/6185 (Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 201-203).

³²² Yarg. 9. HD, 16.11.2017, E. 2016/29681, K. 2017/18486; aynı yönde Yarg. 7. HD, 06.12.2016, 23438/20543, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

³²³ Yarg. 22. HD, 21.09.2017, 40484/18923, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bir kararında, muvazaalı asıl işveren - alt işveren ilişkisinin bulunduğu davalarda, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 327. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca taraf sıfatı bulunmadığı halde, davacıyı davalı sıfatı kendisindeymiş gibi yanılarak kendisine dava açılmasına sebebiyet veren alt işveren lehine davanın sıfat yokluğu sebebiyle reddi halinde vekâlet ücreti takdir edilmemesi gerektiğini belirtmiştir³²⁴.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2013 tarihli kararına konu uyuşmazlıkta ise, yerel mahkemece feshin geçersizliğine ve işçinin alt işveren nezdinde işe iadesine karar verilmiş, karara karşı asıl işveren tarafından temyiz kanun yoluna başvurulmuştur. 22. Hukuk Dairesi, iş sözleşmesinin fesih nedenini inceleyerek feshin geçerli nedene dayandığını, yerel mahkemenin feshin geçersizliğine ilişkin kararının isabetsiz olduğunu belirtmiş, ancak hüküm davalı alt işverence temyiz edilmediğinden bu hususu bozma nedeni yapmamıştır. Hükmü temyiz eden asıl işverenin ise işe iadenin mali sonuçlarından sorumlu tutulamayacağını belirterek, hükmü müteselsil sorumluluğu ortadan kaldırma şeklinde bozmuştur³²⁵.

Belirtmek gerekir ki işe iade davasının yalnızca alt işverene karşı açılması halinde, alt işverence işe başlatılmayan işçinin sonradan iş güvencesi tazminatı ile boştaki geçen süre ücretini asıl işverenden de talep edebileceği kabul edilmelidir. Buna göre asıl işverene bir ay içinde işe iade davası açılmamış olması, asıl işverenin kanundan doğan müteselsil sorumluluğunu bertaraf edemez³²⁶. Ancak bu durumda işçinin işe iade davasında taraf olarak göstermediği asıl işverenden işe iade davasının parasal sonuçlarını talep edebilmesi için ayrıca bir alacak davası açarak asıl işvereni hasım olarak göstermesi gerekir³²⁷.

³²⁴ Yarg. 22. HD, 08.10.2015, 25184/27861; aynı yönde Yarg. 7. HD, 08.06.2015, 11216/11500, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2018).

³²⁵ Yarg. 22. HD, 07.02.2014, E. 2013/36476, 2014/1712, karar metni ve incelemesi için bkz. Şahlanan, Fevzi: "Feshin Geçersizliğine İlişkin Kararı Alt İşverenin Temyiz Etmemesi Nedeniyle Kesinleşmesinin Mali Sonuçlarından Asıl İşverenin Sorumlu Olmayacağı (Karar İncelemesi)", *Tekstil İşveren, Hukuk* 97, Sayı 413, Temmuz 2015, 2-4. Aynı yönde Yarg. 9. HD, 24.11.2014, 33669/35038. Çil'e göre temyiz edenin sıfatına göre karar yerinde olsa da alt işverenin yükümlü olduğu işçilik alacaklarından asıl işverenin birlikte sorumlu olduğuna dair yasa hükmü uygulanmamıştır (Çil, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları*, 206-207, 228-230).

³²⁶ Çil, "Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi", 35; Çankaya/Çil, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, 65.

4. ASIL İŞVEREN - ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE İŞVERENLERİN DEĞİŞMESİNİN ETKİLERİ

4.1. Asıl İşverenin Değişmesi

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinde asıl işverenin değişmesinin hangi şekillerde gerçekleşebileceği ve bu değişikliğin iş güvencesinden yararlanma ve işe iade davaları bakımından etkilerine de değinmek gerekir.

4.1.1. Asıl işverenin değişmesi halleri

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinde asıl işverenin değişmesi, işyeri devri veya alt işveren işçisinin başka bir asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması şeklinde gerçekleşebilir³²⁸.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinde asıl işveren değişikliği ilk ihtimalde işyeri devri şeklinde gerçekleşebilir. İşyeri devrine ilişkin İş Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrası gereği işyerinin ya da işyerinin bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri halinde, devir tarihinde işyerinde ya da bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer³²⁹. Aynı maddenin 2. fıkrası gereği, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda devralan işveren, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapacaktır.

İşyerinin devrinden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludur; fakat bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlanmıştır (İK md. 6/3).

³²⁷ Şahlanan, “Alt İşveren İşçisinin Açtığı İşe İade Davasında Mecburi Dava Arkadaşlığı”, 4; Akyol, Çağatay: “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi Kapsamında İşe İade Davalarında Taraf Sıfatı (Husumet)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:8, Sayı:31, 2011, 1060.

³²⁸ Asıl işverenin ölümü halinde ise mirasçılar asıl işverenin yerine geçerler, asıl işverenin sahip olduğu tüm hak ve borçlara mirasçılar sahip olur; asıl işveren - alt işveren ilişkisi de mirasçılar bakımından aynı koşullarda devam eder (Demir, “Asıl İşveren ile Alt İşverenin Müteselsil Sorumluluğu”, 825-888).

³²⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özkaraca, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, 1. Basım, Beta, İstanbul 2008; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 121-127; Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 459-494.

Salt işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devri, devreden veya devralan işveren bakımından işçinin iş sözleşmesinin feshi için haklı neden oluşturmaz. Ancak hükmün devamında devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebepler veya iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih haklarının saklı olduğu belirtilmiştir (İK md. 6/5).

İş Kanununda asıl işverenin işyerinin devri halinde asıl işveren - alt işveren arasındaki sözleşmenin akıbetinin ne olacağı, devralan asıl işveren ile alt işveren işçilerinin arasında nasıl bir ilişki olacağı ayrıca düzenlenmemiştir.

Doktrinde bir görüşe göre külli halefiyet hali ya da tarafların açık bir anlaşması yoksa asıl işveren - alt işveren ilişkisinin İş Kanununun 6. maddesi gereği devralan işverene geçeceği kabul edilmez; zira asıl işveren alt işveren ilişkisi bir hukuki ilişki olarak genel hükümlere tabidir³³⁰.

Doktrinde bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, İş Kanununun 6. maddesinin anlatımından devralan işverenin asıl işveren konumuna geldiği, devreden asıl işverenin kanundan doğan tüm sorumluluklarını yüklediği kabul edilmelidir. Zira aksine bir kabul, bir başka deyişle işyerinde çalışmaya devam eden alt işverenin işçilik alacakları bakımından devralan işverenin sorumlu olmayacağına kabulü, İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrası ile sağlanan korumanın ortadan kaldırması anlamına gelecektir³³¹.

Yine aynı görüşe göre İş Kanununun 6. maddesinin 3. fıkrası gereği işyerini devralan asıl işveren, alt işveren işçilerinin devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlarından devreden asıl işveren ile birlikte sorumludur. Devreden asıl işverenin sorumluluğunun süresi ise aynı hüküm gereği devir tarihinden itibaren iki yıldır³³².

Asıl işveren değişikliği, işyeri devri şeklinde olabileceği gibi, alt işveren işçisinin başka bir asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması şeklinde de olabilir. Bu halde, işçinin işvereni olan alt işverenle iş sözleşmesi devam etmektedir; alt işveren işçisi olarak bir asıl işverenin işyerinde çalıştırılırken, işçinin iş sözleşmesi feshedilmeksizin başka bir

³³⁰ Alpagut, Gülsevil: İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Beta, İstanbul 2010, 95; aynı yönde Aykaç, 332.

³³¹ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 73.

³³² Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 73.

asıl işveren nezdinde çalıştırılmaya başlanması halinde asıl işveren değişikliği gündeme gelecektir. Ancak bu durumda işyeri devri bulunmamaktadır, çünkü başka asıl işverenlere ait birbirinden bağımsız işyerleri söz konusudur³³³.

Doktrinde bir görüşe göre, bir işçinin aynı alt işverene bağlı olmak üzere farklı asıl işverenler nezdinde art arda çalışmış olması halinde, birden fazla asıl işveren - alt işveren ilişkisinin bulunduğu kabul edilmeli ve uyuşmazlıklar bu yolla çözümlenmelidir³³⁴.

4.1.2. Asıl işverenin değişmesinin iş güvencesinden yararlanma bakımından etkileri

Esasen asıl işverenin değişmesinin, alt işveren işçisinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi anlamında sonuca etkisi yoktur. Zira işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için aranan altı aylık kıdem ve otuz işçi koşulları alt işveren bakımından dikkate alınacağından, asıl işverenin kim olduğu bu noktada önem taşımamaktadır³³⁵.

İşçinin işvereni olan alt işveren tarafından bir süre bir asıl işverene ait işyerinde çalıştırdıktan sonra, bu işyerinden alınarak başka bir asıl işverene ait işyerinde çalıştırılmaya devam ettirilmesi halinde, iş güvencesi açısından otuz işçi ve en az altı aylık kıdem koşulu, alt işveren bakımından değerlendirilmelidir. Yani farklı asıl işverenlere ait işlerde farklı işyerlerinde çalışan işçinin altı aylık kıdemini hesabında gerçek işvereni olan alt işveren nezdinde çalıştığı toplam süre dikkate alınacaktır³³⁶.

Doktrinde bir görüşe göre, işçi asıl işverenin işçisi olarak çalışırken, asıl işveren tarafından işin bir bölümünün kanuna uygun şekilde alt işverene bırakılması üzerine işçinin bundan böyle alt işveren işçisi olarak çalışmaya devam etmesi halinde, otuz işçi sayısı bakımından işçinin önceki işvereni asıl işveren işçilerinin sayısı önemsizdir; ancak altı aylık kıdem koşulu bakımından işçinin asıl işveren işçisi olarak çalıştığı dönem de dikkate alınmalıdır. Aynı şekilde alt işveren işçisi olarak çalışan işçi, asıl işveren - alt işveren ilişkisi sona erdikten sonra asıl işveren işçisi olarak aynı işyerinde çalışmaya

³³³ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 75.

³³⁴ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 75.

³³⁵ Çil, "Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi", 43; Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 76.

³³⁶ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 76.

devam etmiş ise, altı aylık kıdem koşulu bakımından işçinin alt işveren işçisi olarak çalıştığı süre, asıl işveren yanında çalıştığı süreye eklenmelidir³³⁷.

4.1.3. Asıl işverenin değişmesinin işe iade davaları bakımından etkileri

Asıl işverenin değişmesi hali, alt işveren işçisinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması bakımından sonuca etkili olmasa da, işe iade davaları bakımından önemlidir.

Alt işveren işçisinin iş sözleşmesinin feshinden sonra, henüz işçi tarafından işe iade davası açılmadan önce işyeri devri ile asıl işverenin değişmesi ihtimalinde, davada alt işveren ile birlikte hangi asıl işverenin taraf gösterileceği sorunu gündeme gelecektir. Bu durumda doktrinde bir görüşe göre işe iade davasının alt işveren ile birlikte değişen yani yeni asıl işverene açılması gerekir. Çünkü bu halde feshin geçersizliğinin tespiti kararı verildiğinde, boşta geçen süre ücreti ve iş güvencesi tazminatından alt işveren ile birlikte işyerini devralan asıl işveren de müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır³³⁸.

Başka bir ihtimalde alt işveren işçisinin iş sözleşmesinin feshinden sonra işçi tarafından işe iade davası açılmış ve bu dava devam ederken işyeri devri ile asıl işveren değişikliği gündeme gelmiş olabilir. Bu durumda doktrinde bir görüşe göre devam eden davada yeni asıl işverenin davaya dahil edilmesine gerek yoktur. Çünkü bu halde devreden asıl işveren hakkında kurulan hükmün sonuçlarını devralan asıl işveren bakımından da doğuracağı, alt işveren işçisinin boşta geçen süre ücreti ve iş güvencesi tazminatına hak kazanması halinde bu sonuçlardan devralan asıl işverenin sorumlu olduğu kabul edilmelidir³³⁹.

Alt işverence işçinin iş sözleşmesi feshedildikten sonra asıl işverenin değişmesi veya asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona ermesi ihtimalinde iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücretinden devreden asıl işverenin sorumlu tutulup tutulamayacağı hususuna da değinmek gerekir.

³³⁷ Çil, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, 43-44; Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 76.

³³⁸ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 77.

³³⁹ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 78.

Yukarıda değinildiği üzere İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrası gereği alt işveren işçisi, İş Kanunundan, iş sözleşmesinden, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını asıl işveren veya alt işverenden -dilerse her ikisinden birlikte- talep edebilecektir³⁴⁰.

Asıl işverenin alt işveren işçisine karşı sorumluluğu, alt işveren işçisinin asıl işverenin işyerinde geçen çalışma süresiyle ve asıl işverenin döneminde doğan alacaklar ile sınırlıdır; bu nedenle kural olarak asıl işveren - alt işveren ilişkisinin bulunmadığı dönemde doğan bir alaktan asıl işveren sorumlu tutulamaz³⁴¹.

İşçi alacakları bakımından örneğin alt işveren işçisinin fazla çalışma ücretlerini talep etmesi halinde, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulmasından önce alt işveren nezdinde yaptığı fazla çalışmaların da istenmesi durumunda asıl işveren borcun tamamından sorumlu tutulamayacaktır. Bu durumda asıl işveren, alt işverenin işçisinin yalnızca kendi işyerinde yaptığı çalışmalar nedeniyle hak kazandığı fazla çalışma ücretinden alt işveren ile birlikte sorumlu olacaktır³⁴².

İş güvencesi tazminatı ve boшта geçen süre ücretine ilişkin olarak ise doktrinde bir görüşe göre, iş güvencesi tazminatı geçersiz feshin değil işe başlatılmamanın sonucudur; işyerinin devri anında henüz doğmamıştır. Bu nedenle devreden işveren iş güvencesi tazminatından sorumlu tutulamaz. Boшта geçen süre ücretine ilişkin olarak yine aynı görüşe göre, işyeri devri sırasında doğmamış olan bu alaktan da devreden asıl işveren sorumlu tutulamaz. Boшта geçen en çok dört aya kadar olan süre içinde işyeri devri gerçekleşmişse dahi önemli olan işçinin işe başlatılmak üzere başvurduğu anda işverenin kim olduğudur, başvuru tarihinden önce devir gerçekleşmişse, boшта geçen süre ücretinden devreden asıl işveren sorumlu tutulamaz³⁴³.

³⁴⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 101; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 39; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 70; Süzek, İş Hukuku, 167; Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 50; Akyiğit, Alt İşverenlik, 72; Demir, “Asıl İşveren - Alt İşveren Birlikte Sorumluluğunun Sınırları”, 23; Çil, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, 29.

³⁴¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 102; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 70; Süzek, İş Hukuku, 167; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 131; Şahlanan, “Alt İşveren İşçisine Karşı Asıl İşverenin Mütessesil Sorumluluğunun Sınırları (Karar İncelemesi)”, 4; Şen/Naneci, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi”, 43; Güzel, “İşe İade Davalarına İlişkin Sorunlar”, 106.

³⁴² Özkaraca, “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, 130.

³⁴³ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 78-79.

Doktrinde bir diğere göre, işe iade davalarının sonuçları bakımından asıl işverenin sorumlu tutulabilmesi için, alacağın asıl işveren döneminde doğup doğmadığına bakılmalıdır. Bir başka deyişle asıl işverenin boşta geçen süre ücreti ve işe güvencesi tazminatından alt işverenle birlikte sorumlu tutulabilmesi için, bu alacakların doğduğu tarihte asıl işveren - alt işveren ilişkisinin devam ediyor olması gerekmektedir. Bu nedenle işe başlatmama iradesinin açıklandığı veya kanunda öngörülen bir aylık işe başlatma süresinin sona erdiği anda asıl işveren - alt işveren ilişkisi sona ermişse, asıl işveren iş güvencesi tazminatından sorumlu tutulamayacaktır. Sadece fesih işleminin asıl işveren - alt işveren ilişkisi mevcutken gerçekleştiğinden hareketle, asıl işverenin işe başlatmama tazminatından sorumlu olduğu sonucuna varılmamalıdır, çünkü bu tarihte söz konusu alacağın doğup doğmayacağı henüz belli değildir³⁴⁴.

Boşta geçen süre ücreti alacağının doğduğu tarih ise doktrinde kesinleşen mahkeme kararının ardından işçinin işverene başvurduğu tarih olarak kabul edilmektedir. Doktrinde bir görüşe göre dört aya kadar boşta geçen süreye ilişkin ücretin, geçersiz fesihten sonraki dört aylık dönemde doğduğu kabul edilmelidir. Bu görüşe göre geçersiz feshi izleyen dört aylık sürede asıl işveren - alt işveren ilişkisi devam etmişse, asıl işverenin de boşta geçen süre ücretinden sorumlu olacaktır. Bu süre devam ederken asıl işveren - alt işveren ilişkisi sona ermişse, asıl işverenin sorumluluğu ilişkinin sona erdiği tarihe kadar doğan kısım sınırlı olmalıdır³⁴⁵.

Yargıtay, boşta geçen süreye ait dört aya kadar ücret için feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılması gerektiğini, boşta geçen süre ücretinin işçinin işe iade için başvurduğu anda muaccel olduğunu kabul etmektedir³⁴⁶. Yargıtay kararlarında boşta geçen süre ücretinin doğma anının açıkça belirtilmediği görülse de, boşta geçen süreye ait dört aya kadar ücret için feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılması gerektiği yönündeki kararları, geçersiz fesihten sonraki dört aylık dönemde doğduğu görüşüne paraleldir³⁴⁷.

³⁴⁴ Özkaraca, "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış", 130.

³⁴⁵ Özkaraca, "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış", 130-131.

³⁴⁶ Yarg. 9. HD, 11.04.2016, 10870/8844; Yarg. 9. HD, 22.01.2010, E. 2009/13227, K. 2010/834, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

³⁴⁷ Özkaraca, "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış", 131.

Uygulamada alt işveren işçilerinin iş sözleşmelerinin feshedilmesinin nedeni, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona ermesidir. Dolayısıyla çoğu olayda, boşta geçen süre ücretinin veya işe güvencesi tazminatının doğduğu tarihlerde, asıl işveren - alt işveren ilişkisi sona ermiş olmaktadır. Bu nedenle işçi, boşta geçen süre ücreti ve iş güvencesi tazminatı bakımından asıl işverene başvuramayacaktır. Ortaya çıkan bu durum doktrinde işe iade davalarının sonucu olan parasal haklar açısından, alt işveren işçileri için önem arz eden asıl işverenin birlikte sorumluluğu halinin uygulanamaması sonucunu doğurması yönüyle eleştirilmektedir.³⁴⁸

Yargıtay, asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte açılan işe iade davalarında muvazaa bulunmaması halinde asıl işveren hakkında işe iadeye yönelik hüküm kurulamayacağını, asıl işverenin işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretinden alt işveren ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulması gerektiğini kabul etmektedir.³⁴⁹ Ancak Yargıtayın bu konuya ilişkin kararları incelendiğinde, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücreti bakımından, bu alacakların doğduğu tarihlerde asıl işveren - alt işveren ilişkisinin devam edip etmeyeceğine göre bir ayırım yapılmadığı, bu hususun incelenmediği görülmektedir.³⁵⁰

Yargıtay kanuna uygun olarak kurulmuş asıl işveren - alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu işe iade davalarında standart olarak “*Davacının iş sözleşmesinin feshinin GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının'deki İŞİNE İADESİNE,*

Davacının yasal süre içerisinde başvurusuna rağmen işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde, ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak, davalıların müştereken ve müteselsilen sorumlu olmaları kaydıyla takdiren 5 aylık ücreti tutarı olarak belirlenmesine,

Davacının işe iadesi için süresi içinde işverene başvurması halinde, kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davalılardan müşterek ve

³⁴⁸ Özkaraca, “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, 133.

³⁴⁹ Yarg. 9. HD, 21.12.2017, E. 2016/32644, K. 2017/22023; Yarg. 22. HD, 06.12.2017, 43290/27920, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

³⁵⁰ Özkaraca, “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, 131.

müteselsilen alınarak, davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine”³⁵¹ şeklinde kararlar vermektedir.

Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre, Yargıtayın bu uygulaması alt işveren işçisinin mağdur olmaması bakımından yerinde ise de, teknik hukuk bakımından hukuka aykırılık teşkil etmekte olup bu konuda hem hukuka uygun hem de adil bir çözüm yolu bulunmalıdır³⁵².

4.2. Alt İşverenin Değişmesi

Kanuna uygun kurulan asıl işveren - alt işveren ilişkisinde, alt işveren değişikliğinin hangi şekillerde olabileceğine ve işçinin tek ve gerçek işvereni olan alt işverenin değişmesi halinin iş güvencesinden yararlanma ve işe iade davaları bakımından etkilerine değinmek gerekir.

4.2.1. Alt işverenin değişmesi halleri

Alt işverenin değişmesi hali işyeri devri şeklinde gerçekleşebileceği gibi, uygulamada sıkça karşılaşılan ihale süresinin bitmesinin ardından alt işverenin işyerinden ayrılması şeklinde de gerçekleşebilir.

Alt işverenin değişmesinin işyeri devri şeklinde gerçekleşmesi halinde asıl işveren - alt işveren ilişkisi, devralan alt işveren ile asıl işveren arasında devam eder. İhale süresinin sona ermesinin ardından alt işveren ile işyerinde ihaleyi alan yeni alt işveren arasında işyeri devrine ilişkin bir sözleşme yapılabilir. Doktrinde bir görüşe göre alt işverenin işyeri sınırsız biçimde tasarruf edebileceği bir işyeri olmadığından asıl işverenin işyeri bütünlüğü çerçevesinde değerlendirilmeli, alt işverenin işyerinin devri ancak asıl işverenin izni veya icazeti ile gerçekleşebilmelidir³⁵³.

³⁵¹ Yarg. 9. HD, 19.12.2017, E. 2016/33133, K. 2017/21797; benzer şekilde Yarg. 9. HD, 21.12.2017, E. 2016/32644, K. 2017/22023; Yarg. 22. HD, 06.12.2017, 43290/27920, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

³⁵² Güzel, “İşe İade Davalarına İlişkin Sorunlar”, 106-107; aynı yönde Özkara, “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, 131.

³⁵³ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 86-87.

İhale süresinin bitmesi nedeniyle alt işveren değişikliğinde ise alt işveren, asıl işverenden aldığı işin süresinin bitmesinin ardından (süre uzatılmamış veya yeni ihaleyi alamamışsa) ilk ihtimal olarak işçilerini beraberinde götürerek işyerinden ayrılabilir.

Uygulamada en çok rastlanan alt işveren değişikliği ise, ihale süresinin bitmesi ile alt işverenin işyerinden ayrılması ve işyerinden ayrılan alt işverenin işçilerinin ihaleyi alan yeni alt işveren yanında çalışmaya devam etmesidir³⁵⁴.

Doktrinde bir görüşe göre işyerinden ayrılan alt işveren işçilerinin yeni alt işveren nezdinde aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri, örtülü bir hukuki işlem niteliğindedir ve bu halin bir tür işyeri devri olarak kabul edilmesi gerekir³⁵⁵.

Aksi görüşe göre ise ihaleyi kazanan yeni işveren ile ihaleyi kazanamayan ya da ihaleye hiç katılmayan eski alt işveren arasında herhangi bir hukuki işlem yapılmamakta, alt işverenler çoğu zaman birbirlerini hiç görmemektedir. İşyeri ile ilgili en geniş yetki asıl işverendedir, bu durumda asıl işverenin tasarrufu ile işyerinin yeni bir alt işverene devri söz konusudur. İşyerinde hiç ara vermeden çalışmaya devam eden işçiler, alt işverenler her değiştiğinde kısa bir süre için de olsa asıl işveren işçisi haline gelmiş sayılmalıdırlar; böylece işçilerin hakları bakımından da güvence sağlanmış olacaktır³⁵⁶.

Yargıtay, ihale süresinin bitmesi nedeniyle işyerinden ayrılan alt işveren işçilerinin çoğunluğunun ihaleyi alan yeni alt işveren yanında çalışmaya devam etmesi halinde ortaya çıkan fiili durumun işyeri devri olduğunu ve yeni ihaleyi alan alt işveren tarafından işe alınmayan işçinin iş sözleşmesinin yeni alt işveren tarafından feshedildiğinin kabulü gerektiği görüşünü benimsemiştir.

Bu hususta Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davacı işçi tarafından alt işvereni ve alt işverenin süresinin bitmesi nedeniyle ihaleyi alan yeni alt işverene karşı işe iade davası açılmıştır. 7. Hukuk Dairesi, ihale süresinin sona ermesi ile alt işverenin asıl işverenin işyerinden ayrıldığı, davacı ve bir kaç işçi dışındaki diğer tüm işçilerin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam ettikleri, davalı önceki alt işveren

³⁵⁴ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 88.

³⁵⁵ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 88.

³⁵⁶ Göktaş, Seracettin: "Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 12, Yıl 3, Aralık 2008, 99-100.

tarafından sadece işçilerin sigorta çıkışlarının yapıldığı, bu şirket tarafından yapılan yazılı ya da sözlü bir fesih bildiriminin bulunmadığı tespitlerini yaparak alt işverenler arasında işyeri devri bulunduğunu kabul etmiştir. Devamında davacı işçinin iş sözleşmesinin işyerini devralan alt işveren tarafından işe başlatılmaması suretiyle sona erdirildiğini belirterek davacının devralan alt işveren nezdinde işine iadesine, önceki alt işveren aleyhine açılan davanın ise husumet yokluğu nedeniyle reddine karar vermiştir³⁵⁷.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin bir başka kararına konu uyuşmazlıkta, davacı işçi işe iade davasını yalnızca ihale süresi biten eski alt işverene yöneltmiştir. 7. Hukuk Dairesi, işyerini devralan yeni alt işverenin, asıl işverenin yazısı üzerine davacıyı işe almadığını, iş sözleşmesinin devralan işveren tarafından işçinin işe alınmaması suretiyle sona erdirildiğini belirterek, husumetin işyerini devralan alt işverene yöneltilmesi için davacıya süre verilmesi gerektiğini, ihale süresinin bitmesi nedeniyle işyerinden ayrılan eski alt işveren bakımından davanın husumetten reddi gerektiğini ifade etmiştir³⁵⁸.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2015 tarihli bir kararında, alt işverenin ihalenin süresinin bitmesi nedeniyle asıl işverenin işyerinden ayrılması ve yeni ihaleyi alan alt işverenin işi alması halinde, bu durumun işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti ile hukuki sonuçlarının belirlenmesinin önem taşıdığını ifade etmiştir. 22. Hukuk Dairesi'ne göre normalde olması gereken, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılırken işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürmesi veya işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesidir. Ancak bunun aksine alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen işçilerin yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri halinde, alt işverenler arasında işyeri devrinin olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda yeni alt işveren, devam

³⁵⁷ Yarg. 7. HD, 01.10.2015, 33447/17583, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.04.2018). Kararın muhalefet şerhinde "(...) davalı şirketler ile davalı Bakanlık arasında yapılan hizmet alım sözleşmeleri incelendiğinde, davalı Karahan...Ltd. Şti 'nin 83 personel ile davalı On İlaçlama...Ltd. Şti'nin ise 76 personel ile hizmet alım işini üstlendiği, dolayısıyla davalı On İlaçlama...Ltd Şti tarafından işyerininin 76 işçi ile çalışmak üzere devralındığı ve davacı dahil 7 kişi ile iş akdi hiç kurulmadığı gibi, davacının devralan şirkette fiilen hiç çalışmadığı, davalı On İlaçlama...Ltd Şti'de çalışacak olan işçiler arasında gösterilmeyen ve süresi sona eren Karahan...Ltd Şti tarafından başka bir işyerinde çalıştırılmak üzere bildirimde bulunulmayan işçilerin iş sözleşmelerinin devreden alt işveren Karahan ...Ltd Şti tarafından feshedildiği, fiili çalışması olmayan davacı ile davalı On İlaçlama...Ltd Şti arasında hizmet ilişkisinin kurulmadığı gözetildiğinde yerel mahkeme kararının onanmasına karar vermek gerekirken aksi yönde olan Sayın Çoğunluğun hükmü bozarak ortadan kaldırma gerekçesine katılmıyorum." denmiştir.

³⁵⁸ Yarg. 7. HD, 08.10.2015, 14789/18532, aynı yönde Yarg. 7. HD, 22.06.2015, 1113/12733, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

eden iş sözleşmelerini de devralmış olacaktır. Bu noktada yapılması gereken Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarının getirilerek, alt işveren işçilerinden ne kadarının yeni alt işveren yanında yeni alınan ihale çerçevesinde çalıştırılmaya devam ettirildiğinin araştırılmasıdır. Eğer işçilerin ekseriyetinin yeni alt işveren tarafından çalıştırıldığı anlaşılırsa, işyeri devrinin gerçekleştiği kabul edilmeli ve işçinin yeni alt işveren nezdinde işe iadesine karar verilmelidir³⁵⁹.

4.2.2. Alt işverenin değişmesinin iş güvencesinden yararlanma bakımından etkileri

Alt işveren işçileri iş güvencesi hükümlerinden yararlanma şartı olan otuz işçi ölçütü bakımından, kural olarak kendi işverenlerinin yani alt işverenin işyerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar. Yine iş güvencesi hükümlerinden yararlanma şartı olan en az altı aylık kıdem hesabında, işçinin alt işveren nezdinde çalıştığı süre dikkate alınmalıdır.

Alt işverenin değişmesi halinin işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması bakımından etkisi incelenirken, öncelikle alt işverenin değişikliğinin nedeninin işyeri devri olup olmadığına bakılmalıdır. İşyeri devri nedeniyle alt işverenin değişmesi ihtimalinde, asıl işveren - alt işveren ilişkisi, devralan işveren ve asıl işveren arasında devam edecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki asıl işverenin işyerinde ihale süresi sona eren alt işveren ile yeni ihaleyi alan alt işveren arasında işyerinin devrini öngören bir sözleşme yapılabilir³⁶⁰. Ayrıca Yargıtay, işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gitmekte, bu durumda değişen alt işverenlerin işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş işçilik haklarını devraldığını kabul etmektedir³⁶¹.

İşyeri devrinin söz konusu olması halinde, devreden alt işveren yanında çalışılan süre altı aylık kıdem hesabında devralan alt işveren yanında çalışılan süreye eklenmelidir³⁶². Zira

³⁵⁹ Yarg. 22. HD, 05.11.2015, 27553/30200, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.04.2018); aynı yönde Yarg. 22. HD, 15.11.2011, 11203/4677; 15.11.2011, 11244/4687, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

³⁶⁰ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 86-87.

³⁶¹ Yarg. 22. HD, 14.09.2017, 37805/18003; Yarg. 9. HD, 10.07.2017, 22096/12491, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.01.2018).

³⁶² Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 94; Özkara, İşyeri Devri, 219, 274.

işyeri devri halinde iş sözleşmesi tüm unsurlarıyla devam etmektedir; sadece işveren tarafında değişiklik meydana gelmekte, sözleşmenin içeriğinde ve kapsamında herhangi bir değişiklik söz konusu olmamaktadır³⁶³. Yargıtay bu hususta bir kararında “*İş Kanunu'nun 6'ncı maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca işyerinin devrinde devralan işveren, hizmet süresi ile ilgili haklarda işçinin devreden işveren yanında çalışmaya başladığı tarihe göre işlem yapmak zorunda olduğundan, devirle işverenin değişmesi altı aylık kıdem süresini etkilemeyecektir.*” ifadelerine yer vermiştir³⁶⁴.

Yargıtay bir başka kararında işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalıştığından işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi gerektiğini, bu nedenle işçinin kıdeminin son alt işveren nezdinde çalıştığı süre değil, değişen alt işverenlerde geçen toplam süre dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir³⁶⁵.

Ancak işyeri devrinden önce iş güvencesinin kapsamına giren işçinin, işyeri devrinden sonra devralan işverenin otuzdan az işçi çalıştırması nedeniyle iş güvencesi kapsamı dışında kalıp kalmayacağı sorunu gündeme gelebilir; bu durum devreden ve devralan işverenlerin işyerlerinin girdiği işkolunda farklı sayıda işçi çalıştırmalarından kaynaklanabilir.

Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, işyerinin devri nedeniyle işçinin durumunun kötüleşmemesi temel prensiptir; ancak iş güvencesi kapsamına girme iş sözleşmesinden doğan bir hak olarak nitelendirilmemelidir. Otuz işçi çalıştırma koşulu işyeri devri gerçekleşirse de işyerinden çalışan işçi sayısının otuz işçinin altına düşmesi halinde de gündeme gelebilir. Bu nedenle iş güvencesi kapsamına girmek, işçi bakımından sözleşmeden doğan bir hak olarak kabul edilemeyeceğinden işyeri devrinde çalışan işçi sayısının otuzun altında kalması durumunda işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır³⁶⁶.

³⁶³ Özkaraca, İşyeri Devri, 272.

³⁶⁴ Yarg. 9. HD, 08.04.2008, E. 2007/27725, K. 2008/7812, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

³⁶⁵ Yarg. 9. HD, 11.05.2016, 15222/11860, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

³⁶⁶ Özkaraca, İşyeri Devri, 276; Sönmez Tatar, Gülsüm: İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, TÜHİS Türk Ağır Sanayii Ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Yayın No: 74, Kasım 2011, Ankara, 88.

Belirtmek gerekir ki doktrinde ayrıca işyerini devralan alt işverenin aynı işkolundaki işçilerinin toplam sayısının otuzdan az olması halinde işçinin iş güvencesi kapsamı dışında kalacağı; ancak sırf işçilerin iş güvencesi kapsamı dışında bırakmak için otuz işçiden az işçi sayısını haiz bir alt işverene özellikle işin bir kısmının da bölünerek bırakılmasının hakkın kötüye kullanılması olduğu, bu durumun yasalar karşısında korunmaması gerektiği ileri sürülmüştür³⁶⁷.

4.2.3. Alt işverenin değişmesinin işe iade davaları bakımından etkileri

Alt işveren işçisinin iş sözleşmesinin feshinden önce alt işverenin değişmesi halinde işe iade davasının tarafı değişen yani yeni alt işverendir. Yargıtay, fesihden önce alt işveren değiştiği halde önceki alt işverene yöneltilen işe iade davalarında, önceki alt işveren bakımından davanın husumetten reddine ilişkin karar vermektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2016 tarihli bir kararında, davacı işçinin işe giriş çıkış bildirgelerinden davalı alt işveren şirketten 30.04.2014 tarihinde çıkışının yapıldığını ve 01.05.2014 tarihinde dava dışı yeni alt işveren nezdinde işe başladığını anlaşıldığını belirterek iş akdinin feshedildiği tarihte davacının davalı şirketin işçisi olmadığından davanın husumetten reddine karar vermiştir³⁶⁸.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi başka bir kararında, devreden ve devralan alt işverenlere karşı birlikte açılan işe iade davasında, işe iade ve işe iade davasının sonuçlarından devralan şirketin sorumlu olduğunu, bu nedenle devreden alt işverene karşı açılan davanın husumet yokluğu sebebiyle reddinin gerektiğini belirtmiştir³⁶⁹.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise 2012 tarihli bir kararında, alt işverenlerin sürekli değişmesi halinde, davacının dava açarken hasımda yanılacağı dikkate alarak davanın son alt işverene yöneltilmesi için davacıya süre verilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁷⁰.

³⁶⁷ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 94.

³⁶⁸ Yarg. 9. HD, 24.02.2016, E. 2015/25840, K. 2016/3776, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

³⁶⁹ Yarg. 9. HD, 01.06.2016, 15110/12930, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

³⁷⁰ Yarg. 22. HD, 22.03.2012, E. 2011/13342, K. 2012/5157; aynı yönde Yarg. 9. HD, 12.03.2015, 5465/10281, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

Alt işverenin değişmesinin işe iade davaları bakımından etkisi, özellikle alt işveren işçisinin sözleşmesinin feshinden sonra alt işverenin değişmesi halinde davanın hangi işverene yöneltileceği ve işe iade davasının sonuçlarından sorumluluğun ne şekilde olacağı uygulamada sorunlara yol açabilmektedir.

Doktrinde bir görüşe göre işyeri devri halinde alt işverenin değişmesinden önce alt işveren işçisinin iş sözleşmesi feshedilmiş ise, işe iade davası açma süresi içinde (dava açılmışsa işe iadeye ilişkin karar kesinleşinceye kadar) fesih askıda kabul edilmelidir. Buna göre iş sözleşmesinin feshinden işe iadeye ilişkin kararın kesinleşmesine kadarki sürede yapılan işyeri devirlerinde, askıda olan iş sözleşmesi devralan işverene geçmiştir. Bu nedenle fesihden sonra ancak henüz işe iade davası açılmadan alt işverenin değişmesi halinde, işe iade davasının devralan işverene karşı açılması gerekmektedir³⁷¹.

Aynı görüşe göre işe iade davasında yargılama neticesinde feshin geçerli nedene dayanmadığı tespit edildiği takdirde, işçinin işe başlamak için başvuruyu da devralan işverene yapması gerekir; bu halde devreden işverene yapılan başvuru, geçerli bir başvuru olarak kabul edilemeyecektir³⁷².

Doktrinde bir başka görüşe göre iş sözleşmesi işyeri devrinden önce feshedilmişse, İş Kanununun 6. maddesi gereği bu iş ilişkisinin problemlerinin devralan işverene geçmemesi gerekir. Zira düzenlemede devir anında varlığını sürdüren iş sözleşmelerinin tüm hak ve borçlarıyla devralan işverene geçmesinden bahsedilmiştir. Bu nedenle kural olarak itirazın devreden alt işverene yöneltilmesi gerekir. Ancak iş güvencesi kapsamına giren iş sözleşmeleri bakımından fesih, yasal itiraz süresi dolmadan, itiraz edilmişse de itiraz üzerine verilecek karar kesinleşinceye kadar kesinlik arz etmez. Ayrıca fesih kesin olsa dahi tek bir işyeri olan işveren, bu işyerini devretmişse, artık devreden alt işverenin işçinin işe iadesinin sağlanacağı bir işyeri de yoktur. Bu nedenlerle ilişkinin devralan işverene geçtiği, feshe itirazın da devreden işveren ile birlikte devralan işverene yöneltilmesi gerektiği, işe başlatıp başlatmama iradesinin devralan işverende olduğu,

³⁷¹ Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 96; Sönmez Tatar, 91.

³⁷² Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 97.

fakat boşta geçen süre creti ve iş güvencesi tazminatı bakımından devralan ve devreden işverenini iki yıl birlikte sorumlu olduğu kabul edilmelidir³⁷³.

Alt işveren işçisinin iş sözleşmesinin feshinin ardından ancak henüz işe iade davası açılmadan alt işverenini değişmesi halinde, devreden alt işverenini iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücretinden sorumlu olup olmayacağına ilişkin doktrinindeki bir diğer görüşe göre iş güvencesi tazminatı geçersiz feshin değil, işe başlatmamanın sonucudur, fesih anında doğmamıştır. Bu nedenle devreden alt işveren iş güvencesi tazminatından sorumlu değildir. Ayrıca boşta geçen süre creti bir tür ücret olarak kabul edildiğinden fesihten sonra ortaya çıkan bu alacak bakımından da devreden alt işverenini sorumluluğuna gidilemez³⁷⁴.

Alt işveren işçisinin işe iade davası açmasından sonra fakat henüz karar verilmeden önce yani yargılama devam ederken alt işverene ait işyerinin devri halinde, devam eden davada husumet bakımından bir sorunun oluşup oluşmayacağı hususuna da değinmek gerekir. Bu durumda dava açılırken husumette yanılmadan söz edilemez, zira dava açıldığı anda işçinin işvereni devreden işverendir. Doktrinde bir görüş, bu halde davanın devreden işverenine aleyhine görülerek sonuçlandırılması gerektiğini ifade etmiřtir³⁷⁵.

Ancak davanın devreden işverenine aleyhine görülerek sonuçlandırılması halinde, devreden alt işverenine aleyhine kurulan işe iade kararının devralan işverene karşı infazının ne şekilde yapılacağı sorunu gündeme gelmektedir.

Doktrinde bizim de isabetli bulduğumuz bir görüşe göre devralan işveren, işe iade davasının tarafı olmasa da işe iadeyle yükümlüdür. Kesinleşen işe iade kararı ile feshin geçersizliği tespit edilmekte, işçinin iş sözleşmesinin feshi ortadan kalkmaktadır; işyeri devri nedeniyle de işe iade yükümlülüğü devralan işverendedir. Ancak uygulamada yargılama sırasında işyerinin devri halinde husumetin devralan alt işverene yöneltilmesi veya devralan alt işverene davanın ihbar edilmesi şeklinde bir çözüme de gidilebilir³⁷⁶.

³⁷³ Akyiğit, Alt Işverenlik, 289.

³⁷⁴ ankaya/il, Iř Hukukunda l İlişkiler, 97.

³⁷⁵ ankaya/il, Iř Hukukunda l İlişkiler, 97; Sönmez Tatar, 91.

³⁷⁶ ankaya/il, Iř Hukukunda l İlişkiler, 98-99; Sönmez Tatar, 92.

SONUÇ

İş Kanununda benimsenen ve iş hukukunda önemli bir yere sahip olan iş güvencesi sistemi ve bu sistemin en önemli sonucu olan işe iade davalarının asıl işveren - alt işveren ilişkisi kapsamında uygulamasında birtakım sorunlarla karşılaşmaktadır.

Esasen asıl işveren - alt işveren ilişkisinin varlığı, alt işveren işçisinin iş güvencesinden yararlanma koşulları üzerinde etkili değildir; asıl işveren - alt işveren ilişkisi geçerli ise işçinin iş güvencesi kapsamına girip girmediğini belirleyecek olan koşullar, işçinin gerçek işvereni olan alt işveren bakımından değerlendirilmelidir. İş güvencesinden yararlanma şartlarından olan işçinin altı aylık kıdemi olması ve işyerinde en az otuz işçi çalışması koşulu bakımından da alt işveren yönünden değerlendirme yapılmalıdır. Otuz işçi ölçütü bakımından alt işverenin varsa aynı işkolunda hizmet verdiği işyerlerinde çalıştırdığı işçilerin toplam sayısına bakılmalıdır. Altı aylık kıdem koşulu bakımından ise, işçinin farklı asıl işverenlere ait işyerlerinde de olsa alt işveren nezdinde çalıştığı toplam süre esas alınmalıdır.

İşe iade davaları bakımından ise asıl işveren - alt işveren ilişkisi söz konusu olduğu hallerde, özellikle alt işveren işçisi tarafından açılan davada husumete ilişkin sorunlar yaşanmaktadır. Şöyle ki asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığının tespiti yargılama sırasında mahkemece yapılacaktır. Bu nedenle örneğin işçi tarafından asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olduğu varsayımıyla alt işverene karşı dava açıldığında, mahkemece bu varsayımın tersine ilişkinin muvazaalı olduğu tespit edilirse, işe iade davasının asıl davalısı olan asıl işverene karşı işe iade davası açmak için kanunda öngörülen süre geçmiş olacaktır. Bu sorun tam tersi ihtimal içinde, yani işçi tarafından asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu varsayımıyla asıl işverene karşı dava açıldığında ve mahkemece ilişkinin geçerli olduğu tespit edildiğinde de ortaya çıkacaktır.

Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Dairesi, asıl işveren - alt işveren ilişkisi söz konusu olan işe iade davalarında husumete ilişkin sorunları çözmek için farklı yöntemler benimsemişlerdir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işe iade davalarında asıl işveren ve alt işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığının bulunmadığı, somut olayın şartlarına göre işçinin husumetin tevcihinde veya temsilde hataya düştüğünün kabulü ile husumetin gerçek işverene yöneltilmesi gerektiği görüşündedir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise işe iade davalarında asıl işveren ve alt işveren arasında şekli bakımdan zorunlu dava arkadaşlığı olduğu, her iki işverenin de davada yer alması gerektiği görüşündedir.

Kanaatimizce Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin işçinin husumetin tevcihinde veya temsilde hataya düştüğünün kabulü ile husumetin gerçek işverene yöneltilmesi gerektiğine ilişkin görüşü, iş hukukunun işçi lehine yorum ilkesi ile bağdaşmakta, ancak usul hukuku bakımından taraf değişikliğinin talebe bağlı olması kuralı ile çelişmektedir. Ayrıca asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığının denetiminin tarafların talebine bağlı olmaksızın resen yapılması ve bu hususta bir tespite yer verilerek işe iade hükmünün bu tespit üzerine kurulması, asıl işveren ve alt işverenin davada yer almasını zorunlu kılmaktadır.

Gerçekten de asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığına ilişkin yapılan yargılamada iki işverenin de hazır bulunması halinde bu tespit değişebilir. Sadece alt işverene karşı açılan bir işe iade davasında, asıl işverenin yokluğunda asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçersizliği tespit edildiğinde bu husus hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edebilir. Asıl işverenin bu davada başından beri taraf gösterilmesi halinde asıl işverenin savunması ve mahkemeye sunacağı deliller ilişkinin geçerli olup olmadığı yönündeki tespiti tersine çevirebilir.

Bu bakımdan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin asıl işveren - alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu işe iade davalarında asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik resen yapılması gereken yargısal denetimin ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını ve kendi haklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kıldığı gerekçesi isabetlidir. Aksince bir düşünce adil yargılanma hakkına ve hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder.

Ancak asıl işveren ile alt işveren, İş Kanunundan doğan işçilik alacaklarından müteselsil sorumludur ve müteselsil sorumlular usul hukuku gereği ihtiyari dava arkadaşlarıdır. Şekli

bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ancak kanundan kaynaklanır. Bu nedenle Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin görüşünün kanaatimizce yasal bir dayanağa ihtiyacı vardır.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3. maddesinin 15. fıkrası gereği asıl işveren - alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır. Düzenleme gereği her iki işverenin işçinin talepleri bakımından irade birliği içinde olması halinde anlaşma sağlanacak, aksi halde arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşma gerçekleşmemiş olacaktır.

Maddenin gerekçesinde, uygulamada alt işverenin çalıştırdığı işçi tarafından işe iade talebiyle açılan davalarda, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçersiz olduğunun veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalının gerçek işveren olmadığı belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıktığı, davanın sıfat yokluğu sebebiyle reddi durumunda ise işçinin gerçek işverene karşı dava açması gerektiğinden işçinin, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesiyle karşı karşıya kaldığı, bu durumun işçiyi mağdur ettiği ve bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılması zorunluluğunun da usul ekonomisine aykırı düştüğü belirtilmiştir.

Devamında, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığı konusunda yapılması gereken yargısal denetimin, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını, kendi hukuklarını koruyacak açıklamaları yapmalarını ve iddialarıyla ilgili olarak ispat haklarını kullanmalarını zorunlu kıldığı, aksi halde adil yargılanma hakkı ile hukuki dinlenilme hakkına aykırılığın gündeme gelebileceği, dolayısıyla asıl işveren - alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, işe iade davalarına özgü olarak, davalı taraf yönünden mecburi dava arkadaşlığının var olduğunun kabulü gerektiği, bu nedenle de asıl işveren - alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda anlaşmanın gerçekleştirilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olmasının arandığı belirtilmiştir.

Maddenin gerekçesi incelendiğinde, gerekçede Yargıtay 22. Hukuk Dairesi içtihadının etkisinin olduğu görülmektedir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi içtihadının bahsi geçen madde ile kanuni bir dayanak kazandığı ileri sürülebilir.

İşe iade talebiyle arabuluculuğa yapılacak olan başvurularda anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması şartı, aynı şekilde işe iade davaları bakımından da getirildiği takdirde kanımızca bu hükümlerle uyum içinde olacak, hem de Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin görüşü işe iade davaları bakımından da yasal bir zemine oturtulmuş olacaktır. Aksi halde ise işe iade talebiyle arabuluculuğa başvurulduğunda asıl işveren ve alt işverenin birlikte bulunma zorunluluğu, arabuluculuk faaliyetinden sonuç alınmadığı takdirde işe iade davası bakımından zorunlu sayılmaz ise ortada hukuki bir çelişki ortaya çıkacaktır.

İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesini fesheden işverenin geçerli bir nedene dayanma zorunluluğu kapsamında, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona ermesi Yargıtay tarafından işletmesel karar olarak değerlendirilmekte ve yerindelik denetimine tabi tutulmamaktadır. Ancak bu durumda iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğinin kabulü için feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı değerlendirilmelidir. Burada feshin son çare olması ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gereken husus ise işçinin varsa alt işverene ait başka işyerlerinde değerlendirilmesi imkanının bulunup bulunmadığıdır. İşçinin başka bir yerde çalıştırılma imkanı yoksa, bu durumda iş sözleşmesinin geçerli nedenle sona erdirildiği kabul edilmelidir.

Yine işyerinde alt işverenlik uygulamasına geçilmesi nedeniyle, alt işverene verilen işte çalışan asıl işveren işçisinin sözleşmesinin feshi halinde, Yargıtay alt işverenlik uygulamasına geçilmesini bir yeniden yapılanma tedbiri ve işletmesel karar olarak değerlendirilmektedir. Ancak asıl işveren - alt işveren ilişkisinin sona ermesinde olduğu gibi burada da feshin son çare olması ilkesi kapsamında işçinin mevcut işyerinde veya işverene ait başka işyerlerinde çalıştırılma imkanının olup olmadığına bakılmalı, böyle bir imkan bulunmadığı takdirde iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiği kabul edilmelidir.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu işe iade davalarının sonuçları bakımından ise, işçi tarafından işe iade davası her iki işverene birlikte yöneltilmişse, feshin geçersizliği tespit edildiğinde işçinin gerçek işvereni olan alt işveren nezdinde işe iadesine karar verilmeli, işe iade davasının parasal sonuçları bakımından ise asıl işveren ve alt işveren birlikte sorumlu tutulmalıdır.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı ya da kanuna aykırı olduğu tespit edilirse, bu durumda işçi baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılacağından, işe iade hükmü asıl işveren karşı kurulmalıdır. Uygulamada isabetli olarak muvazaanın tarafı olan alt işveren, işe iadenin parasal sonuçlarından asıl işverenle birlikte sorumlu tutulmaktadır.

Uygulamada çoğunlukla alt işveren işçisinin sözleşmesinin feshedilmesinin nedeni, alt işverenin ihale süresinin bitmesi nedeniyle asıl işverenin işyerinden ayrılmasıdır. Bu durumda, iş güvencesi tazminatı ile boшта geçen süre ücretinden asıl işverenin sorumlu tutulup tutulamayacağı sorusuyla karşılaşılmaktadır.

İş Kanununda alt işveren işçisinin, kanunundan, iş sözleşmesinden, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını asıl işveren veya alt işverenden, dilerse her ikisinden birlikte talep edebileceği düzenlenmiştir. Ancak asıl işverenin alt işveren işçisine karşı sorumluluğu, alt işveren işçisinin asıl işverenin işyerinde geçen çalışma süresiyle ve asıl işverenin döneminde doğan alacaklar ile sınırlıdır; bu nedenle kural olarak asıl işveren - alt işveren ilişkisinin bulunmadığı dönemde doğan bir alaktan asıl işveren sorumlu tutulamayacaktır.

Doktrinde genel kabul, işe iade kararı kesinleştikten sonra, işçinin yasal sürede işe başlamak üzere başvurmasının ardından işe başlatılmaması halinde iş güvencesi tazminatı doğar, başka bir deyişle iş güvencesi tazminatı işe başlatılmamanın sonucudur. Boшта geçen süre ücreti alacağının doğduğu tarih ise kesinleşen mahkeme kararının ardından işçinin işverene başvurduğu tarih olarak kabul edilmektedir.

Dolayısıyla çoğu olayda, boшта geçen süre ücretinin veya işe güvencesi tazminatının doğduğu tarihlerde, asıl işveren - alt işveren ilişkisi sona ermiş olmaktadır. Bu nedenle işçinin, boшта geçen süre ücreti ve iş güvencesi tazminatı bakımından asıl işverene başvuramayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Yargıtayın bu konuya ilişkin kararları incelendiğinde, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücreti bakımından, bu alacakların doğduğu tarihlerde asıl işveren - alt işveren ilişkisinin devam edip etmeyeceğine göre bir ayırım yapılmadığı, bu hususun incelenmediği görülmektedir.

Yargıtay, kanuna uygun olarak kurulmuş asıl işveren - alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu işe iade davalarında standart olarak davacının alt işveren nezdinde işe iadesine, davacının yasal süre içerisinde başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, ödenmesi gereken iş güvencesi tazminatından asıl işveren ve alt işverenin müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğuna, davacının işe iadesi için süresi içinde işverene başvurması halinde boşta geçen süre ücretinden yine asıl işveren ve alt işverenin müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğuna dair kararlar vermektedir. Yargıtayın bu uygulaması alt işveren işçisinin mağdur olmaması bakımından yerinde kabul edilebilirse de, teknik hukuk bakımından hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyiğit**, Ercan: Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2007. (İş Güvencesi)
- Akyiğit**, Ercan: İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2008.
- Akyiğit**, Ercan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2013. (Alt İşverenlik)
- Akyol**, Çağatay: “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi Kapsamında İşe İade Davalarında Taraf Sıfatı (Husumet)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:8, Sayı:31, 2011, 1047-1063.
- Alpagut**, Gülsevil: “4857 Sayılı İş Yasası İle Alt İşveren Kurumunda Yeni Yapılanma”, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı-Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, İNTES, Ankara 2004, 16-24.
- Alpagut**, Gülsevil: “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, 200-251.
- Alpagut**, Gülsevil: “Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:5, Sayı:20, 2008, 1347-1358.
- Alpagut**, Gülsevil: “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”, Bankacılar Dergisi, Sayı 65, 2008, 89-110.
- Alpagut**, Gülsevil: İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Beta, İstanbul 2010, 95.
- Alpagut**, Gülsevil: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2012, 3-81.
- Alpagut**, Gülsevil: “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, Editör: Doğan Yenisey, Kübra, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul 2016, 195-217.
- Andaç**, Faruk: “Alt İşverenlerin İş Güvencesinden Doğan Sorumlulukları”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Demir, Ender/Gemici Filiz, Beste, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, 579-590.
- Arslan**, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema: Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2016.

- Astarlı, Muhittin:** “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 38, 2017, 40-53. (7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu)
- Aydınlı, İbrahim:** Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2015.
- Aykaç, Hande Bahar:** İş Hukukunda Alt İşveren, 1. Baskı, Beta, İstanbul 2011.
- Bostancı, Yalçın/Kırtıoğlu, Süleyman Serhat:** “İşçinin Asıl İşverene Karşı Dava Açması Durumunda Davanın Alt İşverene Teşmil Edilme Zorunluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı: 2, Aralık 2013, 845-864.
- Börü, Levent:** “Sıfat ve Dava Takip Yetkisi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 27, Sayı: 3, Eylül 2011, 249-278.
- Canbolat, Talat:** Türk İş Hukukunda Asıl İşveren–Alt İşveren İlişkileri, Kazancı, İstanbul 1992.
- Caniklioğlu, Nurşen:** “İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Demir, Ender/Gemici Filiz, Beste, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, 67-131.
- Centel, Tankut:** “Alt İşverene İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 10, Yıl 3, Haziran 2008, 5-12.
- Çankaya, O. Güven/Çil, Şahin:** “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 3, Yıl 2006, 54-80.
- Çankaya, O. Güven/Çil, Şahin:** İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 3. Baskı, Yetkin, Ankara 2011.
- Çelik, Nuri:** “Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları (Karar İncelemesi)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 13, Yıl 4, Mart 2009, 83-92.
- Çelik, Nuri:** “İş Hukukumuzda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Önemli Bazı Sorunları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 17, Yıl 5, Mart 2010, 5-16. (Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sorunları)
- Çelik, Nuri:** “Alt İşverenlik Konusunda Bir Yargıtay Kararındaki Değerlendirmeler Üzerine Düşüncelerimiz”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:9, Sayı:35, 2012, 167-177.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat:** İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Bası, Beta, İstanbul 2017.
- Çiçek, Mustafa:** İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2018.

- Çil, Şahin:** “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi”, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Editör: Güzel, Ali, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum - 04 Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, 4-126.
- Çil, Şahin:** İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları), 7. Baskı, Yetkin, Ankara 2016.
- Çil, Şahin:** İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi, 1. Baskı, Yetkin, Ankara 2018.
- Demir, Arif Cuma:** İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, 3. Baskı, Adalet, Ankara 2016.
- Demir, Ender:** “Asıl İşveren İle Alt İşverenin Müteselsil Sorumluluğu”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, Ankara, 1. Cilt, 825-888.
- Demir, Fevzi:** “Asıl İşveren - Alt İşveren Birlikte Sorumluluğunun Sınırları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:12, Sayı:48, 2015, 21-37.
- Doğan Yenisey, Kübra:** İş Hukukunun Emredici Yapısı, 1. Baskı, Beta, İstanbul 2014.
- Doğan Yenisey, Kübra:** “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul 2015, 9-148.
- Doğan Yenisey, Kübra:** “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, Editör: Doğan Yenisey, Kübra, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul 2016, 167-193.
- Ekmekçi, Ömer:** “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, Mercek, Temmuz 2003, 132-139.
- Ekonomi, Münir:** “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (III) Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, Legal, İstanbul 2008, 21-52.
- Ekonomi, Münir:** “İş Güvencesinde Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi (Bekleme Süresi)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:9, Sayı:34, 2012, 3-32.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim:** Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, Beta, İstanbul 2017.
- Göktaş, Seracettin:** “Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 12, Yıl 3, Aralık 2008, 97-105.

- Göktaş**, Seracettin: “Asıl İşverenin İş Güvencesi Hükümleri Yönünden Sorumluluğu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 27, Yıl 7, Eylül 2012, 56-67.
- Güzel**, Ali: “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum, 2004/1, 31-65. (Alt İşveren İlişkisinin Sınırları)
- Güzel**, Ali: “Alt İşveren Uygulamasında Güvencesiz Bir Sisteme Doğru...”, Çalışma ve Toplum, 2010/4, 15-28.
- Güzel**, Ali: “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, 15-18 Ekim 2013, Antalya, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Legal, İstanbul 2014, 237-317. (İş Sözleşmesinin Sona Ermesi)
- Güzel**, Ali: “İşe İade Davalarına İlişkin Sorunların Çözümü Açısından Yeni Bir Model Önerisi”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar - 4, Editörler: Güzel, Ali/Ugan Çatalkaya, Deniz, Seminer: 22 Şubat 2014, Seçkin, Ankara 2014, 95-120. (İşe İade Davalarına İlişkin Sorunlar)
- Güzel**, Ali: “İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Son Çare İlkesi”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Demir, Ender/Gemici Filiz, Beste, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, 539-575.
- Kar**, Bektaş: “İş Güvencesi Kavramı”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:2, Sayı:6, 2005, 559-567.
- Kar**, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 6356 sayılı STİK ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (Arabuluculuk) Kapsamında Yenilenmiş 3. Baskı, Yetkin, Ankara 2017. (Arabuluculuk)
- Kar**, Bektaş: “Feshin Geçersizliğinin Tespiti Davalarında Uygulanacak Usule İlişkin Yargıtay Uygulamaları”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Demir, Ender/Gemici Filiz, Beste, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, 403-503.
- Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 1. Baskı, Yetkin, Ankara 2017. (Medeni Usul Hukuku)
- Kutsal Savaş**, F. Burcu: “Geçersiz Feshin Yaptırımları: İşe İade veya Tazminat”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Demir, Ender/Gemici Filiz, Beste, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, 267-300. (Geçersiz Feshin Yaptırımları)
- Melekoğlu Keser**, Burcu: Sorular ve Örnek Olaylarla İş Hukuku'nda Zorunlu Arabuluculuk, 1. Baskı, Bilge, Ankara 2018.

- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş:** İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 1. Baskı, Lykeion, Ankara 2017.
- Narmanlıoğlu, Ünal:** İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Beta, İstanbul 2014. (İş Hukuku)
- Narmanlıoğlu, Ünal:** “İş Kanunu’nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu’nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Yenilikler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 38, 2017, 9-21. (Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi)
- Odaman, Serkan:** “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2013, 129-234.
- Özekes, Muhammet:** “İş Kanunu’nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 55, Birinci Baskı, Ankara 2004, 479-514.
- Özkan, Hasan:** “İş Davalarında Dava şartı Olarak Arabuluculuk”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:14, Sayı:56, Yıl:2017, 1881-1887.
- Özkaraca, Ercüment:** İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, 1. Basım, Beta, İstanbul 2008. (İşyeri Devri)
- Özkaraca, Ercüment:** “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, 92-162.
- Özkaraca, Ercüment:** “İş Güvencesinin Kapsamı”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Demir, Ender/Gemici Filiz, Beste, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, 33-66.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medenî Usûl Hukuku Temel Bilgiler, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Soyer, Polat:** “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, Mart 2006, 16-28. (Alt İşveren İlişkisinin Kurulması)
- Sönmez Tatar, Gülsüm:** İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, TÜHİS Türk Ağır Sanayii Ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Yayın No: 74, Kasım 2011, Ankara.
- Subaşı, İbrahim:** “İşe İade Davaları İle İlgili Bazı Uygulama Sorunları”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Demir, Ender/Gemici Filiz, Beste, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, 591-636.

- Süzek**, Sarper: “Alt İşveren İlişkinin Kurulması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:7, Sayı:25, 2010, 933-946.
- Süzek**, Sarper: “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 27, İstanbul 2010, 11-29.
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 15. Baskı (Tıpkı Basım), Beta, İstanbul 2018.
- Şahlanan**, Fevzi: “Alt İşveren İşçisine Karşı Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Sınırları (Karar İncelemesi)”, Tekstil İşveren, Hukuk 55, Sayı 370, Ocak 2011, 2-5.
- Şahlanan**, Fevzi: “İş Kolu Tespitinde Alt İşverenin İşyeri (Karar İncelemesi)”, Tekstil İşveren, Hukuk 64, Sayı 379, Kasım 2011, 2-7.
- Şahlanan**, Fevzi: “Alt İşveren İşçisinin Açtığı İşe İade Davasında Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)”, Tekstil İşveren, Hukuk 75, Sayı 390, Kasım-Aralık 2012, 2-6.
- Şahlanan**, Fevzi: “Feshin Geçersizliğine İlişkin Kararı Alt İşverenin Temyiz Etmemesi Nedeniyle Kesinleşmesinin Mali Sonuçlarından Asıl İşverenin Sorumlu Olmayacağı (Karar İncelemesi)”, Tekstil İşveren, Hukuk 97, Sayı 413, Temmuz 2015, 2-4.
- Şen**, Murat: İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2005.
- Şen**, Murat/**Naneci**, Aslı: “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 15, Yıl 4, Eylül 2009, 24-53.
- Taşkent**, Savaş: “Alt İşveren”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, 2004, 363-366.
- Taşkın**, Ahmet: Türk İş Hukukunda ve İşletme Yönetiminde Alt İşverenlik İlişkileri, 1. Baskı, Yetkin, Ankara 2016.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 1993.
- Urhanoglu Cengiz**, İhtar: “Geçersiz Fesih ve İşe İade Davalarında, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkinin Bulunduğu Durumlarda Davalı Yönünden Şekli Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 29, Yıl 8, Mart 2013, 115-121.
- Yıldız**, Gaye Burcu: “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği (Karar İncelemesi)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:11, 2006, 901-911.

(EK)

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

:
Adı ve Soyadı : Melis Çömlekçi Sarı
Doğum Yeri ve Tarihi : Fatih/İstanbul, 1 Mayıs 1991
Ehliyet : B

İletişim

:
GSM : 0 532 203 64 59
E-mail : comlekcimelis@gmail.com
İş Adresi : Merkez Mah. Ayazma Cad. No:37 Papirus
Plaza Kat:6 Ofis No:15 Kağıthane/İstanbul

İş Deneyimi

:
Ocak 2015-Halen : Cafer Tekir Hukuk Bürosu'nda avukat olarak çalışmakta.
(İflas, iflas erteleme ve ticari davalar ağırlıklı olmak üzere)
09 Ocak 2015 : Avukatlık ruhsatını aldı.
2014 Nisan-Aralık : Avukat yanı stajımı icra hukuku ağırlıklı çalışan Erol
Öğünç Avukatlık Bürosu'nda tamamladı.
2013- 2014 : İstanbul Barosu'nda avukatlık stajını tamamladı.

Eğitim Durumu

:
2016-2018 : Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel
Hukuk Ana Bilim Dalı, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans
Programı
2009-2013 : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Onur Öğrencisi, Diploma Notu: 3,01)
2007-2009 : Büyükşehir Hüseyin Yıldız Anadolu Lisesi
2005-2007 : Yeşilköy Anadolu Lisesi
1997-2005 : Büyükşehir İlköğretim Okulu

Seminerler ve Çalışmalar :

- 4-5 Mayıs 2018 : “Kadın Hakları ve Aile İçi Şiddet” Konulu Sertifika Programı (İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi)
- 2-6 Nisan 2018 : "Sanık Müdafiliği, Mağdur, Şikayetçi ve Katılan Vekilliği” Konulu Meslek İçi Temel Eğitim Semineri (İstanbul Barosu CMK Uygulama Servisi)
- 25-26 Kasım 2016 : Yargıtay’ın 2015 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri (Kadir Has Üniversitesi)
- 22-23 Haziran 2012 : Sağlık Turizmi Hukuku Kongresi (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- 1 Ekim 2011 : Yürürlüğünün İlk Gününde HMK Semineri (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- 2011-2013 : Lisans eğitimine devam ederken İstanbul Üniversitesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. Zekeriya Kurşat’ın Medeni Hukuk Çalışma Grubu’nda yer aldı. (Medeni Hukuk alanında gündemdeki davaların tartışılması, Borçlar Kanunu yeni-eski madde karşılaştırmaları, Türk Özel Hukuku Bibliyografya Projesi, Yargıtay kararı araştırmaları, belirlenen konularda sunumlar hazırlanması, farazi dava vb. çalışmalar.)

Yabancı Diller : İngilizce (Orta seviye)

Bilgisayar Bilgisi : Microsoft ve Apple işletim sistemleri, Microsoft Office Programları, Kazancı Hukuk ve Mevzuat Programı, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Bürotek, İcratek, Legalbank, UYAP