



Kamudaki İşçilerin Kurumlararası Nakilleri Mümkün (mü?)

Bu makalede, genel kabul görmüş haliyle özel sektörde söz konusu olan işçi nakillerinin, kamu kesiminde ve dolayısıyla da mahalli idarelerde uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanacak ise hangi şartlarda ve nasıl uygulanacağı ve sonuçlarının ne olacağı konuları üzerinde durulmuştur.

Kamudaki İşçilerin Kurumlararası Nakilleri Mümkün (Mü?) (*)

Halil MEMİŞ

I. GİRİŞ

İş hukukumuzda, işçilerin istihdamı ve işçilere uygulanan diğer hususlar, çok az farklılıklarla birlikte kamu kurumları ile özel hukuk tüzel kişilerinde aynı kurallara tabidir. Özel hukuk tüzel kişilerinin, işçileri işe almadan tutunda, istihdamdaki bazı hususlardaki serbestlikleri, kamu kurumlarına nazaran daha fazladır.

Şimdiye kadar, özel hukuk tüzel kişilikleri ile kamu tüzel kişiliklerinde işçi istihdamı konusunda farklılık arz eden hususların başında işçilerin iş sözleşmesinin devri konusu gelmektedir. Kamu kurumlarında iş sözleşmelerinin devrini, işçilerin kurumlararası nakli olarak adlandırmak doğru bir tabir olacaktır.

Esasında, yeni Borçlar Kanunu yürürlüğe girinceye kadar sözleşmelerin devri ile ilgili olarak mevzuatımızda doğrudan hiçbir hüküm mevcut değildi. 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun TBMM'ne sevk edilen tasarısının 6 ncı maddesinde "İşyerinin veya bir bölümünün devri" 7 nci maddesinde "İş sözleşmesinin devri" 8 inci maddesinde "Ödünç İş İlişkisi" düzenlenmiş ancak tasarının iş sözleşmesi devrini düzenleyen 7 nci maddesi Türkiye Büyük Millet Meclisi Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu'nun 12.3.2003 tarih ve Esas No: 1/534 Karar No: 25 sayılı kararı ile tasarıdan çıkarılmıştır.

Tasarının 7. maddesinde “Bir iş sözleşmesinin tarafı olan işveren, işçinin rızası ile işin görülmesini talep hakkını sürekli olarak başka işverene devredebilir. Devir işlemi ile birlikte devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi sona erer ve devralan işveren bütün hak ve borçları ile birlikte iş sözleşmesinin işveren tarafı sıfatını kazanır. 6 ncı maddenin ikinci fıkrası hükmü (Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür) iş sözleşmesinin devrinde de uygulanır.” hükmü bulunmaktaydı.

4 Şubat 2011 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanıp 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni Borçlar Kanunu’nun “Sözleşmenin devri” başlıklı 429. maddesine göre; “Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir.

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

Bizim işçilerin kurumlararası nakli olarak adlandırdığımız, iş hukuku açısından iş sözleşmesinin devri olarak ifade edilen hususun, bugüne kadar kamu kurumlarında uygulanamayacağı genel kanaat olmakla beraber, özel hukuk tüzel kişilerinde, yani özel sektörde uygulanması da Yargıtay içtihatlarına göre şekillenmiştir.

Konunun sağlıklı değerlendirilebilmesi için, kamu kurumlarında da işçi istihdamı konusunda özel hukuk hükümlerinin uygulandığını, bu açıdan bakıldığında kamu tüzel kişileri (kamu işverenleri) ile özel hukuk tüzel kişileri (özel sektör işverenleri) açısından hiçbir farkın bulunmadığını, tek farkın işçilerin işe başlatılması noktasında, işçilerin temin şeklinde oluştuğunu tespit etmemiz gerekmektedir.

İçişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliğince 28.07.2006 tarih ve 7598 sayı ile verilen görüşte, mevcut mevzuatımızda, işçilerin naklen atanması ile ilgili düzenleme olmadığından; bir mahalli idareye bağlı olan bir işçinin, başka bir mahalli idareye geçmesinin yeni bir düzenleme yapıncaya kadar mümkün olamayacağı değerlendirilmiştir.

Bu görüşün talebine ilişkin Mahalli İdareler Genel Müdürlüğünün 24.06.2006 tarih ve B.050.MAH.0.71.00.01/6723 sayılı yazısında ise, Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü konuyla ilgili olarak; “Devir işlemleri sonunda mahalli idare personeli olan işçilerin başka bir mahalli idareye naklinin bütçe imkanları ve iki kurumun kıdem tazminatının üstlenilmesine ilişkin karşılıklı muvafakatı dahilinde yapılabileceği”ni belirtmiştir.

Özel sektörde; şirket birleşmeleri, iş yerlerinin devri ile birlikte esnek çalışma ihtiyaçları nedeniyle son dönemde yoğun olarak işçi ve işyeri devri yaşanmaktadır. Günümüzde çalışma hayatının dinamikliği ve tarafların ihtiyaçları dikkate alındığında genellikle

holding ve şirket topluluklarında olmak üzere bir şirketten diğer şirkete yönelik olarak işçinin tüm haklarının korunması şartıyla işçinin transferi yaşanmaktadır. Diğer bir ifade ile işçinin sözleşmesinin devri gerçekleşmektedir.

Bununla birlikte mevzuatta şimdiye kadar iş sözleşmesinin devrine ilişkin hükümlerde eksiklikler mevcuttu. Her ne kadar iş sözleşmesinin devri direkt olarak İş Kanununda düzenlenmemiş olsa da, bu durum birçok Yargıtay kararlarında görüldüğü gibi iş sözleşmesinin devrine engel oluşturmamaktadır. Bununla birlikte yeni Borçlar Kanununda yukarıda da belirttiğimiz gibi yapılan düzenleme ile iş sözleşmesinin devrine ilişkin mevzuat eksikliği tamamlanmıştır.

Bu incelememizde, özel sektörde söz konusu olan işçi nakillerinin, kamu kesiminde ve dolayısıyla da mahalli idarelerde uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanacak ise hangi şartlarda ve nasıl uygulanacağı ve sonuçlarının ne olacağı konuları üzerinde durulacaktır.

II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

A. Anlamı

Yukarıda da belirttiğimiz üzere kamu kurumlarında uygulaması olmamakla beraber, özel sektörde işçi devri veya işçinin transferi olarak ortaya çıkan iş sözleşmesinin devri, Yargıtay uygulamasında ise hizmet akdinin devri olarak nitelendirilmektedir. Bununla birlikte kamu kesimi hariç uygulama, öğreti ve de Yargıtay tarafından kabul edilmiş olmakla birlikte doğrudan doğruya ilk hukuki düzenleme 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren yeni Borçlar Kanununda yapılmıştır. Bu güne kadar daha çok yasal dayanak olarak sözleşme serbestisi ile sözleşmenin devredilmesi esas alınmıştır([1]).

Ancak kanuni düzenlemeye tabi olmaması, özel sektörde son dönemdeki uygulanma sıklığına etki etmemiştir. Buna karşılık, kamu kesiminde ise hiç uygulanmamış, hatta uygulanabilirliği konusunda da olumlu bir görüş birliği çıkmamıştır. Aksine, kamu kesiminde işçilerin naklinin olmayacağı konusunda görüş birliği oluşmuştur.

Ancak, yeni Borçlar Kanunu ile birlikte yeni bir durum ortaya çıkmıştır. Böylelikle uygulamada yerleşen, Yargıtay İçtihatlarına konu olan ve özel sektörde karşılığını bulan iş sözleşmelerinin devrinin, kamu kesiminde de işçi nakli olarak yerleşmesi söz konusu olacaktır. Esasında, Borçlar Kanunundaki değişiklik yapılmamış olsaydı dahi, işçilerin nakli söz konusu olabilirdi.

Ancak, kamu kesiminde işçilerin nakli konusunda dikkate alınacak bazı hususlar olacaktır. Bu hususlara, ileride değinilecek olmakla birlikte, işçilerin nakli konusunda itirazda bulunacakların ileri sürecekleri argümanları tahmin etmek bizim için zor bir husus değildir. İleri sürüleceğini tahmin ettiğimiz argümanların neler olabileceği

üzerinde durmadan, işçi nakillerinin ancak kamuda sürekli işçilerde, diğer bir ifade ile kadrolu işçilerde söz konusu olabileceğini belirtmemiz gerekecektir. Kadronun, sınavla, 5620 sayılı Kanun uygulaması sonucu veya başka bir şekilde alınmasının ehemmiyeti yoktur. Önemli olanın, yasal yollarla ve hukuka uygun bir şekilde işçilerin işe alınmış olmasıdır.

Kamu kurumlarında işçilerin naklinin olamayacağını ileri sürebileceklerin en önemli argümanının, kamu kesimindeki işçilerin Kamu Kurum ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümleri çerçevesinde işe alınabilecekleri, dolayısıyla kurumların bunun dışında bir usulle işçi almalarının mümkün olmayacağı hususu olacağını tahmin etmekteyiz.

Anılan yönetmelikte bu konuda doğrudan bir hüküm bulunmama ile birlikte, buldukları kurumlarda yasal yollarla daimi işçi statüsünü alan işçilerin, bu durumu kazanılmış hak olarak elde ettikleri aşikardır. Hukuken kazanılmış hak sahipliği olan işçilerin, bu hakkını başka kamu kurumlarında devam ettirmelerinde genel hukuk kuralları çerçevesinde herhangi bir sakınca olmayacaktır.

İşçilerin naklinde asıl önemli olan durum ise, işçilerin nakli (iş sözleşmesinin devri) olmayıp naklin gerçekleşmesinden sonra yaşanacak olan iş sözleşmesi devrinin hukuki sonuçları olacaktır.

İşçiler, bir iş sözleşmesine bağlı olarak istihdam edildiklerinden işçilerin naklini, uygulamadaki yaygın ifadeler ve yasal düzenlemelerdeki tanımlamalara uygun bir şekilde iş sözleşmesinin devri olarak kullanmayı uygun görüyoruz. İş sözleşmesi devri kendine özgü üçlü bir ilişkidir. Söz konusu bu üçlü ilişkinin tarafları; devreden işveren, devralan işveren ve işçidir. İş sözleşmesinin devrinin gerçekleşebilmesi için tarafların tamamının rızasının aynı şekilde tezahür etmesi gerekir.

Burada iş sözleşmesinin devrinin olmazsa olmaz şartı işçinin rızasıdır. İşçinin rızası alınmadan iş sözleşmesinin devri mümkün olmayacaktır.

İşçinin rızası devir sırasında üçlü bir mutabakat yoluyla olabileceği gibi, devreden işverenin devralan işveren ile anlaşmasına işçinin sonradan devre ilişkin rızasını vermesi yoluyla da mümkün olabilecektir([2]).

İş sözleşmesinin devri ile devreden işveren ve de işçi arasında iş sözleşmesi son bulmakta olup iş sözleşmesi aynı şartlarda devralan işverenle işçi arasında devam etmiş olmaktadır. Ancak, kanaatimize göre, işçi ve devralan işverenin mutabakatı ile önceki iş sözleşmesinin şartlarında değişiklik yapılabilir.

Bu noktada, özellikle İş Kanununun 5 inci maddesinde düzenlenen eşit davranma ilkesine uyulmasını temin etmek gerekmektedir. Maddede düzenlenen eşit davranma ilkesine göre, "İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve

mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz....”

Bu nedenle, işçinin iş sözleşmesindeki hükümlerin devamı konusunda da yeni işverenle işçinin mutabakatı çok önemli bir durum olacaktır.

Naklin rızayla gerçekleşmesinin aksine bir durumun gelişmesi halinde (örneğin işçinin rızasının alınmadan başka bir işverene gönderilmesi) bu durum, işverenin sözleşmeyi feshi anlamına gelecektir. Buna karşılık işçinin önceden rızasına rağmen diğer işverenin işyerinde çalışmaya başlamaması işçinin iş sözleşmesini geçerli bir nedene dayanmadan feshi olarak nitelendirilecektir.([3])

Belirttiğimiz üzere, işçinin naklinde en önemli unsur işçinin rızasıdır. Ancak işçinin rızası kadar önemli olan bir diğer husus ise, iş sözleşmesinin devri sırasında iş sözleşmesinin varlığının devam ediyor olması ve herhangi bir sebeple sona ermemiş olmasıdır. Bu şart, işçinin rızası kadar önemlidir. Zira, geçerli bir sözleşmenin söz konusu olmaması, eski işverenle işçi arasında bir iş ilişkisinin olmaması demektir. Bu durumda, geçerli bir iş ilişkisi ve iş sözleşmesi bulunmayacağından, bir işverene bağlı işçilik durumu da olamayacaktır. İster iş sözleşmesinin devri olarak, isterse işçinin nakli olarak adlandıralım, bahsini ettiğimiz husus böyle bir durumda Borçlar Kanunu anlamında mümkün olamayacaktır.

İş sözleşmesinin devri veya diğer tabirle işçi nakli, kamu kesiminde özellikle üzerinde durulması gereken, geniş bir çalışan kesimin beklentisi olan bir durumdur. Burada bahsettiğimiz işçi naklini, bir işyerinin farklı işyerleri arasındaki nakil olarak değerlendirmemek gerekmektedir. Aynı işverenin farklı yerlerdeki işyerlerine gönderme işçinin nakli veya iş sözleşmesinin devri olmayıp, işyeri değişikliğidir.

Bizim üzerinde durduğumuz husus, bir kamu kurumundan başka bir kamu kurumuna geçişi ifade eden bir husustur. Bu kendisini; mahalli idareler arasındaki nakil olarak gösterebileceği gibi, mahalli idarelerden merkezi idare kuruluşlarının merkez veya

taşra teşkilatlarına geçiş veya merkezi idare kuruluşlarından mahalli idarelere geçiş olarak ta gösterebilecektir.

İşçi naklinin hangi şartlarda gerçekleşebileceğine ilerideki başlıkların altında değinilecektir. Burada kısaca, iş sözleşmesinin devrinin (işçilerin naklinin) çalışma şartlarında değişiklik ve iş sözleşmesinden farkı, işyerinin devrinden farkı ve geçici iş ilişkisinden farkı üzerinde kısaca durulacaktır.

Çalışma şartlarında değişiklik, iş sözleşmesinin devrinin birbirinden farklılığı söz konusudur. Temel farklılık ise, İş Kanununun 22 nci maddesi kapsamındaki çalışma şartlarında önemli değişikliğin işçi açısından doğurduğu hak, iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih hakkı iken, iş sözleşmesinin devri işçinin rızasıyla gerçekleşen bir durum olmakta ve işçiye haklı fesih hakkı tanımamaktadır. İfade etmeliyiz ki, iş sözleşmesinin devri önceki işveren açısından iş ilişkisinin sona ermesi, dolayısıyla iş sözleşmesinin önceki işveren açısından feshi anlamına gelmektedir. Bu nedenle işe ilişkin çalışma şartlarında esaslı bir değişiklik olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Ancak, iş sözleşmesinin devri ile birlikte devralan işverenin işçinin daha önceki işvereniyle olan iş ilişkisinde sahip olduğu haklara yönelik olarak yapacağı esaslı değişiklikler devir sonrası olduğundan dolayı İş Kanununun 22 nci maddesi kapsamında değerlendirilebilecektir.

İşçinin nakliyle oluşan iş sözleşmesinin devrinin iş sözleşmesinin feshinden ayrıldığı nokta, işverenle iş ilişkisi sonlanmış olmasına rağmen aynı şartlarda yeni işverenle iş ilişkisinin devam etmesidir. Dolayısıyla burada sonlanan bir iş sözleşmesi mevcut değildir.

İşçinin nakli ile işyerinin devri arasında da fark bulunmaktadır. İş sözleşmesinin devrinde iş yeri devrinde olduğu gibi işveren sıfatı değişmekle birlikte, bir üçüncü şahıs işveren olarak mevcut iş sözleşmesinin tarafı olmaktadır. Buradan bakınca iş sözleşmesinin devri ile işyeri devri benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte işyeri devrinde devreden işveren ile devralan işverenin iradelerinin uyuşması yeterlidir. İşçinin rızasının önemi yoktur. İşçinin naklinin veya diğer ifade ile iş sözleşmesinin devrinin kendine özgü üçlü ilişkisinden dolayı, üç tarafında iradesi kurucu nitelik göstermektedir. Bu sebeple üç tarafın iradesi uyuşmadığı sürece iş sözleşmesinin devri gerçekleşmeyecektir.

İş sözleşmesinin devrinde işyeri devrinden farklı olarak sadece işverenin değişikliği olmamakta ayrıca işyerinin de değişmesi söz konusu olmaktadır. Bunun dışında, iş sözleşmesinin devrinde işçinin iş sözleşmesi başka bir işverene geçmekte, işçinin sözleşmesini devir anına kadar çalıştığı işyerinin işvereni ise değişmemektedir. Son olarak belirtirsek iş sözleşmesinin devrinde, işyerinin devrinden farklı olarak işçinin sadece işvereni değişmemekte ayrıca kural olarak istisnası olmak kaydıyla işyeri de

değişmektedir.([4])

İş sözleşmesinin devri ile geçici iş ilişkisinin kurulması da benzerlik göstermekle birlikte, farklı sonuçlar doğurmaktadır. En büyük benzer özellik, iki hukuki ilişkinin de kurulması için üçlü bir ilişki gerekmesidir. Ancak bununla birlikte geçici iş ilişkisi ile iş sözleşmesinin devri farklı sonuçlar da doğurmaktadır. Öncelikle geçici iş ilişkisi ile alt işverene gönderilen işçilerin iş sözleşmesi asıl işverenle sürmektedir. Geçici iş ilişkisinin süresinin bitmesiyle işçiler asıl işverenine dönmektedir.([5])

İş sözleşmesinin devrinde ise devreden taraf iş sözleşmesinin tarafı olmaktan çıkmakta ve de işçi yeni işverenin kesin ve kalıcı olarak işçisi olmaktadır.

Burada konu ettiğimiz işçi naklinin, zaman zaman kanuni düzenlemelerle gerçekleştirilen işçi nakilleriyle benzerliğinin veya farklılığının olup olmadığının üzerinde durmak gerekmektedir. Bahsettiğimiz kanuni düzenlemelerden biri, 4046 sayılı Kanun kapsamındaki özelleştirmelerle ortaya çıkan durum, diğeri ise 6111 sayılı Kanun ile mahalli idarelerdeki ihtiyaç fazlası işçilerin başka kamu kurumlarına nakli ile ortaya çıkan durum ve en son mahalli idareler açısından 6360 sayılı Kanunla oluşan durumdur.

Özeleştirme kapsamında kamu kurumu işyerine bağlı çalışan işçiler, 4046 sayılı Kanuna göre kapsam dışı olacak işçilerin başka kamu kuruluşları olan işyerlerine devri, sonuçları itibariyle iş sözleşmesinin devri olmakla beraber, yukarıda belirttiğimiz veya bizim konu ettiğimiz anlamda iş sözleşmesinin devri veya işçi nakli değildir. Çünkü, işçi bu devire kendi iradesi ile razı olmamakta, kendi rızası dışında bir nakil gerçekleşmektedir. Yani bu şekilde işçi nakli, yasal bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Ayrıca belirtmemiz gerekirse kanuni düzenlemeye göre kendi rızası ile başka bir işyerine geçen işçinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağı Yargıtay kararlarında belirtilmiştir.([6]) Ancak bu durumla birlikte işçinin kendi rızası olmadan veya kendi rızasıyla ve yine mutlak suretle işçi statüsünün korunması şartıyla nakli halinde, sonuçları itibariyle iş sözleşmesinin devri olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Bunun gibi yine 6111 sayılı Kanunun uygulanması sonucunda, mahalli idarelerdeki işçiler diğer bazı kamu kurumlarına mevcut iş sözleşmelerinin hükümleri aynen muhafaza edilmek suretiyle devredilmişlerdir. Burada da, yukarıda bahsettiğimiz klasik manadaki iş sözleşmesinin devrinde aranan üçlü mutabakat söz konusu olmamakla beraber, sonuçları itibariyle iş sözleşmesinin devrinden bahsetmek mümkündür. Diğer bir ifade ile 6111 sayılı Kanun uygulaması, kamudaki iş sözleşmesi devrinin veya diğer ifade ile işçi naklinin en somut uygulamasıdır.

6111 sayılı Kanundakine benzer bir durum da, 6360 sayılı Kanunla oluşmuştur.

B. İş Sözleşmesinin Devrinde Yaşanan Sorunlar veya Avantajlar

İş sözleşmesinin devri, işçilerin gerek aile bütünlüğünün sağlanmasına, gerekse gelişen toplumsal şartlara bağlı olarak işçilerin başka yerlerde çalışmasına imkan sağlayan, kamu kurumlarının da yetişmiş iş gücünü istihdam etmesinin önünü açan bir uygulama olacaktır. İşçilerin de, bu şekilde yoğun bir talebinin olduğu bilinen, en azından bize ulaşan taleplerden anlaşılmaktadır.

Bizim bu incelememiz açısından önemli olan husus veya üzerinde önemle durduğumuz husus, belediyeler, il özel idareleri ve mahalli idare birliklerinde istihdam edilen işçilerin başka belediyelere, il özel idarelerine, mahalli idare birliklerine veya diğer kamu kurumlarına naklen geçişi, aynı zamanda il özel idareleri, belediyeler ve mahalli idare birliklerinin bu şekilde nakil işçi alabilmeleridir.

İşçilerin nakli, diğer bir ifade ile iş sözleşmesi devrinin bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmasının ve belirtilen avantajlarının yanında işçilerin nakli ile işçinin, işçilik haklarından doğan güvencelerini kaybetme durumu ortaya çıkabilir. Bunun yanında, geçiş yaptığı kurumların durumundan kaynaklanan sorunlar yaşayabileceği gibi, sorunlu olan bir kurumdan sorun yaşamayacağı kurumlara da geçişi mümkün olabilecektir.

Yaşanabilecek sorunlar veya avantajlar ile ilgili olarak ilk akla gelen hususlar şunlar olabilir:

- İş güvencesi

İş sözleşmesinin devredildiği veya naklen gidilen işverenin işçi sayısının yetersiz olması nedeniyle (İş güvencesi açısından İş Kanununun aradığı sayı otuz işçidir.) iş güvencesi kapsamında olmamasından kaynaklı olarak işçi iş güvencesini kaybedebilir. Bunun aksine, iş güvencesi bulunmayan bir kurumdan iş güvencesi kapsamında olan bir kuruma da geçiş olabilir.

- Toplu iş sözleşmesine tabiiyet

Nakli gerçekleştirilen işçinin daha önceki işyerinde Toplu İş Sözleşmesi hükümlerine tabi olmasına rağmen yeni işverenin bu haklardan yoksun kalması söz konusu olabileceği gibi, bu durumun tersi de olabilir.

- Ekonomik veriler

İşçinin naklinin gerçekleştiği kurumun (işverenin) ekonomik durumunun kötü olması halinde işçilik alacaklarının tehlikeye düşmesi söz konusu olabilir. Tabi ki bunun tersi de söz konusu olabilir. Kanaatimize göre, mahalli idarelerde daha çok mali durumu kötü olan kurumlardan mali durumu iyi olan kurumlara geçişler söz konusu olacaktır.

- Kıdemden hangi kurumun sorumlu olacağı

İşçinin naklinden sonra hangi kurumun işçinin kıdemine bağlı haklarından sorumlu olacağına ilişkin sorunlar iş sözleşmesinin devrinde yaşanması muhtemel sorunlardır. 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesine göre, emeklilik durumunda herhangi bir tereddüt söz konusu değildir. Bu konuya ileride değinilecektir.

III. İŞ SÖZLEŞMELERİNİN DEVREDİLEBİLİRLİĞİ (İŞÇİ NAKLİ İMKANI) VE DEVREDİLME ŞARTLARI

Kamu kesiminde iş sözleşmelerinin devri, diğer bir ifade ile işçilerin nakli, doğrudan kamu hukukuna dahil bir düzenleme konusu olmamıştır. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, kamuda işçi istihdamı özel hukuk hükümlerine tabidir. İş Kanunları ve Borçlar Kanununun hizmet akitlerine ilişkin hükümleri, kamu kurumlarındaki işçi ilişkilerinde de uygulanır.

İş Kanununda iş sözleşmesinin devrine ilişkin olarak doğrudan düzenleme yer almadığından dolayı, dayanak noktası borçlar hukuku esaslarına göre sözleşme serbestisi ve sözleşmelerin bu serbesti içinde devredilmesi olmalıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi iş sözleşmelerinin devri özel sektör açısından uygulama sahası bulmuş, kamu kesiminde özel düzenlemeler hariç, iş sözleşmelerinin devri, diğer bir ifade ile işçi nakli söz konusu olmamıştır. İş sözleşmesi de çift taraflı olmasından ve de sürekli edimleri konu edinmesinden dolayı devredilmesi borçlar hukuku esaslarına göre mümkündür. Yargıtay kararında ([7]) açık olarak ifade edilmiş olması karşısında, öğretide devredilmesine yönelik usuli tartışmalar olmakla birlikte iş sözleşmesinin devredilebilirliği kabul edilmelidir.

Kamuda iş sözleşmesinin devri veya işçi nakillerinin söz konusu olabilmesi için;

- Öncelikle hukuken geçerli iş sözleşmelerinin olması gerekmektedir.

- Geçerli olan bu iş sözleşmesinin, yasal çerçevede ve legal bir sözleşme olması gerekmektedir. İş sözleşmesinin kanuna ve ahlaka aykırı olmaması, konusunun imkânsız olmaması gerekir.

- İş sözleşmesinin kanunun aradığı şekil şartlarına uygun olması gerekir.

- Bunun yanında, iş sözleşmesinin devrinden bahsedilebilmesi için, iş sözleşmesinin tarafı işçinin kamuda sürekli işçi olması, diğer bir ifade ile bir kadroya istinaden istihdam ediliyor olması gerekmektedir.

- Bunun yanında en önemli husus ise, işçinin naklen gideceği kurumda sürekli işçi kadro ve pozisyonunun bulunmasıdır. Naklen gidilecek kurumda, boş daimi işçi kadrosunun bulunması, yoksa ihdas edilmesi naklin asgari şartı olacaktır.

İşçinin nakli hususu, üçlü mutabakatla (işçi, eski işveren, yeni işveren) gerçekleşebilecek bir durum olduğuna göre, esasında iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hususlardan ziyade, kamu hukukuna ilişkin esaslar daha öncelikli duruma gelmektedir. Bunlardan en önemlisi, az önce de belirttiğimiz üzere kadro hususudur. Ancak, bundan daha önemli bir husus daha vardır ki, bu husus mahalli idareler açısından daha çok geçerli olmaktadır. Bilindiği üzere, mahalli idarelerin bir kısmı açısından, personel alımı yapılabilmesi için kanunen konan personel gideri sınırlaması veya varsa diğer yasal sınırlamalar konusunda durumlarının uygun olması gerekmektedir.

İş sözleşmelerinin devri hususunun netleştirilmesine yönelik olarak 4857 sayılı İş Kanununun kanunlaşması sürecinde tasarıda iş sözleşmesinin devri üzerinde durulmuş ve buna ilişkin olarak tasarıda şu hüküm yer almıştır: “Bir iş sözleşmesinin tarafı olan işveren, işçinin rızası ile işin görülmesini talep hakkını sürekli olarak başka bir işverene devredebilir. Devir işlemi ile birlikte devreden işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi sona erer ve devralan işveren bütün hak ve borçları ile birlikte iş sözleşmesinin işveren sıfatını kazanır.” Bu hüküm ile iş sözleşmesinin devri konusunda hukuki düzenleme eksikliği tamamlanabilecek iken TBMM’de kabul edilmemiş ve de yasalaşmamıştır. Bununla birlikte bu konudaki eksiklik yeni Borçlar Kanunu ile giderilmiştir. 4 Şubat 2011 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanıp 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni Borçlar Kanunu’nun “Sözleşmenin devri” başlıklı 429 uncu maddesine göre; “Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir.

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

Bu hükümlerle birlikte artık iş sözleşmesinin devrine ilişkin hukuki düzenleme eksikliği giderilmiş olmaktadır.

IV. SÖZLEŞME DEVRİNDE TARAFLARIN RIZALARI

Borçlar Kanununun 429 uncu maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin devri veya diğer ifade ile işçinin naklinin sonuç ifade edebilmesi için, işçinin yazılı rızası zorunludur. Sadece devralan ile devreden işverenlerin iradelerinin uyuşması, iş sözleşmesinin devrinin gerçekleşmesini sağlamaz ve bu durum sözleşmenin kalan tarafı olan işçiyi bağlamaz. İşçinin, devir işlemine sonradan yazılı muvafakat vermesi de söz konusu olabilir. Bu durumda da, yapılan nakil işlemi gerçekleşmiş sayılır. Ancak, bilinmelidir ki uygulamada genellikle nakil talebi ilk önce işçiden gelecektir. İşçi dışında nakil işleminin gerçekleşmesi, istisnai olarak gerçekleşebilecek bir olay gibi görünmektedir.

Ancak her halükarda, işçi naklinin gerçekleşebilmesi ve geçerli sayılabilmesi için, öncelikle işçinin ya yazılı talebi veya rızası gerekmekte birlikte bu yeterli değildir. Devralan ve devreden işveren tarafların da rızasının bulunması zorunludur.

İş sözleşmesi devrinin iki temel şartı bulunmaktadır. İlki işçinin mutlak (yazılı) rızasının olması diğeri ise iş ilişkisinin sona ermemiş olmasıdır. Bu iki şart yerine getirildiğinde devreden işveren ile devralan işverenin iradelerinin uyuşması ile iş sözleşmesinin devri gerçekleşmiş olacaktır.

V. İŞ SÖZLEŞMESİ DEVRİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

İş sözleşmesi devir ilişkisi daha öncede belirtildiği üzere üçlü bir yapıya sahip olmasına rağmen, bu durum sadece devir anında geçerlidir. Devir işleminin gerçekleşmesinden itibaren iş ilişkisi sadece devralan işverenle işçi arasında, diğeri bir ifade ile nakil giden işçi ile yeni işveren kamu kurumu arasında devam eder.

Borçlar Kanunu'nun "Sözleşmenin devri" başlıklı 429 uncu maddesine göre; devir işleminde, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır.

Devreden işverenin devir işleminin tamamlanmasından itibaren iş sözleşmesinden doğan her türlü hak ve sorumluluğu son bulur.

İşçinin naklinden sonra, üzerinde durulması gereken temel hususlar şunlardır:

- Kıdem tazminatı
- İhbar tazminatı
- Kullandırılmamış yıllık izin ücretleri
- Eski işverenin borçları.

Kıdem tazminatı konusunda kanuni düzenleme eksikliğinden dolayı 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesindeki düzenlemenin kıyasen uygulanmasının gerektiğini kabul etmek gerekmektedir. Buna göre kıdem tazminatı bakımından esas olacak sorumluluk durumunun, işyeri devrinde uygulanacak olan kıdeme ilişkin hükümler çerçevesinde düzenlenmesi gerekecektir. Ancak, kıdem tazminatı sonucunu doğuran işlemlerin çeşidine göre, kıdem tazminatı sorumluluğunun kimde olacağı da farklılık arz edebilecektir.

Anılan maddeye göre, kıdem tazminatı ödenebilmesi için;

Bu Kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin:

1. İşveren tarafından bu Kanunun 17 nci maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında([8]),
 2. İşçi tarafından bu Kanunun 16 ncı maddesi uyarınca([9]),
 3. Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,
 4. Bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla;
 5. 506 Sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle,
- Feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır.

Maddeye göre işçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır. İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12/7/1975 tarihinden, itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. 12/7/1975 tarihinden evvel işyeri devrolmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur.

T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir.

Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz.

Bu maddede geçen kamu kuruluşları deyimi, genel, katma ve özel bütçeli idareler ile 468 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan kurumları kapsar.

Bu duruma göre, konuyu emeklilik hakkını elde ederek iş sözleşmesinin sona ermesi ve emeklilik dışında iş sözleşmesinin sona ermesi olarak iki ayrı kategoride değerlendirmek gerekecektir.

Emeklilik nedeniyle iş sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili olarak maddede tartışmasız bir düzenleme mevcut olduğundan, öncelikle emeklilik dışında iş sözleşmesinin sona ermesi konusu üzerinde durulacaktır.

İş sözleşmesinin devri, diğer bir ifade ile işçinin nakli halinde yeni (devralan) işverenin sorumluluğu tüm çalışma süresi bakımından kıdem tazminatının tamamından sorumluluk olacakken, eski (devreden) işverenin ise sözleşme devrinden önceki hizmet süresi ve de son ücretle sınırlı olmak üzere kıdem tazminatından sorumlu olacağı madde metninden anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte Yargıtay, bazen aksi yönde karar vermekle birlikte, genel olarak işçinin kıdemine bağlı haklarında toplam hizmet süresinin üzerinden hesaplanması ve halefiyet ilişkisi sebebiyle tüm kıdem tazminatından yeni (devralan) işverenin sorumlu olacağı yönünde karar vermiştir. 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesindeki hükmün uygulamasını ise, söz konusu düzenlemenin işyeri devrine ilişkin olmasından dolayı reddetmiştir. Buna karşılık nadir de olsa bazı kararlarında da 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesindeki hükme uygun olarak, eski (devreden) işverenin de işçinin kendisine bağlı olarak geçirdiği hizmet süresi açısından sorumlu olmasına karar vermiştir([10]). Ancak, kıdem tazminatından bahsedilebilmesi için her halükarda, iş sözleşmesinin kıdem tazminatını gerektiren bir sebepten dolayı sona ermesi gerekmektedir.

Kanaatimizce, daha öncede belirtildiği üzere bu tartışma, nakilden sonra yeni işverende (yeni kurumda) işçinin iş sözleşmesinin emeklilik haricinde sona ermesi halinde söz konusudur. İşçinin emekliliği halinde ise, Kanunun 14 üncü maddesindeki hüküm tartışmaya yer vermeyecek kadar açık ve nettir.

Maddeye göre; T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir.

Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen

hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz.

Bu maddede geçen kamu kuruluşları deyimi, genel, katma ve özel bütçeli idareler ile 468 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan kurumları kapsar.

Bu düzenlemeye göre, işçi naklen geçtiği kamu kurumundan emekliliği hak edip emekli olmasından dolayı iş sözleşmesi sona erdirilirse, bu durumda kıdem tazminatının tamamından son işveren diğer bir ifade ile kamu kurumu sorumlu olacaktır.

Ancak, belirttiğimiz durumlara göre (emeklilik hariç) kanaatimizce kıdem tazminatı sorumluluğunun hangi işverene ait olacağı Yargıtay kararları çerçevesinde belirlenebileceği gibi, iş sözleşmesinin nakli sırasında da varılan mutabakatla belirlenebilir.

İhbar tazminatı konusunda, öğretide de bazı tartışmalar söz konusudur. Kanaatimizce, işçinin nakli konusunda söz konusu olmayacak olan ihbar tazminatı hususu, yeni işverenin işçinin iş sözleşmesini sona erdirmek istemesi halinde söz konusu olabilecektir. İş sözleşmesinin devri veya diğer bir ifade ile işçinin nakli ile yeni işveren işçiyi kabul ettiğine göre, işçinin önceki işverende geçirdiği hizmet sürelerini de kabul etmiş sayılmaktadır. Dolayısıyla buradaki sorumluluğun tamamının yeni işverene ait olması gerekmektedir.

Yıllık izin ücreti açısından da, fikir birliği olmadığını görmekteyiz. Yargıtay'ın bazı kararlarında işçinin yıllık izin ücreti konusunda sorumluluk açısından, eski ve yeni işverenlerin sorumlu olduğu yönünde hükümler olduğunu görmekteyiz.

Kanaatimize göre, eski ve yeni işverenlerin kendi dönemlerindeki kullanılmamış olan yıllık izin ücretlerinden ayrı ayrı sorumlu olmaları gerekmektedir. Zira 4857 sayılı İş Kanununa göre([11]), yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez, yani yıllık izinler kesinlikle kullanılmalıdır. Dolayısıyla, yıllık izini kullandırmayan işveren hangisiyse, sözleşmenin feshi halinde kullanılmayan izinlerin ücretinden onun sorumlu olması esas olmalıdır. Yargıtay kararlarında bu durum öne çıkmaktadır([12]). Ancak, öğretide bunun aksi de savunulmaktadır. Yani, yeni işverenin eski işverenin halefi olduğu düşüncesinden yola çıkarak, eski işverenin yıllık ücretli izin alacağından sorumluluğu söz konusu olamayacağını ileri sürenler bulunmaktadır. Ancak, yıllık izinlerin kullanılmasının zorunlu olması karşısında, Kanunen kesinlikle yerine getirilmesi gereken bir sorumluluğu yerine getirmeyen eski işverenin bu sorumluluğunun sonuçlarını yeni işverene yüklemek hukuken adil bir davranış olmayacaktır.

Üzerinde durulması gereken önemli hususlardan biri de, nakil işleminden önceki işverenin borçlarından, yeni işverenin mi eski işverenin mi sorumlu olacağı hususudur.

Yeni Borçlar Kanunu'nun "Sözleşmenin devri" başlıklı 429 uncu maddesine göre; iş sözleşmesinin devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet

sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır.

Bu hükmün çok iyi değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada bahsedilen, nakil veya devir esnasında aktedilmiş ve yürürlükte olan iş sözleşmesinde yer alan haklar mıdır, yoksa geçmişe dönük tüm haklar mıdır? Öncelikle, nakil işlemi üçlü bir mutabakatı gerektirdiği temel varsayımından yola çıkarak, bu durum devir esnasındaki irade beyanlarıyla şekillenebilir denebilir. Ancak, devir kamu kurumları arasında söz konusu olduğunda, devreye başka hususlar da girmekte, kamunun veya devralan kurumun menfaatleri de ön plana çıkmaktadır.

Konuya bu açıdan da yaklaşıldığında, kanaatimize göre, maddede belirtilen bütün hak ve borçların, o an itibariyle iş sözleşmesine bağlı haklar olduğu kesindir. Yoksa, eski işveren ile naklen geçiş yapan işçi arasında vukubulan ve geçmişe dayalı olarak yerine getirilmeyen yükümlülüklerin sorumluluğu, eski işverene ait olmalıdır. Örneğin, geçmişe yönelik olarak ödenmeyen ücretler, eski işverenin borcudur ve sorumluluğu ona aittir. Buna karşılık, sözleşmede yer alan ücret artışı, devir tarihinden sonraki bir tarihte yapılacak olsa bile, bunu devralan işveren kabul etmiş sayılır ve bunun sorumluluğu yeni işverene ait olacaktır.

Buna karşılık bu noktada farklı görüşlerde mevcuttur. Bazı görüş sahiplerine göre halefiyet ilkesine uygun olarak devralan işveren devreden işverenin halefi olacağından dolayı devreden işveren devir işlemi gerçekleştirmesinden itibaren iş sözleşmesinden doğan bütün hak ve sorumlulukları taraf sıfatı ile birlikte sona erer. Devralan işverende devir işlemiyle birlikte sözleşmeden doğan hak ve borçları devralır. Devraldığı hak ve borçlar sadece devir tarihinden sonraki olmayıp devir tarihinden önceki devreden tüm hak ve borçlarından sorumluluğu söz konusu olur.

Buna karşılık ileri sürülen diğer görüşler, bizim kanaatimizle örtüşmektedir. Buna göre devreden işveren ile devralan işverenlerin iş sözleşmesinden doğan borçlardan ayrı ayrı sorumlu olmaları gerekir. Buna göre, eski işveren kendi dönemiyle ilgili olarak doğmuş alacaklardan sorumlu olmalıdır. Yeni işveren ise ancak devir tarihinden itibaren doğmuş ve doğacak alacak ve borçlardan sorumlu olmalıdır.

Hak ve borçlardan sorumlu olacak tarafla ilgili husus, Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Yargıtay, işverenlerin kendi dönemleriyle sorumlu olmalarına hükmetmiştir. Bu sorumluluk işçilik alacaklarını da kapsamaktadır([13]).

Bunlara karşılık, işçinin kıdeminden kaynaklanan hakları açısından daha öncede ifade edildiği gibi yeni işverenin sorumluluğunun esas alınması gerekmektedir.

V. SONUÇ

Yasal düzenleme boşluğuna rağmen, uzun yıllardır özel sektörde uygulanan ve iş sözleşmesinin devri olarak tanımlanan inceleme konusu yaptığımız husus, uzun yıllardır kamu kurumlarında çalışan işçiler açısından bir ihtiyaç olarak dile getirilmesine rağmen, yukarıda da değindiğimiz İçişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliğinin görüşünde de ifade edildiği gibi, bu konuda yasal düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle hiç uygulanamamıştır.

İşçilerin kamu kurumları arasında nakli bahsi ile incelemeye çalıştığımız konuyu kaleme alırken, şimdiye kadar yerleşmiş olumsuz uygulamanın karşısında işimizin zor olacağını, konunun kabul edilebilirliğini sağlamanın zorluğunu düşünerek tahmin etmekte zorlanmamıştık.

Ancak konuyu incelemeye başladıktan sonra, bir ihtiyaç olduğunun yanında, esasında Borçlar Kanunundaki yeni düzenleme yapılmamış olsaydı dahi, devrin mümkün olabileceğini ortaya koymanın çok zor olmayacağını anladığımı hissettim.

Buna karşılık, yeni Borçlar Kanununda yer alan hükümden de güç alarak, esasında artık işçilerin nakli konusunda hiçbir engel olmadığını görmek, değerlendirmelerimizi o rahatlıkla yapmak kolaylığını bize sağlamış oldu. Ancak burada da, bizi bekleyen temel bir itiraz olabileceğini göz ardı etmedik. Bu itirazda, gerek İş Kanununun ve gerekse Borçlar Kanununun özel hukuka tabi düzenlemeler olduğundan, kamu kurumları açısından bu hükümlerinin geçerli sayılamayacağı itirazıydı.

Buna karşılık, kamu kurumlarında da, iş ilişkilerinde özel hukuk hükümlerinin uygulandığı, İş Kanununun ve Borçlar Kanununun iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin işçi istihdam edilen tüm özel ve kamu tüzel kişiliklerinde geçerli olduğu gerçeği, bu itirazın geçersiz olacağını kesinlikle ortaya koyan bir gerçeklik olarak karşımızda bulunmaktadır.

İşçilerin kamu kurumları arasında nakli konusunda ileri sürülebilecek bir itiraz, kamudaki işçilerin işe alınış biçimleri nedeniyle olabilecektir. Bilindiği gibi, genel itibarıyla kamudaki işçiler iki şekilde istihdam edilmektedirler: Ya bir kadroya bağlı olarak daimi işçi şeklinde veya bir geçici iş pozisyonuna bağlı olarak geçici işçi şeklinde.

Konu ettiğimiz işçi nakillerinin sadece daimi işçileri kapsayacağında şüphe bulunmamaktadır. Daimi işçilerin işe alınma yöntemleri tüm kurumlarda, Kamu Kurum ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümleri çerçevesinde aynı esaslara tabidir.

Dolayısıyla, bir kamu kurumunda işçi olan bir kişinin işe alınış yöntemi bakımından diğer bir kamu kurumundaki işçiden farkı bulunmamaktadır. Bu nedenle, bahsini ettiğimiz özel hukuk hükümlerine göre nakli mümkün olan işçilerin, sırf alım yöntemi

öne sürülerek önüne engel konmasını hem hukuki hem de mantıklı bulmamız mümkün değildir. Kaldı ki anılan Yönetmeliğe göre bir kamu kurumunda işe giren kişinin bu durumu, diğer kamu kurumu açısından da geçerlidir. Çünkü, alımda uygulanan yol ve yöntem aynıdır.

Kamu kurumlarında, daimi işçilerin istihdamı için kadronun zorunlu olması nedeniyle, bir işçiyi naklen alacak kurumun usulüne uygun alınmış ve kullanılabilir boş daimi işçi kadrosunun bulunması; varsa kanuni bazı sınırlamalar veya onay işlemlerinin gereğinin yerine getirilmesi işçilerin naklini mümkün hale getiren en önemli durum olacaktır.

Kamu kurum ve kuruluşlarını değişik kategorilerde değerlendirmemiz mümkündür. Ama en belirgin olanı Anayasamızdaki merkezi idare ve mahalli idare ayırımına uygun olarak, merkezi idare ve mahalli idare ayırımıdır. Ancak, yazımızda söz konusu ettiğimiz kamu kurumları, kamu tüzel kişiliğini haiz tüm kurum ve kuruluşları kapsamaktadır.

Bu çerçevede işçi nakilleri,

Mahalli idarelerin (il özel idareleri, belediyeler, mahalli idare birlikleri, belediye bağlı kuruluşları) kendi aralarında,

Mahalli idarelerle merkezi idare kuruluşları (taşra teşkilatları dahil) arasında,

Mahalli idarelerle diğer kamu tüzel kişileri arasında,

Merkezi idare kuruluşları ile diğer kamu kurum ve kuruluşları arasında,

Yeni yürürlüğe giren 6172 sayılı Kanun çerçevesinde oluşan sulama birlikleri ile diğer kamu kurum ve kuruluşları ve mahalli idareler arasında,

v.b.

olabilecektir.

Mahalli idareler arasındaki veya diğer kurum ve kuruluşlardan mahalli idarelere naklen geçişlerde, mahalli idareler için kendi özel mevzuatlarında öngörülen sınırlamalara dikkat edilmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıdan beri ortaya koyduğumuz yasal düzenlemeler ve Yargıtay kararlarının açık bir şekilde, naklin olabileceğini ortaya koymasına karşın, uygulayıcıların konuya tereddütle yaklaşacakları aşikardır.

İşçi nakilleri için kanaatimizce gerekli ve zorunlu olmamakla beraber; Kamu Kurum ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in işçilerin kamu kurumlarının işçileri İŞKUR kanalıyla ve Yönetmelikte belirlenen esaslar

çerçevesinde alınması zorunluluğunun, uygulayıcıları işçi nakilleri konusunda tereddüte düşüreceği ortadadır.

Bu tereddütlerin önüne geçilmesi için, Yönetmeliğin “Kurumdan işçi talebinde bulunulmayacak haller” başlıklı 8. maddesinde yapılacak bir düzenleme yeterli olacaktır.

Bu konudaki değişiklik önerimiz ise şu şekildedir:

Kamu Kurum ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

“MADDE 1 - Kamu Kurum ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir:

‘g) Bu Yönetmelik kapsamındaki kurumlarda daimi işçi olup, Borçlar Kanununun 429 uncu maddesi hükmü çerçevesinde iş sözleşmesinin devri suretiyle nakil alınacak daimi işçiler.’”

Yönetmelikte yapılacak bu düzenleme, bir üst hukuk normu olarak Kanunlarla imkan dahilinde olan, Yüksek Yargı organı kararları ile özellikle özel sektörde uygulama haline gelen bir gerçeğin, ikincil mevzuat düzeyinde tespiti ve uygulamaya yol göstermesi olarak kendini gösterecektir. Bu düzenlemenin yapılması da, Kanunların uygulanmasının Yönetmeliklerle yapılması gerçekliğinin bir sonucu olacaktır.

Belirttiğimiz gibi Kanunen imkan dahilinde olan bir hususun, Yönetmelik düzeyinde de düzenlenmesi, uygulayıcıların tereddütlerini ortadan kaldıracaktır.

Yine de bu noktada yasal düzenlemeler karşısında Yönetmelikte hüküm bulunmaması iş sözleşmesi devrine yönelik olarak imkânın var olup olmadığına ilişkin bir sorun olmayıp aksine ifadeye çalışıldığı üzere sözleşme devrinin varlığına yönelik herhangi bir tartışma söz konusu olmamaktadır. Yargıtay da kararlarında aynı noktada olup, iş sözleşmesi devri uygulamasını kabul etmektedir.

Kamuda işçi nakillerinin uygulamaya geçmesi ile işçi fazlası bulunan kurumların işçilerini ihtiyaç olan kurumlara göndermesine, bulunduğu kurumda iş verimi düşen işçilerin işyeri değişikliği suretiyle veriminin artmasına imkan sağlayacaktır. Bunun yanında, aileler açısından da, aile bütünlüğünün sağlanmasına ve toplumsal barışın artmasına vesile olacaktır.

Yine, mali imkansızlıkları nedeniyle işçisinin aylıklarını ödeyemeyen kurumların işçilerinin işine son vermesi yerine işçilerin mali imkanları ve ihtiyacı olan kurumlara nakli imkanı getirilerek, kamudaki işçi çıkarmaların azalması sağlanacaktır.

Bu ve benzeri haklı gerekçeler artırılabilir. Umarız ki, şimdiye kadar oluşan kamudaki işçilerin naklinin olmayacağı yönündeki genel kabul görmüş kanaat, bu satırları okuyanların aşılmaz ön yargısı olmaz. Ancak, bu şekilde bu satırların anlamı daha net anlaşılacak ve uygulamaya yansiyacaktır.

[1] *Ekonomi, Münir; Eyrenci, Öner: Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi, Prof. Dr. Nuri Çeliğe Armağan Cilt 2, İstanbul 2001; Arslanoğlu, M. Anıl, İş Sözleşmesinin İradi Devri İle Birlikte İş verenin Değişmesi Legal İSGHD, Çankaya Osman Güven; Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006*

[2] *Alp, Mustafa: İş Sözleşmesinin Devri, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler İş Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul 2009,Çankaya/Çil, a.g.e.*

[3] *Çankaya/Çil, a.g.e.*

[4] *Özkaraca, Ercüment; İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, Akyiğit, Ercan; İş Kanunu Şerhi, Ankara 2007*

[5] *Alp; İş Sözleşmesinin Devri, Alp; İş Sözleşmesinin Devrinde Yaşanan Sorunlar.*

[6] *Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 11.01.2005 tarih ve E. 2005/5936, K. 2005/453 sayılı Kararı.*

[7] *".... oluşan bu durum işçinin bir işyerinden diğerine devri anlamında olup hizmet akdinin feshi anlamını doğurmaz. Taraflar esasen bu konuda mutabıktır. İş hukukunda son yıllarda büyük gelişme gösteren esneklik kapsamı içinde hizmet akdi devrine yer verildiği sıkça görülmektedir. Özellikle öğretilerde bu konuda olumlu görüşler serdedilmiş ve böyle bir olanaktan yurdumuzda da yararlanılması şeklinde sonuçlara varılmıştır."*
Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin 14.03.2001 tarih ve E:2001/225; K:2001/3914 sayılı Kararı.

[8] *Yeni İş Kanununun (4857 sayılı Kanununun) 25/II maddesi.*

[9] *Yeni İş Kanununun (4857 sayılı Kanununun) 24. maddesi.*

[10] *Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 14.03.2005 tarih ve E. 2004/19810; K.2005/8203 sayılı Kararı*

[11] *53. madde.*

[12] *Yargıtay, 9. Hukuk Dairesinin 8.06.2004 tarih ve E.2004/3872, K.2004/14291 sayılı Kararı*

[13] Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 29.09.2005 tarih ve E. 309.31664, 9. Hukuk Dairesinin 14.03.2005 tarih ve E.2004/19810, K.2005/8203 sayılı Kararları.

(*) Güncelleme: 14.05.2017

Telefon: +90 (312) 473 84 23

E-Posta: mts@mevzuattakip.com.tr

Adres: Çetin Emeç Bulvarı Hürriyet Cad. No: 2/12 Çankaya ANKARA