

İŞ SÖZLEŞMESİNDE ÜÇLÜ İLİŞKİ

Yrd. Doç. Dr. Aydın BAŞBUĞ
Gazi Üniversitesi İktisadi ve
İdari Bilimler Fakültesi

1-Giriş

Sözleşme ilişkileri üçüncü kişinin katılımına, ya alacak hakkının talep edilmesi ile borcun yerine getirilmesinde ya da sözleşmede taraf sıfatlarından birisine dahil olunması durumlarında karşılaşılmaktadır. Bir borç ilişkisini oluşturan tarafların dışında üçüncü kişinin katılımıyla oluşan üçlü borç ilişkisi, uygulamadan doğan ihtiyaçların zorlamasıyla kabul edilmiştir. Öncelikle alacağın temliki ve borcun nakli ihtiyacı, buna imkan vermeyen roma hukukunun temel kavramlarının sorgulanmasını gerekli kılmıştır. Bu ihtiyaç, bugün de bu zamana kadar hakim olan temel kavramların yeniden sorgulanmasına yol açmıştır. Alacak, hak ve sözleşme gibi kavramların kapsamı ve bu kavramlara ilişkin kuralların zaman içinde değiştiği görülmüştür.

Borçlar hukukunun en temel prensibi olan borcun nispiyeti ilkesi, ekonomik ve sosyal gelişmelere bağlı olarak aşılmaya başlanmıştır. Bu konuda engel olarak görülen klasik ilkelerin eleştirisi ve borç ilişkisinden doğan hakların bir mal gibi değerlendirilmesi sonucunda tarafların dışında üçüncü kişilerin de bu borç ilişkisine katılımı kolaylıkla sağlanmıştır.

Borçlar hukukundaki bu değişim ihtiyacı, yine borçlar hukukunun en temel prensibi olan sözleşme serbestisi ilkesine dayandırılarak aşılmaya çalışılmaktadır. Yargı içtihatlarına da yön veren ve uygulanmaya geçen bu yeni ilişkilerin çoğunun yasal düzenlemeye dayanmadığı görülmektedir.

Borçlar hukukunun genel hükümleri, alacak ve borcun nakli konularını değişik ihtimaller çerçevesinde düzenlemektedir. Alacağın temliki (BK. m. 162-172) ve borcun nakli (BK. m. 173-178) gibi hukuksal kurumlar, münferit bir alacak ya da borcun üçüncü kişiye devrini düzenlemektedir. Ancak bunun yanında üçüncü kişinin, bir borcun ifasına (BK. m. 67) ya da mevcut bir borca borçlu sıfatıyla katılımı da söz konusudur. Bazen hukuki ilişkinin özelliğine göre münferit bir borç ya da alacak hakkı değil, birden fazla alacak ve borcu içeren ilişkinin topluca devri de mümkün olabilmektedir. İşte işletmenin devri ya da sözleşmenin yüklenilmesi (devri), bu çerçevede sonradan dahil olan bir üçüncü kişide borç ilişkisinin devamını sağlamaktadır. Bunlardan mal varlığı ve işletmenin devri yoluyla borç ilişkisinin üçüncü kişide devamı BK. m. 179'da yer alırken, sözleşmenin bir bütün olarak

devrini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Sözleşmenin bir bütün olarak devri Borçlar Kanununda düzenlenmemekle beraber, hukukun genel ilkelerinden hareketle borçlar hukukunun konusunu da oluşturmaktadır.

İş sözleşmesini içeren borç ilişkisinden doğan alacak ve borçlara yukarıda değindiğimiz yollarla üçüncü kişinin katılımı da mümkündür. Esasen iş hukukunun bir çok önemli sorunları da bu konu etrafında yer almaktadır. Ancak yasal düzenlemelerdeki boşluk veya düzenlemelerin dağınıklığı dolayısıyla konu bir bütünlük içerisinde ele alınmamıştır. İşte borçlar hukukunun bu genel ilkelerinden hareket ederek konunun iş hukukunun özellikleri çerçevesinde yeniden ele alınması gerekmektedir.

Aşağıda, işçi ve işveren arasında edim ilişkisine dayanan borç ilişkisine, üçüncü kişinin katılımı iş hukukunun ilkeleri ışığında değerlendirilecektir.

2- Borcun İfasına Üçüncü Kişinin Katılımı

Borçlu, borçlanılan edimi şahsen ifa etmek zorunda değildir (BK. m. 67). Borç, üçüncü kişi tarafından da ifa edilebilir. Üçüncü kişinin ifası, borçlu tarafında bir değişiklik meydana getirmez. Borçlu taraf değişmemektedir. Ancak edimin ifası borçlunun bilgisi dahilinde ya da bilgi ve iradesi dışında üçüncü kişi tarafından yerine getirilmekte ve usulüne uygun bir ifa kabul edilmektedir¹. İfa ile birlikte borç da sona erecektir (BK. m. 113/I). Üçüncü kişinin, borçlunun iradesi ve bilgisi dışında borcu ifa etmesi, onu yardımcı kişi konumuna getirmez. Borçlunun bilgisi dahilinde üçüncü kişinin bir ifada bulunmasında ise, yardımcı kişinin davranışından dolayı borçlunun alacaklıya karşı sorumluluğu doğabilir. Yardımcı kişi ile borçlu arasında bir sözleşme ilişkisi olup olmasının bir önemi yoktur. Yardımcı kişi sıfatının doğumunda bir sözleşme ilişkisi yoksa

1 Alman Medeni Kanunu (BGB) § 267/II'e göre; "Borçlu şahsen ifa zorunda değilse, üçüncü kişi de ifada bulunabilir. Borçlunun muvafakati gerekli değildir". Türk hukukunda da borçlunun bilgisi ve iradesi olmadan üçüncü kişinin borcu ifa edebileceği kabul edilmektedir. **Eren, Fikret**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, 5. Baskı, İstanbul 2002, s. 919-920. **Serozan, Rona**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, İstanbul 1998, s. 19-25. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**; Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 766-769. **Gauch, Peter/ Alter R. Schlupe**; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 6. Auflage, Zürich 1995, Nr. 2019-2023. Üçüncü kişi, ifada bulunduktan sonra, bir halefiyet söz konusu olmaksızın vekaletsiz iş görme (BK. m. 410 vd.) ya da sebepsiz zenginleşme (BK. m. 61) hükümlerine göre borçluya başvuracaktır. Üçüncü kişinin ifada bulunması, kanuna dayanan bir haktır (bkz. **Eren**, s.920) Bu hak, borçlunun muhalefetine üstün tutulmaktadır. **Zimmermann, Reinhard**; The Law of Obligation, Roman Foundations of The Civilian Tradition, New York 1996., s.752-753. Yazar bu ilkenin temellerini romalı hukukçu Gaius'a dayandırmaktadır. Üçüncü kişinin borcu ifasında aksi görüş için bkz. **Kılıçoğlu, Ahmet M.**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 371-372. Yazar, borcun borçlu yerine üçüncü kişi tarafından ifa edilmesini ancak borçlunun iradesiyle mümkün olabileceğini kabul etmektedir. Çünkü, üçüncü kişinin alacaklıya verdiği zarardan borçlunun sorumlu olması mümkün değildir. Alacaklı da, üçüncü kişinin ifa talebini reddetmelidir. Aksi takdirde borca aykırı davranmış olacaktır. Alacaklı ifayı kabul ederse, borçlu bakımından ifa, alacaklının kusuru nedeniyle imkansız olmuş olacaktır ki, bu durum alacaklının sorumluluğunu doğuracaktır (BK. m. 96 vd.). Üçüncü kişi de ifayı kusurlu davranışıyla imkansız duruma getirdiği için borçluya karşı sorumlu olacaktır. Üçüncü kişi, bir borç ilişkisi bulunmadığı için haksız fiil (BK. m. 41 vd.) ya da vekaletsiz iş görme hükümlerine (BK. m. 410 vd.) göre sorumlu olacaktır.

(bu durumda edimden bağımsız borç ilişkisi vardır) temsil hükümlerine göre borcun yerine getirilmesi söz konusudur. Ancak her halükarda yardımcı kişi ile alacaklı arasında bir edim ilişkisi kurulmamıştır ve yardımcı kişinin eyleminden doğan zarardan borçlu sorumlu tutulacaktır (BK. m. 100).

Borçlunun borçlanılan edimi şahsen ifa etmemesine "ifanın gayri şahsiliği ilkesi" denir². Bu ilkeye göre borçlu yerine üçüncü bir kişi de ifada bulunabilir. Öyle ki borç, bir vekil, bir ifa temsilcisi veya yardımcı kişilerden birisi aracılığıyla ifa edilebileceği gibi, borçluya tamamen yabancı üçüncü bir kişi tarafından da ifa edilebilmektedir. Bunun nedeni, alacaklı için borcun kim tarafından ifa edildiği değil; ifasının önemli olmasıdır. Dolayısıyla, borcun üçüncü kişi tarafından ifası, borçlunun şahsen ifa zorunluluğunun bulunmadığı; üçüncü kişilerin de yerine getirebilecekleri "maddi edimlerde" mümkündür.

Edimin borçlu tarafından şahsen ifa zorunluluğu ya ifada borçlunun kişiliğinin alacaklı için önem taşıdığı borç ilişkilerinde ya da tarafların yaptıkları sözleşmede kişisel ifa yükümlülüğü

öngördükleri durumda söz konusu olur³. Kişisel ifa yükümlülüğünün yer aldığı sözleşmeler; hizmet (iş), istisna, vekalet ve yayın sözleşmeleri gibi şahsi ve sürekli borç ilişkisi kuranlardır. Ancak bu sözleşmelerde dahi, edimin şahsi ifayı zorunlu kılmadığı haller söz konusu olabilir.

İş sözleşmesinde, aksi kararlaştırılmamış veya halin icabından aksi anlaşılmadıkça işçi iş görme edimini bizzat şahsen yerine getirmek zorundadır (BK. m. 320/I, OR Art. 321). İş görme ediminin şahsen yerine getirilme zorunluluğunun çeşitli hukuki sonuçları doğmaktadır. Öncelikle, şahsen ifa zorunluluğu, tüzel kişinin işçi olmaması sonucunu doğurmaktadır⁴. Bu kural, Borçlar Kanununun borcu şahsen ifa zorunluluğu bulunmadığına dair 67. maddesine bir istisna oluşturur⁵. Son olarak, işçinin ölümü halinde iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi de⁶ zorunlu bir sonuç olarak doğmaktadır.

İşçi, iş görme borcunu şahsen yerine getirmek zorundadır. İşçinin geçici olarak iş görme borcunu yerine getiremediği durumda borcu ifa edecek bir üçüncü kişiyi bulma yükümlülüğü yoktur. İş

2 Eren, s. 917. Kılıçoğlu, s. 370.

3 Eren, s. 918. Serozan, s. 20-21. Gauch/Schluep, Nr. 2025-2026.

4 Rehbindler, Manfred; Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern 2002, s. 33, Nr. 26; s. 56, Nr. 90. Aynı yazar, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Auflage, 2. Teilband Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Bern 1985, s.113,

5 Rehbindler, (Arbeitsrecht), s.56, Nr. 90; s. 141, Nr. 289. (Berner Kommentar), s. 113. Gauch/Schluep, Nr. 2026. Tunçomağ, Kenan; İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 101-102. Ekonomi, Münir; İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku, Cilt I, 3. Baskı, İstanbul 1987, s. 114. Süzek, Sarper; İş Hukuku, Ankara 2002, s.279. Mollamahmutoğlu, Hamdi; Hizmet sözleşmesi, Ankara 1995, s. 111-112.

6 Rehbindler, (Arbeitsrecht), s. 146, Nr. 302. (Berner Kommentar), s. 113

görme ediminin bir üçüncü kişi ya da vekil, temsilci niteliğindeki bir ifa yardımcısı tarafından yerine getirilmesi tarafların anlaşmasına bağlıdır. İş görme ediminin üçüncü kişi tarafından yerine getirilebilmesinin teklifi işçi ya da işverenden gelebilmektedir. Her iki durumda da teklifin geçerliliği karşı tarafın kabulüne bağlıdır. İş görme borcunun üçüncü kişi tarafından ifası işveren tarafından teklif edildiğinde, işçinin onayı gereklidir. Çünkü yerine göre temsil ve vekil ilişkisine dayanan üçüncü kişinin ifasının hukuki sonuçlarından işçi etkilenebilecektir. İşçinin böyle bir teklife onay vermemesi durumunda işveren, üçüncü kişi ile doğrudan doğruya bir sözleşme ilişkisine girecektir. Bağımsız bir sözleşme kurmak zorunda kalabilecektir.

İş görme borcunun üçüncü kişi tarafından (ifa yardımcısı da dahil) yerine getirilmesi açık ya da üstü kapalı bir rızanın varlığına bağlıdır. Bu onaya rağmen üçüncü kişi herhangi bir sözleşmenin tarafı olmamaktadır. Üçüncü kişi, ne sözleşmeye katılan ne de borcu devralandır. Ancak kanaatimizce⁷, bu durumda dahi taraflar arasında "edimden bağımsız borç

ilişkisi"ne dayanan bazı koruma ve davranış yükümlülükleri bulunmaktadır. İşveren bakımından işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemleri alma ve gerekli organizasyonları kurma yükümlülüğü karşısında; işçi bakımından da işyeri düzenine ve iş disiplinine uyma, işyerine sadakat gibi edim ilişkisinin dışında davranış yükümlülükleri bulunmaktadır.

İş görme borcunun yerine getirilmesinde üçüncü kişinin edim ilişkisinin tarafı olmadan borcu ifasına katılımının uygulamada en çok karşılaşıldığı işlerden birisi de kapıcılık hizmetidir. Kapıcının iş görme borcu çoğunlukla eşi tarafından yerine getirilmektedir. Bu durumda eşin kapıcılık hizmetlerini tümüyle yüklenmeksizin bazı işleri üstlenmesi onu edim ilişkisinin tarafı durumuna getirmemektedir⁸. Taraf iradelerinin örtülü bir biçimde de olsa borcun devri, borca katılma ya da sözleşmenin devri gibi sonuçlar doğurmaya yönelik olduğu söylenemeyecektir. Kapıcının eşi ifa yardımcısı olarak üçüncü kişi sıfatıyla borç ilişkisine dahil olmaktadır. Kapıcılık hizmetlerinin tümüyle üstlenilmesi durumunda ise Yargıtay⁹, haklı olarak eş ile apartman ortakları arasında iş sözleşmesi kurulduğuna ve bir önceki

7 Bu konudaki görüşlerimiz için bkz. **Başbuğ, Aydın**; Alt İşveren İşçisi ile Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar, Kamu-İş, Cilt 4, Ocak 1998, s. 65-70. Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999, s. 23- 31,183-193. ve ayrıca, İşyeri Hekiminin İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Organizasyonundaki Yeri ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinin Gerçekleşmesindeki Rolü, Uluslar arası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, 24 Mayıs 2003, Ankara 2003, s. 66- 78. Ekonomi, de böyle durumlarda işveren ile üçüncü kişiler arasında dolayısıyla bir iş ilişkisi doğduğunu benimsemektedir. Bkz. **Ekonomi Münir**; Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 1984, İstanbul 1986, 17-18. yazar bu borç ilişkisi içerisinde işvereni de "dolayısıyla işveren" olarak nitelendirmektedir. **Ekonomi, Münir / Eyrenci, Öner**, Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi, Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2001, s.1201.

8 **Süzek**, s. 280.

9 Y 9 HD., 3.4.1984, 3449/3660. Y 9 HD., 3914/4489 (**Ekonomi**, s.13-18). **Süzek**, s.280

sözleşmenin sona erdiğine karar vermiştir.

İş görme ediminin üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi, iş mevzuatınca emredilmiş de olabilir. Ancak bu durumda dahi, tarafların karşılıklı rızaları yine aranmaktadır. Konu işyeri hekimliğinde açıkça görülmektedir. İşyeri hekiminin yıllık ücretli izinde bulunması durumunda dahi hizmetin devamı zorunlu görülmüş ve işyeri hekiminin yokluğunda "vekil" tayin edilmesi emredici bir düzenleme olarak getirilmiştir (İşyeri Hekimliği Yönetmeliği m. 5-c). Vekil, işyeri hekiminin teklifi işverenin rızası ya da işverenin teklifine karşılık işyeri hekiminin rızası ile seçilebilecektir. Her iki durumda da tarafların vekilin kimliği üzerinde anlaşmaları esastır. "vekil işyeri hekimliği¹⁰" geçici bir durum olduğu için Türk Tabipleri Birliğinin onayının aranması gerekmeyecektir. Ancak bu durumda dahi, vekil işyeri hekiminin işyeri hekimliği sertifikası olan hekimler arasından seçilmesi gereklidir.

İş görme borcunun karşılığı olarak kabul edilen ve işverenin borçları arasında yer alan ücret ödeme borcu, maddi edim içermektedir. Bu borcun şahsen yerine getirilmesini gerektiren bir menfaat yoktur. Dolayısıyla, sözleşme ile

aksi kararlaştırılmadıkça ücret ödeme borcu üçüncü kişi tarafından ifa edilebilecektir. Burada hem işçinin hem de işverenin karşı çıkmasında bir üstün menfaati yoktur.

3- Alacak Hakkının Devri

Bilindiği gibi, alacak hakkının devri kanun veya yargı hükmü dışında, alacağı devreden ile devralan kişi arasında yapılacak olan bir anlaşma ile meydana gelmektedir. Devir işleminin geçerli olabilmesi için borçlunun yapılan işleme katılması, temlikten önce ve sonra haberdar edilmesi dahi lüzumlu değildir (BK. m. 162/1)¹¹.

Borcun "gayri şahsiliği" ilkesine bağlı olarak, üçüncü kişi tarafından ifa edilebileceği genel kuralına (BK. m. 67) bir istisna getiren BK. m. 320/1 hükmü, üçüncü kişinin ifasını ancak işverenin kabulüne bağlı kılarken; Aynı şekilde, kural olarak borçlunun rızasına bağlı olmayan alacağın temliki (BK. m. 162) kuralına da bir istisna getirmektedir. BK. m. 320/11 hükmü, işverenin işçiye karşı sahip olduğu iş görme borcunu talep şeklindeki alacak hakkını başkasına devir imkanını sınırlamış ve işçinin rızasına bağlı tutmuştur.

İşverenin, işçiden iş görmesini isteme yönünde bir alacak hakkı vardır¹². İşverenin bu alacak hakkını başkasına devredebilmesi, işçinin iş görme borcunu başkasına ifa

10 Yönetmelikteki "vekil" ifadesinin rasgele yazılmadığı kanaatindeyiz. Ayrıca, işyeri hekiminin onayının alınması ile mevcut bir sözleşmeden bağımsız ikinci bir iş sözleşmesinin kurulmadığını göstermektedir. Kanaatimizce, vekil işyeri hekimi ile bağımsız bir iş sözleşmesi kurulmamaktadır. Burada ya edimden bağımsız borç ilişkisi doğmakta ya da borca katılma söz konusu olmaktadır.

11 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 240 vd.

12 İşverenin işi kabul borcu yoktur. Bu nedenle usulüne uygun olarak sunulmuş iş görme edimini kabul edilmemesinde borçlu temerrüdü değil alacaklı temerrüdünden bahsedilmektedir. Yavuz, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 2. Cilt, İstanbul 1989, s. 50. Tunçomağ, ise, BK.m. 320/11 hükmünü dayanak göstererek işverenin işi bizzat kabul borcu olduğunu savunmaktadır. Bkz. Tunçomağ, s. 147.

ettirebilmesinde olduğu gibi sözleşme veya hal icabından çıkarılabilen durumlarda mümkündür (BK. m. 320/II)¹³. Bu istisnaların dışında işverenin iş sözleşmesinden doğan alacak hakkını üçüncü kişiye devretmesi ancak işçinin rızası ile olabilecektir.

Borçlar Kanununun söz konusu hükmünün alacağın devrini yasakladığı, borçları düzenlememesi nedeniyle işverenin borçlarını işçinin rızası alınmaksızın devredebileceği ileri sürülmüştür¹⁴. Ancak, unutmamak gerekir ki, Borçlar Kanununun 320nci maddesinin hükmü, hiçbir zaman iş sözleşmesine özgü alacağın temlik ve borcun nakli kuralı getirme amacını içermemektedir. İlgili hüküm sadece borcun üçüncü kişi tarafından ifasının düzenlendiği BK. m. 67 ve alacağın temlikinin düzenlendiği BK. m. 162/II hükümlerine birer istisna getirmektedir. Bu istisna hükmüne dayanarak işverenin, borçlarını işçinin rızası aranmadan devredebileceği sonucuna ulaşmak hem BK. m. 320/II'nin amacına hem de bu konudaki genel kural olan BK. m. 174/II'e aykırıdır¹⁵.

İş sözleşmesinden doğan alacak hakkı bakımından, yasanın açık hükmü gereği bir tür temlik yasağı bulunmaktadır¹⁶. Borçlar Kanununun ilgili bu hükmü karşısında alacağın temlikli anlamına gelecek her türlü devir; ödünç iş ilişkisi, işyerinin devri, sözleşmenin devri gibi durumlarda işçinin rızasının bulunması zorunluluğu aranmalıdır. Borçlar Kanunu bu yönüyle, işveren değişikliğine işçinin rıza göstermediği durumlarda, işçi bakımından borç ilişkisinin taraf sıfatının değişmeden eski işverenle devamını kabul etmek gibi bir sonuca yol açacaktır. Yasanın bu hükmünün, 4857 sayılı İş Kanununun 6.maddesinin ilk fıkra hükmü karşısında artık geçerliliği söz konusu değildir. Dolayısıyla işyerinin devri dışındaki her durumda iş görme edimine ilişkin alacak hakkının devri işçinin izni olmadıkça mümkün olmayacaktır. İşyerinin devri durumunda ise, İş Kanununun emredici hükmüyle alacağın temlikli konusundaki genel kurala dönülmüş ve işçinin rızası aranmamıştır.

13 **Yavuz**, s. 50 **Dayınlarlı, Kemal**; Borçlar Hukukuna Göre Alacağın Temlikli, Ankara 1993, s. 129- 131. **Bilge, Necip**; Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 215. Mevaz İsviçre Borçlar Kanununun söz konusu düzenlemeye karşılık gelen 321. maddesi değiştirilmiş, birinci fıkra aynen muhafaza edilerek, işverenin alacağının temlikini yasaklayan ikinci fıkra yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu hüküm, 1 Mayıs 1994 tarihinden itibaren yürürlükte olan şekliyle 333. maddesinin dördüncü fıkrasında aynen muhafaza edilmiştir. Ancak, aynı maddenin ilk fıkrasında da işyerinin devri ile hizmet ilişkisinin de devri hükmüne bağlanmıştır. Burada hizmet ilişkisi, işçi itiraz etmemiş ise, doğrudan yeni işverene geçmektedir. Dolayısıyla, kural olarak işyerinin devri ile hizmet ilişkisi yeni işverene geçmekte, ancak işçiye de bir itiraz hakkı tanınmaktadır. Temlik, reddedildiğinde, hizmet ilişkisi yasal feshi ihbar sürelerinin sonunda sona erer. İşyerini devralan işveren ve işçi, bu sürenin sonuna kadar sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ifa ederler (OR. Art. 333 Abs. 3). Bkz. **Rehbinder**, (Arbeitsrecht), s. 141-143, Nr. 289-293.

14 **Bilge**, s. 215. Eleştiri için bkz. **Yavuz**, s. 50-51.

15 **Yavuz**, s.50-51.

16 **Yavuz**, s.51. **Tunçomağ**, s. 147. Yazar, işyerinin devri durumunda sadece iş kanununun kapsamına giren işçiler bakımından bu hükmün uygulanamayacağını savunmaktadır.

Temlik yasağı, sadece başta iş görme borcu olmak üzere işçinin iş sözleşmesinden doğan borçlarına bağlı alacak hakkı ile sınırlıdır. Bu yasaklama iş sözleşmesinin ifası nedeniyle zaman içinde meydana gelen diğer hakları kapsamaz. Örneğin, tazminat, işçiye tevdi edilen şeyin iadesi, iş sahibi adına işçi tarafından gerçekleştirilen kârın işverene verilmesi borçlarının üçüncü kişiye devrinde BK. m. 320/II kuralı uygulanamaz¹⁷. Ayrıca temlik yasağı, tarafların anlaşması ve "halin icabı" istisna tutularak getirilmiştir. Bir şahıs ortaklığında ortaklardan birinin ayrılması durumunda kalan tek ortağın alacakları ve borçları devir alarak işi kendi hesabına devam ettirmesinde hizmet ifasının devri yasağından bahsedilemeyecektir¹⁸.

4- Borca Katılma

Bir sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişinin, sonradan borç ilişkisi içerisine girmesi ve borçlu olarak yer alması ancak; kefil olması, mevcut borca katılması ya da borcu üzerine alması (borcun nakli) yollarından biriyle mümkündür. Borca kefil olma, Borçlar Kanununun özel hükümleri çerçevesinde kalmaktadır.

Üçüncü kişinin sonradan bir borç ilişkisinin içerisine girdiği ve borçlu

olarak yer aldığı borca katılmada, üçüncü kişi borcu asıl borçlu yanında onunla birlikte yüklenmektedir. Asıl borçlu bu sıfatından kurtulmamakta ve edimin tamamını ya da bir kısmını birlikte (müteselsil) borçlanan yeni bir borçlu ile sözleşmenin bir tarafını oluşturmaya devam etmektedir. Borca katılma Borçlar Kanununda düzenlenmemiştir. Ancak, irade özerkliği ve sözleşme serbestisi uyarınca üçüncü kişinin alacaklı ile anlaşarak borca katılması söz konusudur¹⁹.

İş sözleşmesinden doğan karşılıklı ya da edim ilişkisine dayanmayan diğer yükümlülüklerin ifa edilmesinde borca katılma konusu da açık bir şekilde düzenlenmemiş, tarafların anlaşmasına bırakılmıştır. Ancak, borca katılma alacaklı ile yapılacak olan sözleşmeyle sınırlı kalmamalıdır. Borca katılanın alacaklı yanında borçlu ile de anlaşması gerekmektedir²⁰. Özellikle işçinin borcuna katılmada, diğer üçlü ilişkilerde olduğu gibi asıl borçlu olan işçinin onayının alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu sonuca BK. m. 320/II'nin geniş yorumlanması ile ulaşmak mümkündür. Ortada bir tek edim ve bunun paylaşılmasına bağlı olarak müteselsil sorumluluk doğacağından işçinin rızanın zorunlu olması gereklidir.

17 Dayınlarlı, s. 130.

18 Dayınlarlı, s. 131. Federal mahkeme, "...eğer yapılacak iş değişmezse ve işçi daha öncekine kıyasla hiçbir ağır işe katlanmak zorunda olmazsa işveren, işin ifasındaki hakkını başkasına temlik edebilir" kararını vermiştir (bkz. Dayınlarlı, s. 131. karar ve tarih belirtilmemiştir). Ancak yasanın bugünkü hükmü karşısında (OR. Art. 333) bu kararın geçerliliği yoktur.

19 Eren, s. 1242. Gauch/Schlupe, II, N. 3756.

20 Bkz. Eren, s. 1244.

Borca katılmanın rahatlıkla uygulanabileceği iş ilişkilerinin başında, işin çalışma yerinin paylaşılmasında (Job-Sharing) gelmektedir. Çalışılan işyerini paylaşmaya katılan işçilerin, çalışma yerini zaman açısından kendi aralarında paylaşma hakkının tanındığı bu kısmi çalışma ilişkisinde²¹, takım arasındaki bir işçinin yerinin doldurulmasında borca katılmadan bahsedilebilir. Takım içerisindeki işçilerden biri, kendisi fesih irade beyanı ile işyerinden ya da işveren tarafından yöneltilen bir fesih irade beyanı ile işyerinden çıkarılan işçinin yerine yeni bir işçi alınması gerektiğinde daha önce borcu olan diğer takım üyelerinin yanında borca katılma mümkündür. Yeni bir borçlunun katılması, diğer takım üyelerini de etkileyeceğinden, katılım için diğer takım üyelerinin onayı alınması zorunludur.

5- Borcun Yüklenilmesi (Borcun Nakli)

Bir sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişinin, sonradan borç ilişkisi içerisine girmesi ve borçlu olarak yer almasını sağlayan bir diğer hukuksal yol borcun yüklenilmesidir (BK. m. 173-181). Borcun yüklenilmesi alacaklının haklarını ilgilendirdiği için onun muvafakati gereklidir. Dolayısıyla eski borçlu ile borcu devralan arasındaki anlaşma yeterli değildir. Bu iç anlaşmaya ek

olarak alacaklının borcun yüklenilmesi iradesine yönelik icabı açık ya da kapalı olarak kabul etmesi aranır.

Borcun yüklenilerek devralınması ile sözleşmenin borçlu tarafı değişmekte ve yeni bir borçlu (borcu yüklenen) gelmektedir. Borcun yüklenilmesinin en önemli sonucu eski borçlunun borcundan kurtulması; buna karşılık borcun ise ona bağlı olarak fer'i haklarla birlikte (BK. m. 176/1) sona ermeden devam etmesidir. Öyle ki, borcun yüklenilmesinden önce meydana gelen borçlar dahi yeni borçluya karşı ileri sürülebilecektir²².

Borcun yüklenilmesi, yine aynı şekilde taraf değişikliğine yol açan sözleşmenin devri ile karıştırılmamalıdır. Borcun yüklenilmesi, borcun ona bağlı fer'i haklarla beraber var olduğu şekliyle üçüncü bir kişide devamını sağlarken, sözleşmenin yüklenilmesi ise, borcun dışında diğer alacak hakkı ve yükümlülükleri ile birlikte sözleşmenin taraf sıfatının değişmesine yol açmaktadır. Borcun yüklenilmesi durumunda, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin bütünüyle devrinden bahsedemeyiz²³.

İş sözleşmesinden doğan borç ilişkilerinde borçlunun rızasını alarak münferit bir borcun yüklenilmesi mümkündür. Bu durum borçlu sıfatında

21 Bkz. Eyrenci, Öner; Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, İstanbul 1989, s. 29. Süzek, s. 238-240. Centel, Tankut; Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, s. 37-40.

22 Eren, s. 1239. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 276-277.

23 Eren, s. 1242-1243.

bir değişiklik meydana getirmediği için, uygulamada da aksaklık yaratacak bir sorun doğmamaktadır.

6- Sözleşmenin Yüklenilmesi

Borçlar Kanunu, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği alacağın devri, borcun yüklenilmesini düzenlemiştir, fakat borç ilişkisinin bir bütün olarak devrini düzenlememiştir. Ancak, sözleşmenin yüklenilmesi hukuksal kaynağını irade özgürlüğü ve sözleşme serbestisinde ifade bulur.

Sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde, tarafların anlaşması ile sözleşmenin tarafı değiştirilebilir²⁴. Sözleşmenin yüklenilmesi ile asıl sözleşme ilişkisinin taraflarından biri çıkmakta, bu tarafın yerine bir üçüncü kişi taraf sıfatıyla girmektedir. Bu durumda yüklenme anından itibaren yüklenen taraf asıl sözleşme ilişkisinden kaynaklanan alacakların sahibi, borçların yükümlüsü olur. Yenilik doğuran hakları (hata, hile, tehdit, dönme ve fesih gibi) kendi adına ileri sürebilir ve bu hakların muhatabı olur. Yenilik hakları dışında kalan itirazlar, zamanaşımı, takas ve ödemezlik def'i ve diğer def'i hakları yüklenen tarafa geçer.

Sözleşmenin yüklenilmesi ile sözleşmenin devreden tarafı borçlarından kurtulur ve alacak haklarını

kaybeder. Daha önce yapılan müstakbel alacakların temlikinde, müstakbel alacak üzerinde tasarruf yetkisini kaybettiği için hüküm ve sonuç doğurmaz.²⁵

Sözleşmenin devri , üç taraflı sui generis bir sözleşmedir. Sözleşmenin tarafları,sözleşme ilişkisinin değişmeyen tarafı ile sözleşmeden ayrılan ve sözleşmeye yeni giren taraf arasında yapılır. Sözleşmenin yüklenilmesinin üç taraflı iradenin uygunluğuna bağlı olduğu için meydana geldiği an, en son iradenin açıklandığı andır. Sözleşmenin devri, Borçlar Kanununda düzenlenmediği, irade özgürlüğüne dayandığı için alacağın temlik ve borcun nakli hükümleri uygun düştüğü ölçüde uygulanır. Ancak, sözleşmenin devri, alacağın temlik ve borcun nakli hükümlerinden ayrı olarak yenilik doğuran hakların da devrini içeren halefiyet sonucunu doğurur²⁶. Tarafların değişmesi ile birlikte, sözleşmenin muhtevası değişmez.

Alacağın temlik ve borcun naklinde, alacağı devralan ya da borcu yüklenen üçüncü kişi sadece münferit alacağı ve borcu devralır. Eski alacaklının veya borçlunun sözleşme ilişkisindeki hukuki durumlarını kazanamaz²⁷. Sözleşmenin yüklenilmesi, taraflardan birinin sahip bulunduğu bu durumun devrini ifade

24 Ayrancı,Hasan; Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003, s. 87 vd., 97 vd. ve 153 vd. Eren, s. 1243. Gauch/Schluep, II, N. 3672 vd. Süzek, s. 280-282.

25 Ayrancı, s.155.

26 Ayrancı, s.116 vd.

27 Eren, s. 1243.

eder²⁸. Bu durum, alacak ve borç yanında def'i hakları ile yenilik doğuran hakları da kapsayacaktır. Sözleşmenin taraflarından birisi sözleşmeden ayrılacak ve üçüncü bir kişi, ayrılan tarafa ait hukuki durumun tamamını kazanarak onun yerine geçecektir.

İş sözleşmesi devam ettiği sürece ya sözleşmenin süresine göre ya da çalışılan sürelerle bağlı olarak bazı haklar elde edilmektedir. Bu haklar yıllık ücretli izin, kıdem tazminatında olduğu gibi kanundan ya da ücret ve benzeri haklarda olduğu gibi sözleşmeden doğabilmektedir. Sözleşmenin sona ermesi kural olarak süreye bağlı olarak elde edilebilen bu haklar bakımından da bir sona erme nedeni olmaktadır. Sonradan kurulacak hizmet sözleşmelerinde hakların kazanılmasının hukuksal dayanağını oluşturan yeni sözleşmeye göre yeni hakların elde edilmesi mümkün olacaktır.

İş sözleşmesi ile elde edilen kazanımlar sadece süreye bağlı olarak kazanılan haklardan ibaret değildir. İşçi bakımından cezai şart, iş sözleşmesinin feshini sınırlandırılması gibi diğer haklar da zamanla elde edilebilen haklardır. Benzer durum işveren için de geçerlidir.

Yukarıda değindiğimiz kazanımları, iş sözleşmesinin sona ermesi ile

kaybedecek olan işçi, işverenin ya da bir başka işverenin yeni bir teklifi ile karşılaştığında, bu haklarından mahrum kalmak istemeyecektir. İşte bu durumda iş sözleşmesinin yeniden kurulması yerine, mevcut bir sözleşmenin devredilmesi de kararlaştırılabilir.

4857 sayılı İş Kanununun bilim komisyonunca hazırlanan ön tasarısı (m. 7), iş sözleşmesinin işçinin rızası ile bir üçüncü kişiye devredilebilmesini benimsemişti. Devir işlemi ile birlikte devreden işveren ile işçi arasındaki borç ilişkisi sona erecek ve devralan üçüncü kişi bütün hak ve borçları ile birlikte iş sözleşmesinin işveren tarafı sıfatını kazanacaktı. Ancak tasarının yasalaşması aşamasında bu hüküm kaldırılmıştır. Bununla beraber İş Kanununda yer almayan bu hukuksal kurumun sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilmesi halen mümkündür²⁹.

İş sözleşmesi devredilen işçinin haklarının, sözleşmeyi devralan işverenin diğer işçilerinin hakları karşısında korunması da zorunludur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, işçinin ücretinin İK. m. 62'nin kıyasen uygulanarak indirime tabi tutulmaması gereklidir. İşçinin sözleşmeden doğan uygulanarak indirime tabi tutulmaması gereklidir. İşçinin sözleşmeden doğan

28 Eren, s. 1243. Gauch/Schlupe, Nr. 3672.

29 Yasa ön tasarısı, iş sözleşmesinin üçüncü kişiye devrini mümkün görmekle beraber, bu devir işleminden dolayı işçinin yasadışı ya da sözleşmeden doğan bazı haklarını da garanti altına almıştı. İşyerinin devrine ilişkin hukuki sonuçlar, iş sözleşmesinin devrinde de uygulanacaktır. Sözleşmeyi devralan üçüncü kişi özellikle, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür. Kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin gibi yasanın hizmet süresine bağladığı; işten çıkarmada hizmet süresine göre bir sıralamanın yapıldığı ya da ücretin ve terfinin hizmet süresine göre belirlendiği sözleşme hükümlerinde hizmet süresi bu esasa göre hesap edilecektir.

haklarının işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinden daha avantajlı olması durumunda da yararlılık ilkesi gereği mevcut haklar korunmalıdır.

İş sözleşmesinin devri, Yargıtay'ca da kabul edilmiştir. Yargıtay'a göre³⁰, işçinin bir işyerinden diğer işyerine devri anlamındaki sözleşmenin yüklenilmesini, tarafların karşılıklı olarak anlaşması koşuluyla iş hayatındaki esneklik ihtiyacının bir gereği olarak kabul edilmelidir. Yargıtay'ın daha önceki yıllarda ele aldığı ve kapıcının eşinin sözleşmeden doğan borçları tamamıyla üstlenmesi durumunda sözleşmenin başka bir kişiye devredilmiş olduğu, işverenin koca ile olan iş ilişkisinin sona erdiği, karısıyla yeni bir iş sözleşmesinin meydana getirildiği şeklindeki kararını³¹, sözleşmenin yüklenilmesi olarak değerlendirmemeli. Yine aynı şekilde sadece borcun yüklenilmesinden ibaret olan bir devirden de bahsedilemeyecektir.

7- Ödünç İş İlişkisi

Kanun koyucunun iradesi ile şekillenen alacağın temlik ve borcun nakli kurumları, yeni üçlü ilişkilere kaynaklık etmektedir. Ancak, bu kurumların kanun koyucu tarafından düzenlenmesinde yenilik doğrucu hakların bilinmemesi ve sürekli borç ilişkilerinin değil ani edimli borç ilişkilerinden doğan hakların ele alınması nedeniyle yeni ihtiyaçlara cevap veremediği görülmektedir.

İşverenin bir iş makinesini kiraya vermesinde, onu kullanan işçinin de makine ile birlikte iş sözleşmesinden doğan iş görme borcu alacağının kiralayana devredilmesi söz konusu olabilmektedir. Aynı şekilde holding içi personel transferlerinde, işçinin sadece iş görme ediminin holdinge bağlı bir başka işverende ifa etmesi istenebilmektedir. Benzer uygulama olan futbolcu transferi gibi hayatın her alanında sözleşmeden doğan iş görme ediminin geçici bir süre üçüncü bir kişiye karşı yerine getirilmesiyle karşılaştırılması mümkündür.

Ödünç iş ilişkisinde, iş sözleşmesi ödünç veren işverenle devamlılığını korumaktadır. Ancak, bu sözleşmeden doğan iş görme borcu ödünç alan işverene devredilmekle, işçi bu borcu ödünç alan işverene karşı ifa etmekle yükümlü olmaktadır³². Ödünç alan işveren iş görme borcuna bağlı olarak işin somutlaştırılmasına yönelik emir ve talimat verme yetkisine de sahiptir.

İş Kanunumuz, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçinin, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devredilebilmesi imkanını getirmiştir (madde 7). Bu halde iş sözleşmesi

30 Y 9 HD., 14.3.2001, 225/3914 (Ercan Akyiğit'in incelemesi, Tuhis, Kasım 2001, 40-50). Süzek, s. 282.

31 Bkz. Y 9 HD., 3.4.1984, 3449/3660. Y 9 HD., 3914/4489 (Ekonomi, s.13-18). Süzek, s.280.

32 Akyiğit, Ercan; İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, s. 12 vd. Aynı Yazar, İş Hukuku, Ankara 2002, s. 118-120. Süzek, s. 248-254

devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, ödünç iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olacaktır.

Ödünç iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle de yükümlü tutulmuştur. (İK. m. 7/I). Kanaatimizce, ödünç alan işveren ile işçi arasında bir edim ilişkisi bulunmamakla beraber bu yükümlülüklerin varlığı iş hukukunda edim ilişkisinden bağımsız borç ilişkisi ve bu ilişkinin hukuksal sonuçlarına ilişkin görüşümüzü de desteklemektedir³³. İş Kanununun 7. maddesinin dördüncü fıkrasında ifade edilen "geçici iş ilişkisi" tabirinin de görüşümüze uygun olarak edim ilişkisinden bağımsız olarak doğan borç ilişkisi olarak anlaşılmalıdır. Ödünç iş ilişkisi süresi boyunca işverenin, ücreti ödeme yükümlülüğü devam edecektir. Ancak ödünç alan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumlu olacaktır (İK. m. 7/III).

Ödünç alan işverenin yanında işçinin de edime dayanmayan borç ilişkisinden doğan bazı yükümlülükleri bulunmaktadır. İşçi, işyerine ve işe ilişkin olup kusuru ile sebep olduğu zarardan ödünç iş ilişkisi kurulan işverene karşı sorumlu olacaktır. İşçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin yasadaki

düzenlemeler ödünç iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanacaktır (İK. m. 7/III).

İş Kanunumuz, ödünç iş ilişkisine karşı duyulan endişeleri gidermek amacıyla ödünç iş ilişkisine bir süre sınırı getirmiştir. Buna göre, ödünç iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yapılır ve gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir (İK. m. 7/II).

8- İşletmenin Devri

Son dönemde yapılan yasal değişikliğe kadar, iş hukukunun önemli tartışma konularından birisi de işyerinin devri durumunda sözleşmenin kaldığı yerden yeni işverenle devamını sağlayan hukuksal yorumlarda olmuştur.

İsviçre Borçlar Kanunu da, işçi itiraz etmedikçe, işverenin işyerini tamamen veya kısmen üçüncü kişiye devredilmesi halinde, hizmet ilişkisinin devir tarihindeki hak ve borçlarla birlikte devralan işverende devam edeceği³⁴ hükmünü içermektedir (OR. Art. 333 Abs. I). İşyerinin üçüncü kişiye devri durumunda, işçinin hizmet ilişkisinin de yeni işverenle devam edeceği kuralına karşı itiraz hakkı bulunmaktadır. Doktrinde bu hakkın en fazla devir tarihinden itibaren bir ay içerisinde kullanılması gerektiği benimsenmektedir³⁵. İşyerinin üçüncü kişiye devri ile iş sözleşmesinin de yüklenilmesinin reddedilmesi halinde, hizmet ilişkisi devralan üçüncü kişi

33 Bkz. Dipnot 7 deki çalışmalarımız. Benzer şekilde bu ilişki, "iş ilişkisi (akdi) benzeri bir hukuki ilişki" olarak da değerlendirilmektedir. Bkz. **Süzek**, s. 250. **Akyiğit** s. 123.

34 **Rehbinder**, s.141, Nr. 289. (Bernier Kommentar), s.290-291. **Böhringer, Peter**; Arbeitsrecht, 2. Auflage, Zürich 2001, s.287- 288. **Ekonomi, Münir**; İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi, Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s.327-328.

35 **Böhringer**, s. 288.

nezdinde yasal feshi ihbar sürelerinin sonunda sona erer. İşyerini devralan işveren ve işçi, bu sürenin sonuna kadar sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ifa ederler (OR. Art. 333 Abs. 3). İşyerini devralan yeni işveren ve eski işveren, devir tarihinde doğan ve bu tarihin kadar doğmuş bulunan işçinin alacağından müteselsil sorumludur (OR. Art. 333 Abs. 4). Bu sorumluluk, işçinin devri reddetme hakkını kullanarak sona erdirmesinde veya hizmet ilişkisinin feshi ihbar ile sona erdirilmesinde de devam eder. Bu durumların dışında işveren, hizmet ilişkisini, tarafların anlaşması ya da halin icabından aksi anlaşılmadıkça üçüncü kişiye devretme hakkına sahip değildir (OR. Art. 333 Abs. 5).

Avrupa Birliğinin işyerinin devrine ilişkin 187/77 sayılı yönergesi, devredilen işletmenin çalışanlarına itiraz hakkı tanımamaktadır³⁶. Avrupa Birliği Adalet Divanı da önceleri, böyle bir itiraz hakkının olmadığı, işletmenin devri ile birlikte tüm hukuki sonuçların doğacağı; alacaklının rızası olmadan borcun üstlenilememesi kuralının bir hak tanımayacağı görüşündeydi³⁷. Ancak Divan, daha sonra alacağın temliki anlamında iş sözleşmesinin devrinde işçinin rızasının aranması nedeniyle işyerinin devrinde de işçinin onayını arayan Alman iş hukukundan etkilenerek işçinin devre karşı itiraz hakkı olduğunu kabul etmiştir. İtiraz hakkı

kullanıldığında, itiraz eden işçinin hizmet ilişkisi eski işverenle devam edecektir.

Alman federal iş mahkemesi kararlarına göre³⁸, bir işçinin işletmenin devrine karşı itirazı o işçinin hizmet ilişkisinin devralana geçmesini engellemektedir. İşçinin itiraz hakkını kullanması ile hizmet ilişkisi eski işverenle devam etmekte ve sadece fesih ile ortadan kaldırılabilmektedir.

Türk iş hukukunda işyerinin devri durumunda hizmet sözleşmelerinin de devam edeceği yeni 4857 sayılı İş Kanununun 6'ncı maddesinde etraflıca düzenlenmiştir. Buna göre, işyeri veya işletmenin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçecektir (İK. m. 6/1). Söz konusu hüküm "hukuki işleme" dayanan devirleri içermektedir. Dolayısıyla tasarının lafzı karşısında "hukuki işlem dışı" devirler söz konusu hükmün kapsamı dışındadır. İşverenin ölümü ile iş sözleşmesinin mirasçılarla devam edeceği de BK. m. 347/II hükmünde açıkça düzenlenmiştir.

İflas dolayısıyla mal varlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde iş

36 Ünalçin, P ; Avrupa Topluluğu'nda İşyerinin Devri, İş Hukuku Dergisi, Ekim-Aralık 1992, s. 495 vd. *Ekonomi*, s. 326-327.

37 Hepar, Altan; Avrupa İş Hukuku ve Türkiye, İstanbul 1997, s. 208-209.

38 BAG, 12.10.1974, DB 1975, s. 601. BAG, 30.10.1986, RdA 1987, s. 63.

sözleşmesinin bütün hak ve borçları ile birlikte yeni işverenle devam etmesi ve hizmet süresine bağlı bütün hakların elde edilmesi mümkün değildir (İK. m. 6/VI).

Yeni işverenin sorumluluğu, devir tarihinde mevcut olan sözleşmelerden doğan hak ve borçlardır. Yeni işveren devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden işverenle birlikte müteselsil sorumludur. Eski işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlandırılmıştır (İK. m. 6/III).

İşyerini devralan üçüncü kişi özellikle, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür (İK. m. 6/II)³⁹. Hizmet sözleşmesinin feshinde ihbar ve kıdem tazminatının hesabında; yıllık ücretli izne hak kazanma zamanı ve izin süresinin tayininde devir tarihinden itibaren değil, işçinin devreden eski işverenle iş sözleşmesi yapıp işe başladığı tarih esas alınacaktır.

İş yerinin tamamen veya kısmen (bir bölümünün) devri halinde, devreden veya devralan işverenin sırf bu nedenle iş sözleşmesini feshedemeyeceği hükmü getirilmiştir (İK: m. 6/V). Böylece işyerinin devrinde, işçi kıdemlerinin sıfırlanarak devralan işverenin yükünü hafifletmek amacıyla yapılan bu tür fesih

işlemleri de iş ilişkisinin devamı durumunda bir sonuç doğurmayacaktır. Özellikle özelleştirilen kamu işyerlerinin, özel sektöre devrinde uygulanan bu tür fesih işlemleriyle hiç ara vermeden yeni işverenle iş sözleşmesi kurulması yolunun da önü kapanmıştır. İş Kanunu, konunun düzenlendiği İsviçre ve Almanya örneğinden farklı olarak aynı hüküm işçi bakımından da öngörmüştür. İşçi de devir nedenine dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemeyecektir. Kanaatimizce yeni düzenleme bu yönüyle yerinde değildir. İşçinin korunması bakımından asıl olan sözleşmenin işyerinin devrine rağmen yeni işverenle devamını sağlamaktır. İş ilişkisinde, sadece işverenin şahsının işçi bakımından önemli olmadığı gerçeğinden hareketle böyle bir sınırlandırma getirmenin sağlam bir hukuksal dayanağı yoktur. Aksine BK. m. 320/II hükmü gereği, alacak hakkının da devrini içeren düzenlemeler ve sözleşmenin bütününün devri sonuçlarında da olduğu gibi işçinin rızasına öncelik vererek devri reddetme hakkının bulunması hem iş hukukunun ilkelerine hem de Borçlar Kanununun şimdiye kadar ele aldığımız düzenlemelerine uygun düşecektir.

9- Sonuç

Sözleşme ilişkileri üçüncü kişinin katılımına dayan üçlü borç ilişkileri

39 Bilim komisyonunun hazırladığı tasarıda işyerinin devrinin kolektif ilişkilere etkisi de düzenlenmekteydi. Yine aynı tasarıda, hukukumuzda mevcut olmayan bir kavram; değişiklik feshi de ilk defa getirilmişti. Ancak tasarinın bu şekli yasalaşma aşamasında metinden çıkarılmıştır.

ekonomik nedenlerle günden güne yeni ihtiyaçları doğurmakta ve borçlar hukukunun temel ilkelerinin sorgulanmasına ve zamanla da değişmesine yol açmaktadır. Yasal düzenlemelerdeki eksiklikler, yine borçlar hukukunun en temellerinin atıldığı irade özerkliği ve sözleşme serbestisi ilkeleri ile doldurulmaktadır. Ancak, işin özellikleri dikkate alındığında üçüncü kişi ile kurulan üçlü ilişkinin kaynağının büyük ölçüde şahsi ilişki doğuran ve süreklilik arz eden borç ilişkilerinde tarafların karşılıklı rızasına dayandığı görülmektedir.

Şahsi ilişki kuran ve sürekli bir ilişki meydana getiren iş sözleşmesinden doğan borç ilişkisi de ancak tarafların rızasına dayanan bir üçlü ilişki kurabilmelidir. Bu anlamda Borçlar Kanununun 320'nci maddesi aynı ilkeyi benimseyerek benzer kurumlar karşısında yol gösterir niteliktedir.

Borcun "gayri şahsiliği" ilkesine bağlı olarak, üçüncü kişi tarafından ifa edilebileceği genel kuralına (BK. m. 67) bir istisna getiren BK. m. 320/1 hükmü, üçüncü kişinin ifasını ancak işverenin kabulüne bağlı kılarken; Aynı şekilde, kural olarak borçlunun rızasına bağlı olmayan alacağın temliki (BK. m. 162) kuralına da bir istisna getirmektedir. BK. m. 320/11 hükmü, işverenin işçiye karşı sahip olduğu iş görme borcunu talep şeklindeki alacak hakkını başkasına devir imkanını sınırlamış ve işçinin rızasına bağlı tutmuştur. Bütün bu düzenlemelerdeki ortak ilke, genel hükümlerde benimsenen tek taraflı yetkilerin sınırlandırılarak tarafların onayına bağlı kılınmasıdır.

Bir genel hüküm niteliğindeki Borçlar kanununun bu hükmünün getirdiği bu ilke, benzer üçlü ilişkilerin kurulmasında da en başta işçi olmak üzere tarafların rızasına dayanan bir sistemi kurmaktadır.