

BORÇ İLİŞKİSİNİN NİSBİLİK ÖZELLİĞİNE GETİRİLEN İSTİSNALAR IŞIĞINDA İŞ HUKUKUNDA İŞÇİ-İŞVEREN İLİŞKİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. İbrahim AYDINLI*

ABSTRACT

The main subject of our study is the examination of rules about workmanship rights in the agreement which is signed between entrepreneur and contractor related to doing work. The study is formed as five parts. In the first part interaction between labor law and obligation law were evaluated reciprocally. In the second and third parts were introduced characteristics, results and exceptions of the relativity principles of obligations. In the fourth part reflections of relativity principle in the labor law was taken into consideration. Especially legal quality of related rules about workmanship rights in the agreement which is signed between entrepreneur and contractor was investigated. In the fifth part stated that workers can sue depend on this agreement. And finally general findings of the study were mentioned shortly in this part. Keywords: labor law, relativity principles of obligations, relativity principles of obligations in labor law, the right of action of workers

I- Giriş

Tüm sözleşme ilişkilerinin temel ve genel geçer kuralları ile sözleşme türlerinin ayrıca düzenlendiği özel hukukunun en önemli dalı, Borçlar hukukudur. Borçlar hukukunun düzenlediği sözleşme ilişkilerinden biri ise “hizmet akdi” olup, BKm.313 ve devamında hükme bağlanmıştır. Borçlar hukukunda, borç ilişkilerinin genel hükümleri (BKm.1-181) tüm sözleşme türleri üzerinde uygulanması gereken ana prensipler olarak değerlendirilir¹. Bu nedenle, bir borç

* Gazi Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, İş hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı

¹Gazi Üniversitesi, İ.İ.B.F. Çalışma Ekonomisi Bölümü, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı.

Münir, EKONOMİ; *İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku*, C:I, 3. Bası, İstanbul, 1984, s.72.

ilişkisine ait özel düzenlemelerin uygulanması öncelikli olmakla beraber, Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri ise her zaman borç ilişkisinin kurulması, hükümleri, sonuçları ve sona ermesini düzenleme bakımından geçerliliğini korur.

Aslında borçlar hukukunun özel kısmında düzenlenmiş olan işçi-işveren ilişkisini içeren “hizmet akdi”, sanayileşme döneminin yarattığı ekonomik ve sosyal gelişmeler sonucunda, kanun koyucuların tercihi ile neredeyse sanayileşmiş tüm ülkelerde, ayrı İş Kanunları ile detaylı bir şekilde düzenlenmiştir². Bu gelişmeler sonucunda günümüzde, iş hukuku kendine özgü kavram ve kurumlarıyla (işçiyi koruma ilkesi, işçi lehine yorum ilkesi, eşit davranma ilkesi, geçersizlik yaptırımının ileriye yönelik sonuç doğurması, işçi ücretlerinin özel olarak korunması, genel tazminat sorumluluğu dışında tazminat kalemlerine sahip olması, tek taraflı yönetim hakkı, tarafların toplu iş sözleşmesi yapma haklarını kullanarak özerklik alanlarını belirlemeleri gibi) diğer özel hukuk dalları karşısında bağımsızlığını elde etmiştir. Ancak bu bağımsızlık, iş hukuku düzenlemelerde, işçi-işveren ilişkilerinin tüm yönlerini düzenlediği ve hiçbir düzenleme boşluğunun çıkmayacağı anlamında değildir. Bu nedenle iş hukuku düzenlemelerinde boşluklar ortaya çıktığında, özel hukukun diğer dallarından (medeni hukuk, ticaret hukuku, borçlar hukuku gibi) özellikle sözleşme hukukundan yararlanılması gerekir. Bu yararlanma faaliyeti sırasında ise dikkat edilmesi gereken konu, iş hukukunun kendine özgü yapısının göz önüne alınmasıdır.

Bir başka ifadeyle; iş hukuku dışında yer alan hukuk dallarına ait kavram ve kurumların, iş hukukuna uygulanması iki şekilde ortaya çıkabilir. İlkinde, uygulanan kavram veya kurum, iş hukukunun kendine özgü yapısı ve ilkeleri ile bağdaşmıyor ise aynen uygulanır. İkincisinde, ilgili kavram veya kurum iş hukukunun yapısı ile bağdaşmıyor ise o halde bunların, uyarlama veya rehabilite edilerek uygulanması gerekir³. Bu uygulama ise doktrine göre, MKm.1'de düzenlenmiş olan, kanun boşluğu doldurulması faaliyetinden başka bir şey değildir⁴. Kanımızca, bu nitelemenin farklı bir yönden ele alınması, kanun boşluğu kurumunun anlamına daha uygun düşmektedir.

Öncelikle kanun boşluğu; somut olaya ilişkin yazılı bir hukuk kuralının, (tüm hukuk dallarında⁵) ya hiç olmaması ya da mevcut yazılı kuralın eksik düzenlenmiş olmasıdır⁶. Bu anlamda, İş Kanunlarında bir konuya ilişkin yazılı bir

² EKONOMİ, s.76.

³ Sarper, SÜZEK; “İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması”, Münir Ekonomi 60. Gün Yaş Armağanı, Ankara, 1993, s.129, 134.

⁴ Mustafa, ÇENBERCİ; *İş Kanunu Şerhi*, Ankara, 1986, s.22, SÜZEK, “Boşlukların Doldurulması”, s.136.

⁵ Kanımızca yazılı hukuk kuralı pozitif hukuk düzeninin tümünde aranmalıdır.

⁶ Kanun boşluğu ve özellikle örtülü boşluk kavramının anlamı için bkz; Seyfullah, EDİS; *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, 1997, s.121vd, 134,135, Hakimim

hüküm olmaması, hemen kanun boşluğu olduğunu göstermez. Konuya ilişkin diğer kanunlarda yazılı bir hukuk kuralı var ise, burada kanun boşluğu söz konusu olmamalıdır. Ancak, mevcut yazılı kuralın olaya uygulanmasında, ilişkinin özelliğini dikkate alma veya ilişkinin tabi olduğu hukuk düzeninin kendine özgü yapısına kuralın uygulanmasını uydurma, örtülü kanun boşluğunu akla getirmektedir⁷. Bu nedenle, İş Kanunlarında konuya ilişkin yazılı hukuk kurallarının olmamasına rağmen, aynı ilişkiyi düzenleyen bir başka kanun hükmünün uyarlanarak uygulanması, örtülü kanun boşluğunun giderilmesi anlamına gelebilir. Ancak hemen belirtelim ki; bir kanun hükmünün, açıkça hüküm olmayan hallerde, başka kanunlara veya örf ve adete yollama yapması halinde ise, kanun boşluğu yoktur⁸. Bu hallerde söz konusu olan boşluk, yorum boşluğudur⁹. Kanımızca, bu görüş; kanun boşluğu kurumuna daha uygun bir yaklaşımdır. Çünkü hem İş kanunlarında, hem de diğer kanunlarda, atf maddeleri mevcuttur (MKm.5, BKm.544 Sen.Kan.63, TSGLK.m.66).

Özellikle ferdi iş hukuku, işçi ile işveren arasındaki ilişkiyi, sözleşme hukuku çerçevesinde kendine konu edinmiş, özel hukukun önemli dallarından biri haline gelmiştir. Bu bağlamda, ülkemizde İş Kanunlarının uygulama alanı, Borçlar Kanununun dışında ayrıca belirlenmiştir. Kısacası, işçi-işveren ilişkisini ortaya çıkaran iş sözleşmesi, İş Kanunlarının kapsamında ise, uygulanacak olan hükümler İş Kanununa göre belirlenmektedir. Ancak iş sözleşmesi, İş Kanunun kapsamına girmediğinde, uygulanması gereken hukuk kuralları Borçlar Kanunun özel kısmında belirlenmiştir (BKm.313vd.). Sonuçta, iki kanun arasında genel-özel kanun ilişkisi olduğu kabul edilmektedir¹⁰. Bu ilişkinin varlığı ve nasıl

yaratacağı hukukta gözetmesi gereken ilkeler konusunda geniş bilgi için bkz; Heinz, HAUSHEER; *Die Einleitungartikel des ZGB*, Bern, 2003, s.23vd.

⁷ HATEMİ medeni hukuk doktrinindeki örtülü boşluk yaklaşımına karşı çıkmaktadır. Yazara göre açık boşlukta somut olaya uygulanacak bir yazılı hukuk kuralı yokken örtülü kanun boşluğunda somut olaya ilişkin yazılı bir hukuk kuralı mevcuttur. Ancak bu kural genel nitelikte olup somut olayın özelliğine göre sınırlanmış bir özel kural mevcut olmadığından genel kural somut olayın özelliği dikkate alınarak uygulanmalıdır. Böyle olduğunda ise ortada bir kanun boşluğu yoktur. Doktrinın kabul ettiği örtülü boşluk aslında mevcut genel kuralın somut olayın yapısı gözönüne alınarak kıyasen bir uygulanmasıdır. Hüseyin, HATEMİ; *Medeni Hukuka Giriş*, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, 2004, s. 98.

⁸ SEROZAN “atfın bulunduğu yerde ne boşluk olur ne de kıyasa yer kalır” ifadesiyle atfın bulunduğu yerde kanun boşluğunun hiç bir türünün olmadığını belirtmektedir. Rona, SEROZAN; *Medeni Hukuk Genel Bölüm*, İstanbul, 2005, s.112, ayrıca bkz; HAUSEER, s. 30vd.

⁹ EDİS, s.132.

¹⁰ Kemal, OĞUZMAN; *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre “İş” Akdinin Feshi*, İstanbul, 1955, s.28, EKONOMİ, s.77, 78.

uygulama olanağı bulacağı, hem Medeni Kanunu'nda hem de İş Kanunlarında düzenlenmiştir¹¹ (MKm.5, BKm.544 Sen.Kan.63, TSGLK.m.66).

Ancak bu ilişki bize göre, genel-özel ilişkisi olmaktan çok, iki kanunun kapsamlarının farklılığından doğmaktadır. Kapsamı farklı olan iki kanun arasında, genel-özel ilişkisinin kurulmasına aslında ihtiyaç olmaması gerekir. Çünkü iki kanunun uygulanması gereken iş ilişkileri farklıdır. Bu farklılık hiçbir zaman, borçlar hukuku ile iş hukukunun birbirine etkisi hiç olmayacak derecede ilişkisi bulunmayan, iki hukuk dalı olarak algılanması anlamına gelmemelidir.

Özellikle, iki kanun arasındaki hukuki etkileşim kendini, İş Kanununun bir sözleşme ilişkisini kendisine düzenleme konusu edinmesi ile tüm sözleşmelere ilişkin genel hükümlerin, borçlar kanunun genel kısmında düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. O halde kısaca, iş sözleşmesinin düzenlediği İş Kanunu'nda, borçlar hukukunun genel kısmına ilişkin hüküm ve prensiplerin geçerli olması gerektiği, kaçınılmaz bir hukuki gerçekliktir. Bu gerçekliği göz ardı ederek, iş hukukunu, sadece İş Kanunlarının konuya ilişkin özel düzenlemelerine bırakarak değerlendirmek, birçok yönden sakınca doğurur.

Bu sakıncalardan ilki, iş ilişkisinde çözülemeyen her sorun için kanun koyucuya başvurarak, ayrıntılı yeni düzenlemeler getirtmektir. Bu ise, “kanuni düzenlemelerin genelliği ve soyutluğu ilkesi¹²”ne ters düşen bir durum yaratmaktadır.

İkinci sakınca ise, hukuk dalları arasında kopukluğun meydana gelmesidir. Bu kopukluk ise, hukuk dallarının derebeylik niteliğini arttırarak, adalet ve hakkaniyet düşüncesini sarsan sonuçların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Böyle olduğunda ise, *bizimde katıldığımız kendine özgü özelliklerden dolayı gerekli olan rehabilitasyon uygulaması veya anlamlandırılması dışında*, her hukuk dalında ayrı ayrı hukuk kavramları anlayışı ortaya çıkmaktadır. Özellikle, rehabilite edilerek uygulama şartları gerçekleşmediği halde, ortaya konulan hukuki çözümler, sözleşme hukukuna ilişkin temel kurum ve kavramlara yara aldırılmakta ve her hukuk dalının birbirinden kopuk, kendine özgü fesih, nisbilik, edim, ifa, temerrüd, ödemezlik def'i gibi durumları belirlemektedir.

Tüm bu sakıncaların giderilmesi için ana kavramları, doğuş yerleri olan hukuk dallarındaki yeri ve buna ilişkin doktrin değerlendirilmelerini ve uygulamadan olabildiğince yararlanmak gerekmektedir. Bu yararlanma elbette, aynen alma şeklinde olmamalıdır. Ancak gerektiğinde, kavram ve kurumların genel sınırlarını

¹¹ Bu konuda YHGK 30.9.1964T, 848E., 598K., YİBK., 24.12.1973., 4/6, Yargı kararları için bkz; ÇENBERCİ, s.22, 25, SÜZEK, “Boşlukların Doldurulması,”s.132, Hamdi, MOLLAMAHMUTOĞLU; *İş Hukuku*, Ankara, 2004, s.47, Ercan, AKYİĞİT; *Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku*, 4. bası, Ankara, 2005, s.92.

¹² EDİS,e göre, hukuk kuralının soyutluğu aynı özellikleri taşıyan tüm olgu ve olaylara uygulanmasıdır. Bunun sonucunda ise soyut olan hukuk kuralının herkese uygulanması onun genellik özelliğinden kaynaklanmaktadır. EDİS, s.8.

zorlamadan ve uygulanacak olan hukuk dalının ya da ilişkinin özelliğinin de, göz önünde tutulması zorunludur¹³. Bu bağlamda, İş Kanunu'nun getirdiği hükümlerin somut olaya uygulanmasında, mutlaka sözleşme hukukunun kurum ve kavramlarından faydalanmak gerekmektedir. Bu gereklilik ise, iş hukukuna ana kaynak olan sözleşme hukukundan yararlanma avantajı getirerek, derinlik kazandırma anlamında, iş hukuku düzenlemelerine teorik taban oluşturmaktadır.

İşte bu düşüncelerle, borçlar hukukunun en temel karakteristik özelliği olan “borç ilişkisinin nisbiligi” ilkesine getirilen iki önemli istisnai kurum, (üçüncü kişinin edimini taahhüt ve üçüncü kişi lehine sözleşme) İş Kanunu'nun bazı düzenlemelerinin değerlendirilmesinde ele almayı uygun bulduk. Aslında ele aldığımız her düzenleme, tek başına inceleme konusu yapılması gerekmektedir. Fakat incelememizin amacı, yapılacak yeni çalışmalara bir başlangıç oluşturmak olduğundan, ilgili konuları bütüncül bir şekilde ele almayı uygun bulduk.

II-Genel Olarak Nisbilik İlkesi

A- Genel olarak

Borçlar hukuku borç ilişkilerini düzenleyen bir hukuk dalıdır. Borç ilişkisinin en önemli özelliği ise, bu ilişkiden doğan alacak hakkının, nisbi olmasıdır. Bu yönden alacak hakkı, mutlak haklardan ayrılmaktadır. Nisbilik ilkesinin sonuçları, değişik açıdan değerlendirilebilir¹⁴.

B- Nisbilik İlkesinden Doğan Sonuçlar ve İstisnaları

1- Alacak Hakkının Sadece Borçluya Karşı İleri Sürülebilmesi

Borç ilişkisinden doğan alacak hakları kural olarak, sadece borç ilişkisinin diğer tarafına karşı ileri sürülebilen haklardır. Bu nedenle borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilere karşı, alacak hakkı ileri sürülemeyeceği gibi, borç

¹³ İş hukukuna özgü hukuki ihtilaflara ilişkin İş Kanunlarında boşluk bulunması halinde genel hükümlerin iş hukukunun temel ilkelerine uygun düşmesi halinde aynen uygulanması gerekir. Ancak temel ilkelerle çatıştığı oranda genel hükümlerin uyarlanarak veya rehabilite edilerek uygulanması zorunludur. SÜZEK, “Boşlukların Doldurulması”, s. 132vd.

¹⁴ Alacak hakkının nisbilik özelliğine dair sonuçları için bkz; Ingeborg, SCHWENZER; *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Bern, 2006, Rz. 6.06, Fikret, EREN; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Tıpkı 7. Bası, 2001, s.51vd. Sözleşmelerin nisbilik özelliğinin aşılmasına ilişkin gelişmeler için bkz; Haluk TANDOĞAN; *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, Ankara, 1963, s.165, Teoman, AKÜNAL; “Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbilik Özelliğinin Aşılması”, Yargıtay Dergisi, C:14, S:5, Temmuz-1988,222 vd. Nisbilik aşılması ve üçüncü kişilerinde sözleşme hükümlerinin koruyucu etkisinden yararlanmasına ilişkin Yargıtay'ın en önemli kararı 1992 yılında görülmektedir. Karar için bkz; Yargıtay Kararı için bkz; HGK.6.5.1992T, E.1992/13-213, K.1992/315, YKD, Yıl:1992 C:8 s.1176.

ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerde borç ilişkisine dayanarak, borçluya karşı bir hak talebinde bulunamazlar¹⁵. Sözleşmede taraflar dışında, üçüncü bir kişiye karşı alacak talebinde bulunulması, alacak hakkının nisbîliği ilkesine aykırı olduğu için bu tür talepler, usul hukukunda, husumet ehliyeti yokluğu nedeniyle davanın reddi sebepleri arasında sayılmıştır¹⁶. Bu kuralın istisnası ise, bazı alacak haklarının, tapu siciline şerh edilmesi halinde 3. şahıslara karşı da ileri sürülebilmesidir. Bu nedenle, bu tür alacak haklarına, kuvvetlendirilmiş nisbi haklar denir¹⁷.

İş hukukunda ise bu sonucu, alt işveren işçileri ile geçici (ödünç) işçi olarak verilen işçilerin, aralarında bir sözleşme ilişkisi olmamasına rağmen, asıl işverene ve ödünç alan işverene karşı ileri sürebilmesinde görmekteyiz. Geçici işçiler ve alt işveren işçileri, işçilik alacaklarını kendi işverenleri yanında, asıl işveren ve ödünç alan işverene karşı kanunda düzenlenmiş olan müteselsil sorumluluğa dayanarak isteyebilmeleri, nisbîlik ilkesine getirilen istisnalardan bir diğeri olarak değerlendirilebilir (İşKm.2/7, 7/3.).

2- Alacak Hakkının, Sadece Borçlu Tarafından İhlal Edilebilmesi

Borç ilişkisinden doğan alacak hakkının ikinci önemli özelliği, alacak hakkının sadece borçlu tarafından ihlal edilebilmesidir. Bunun tek istisnası, BKm. 41/2 de düzenlenmiş olan, sözleşmenin tarafı olmayan ancak, sözleşmenin özellikle alacaklı tarafına bilerek ve ahlaka aykırı bir şekilde zarar vermek isteyen davranışına karşı alacaklı, mahkemede tazminat davası açabilir. Hakim gerekirse, tazminat olarak alıcının satın almak istediği malın iadesine veya bu mümkün değilse, para olarak değerine ve bundan doğan zararın tazminine hükmedebilir¹⁸.

¹⁵ SCHWENZER, Rz. 4.07.

¹⁶ EREN, s.51, Kemal OĞUZMAN,/Turgut ÖZ; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 5 Bası, İstanbul, 2006, s.17, Ahmet, KILIÇOĞLU; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 5. Bası, Ankara, 2005, s.6. Taraflarca ileri sürülmesi bile husumet ehliyeti hakimın resen göz önüne alabilir ve davanın esası bakımından reddine sebep olur. Bkz; Baki KURU,/Ramazan ARSLAN,/Ejder YILMAZ; *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, 1991, s.221-224 özellikle s.223.

¹⁷ Şerh edilebilecek nisbi haklar sınırlı sayıda olup, her nisbi hak tapuya şerh verilip kuvvetlendirilemez. Söz konusu haklardan en önemlileri şunlardır; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan inşaat hakkı, sözleşmeden doğan şufa (ön alım), vefa (geri alım), iştirak (alım) hakkı, kira(adi veya hasılat) sözleşmesi, gayri menkul satış vaadi, bağışlayana rücu hakkı, ipotekte boşalan dereceden yararlanma hakkı, paylı taşınmazlarda paylı mülkiyetin devamına ilişkin sözleşmeler, paylı taşınmazlarda yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin kararlar, yasal ön alım hakkından feragat sözleşmesi gibi. Bkz; EREN, s.54vd., OĞUZMAN/ÖZ, s.17, KILIÇOĞLU, s.16,17, SCHWENZER, Rz. 4.09.

¹⁸ EREN, s.51,52. OĞUZMAN/ÖZ, s.18, SCHWENZER, Rz. 4.08.

Borçlar Kanununda hükme bağlanan bu istisnai duruma benzer bir düzenleme, İş Kanununun 23. maddesinde öngörülmüştür. Buna göre bir işveren, bir başka işverenin yanında çalışan bir işçiyi, üç halden biri ile ayartır ise, eski işverene karşı sorumlu olmaktadır¹⁹. Kanuni düzenlemedeki sorumluluğun oluşabilmesi için, bir işverenin yanında çalışan işçinin, iş sözleşmesi belirli süreli ise süre dolmadan, belirsiz süreli ise bildirim süresine uymadan, iş sözleşmesini feshetmesi gerekir. İşçinin bu şekilde davranışına, yanında işe girdiği işveren neden olmuş veya işçinin bu durumunu bildiği halde, işveren işçiyi işe almış veya durumu daha sonra öğrenmiş, fakat böyle bir işçiyi çalıştırmaya devam etmiş ise, işçinin eski işverene karşı işçi ile beraber yeni işverende birlikte (müteselsilen) sorumlu tutulmuştur²⁰. Kanuni düzenlemede, yeni işverenin eski işverene karşı sorumluluğunun haksız fiile mi, yoksa sözleşme sorumluluğuna mı dayandığı açık değildir. Kanımızca yeni işveren, eski işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesine göre, üçüncü kişi konumundadır. Bu nedenle haksız fiil sorumluluğu ele alınmalıdır²¹. Yeni işveren BKM.41/2'de olduğu gibi sözleşmenin alacaklı(işveren) tarafına bilerek ve isteyerek ve ahlaka aykırı zarar verme

¹⁹ Konuya İlişkin yargı kararları için bkz; Eski işverenin, işçiye yaptığı eğitim masraflarının yeni işverenden istenmesine dair; Yarg. 9. HD., 5.2.2001T., 2001/18209E., 2001/1733K sayılı karar için bkz, Ercan, AKYİĞİT; *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, C:I, 2. Baskı, Ankara-2006, s.908. İş Kanunu madde 23'e dayalı olarak dava açılabilmesi için eski işverenin zararını kanıtlaması gerektiğine dair bkz; Yarg.9HD., 11.2.1998T., 1998/20968E., 1998/1381K. 3.2.1999T., 1999/18845E., 1999/1327K., AKYİĞİT, *İş Kanunu Şerhi*, (C:I), s.905-907.

²⁰ Sorumluluğun şartları ve sonuçlarına ilişkin geniş bilgi için bkz; AKYİĞİT, *İş Kanunu Şerhi*, (C:I), s.887-902, A. TUTUCU Serkan, ODAMAN; "İş Kanunu 15. Madde Uyarınca İşyerini Terk Eden İşçiyi Çalıştıran Yeni İşverenin Sorumluluğunun Koşulları", Nuri ÇELİK'e Armağan C:II, İstanbul, 2001, s.1399vd. AKYİĞİT, kanuni düzenlemede yeni işverenin davranışının sözleşmeyi geçersiz kılan unsurlardan biri olan ahlaka aykırılık teşkil etmediğini belirtmektedir. Bu nedenle yeni işverenle işçi arasında yapılan iş sözleşmesinin bu nedenle geçersiz olmayıp sadece yeni işveren bu davranışlarından dolayı işçiyle beraber müteselsilen tazminat sorumlusudur.. AKYİĞİT, *İş Kanunu Şerhi*, (C:I), s. 897. Kanımızca yazarın bu görüşü doğrudur. Buradaki ahlaka aykırılık geçersizliği gerektiren bir aykırılık değil, dürüstlük kuralına aykırılık şeklinde değerlendirilmesi gerekir. Kanun koyucu da bu nedenle geçersizliği değil, sadece yeni işverenin aldığı işçi ile beraber müteselsilen eski işverene karşı, bu nedenle verdiği zararı tazminle yükümlü tutmuştur.

²¹ Aksi görüşte olan OĞUZMAN, yeni işverenin kanununda getirilen yükümlülüğe uymaması nedeniyle eski işverene karşı kanundan doğan sorumluluktan dolayı sorumlu olduğunu, bu nedenle zamanaşımın 10 yıl uygulanması gerektiğini belirtmektedir. İşçinin ise sorumluluğunu iş sözleşmesine dayandığını belirtmektedir. OĞUZMAN, *Fesih*, s.280, dip not, 200. AKYİĞİT ise, İşK.m23/1-a'daki düzenleme ile b ve c deki davranışların farklı değerlendirilmesi gerektiğini savunarak, a bendinin açıkça haksız fiil niteliğinde olduğunu, diğerlerinin ise tamamen kanundan kaynaklanan sorumluluğa dayandığını savunmaktadır. AKYİĞİT, *İş Kanunu Şerhi*, (C:I), s.900.

davranışında bulunması, üç hal şeklinde, İş Kanununda açıkça belirlenmiştir. Bu nedenle kanuni düzenlemede, iki işveren arasındaki sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu olsa gerektir²².

3-Alacak Hakkının Borçlu Tarafından İhlalinin, Üçüncü Kişilere Hak Talebi İmkânı Vermemesi

Alacak hakkının borçlu tarafından yerine getirilmemesi halinde, üçüncü kişiler borç ilişkisinin tarafı olmadıklarından, borçluya karşı sözleşmeye dayanarak dava açamazlar. **Örneğin;** A ile B arasında yapılan bir satım sözleşmesinde, C, A tarafından satın alınacak malı bekleyen bir tüketici olsun. B, A'ya olan borcunu zamanında yerine getirmediği için A'da C'ye olan siparişi zamanında yerine getirememiştir. Bu halde, C, B'ye zamanında borcu yerine getirmediği için dolaylı olarak zarara girdiği iddiasıyla, akde aykırılığa dayanarak alacak davası açamaz. Çünkü A ile B arasında yapılan sözleşmede, C taraf değildir. C burada sadece, A ile B arasındaki sözleşmenin zamanında yerine getirilmemesinden, dolaylı olarak iktisaden etkilenen üçüncü kişidir. Ancak C, A ile aralarında mevcut bir satım sözleşmesi var ise, buna dayanarak sözleşmeye aykırılıktan dolayı, A'ya karşı dava açabilir²³.

İş hukuku ilişkilerinde de nisbîlik ilkesinin bu sonucu, aynen gerçekleşebilir. Şöyle ki; işçilerin imal edeceği bir malı sipariş eden müşteri, zamanında malı teslim alamadığında, sözleşmeye dayanarak dava açacağı kişi, işçilerin işvereni olacaktır. İşveren malın teslimini zamanında yapamamasının nedenini, işçilerin işi yavaşlatma veya greve gitme gibi davranışlarından kaynakladığını ileri sürmesi, kendisini sorumluluktan kurtarmayacağı gibi müşterinin üretim süreci bakımından, sorunun asıl kaynağı olarak işçilerin bu davranışına dayanarak, işçilere dava açması mümkün değildir. Ancak BK m. 41/2'nin şartları oluştuğunda, işçilere karşı haksız fiile dayanarak dava açabilir.

4-Alacak Hakkının, Alacaklıya Dolaylı Bir Yetki Vermesi

Alacak hakkı taahhüt işleminden doğduğunda, alacaklı sadece, borcun konusu olan şeyin kendisine verilmesini isteyebileceği için, borcun konusunun kendisinden önce teslim edilmiş olandan, dava ile talep edebilmesi mümkün

²² Aynı görüşte olan AKYİĞİT, BKm.41/2'nin benzeri bir düzenlemesi olan İşkm. 23'ünün daha kapsamlı ve geniş olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre; bu madde sadece işverenler arasında haksız rekabeti önlemek için değil, kanuni şartlar oluştuğunda da haksız rekabete yol açmasa bile uygulanması gerekmektedir. AKYİĞİT, *İş Kanunu Şerhi*, (C:I), s.888. Eski işverenin yeni işverene karşı sorumluluğunun kanuna dayalı bir sorumluluk mu veya haksız fiile dayanan bir sorumluluk mu olduğu ve buna göre görevli mahkeme ile zamanaşımın buna göre belirlenmesi konusunda doküman tartışmalar için bkz; AKYİĞİT, *İş Kanunu Şerhi*, (C:I), s.897-900.

²³ EREN, s.52, OĞUZMAN/ÖZ, s.18, KILIÇOĞLU, s.7, SCHWENZER, Rz. 4.07.

değildir. **Örneğin;** A ile B arasında yapılan satım sözleşmesinde A, B'ye malı teslim edecekken, C ile anlaşmış malı C'ye teslim ettiğinde B, C'ye karşı malın kendisine iadesini isteyemez. Çünkü artık malın mülkiyeti, teslimle C'ye geçmiştir. B, burada sadece mal zamanında kendisine teslim edilmediği için, A'ya karşı borçlunun temerrüdü hükümlerine dayanarak, talep ve dava hakkını kullanabilir²⁴.

İş hukukundan örnek verecek olursak; bir işçinin A işvereni ile iş sözleşmesi yapmış olmasına rağmen, aynı zamanda B işvereni ile de iş sözleşmesi yapmış ve B işverenin yanında çalışmaya başlamış olduğunu düşünelim. Böyle bir durumda A işvereni, işçinin iş sözleşmesinin daha önceki tarihli olarak kendisiyle gerçekleştiğini ileri sürerek, bu nedenle B işverene karşı dava açması mümkün değildir. Ancak A, B'ye karşı yukarıda açıkladığımız İşKm.23'e dayanarak dava açabilir. İşçinin diğer işveren yanında işe başlama davranışı iş hukukunda fesih olarak nitelendirilirse veya işçinin bu davranışı işverene fesih yetkisi verdiğinde buna göre sonuçları ortaya çıkar.

İş hukukundan verdiğimiz bu örnek aslında, işverenin işçinin emeği üzerindeki hakimiyetinin doğrudan değil, dolaylı olması gerektiğini açıklayan en önemli özelliği ortaya çıkarmaktadır. Çünkü Anayasa da düzenlenen çalışma özgürlüğü ve zorla çalıştırma yasağı denilen angarya yasağı, borç ilişkisinin bu özelliği ile üst üste örtüşmektedir(Anm.48,49,50).

5- Borçlu İflas Ettiğinde, Alacaklı Alacağını İflas Masasından Ayırt Edememesi

Borçlu iflas ettiğinde, borçluya ait tüm malvarlığı, iflas hukuku kuralları çerçevesinde iflas masasına kaydedilir. Bunun üzerine alacaklı, alacak hakkını iflas masasına karşı ileri sürüp, alacağını veya üzerinde alacak hakkı bulunan bir malı iflas masasından ayırt ettiremez. Diğer alacaklılar gibi sıraya girip, alacağının tahsil edilmesini beklemesi gerekir. Borçlar Hukukunda bunun en önemli istisnası, vekilin iflası halinde müvekkilin vekilden olan alacağını iflas masasına karşı ileri sürebilmesidir. Burada ileri sürebilme, alacak hakkının iflas masasından ayırt edilebilme talebi olarak ortaya çıkar²⁵.

İş hukukunda ise işçi ücretinin korunması ilkesi gereği, işverenin iflası halinde işçi ücretlerine ilişkin bir takım istisnalar getirilmiştir. Bunlardan ilki, İİK'nunda düzenlenmiştir. İşverenin iflası halinde, diğer adı alacaklara göre işçi ücretleri, öncelikli alacak olarak sıraya girmektedir. (İİKm.140,206,207.). Bunun yanında bir başka düzenleme ise, İş Kanununda getirilen istisnanın açıkça belirlendiği bir hükümdür. Buna göre; “Bir işverenin üçüncü kişiye karşı olan borçlarından dolayı işyerinde bulunan tesisat, malzeme, ham, yarı işlenmiş ve tam işlenmiş mallar ve başka kıymetler üzerinde yapılacak haciz ve icra takibi, bu işyerinde çalışan işçilerin icra kararının alındığı tarihten önceki üç aylık dönem

²⁴ EREN, s.52,53. OĞUZMAN/ÖZ, s.19, KILIÇOĞLU, s.7, SCHWENZER, Rz. 4.07.

²⁵ EREN, s.53.

içindeki ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder.”(İşKm.36/4).

III- Nisbilik İlkesinin Kanuni İstisnaları

Nisbilik ilkesine bir takım istisnaların getirildiği görülmektedir. Bunlardan bir kısmı, doktrinde geliştirilen kuramlardan ibaret olmakla birlikte, bir takım istisnalar ise doğrudan kanunda düzenlenmiştir. Özellikle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ve üçüncü kişinin zararının tazmini, doktrinde geliştirilen ve nisbilik ilkesine istisna oluşturan hallerdir²⁶.

Sosyal ilişkilerin nisbilik ilkesini zorlaması sonucunda kanun koyucular, sözleşme hukukuna hakim olan nisbilik prensibine istisna oluşturan kurumlar getirmiştir. Türk-İsviçre Borçlar hukukunda, nisbilik ilkesine getirilen iki önemli düzenleme; “üçüncü kişinin edimini taahhüt”ile özellikle “üçüncü kişi lehine sözleşme”kurumlarıdır²⁷.

Her iki kurumda da, sözleşmede taraf olarak gözükmeyen üçüncü kişilerin, sözleşmeye konulan hükümlerle veya tarafların ortak amaç ve maksatlarının yorumlanması ile sözleşme alanına, doğrudan taraf olma dışında dahil (etkilenmeye çalışıldığı veya etkilendiği) edildiği görülmektedir.

A. Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt²⁸

1- Genel Olarak

Üçüncü kişinin edimini taahhütü içeren sözleşmede taraflardan biri, temsil ilişkisi içinde olmamak kaydıyla²⁹ üçüncü kişinin bir borcu yerine getireceğini, sözleşmenin karşı tarafına taahhüt etmektedir. Böyle bir durumda üçüncü kişi,

²⁶ Konuya ilişkin olarak doktrindeki görüşler için bkz; İbrahim, AYDINLI; İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara, 2004, s.36-45.

²⁷ (TBKm.110,111, OR 111, 112), Şener, AKYOL; *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, İstanbul, 1976, s.1-2, EREN, s.1129, Necip, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1985, s.21, OĞUZMAN/ÖZ, s.818, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7 bası, İstanbul, 1993, s.218. AKÜNAL, s.227vd.

²⁸ Kaynak kanunda 111 OR’ nin başlığı 3. kişi aleyhine akittir(zu lasten dritter). Ancak bu başlık isabetli olmayıp, doktrinde de ifade edildiği şekliyle bunu garanti sözleşmelerinin bir türü olarak üçüncü kişinin ediminin vaadedilmesi, taahhüt edilmesi şeklinde anlamak gerekir. GAUCH/SCHLUEP/SCHMİD/REY; *Schweizerisches OR, Allgemeiner Teil*, Bd. II, 7. Auflage, Zürich, 1998, Rz. 3994.

²⁹ Üçüncü kişinin edimini taahhüt sözleşmesinin garanti, kefalet, temsil havale ve borcun yüklenilmesinden farklarına ilişkin geniş bilgi için bkz; EREN, s.1143-1144, OĞUZMAN/ÖZ, s.800-803, SCHWENZER, Rz. 86.28vd., GUHL/MERZ/KOLLER; *Das Schweizerisches Obligationenrecht*, 8. Auflage, Zürich, 1991, s.162.

doğrudan edim yükümlülüğü altına girmediğinden, taahhüt edilen borç, üçüncü kişi tarafından sözleşmenin diğer tarafına karşı yerine getirilmediğinde, bundan doğan zarara katlanacak olan kişi, sözleşme sorumluluğuna göre üçüncü kişinin edimini taahhüt eden diğer taraftır (BKm.110)³⁰. Buradaki zarar, müsbet zarardır. Zararın giderilmesi, tazmin etme şeklinde olup, genelde parayla ölçülen bir zarardır. Yoksa, üçüncü kişinin yerine getirmediği davranışın aynısının taahhüt edenden istenmesi, özellikle şahsi edimi içeren davranışlarda, kural olarak mümkün değildir. Ancak sözleşme ile para dışında bir başka davranışla, zararın karşılanacağı da kararlaştırılabilir³¹.

2- Unsurları

Üçüncü kişinin edimini taahhüt sözleşmesinin unsurlarından ilki, sözleşme taraflarına göre üçüncü kişi sayılan bir gerçek veya tüzel kişinin olumlu ya da olumsuz bir ediminin, taraflardan biri tarafından diğer tarafa taahhüt edilmiş olmasıdır. Edimi taahhüt edilen üçüncü kişi, ismen *belirli bir kişi olabileceği gibi belirsiz ancak belirlenebilir bir kişi olması* da mümkündür³².

İkinci önemli unsur ise, *üçüncü kişinin edimini taahhüt işlemi, bir sözleşme olduğu için tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir*. Bunun yanında üçüncü kişi, sözleşmenin tarafı olmadığı için fiil ehliyetine sahip olması gerekmez³³.

Üçüncü kişinin edimini taahhüt sözleşmesi, *bağımsız olarak yapılabileceği gibi bir sözleşmenin hükmü olarak ta düzenlenebilir*³⁴. Üçüncü kişinin edimini taahhüt sözleşmesi, her hangi bir şekle bağlı değildir³⁵.

3- Hüküm ve Sonuçları

Üçüncü kişi taahhüt edilen edimini yerine getirmediğinde, taahhüt eden taraf taahhüt edilene karşı, doğrudan tazmin borcu altına girer. Burada edim yerine getirilmediğinde, üçüncü kişiye karşı ayrıca ihtarda bulunulmasına gerek yoktur. Buna ilaveten, taahhüt eden taahhüt edilene karşı edim yerine getirilmediğinde, önce üçüncü kişiye gitmesini daha sonra kendisine başvurabileceği defini ileri süremez. Yine taahhüt eden, üçüncü kişi edimini yerine getirmemesi halinde, taahhüt edilene uğradığı müsbet zararı ödedikten

³⁰ EREN s.1142, OĞUZMAN/ÖZ, s.811, Senai, OLGAC; *Kazai ve İlmî İctibatlarla Borçlar Kanunu*, Ankara,1976, s.479vd. Yazar burada düzenlenen olgunun, Borçlar Kanunu özel hükümler kısmında düzenlenmesi gereken ve garanti sözleşmesi olarak anılan ilişki olduğu kanısındadır. SCHWENZER, Rz. 86.28, Ayrıca bkz; GUHL/MERZ/KOLLER, s.166.

³¹ OĞUZMAN/ÖZ, s.811.

³² EREN, s.1145.

³³ EREN, s.1146.

³⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s.804.

³⁵ EREN, s.1145, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.237.

sonra, üçüncü kişiye karşı halefiyet ilişkisi olmadığı için bir rücu hakkı bulunmamaktadır³⁶. Ancak üçüncü kişi ile borçlu yani taahhüt eden arasında bir sözleşme varsa veya olmasa bile vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşmenin unsurları gerçekleşirse, bunlara dayanarak borçlu (taahhüt eden) üçüncü kişiye rücu edebilir³⁷.

Üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesinden dolayı muaccel olan tazmin borcundan doğan alacak hakkı, sözleşmeden doğduğu için 10 yıllık zamanaşımına tabidir³⁸.

B- Üçüncü Kişi Lehine Sözleşme

1-Genel Olarak

Borçlar Kanununda alacak hakkının nisbîliği ilkesine getirilen ikinci önemli düzenleme ise, üçüncü kişi lehine sözleşme kurumudur.

Üçüncü kişi lehine sözleşmeler kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olmayıp esas itibariyle tüm borç ilişkilerinin üçüncü kişi lehine akdedilmesi mümkündür³⁹. Bununla birlikte uygulamada daha çok taşıma ve sigorta sözleşmelerinde karşılaşılmaktadır.

Üçüncü kişi lehine sözleşmeler ya kendi başına bağımsız sözleşmeler olarak, ya da bir sözleşmeye konulan hükümlerle gerçekleştirilir. Her iki halde de, sözleşme taraflarından biri vadeden yani borçlu, diğer taraf ise vaadettiren yani alacaklı olarak yer alır. Sözleşmenin konusu ise, üçüncü kişi ve/veya kişiler lehine vaaddir. Bu vaad, ya bir davranışın sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişinin lehine yerine getirilmesi veya bir paranın ya da hakkın üçüncü kişiye ödenmesi şeklinde, kendini gösterebilir. Üçüncü kişi lehine yapılan sözleşmelerde, lehine edim kararlaştırılan *kişi veya kişinin, somut olarak belirli olması şart değildir*. Önemli olan, üçüncü kişilerin sözleşme hükümlerinin yorumlanması ile belirlenebilir olması yeterlidir⁴⁰.

2- Türleri

Üçüncü kişi lehine sözleşmeler, borçlar hukukunda iki tür olarak belirlenmiştir. Bunlardan ilki, eksik üçüncü kişi lehine sözleşme olup, diğeri ise tam üçüncü kişi lehine sözleşmedir.

³⁶ EREN, s.1147, OĞUZMAN/ÖZ, s.813.

³⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s.813,814.

³⁸ EREN, s.1148, OĞUZMAN/ÖZ, s.816.

³⁹ SCHWENZER, Rz. 86.02, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 3998.

⁴⁰ AKYOL, *Üçüncü Şahıs*, s.100, EREN, s.1131, OĞUZMAN/ÖZ, s.829.

a- Eksik Üçüncü Kişi Lehine Sözleşmeler

Eksik üçüncü kişi lehine sözleşmelerde, üçüncü kişi sadece kendisinin taraf olmadığı sözleşmede taraf olarak yer alan vaadeden borçlunun, kendisine karşı ifa edeceği edimi kabul ile yetkilidir. Bir başka ifadeyle, yerine getirilmeyen vaad konusu için, üçüncü kişi kendi başına vaadedene karşı bir hak talebinde bulunamaz. Yani, bu konuda dava açamaz. Borçlar hukukunda, üçüncü kişi lehine bir sözleşme varsa, tereddüt halinde bunun eksik üçüncü kişi lehine sözleşme olduğu, kural olarak karine kabul edilmektedir (BKm.111/1). Bu nedenle, bir sözleşmenin tam üçüncü kişi lehine sözleşme olduğunu iddia eden tarafın, kanuni karinenin aksini ispatlaması gerekir⁴¹.

b- Tam Üçüncü Kişi Lehine Sözleşme

BKm.111/2'ye bakıldığında “üçüncü şahıs veya o borçta üçüncü kişiye halef olanlar dahi iki tarafın niyetine veya örf ve adete tevafuk ettiği takdirde borcun ifasını şahsen talep edebilirler.” şeklindeki düzenleme, tam üçüncü kişi lehine sözleşmeyi hükme bağlamıştır. Bu tür üçüncü kişi lehine sözleşmelere, tam üçüncü kişi lehine sözleşme denilmektedir. Burada üçüncü kişi, doğrudan sözleşmeden doğan hakkını borçluya yani vaadedene karşı talep hakkına sahip olup, bu konuda dava açabilir. Hatta bu tür sözleşmelerde, vaatettiren alacaklı dahi vaadeden borçluya karşı, ancak üçüncü kişiye ifa edilmek şartı ile talepte bulunabilmekte veya dava açabilmektedir. Bir başka ifadeyle; tam üçüncü kişi lehine sözleşmelerde, sözleşmeden hak doğduğu andan itibaren, vaatettiren alacaklının bu hak üzerinde tasarruf yetkisi (takas, ibra gibi) kalkmaktadır. Tam üçüncü kişi lehine sözleşmede, sözleşme kurulmakla doğan hak, doğrudan doğruya ve aslen üçüncü kişi üzerinde doğmakta olduğundan, üçüncü kişinin böyle bir sözleşmenin kurulmasından haberinin dahi olmasına gerek yoktur⁴².

3- Türün Belirlenmesinde Ele Alınan Kriterler

Üçüncü kişi lehine bir sözleşmenin eksik mi yoksa tam mı olduğunun belirlenmesi, üçüncü kişinin, doğrudan borçlu olan vaadedene karşı dava açıp açamayacağı hususunda önem arz etmektedir. Üçüncü kişi lehine bir sözleşmenin, tam üçüncü kişi lehine olduğunu belirlemek için değişik ölçüler kullanılır.

Bunlardan ilki, tarafların bu konuda *üçüncü kişiye doğrudan talep hakkı vermeleridir*. Bir başka ölçü ise, *vaadeden borçlunun yapılacak olan işte edim menfaatinin olmasıdır*. Bir diğer kriter ise, *üçüncü kişinin hesabına bir paranın yatırılacağına kararlaştırılması* veya böyle bir kararlaştırılma olmasa bile, *vaadeden borçlunun borcun bir kısmına ilişkin parayı üçüncü kişinin*

⁴¹ Bkz;EREN, s.1136. SCHWENZER, Rz. 86.08, 86.09, GUHL/MERZ/KOLLER, s. 164, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 4013vd.

⁴² EREN, s.1130, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 4016, OĞUZMAN/ÖZ, s.828, AKYOL, *Üçüncü Şahıs*, s.100, GUHL/MERZ/KOLLER, s.164.

hesabına yatırması davranışı da, sözleşmenin tam üçüncü kişi lehine olan sözleşme olduğunu gösterir. Veya *tarafların davranışından*, özellikle vaadettirenin davranışından bu anlaşılabilir. Özellikle bir başka kriter ise, *bu konuda örf ve adetin bulunması veya ilgili kanun hükümlerinin* bu hakkı vermesidir. Kısaca ifade etmek gerekirse, yukarıdaki ölçütlerden biri üçüncü kişi lehine sözleşmede mevcut ise, bu sözleşme tam üçüncü kişi lehine sözleşme olmaktadır⁴³.

4- Temsil İlişkisinden Farkı ve Sonuçları

Tam üçüncü kişi lehine sözleşmede, alacak hakkı doğrudan ve bağımsız olarak üçüncü kişinin hukuk alanında doğar. Bu nedenle üçüncü kişi, vaadettirenin ne temsilcisi, ne de ondan alacağı temlik eden kişidir⁴⁴.

Tam üçüncü kişi lehine sözleşmeler ile özellikle doğrudan doğruya temsil kurumu, üçüncü kişilerin sözleşmeden doğrudan doğruya hak elde etmesi bakımından, birbirine benzerlik arzederler. Ancak birçok yönden iki kurum, birbirinden ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, taraf olma bakımındandır. Temsil ilişkisinde temsilci, temsil olunanın doğrudan hak kazandığı sözleşmeyi yapmasına rağmen, sözleşmenin tarafı temsilci değil, temsil olunandır. Üçüncü

⁴³ Tam üçüncü kişi lehine sözleşmelerin tespitinde yararlanılacak kriterler ve özellikle hesaba para yatırılmanın anlamı için bkz: AKYOL, *Üçüncü Şahıs*, s.25-26, özellikle 26. EREN,s.1133, OĞUZMAN/ÖZ,s.822 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Borçlar Hukuku*, s. 23, SCHWENZER, Rz. 86.09, GUHL/MERZ/KOLLER, s.164,165, GAUCH/SCHLUEP/SCHMİD/REY, Rz. 4022, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,s.220vd., Vaadeden borçlunun üçüncü kişi lehine sözleşmede edim menfaatinin olması ölçüsüne ilişkin olarak bkz: 17.9.1957 Tarihli FEDERAL Mahkeme Kararı; karar için bkz; Selim, KANETİ; *İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları*, (1955-1964) I.II, Ankara-1968, s.218,220, Denizcilik Bankası ile taşıyıcı firma arasında yapılan sözleşmede “taşınan malların sahiplerine taşıyıcı tarafından gemiden alındığı gibi teslim edileceğine” dair hükmün tam üçüncü kişi lehine sözleşmeyi içerdiğinden mal sahiplerinin taşıma sözleşmesindeki bu hükmeye dayanarak doğrudan taşıyıcı firmaya alacak davası açabileceklerine ilişkin karar için bkz; Yarg. HGK 7.11.1962T., 35/E 41/K sayılı kararı için bkz; Mustafa Reşit, KARAHASAN; *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler C:5* İstanbul, 2004, s.681vd. Yine aynı yönde Yargıtay’ın 1986 yılında verdiği bir kararda bir tekstil fabrikasının işletilmesi için yapılan sözleşmede “işleten firmanın her hafta ürettiği ürünlerinin satışının belli miktarı aştığında aşan miktarın fabrikanın borçlu olduğu üçüncü kişilere ödeme yapılacağına” ilişkin düzenlemenin tam üçüncü kişi lehine sözleşme olduğu nitelendirilmiş ve üçüncü kişilerin işleten firmaya alacak davası açmaları hukuken uygun bulunmuştur. 11HD.,24.1.1986T., 6096E., 138K, karar için bkz; KARAHASAN, 973-675

⁴⁴ AKYOL,*Üçüncü Şahıs*, s.139, EREN, s.1134, OĞUZMAN/ÖZ, s.831, GUHL/MERZ/KOLLER, s.162, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Borçlar Hukuku*, s.31, SCHWENZER, Rz. 86.11. tam üçüncü kişi lehine sözleşmenin alacağın temlikinden ayrıltilmesi konusunda bkz; SCHWENZER, Rz.86.14, GAUCH/SCHLUEP/SCHMİD/REY, Rz. 4034.

kişi lehine sözleşmede ise vaat ettiren, üçüncü kişiye doğrudan hak kazandıran sözleşmenin asıl tarafıdır. Üçüncü kişi lehine sözleşmede, üçüncü kişi bu sözleşmeden doğrudan hak kazanmakla, sözleşmenin alacaklı tarafı olmamaktadır. Hala taraf olarak sözleşmede vaatettiren kalmaktadır. Vaatettiren bu nedenle, üçüncü kişi lehine hak doğuran sözleşmeden kaynaklanan fesih iptal gibi diğer haklarını kullanabilir.

Üçüncü kişi lehine sözleşmelerde, üçüncü kişinin sözleşmeden haberi olmasına gerek yoktur. Halbuki, temsil ilişkisinin gerçekleşebilmesi için temsil olunanın, temsilciye temsil yetkisi vermiş olması veya baştan vermediyse, yetkisiz temsilci hükümlerine göre sonradan icazet vererek, sözleşmenin kendi adına ve hesabına geçerli olarak kurulmasını sağlamaktadır.

Yine doğrudan doğruya temsilde, hak ve borçlar temsilci üzerinde doğmadığı için temsilcinin temyiz(ayırım) gücüne sahip olması yeterli iken, üçüncü kişi lehine sözleşmede vaatettiren, sözleşmenin gerçek tarafı olduğu için tam fiil ehliyetine sahip olması gerekir.

Bu farklar nedeniyle vaat ettirenin, üçüncü kişinin temsilcisi olduğu düşünülemez. Hemen belirtelim ki; vaadedenin vaatettirenin temsilcisi olarak, üçüncü kişilere bir borcu yerine getirmesi ise tamamen hukuki ilişkileri tersinden okumaktır.

Bu nedenle gerek yapısal, gerekse hukuki sonuçlar açısından, doğrudan doğruya temsil ile üçüncü kişi lehine sözleşme kurumu birbirinden tamamen farklıdır⁴⁵.

5- Defi ve İtirazların İleri Sürülebilmesi

Üçüncü kişinin hak talebine karşılık, sözleşmede vaadeden borçlu, vaatettirene karşı sözleşmenin geçersizliğine dair ileri sürebileceği tüm defi ve itirazları, üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilir. O halde üçüncü kişi, vaadedene karşı alacak davası açtığı anda, vadeden vaatettiren ile aralarındaki sözleşmeye ilişkin ehliyetizlik, irade fesadı halleri, şekil eksikliği, muvazaa, ahlaka veya adaba aykırılık, zamanaşımı gibi defi ve itirazları ileri sürerek, alacak davasının dinlenmesini önleyebilir⁴⁶.

Asıl olan temel ilişkidir. Taraflar bu temel ilişki üzerinde değişiklik yapma, 3. kişinin konumunu güçlendirme veya zayıflatma imkânına sahiptirler⁴⁷. Buna

⁴⁵ Doğrudan doğruya temsil ilişkisi ile üçüncü kişi lehine sözleşmenin farkları açısından bkz; AKYOL, *Üçüncü Şahıs*, s.61-63, EREN,s.1136, OĞUZMAN/ÖZ, s.819, Ayrıca bu iki kurumun farklılığına işaret eden yargı kararı için bkz; 4 HD., 9.1.1979T., 2736E., 68K., sayılı karar için KARAHASAN, s.678-680, SCHWENZER, Rz. 86.12.

⁴⁶ Konuya ilişkin bkz; AKYOL, *Üçüncü Şahıs*, s.210-224, özellikle s.217, EREN,s.1139, OĞUZMAN/ÖZ, s.835. SCHWENZER, Rz. 86.22, BGE 92 II; 10 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 4030.

⁴⁷ SCHWENZER, Rz. 86.20

karşın vaadeden vaatettirenle veya üçüncü kişi ile aralarındaki defi ve itirazları 3. kişiye karşı ileri sürülebilmesine rağmen, vaatettirenle üçüncü kişi arasında mevcut ilişkiden doğan defi ve itirazları ileri süremez⁴⁸.

Buna karşın doktrinde yer alan azınlık görüşüne göre; tarafı olmadığı bir ilişkiden doğan defi ve itirazların, üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi hakkaniyete uygun olmadığı savunulmuştur. Bu görüşün temel dayanağı ise; üçüncü kişi mevcut sözleşmeye tamamen yabancı bir kişi olmasıdır.⁴⁹

IV- İş Hukukunda Nisbilik İlkesi

İş Hukukunda, işçi-işveren ilişkisini düzenleyen borç ilişkisi, iş sözleşmesi olarak düzenlenmektedir. Bu ilişkide gerek işçinin ücrete ilişkin alacak hakkı, gerek işverenin işini gördürmeye ilişkin alacak hakkı, nisbilik ilkesine göre ilişkinin ancak taraflarına karşı ileri sürülebilir.

Her ne kadar alacak hakkının nisbiligi ile alacak hakkının karşılığını oluşturan edimin şahsiliği özelliği farklı olsa da, iş ilişkisinde kural olarak özellikle işçinin ediminin şahsiliği⁵⁰, nisbilik ilkesine mutlak anlam kazandırmaktadır. Bir başka anlatımla; işçinin ediminin şahsiliği nedeniyle işçinin ölümü, iş sözleşmesinden doğan iş görme borcunun mirasçılara geçmesini engeller. Bu nedenle, işçinin iş görme borcu sona erer. Bu sonuç, BKm.320/1 ve 347/1'de "Hilafı mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmağa mecbur olup, başkasına devredemez.", "Hizmet Akdi, işçinin ölümü ile hitam bulunur." şeklinde düzenlenmiştir.

Borçlar hukuku açısından, yukarıda belirtilen nisbilik ilkesinin dışı yansıyan özellikleri, iş sözleşmesinden doğan alacak haklarının nisbiliginde de aynen geçerlidir.

Bunun yanında yine borçlar hukukunda, borç ilişkisinden doğan alacak hakkının nisbilik ilkesine getirilen iki istisnai kurumunda, iş hukukunda değişik iş ilişkilerinde görüldüğünü belirtmeliyiz.

⁴⁸ OLGAC, s.498.

⁴⁹ Carl, GAREIS ; *Die Verträge zu Gungsten Dritter*, Würzburg, 1873, s.242, (AKYOL, *Üçüncü Şahıs*, s.218'den naklen) Doktrindeki bu görüşlerin değerlendirmesini ileride ele alarak iş hukuku ilişkilerinde hangisinin benimsenmesi gerektiğini ortaya koymaya çalıştık.

⁵⁰ İş hukukunda işçinin en önemli borcu vasıflı olsun ya da olmasın aksi kararlaştırılmadıkça veya durumdan aksi anlaşılmadıkça işi bizzat kendisinin yerine getirmesidir. Konuya ilişkin geniş bilgi için bkz; Nuri, ÇELİK; *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 19. baskı, İstanbul, 2006 s.121, Hamdi, MOLLAMAHMUTOĞLU; *Hizmet Sözleşmesi (Kuruluş, İçerik ve Sona Erme)*, Ankara, 1995, s.23,24. MOLLAMAHMUTOĞLU, *İş Hukuku*, s.341-343, Sarper, SÜZEK; *İş Hukuku*, İstanbul, 2005, s.265.

A- Takım Sözleşmesine, Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt Sözleşmesi Açısından Bir Yaklaşım

1-Genel Olarak

Takım sözleşmeleri, daha çok çalışma hayatında grup olarak yapılan inşaat, tarım, taşıma ve müzik grubları ya da gösteri işlerinde kullanılan bir sözleşme türüdür⁵¹. Takım sözleşmesinde, sözleşmeyi yapanın özellikle takım içinden bir işçinin (takım kılavuzu) olması şartı, dışarıdan bir kişinin işçi istismarı yapmasının önüne geçilmesi için aranmaktadır⁵².

Takım sözleşmesi Türk hukukunda ilk defa, 1936 tarihli 3008 sayılı İş Kanununun 11. maddesinde düzenlenmiştir. Bugüne kadarki düzenlemelere bakıldığında, 931, 1475 ve 4857 sayılı İş Kanunlarında da yerini bulan takım sözleşmesine ilişkin hükümlerin, genel anlamda birbirinden bir farkı olmadığı, kendini göstermektedir⁵³.

2-Takım Sözleşmesinin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

Günümüze kadar olan İş Kanunlarında, takım sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin esasına ilişkin önemli bir değişiklik olmadığı için, 3008 sayılı kanun döneminde dahi doktrindeki konuya ilişkin görüşler, önemini korumaktadır.

a- Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Görüşü

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt görüşüne göre; takım sözleşmesinin hukuki niteliği *üçüncü kişinin fiilini taahhüt* olduğudur. Bu görüşün en önemli dayanağı ise, kanuni düzenlemede takım temsilcisinin sorumluluğunun açıkça, üçüncü kişinin edimini taahhüdün düzenlendiği Bkm.110. maddeye gönderme yapılmasıdır⁵⁴. Bu görüşe yönelik olarak bizimde katıldığımız *karşı* görüşe göre, üçüncü kişinin

⁵¹ Çalışma hayatında, aynı şartlara tabi iş sözleşmelerini kısa bir zamanda birden çok işçiyle yapılması bakımından takım sözleşmesi, kullanılmaktadır. EKONOMİ, s.89.

⁵² Kenan, TUNÇOMAĞ; “*Takım Sözleşmesi*”, İÜHF, C:36, S:1-4, 1971, s.315, Kenan, TUNÇOMAĞ, Tankut, CENTEL; *İş Hukukunun Esasları*, İstanbul, 2003, s.71, SÜZEK, *İş Hukuku*, s.214, MOLLAMAHMUTOĞLU, *İş Hukuku*, s.274. Öner, EYRENCİ,/Savaş, TAŞKENT,/Devrim, ULUCAN; *Bireysel İş Hukuku*, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul, 2006, s.80. Nizamettin, AKTAY/Kadir, ARICI/Emine Tuncay, KAPLAN; *İş Hukuku*, Ankara, 2006, s.96. İsviçre ve Alman hukuklarında takım sözleşmesi ve benzer kurumlara ilişkin bilgi için bkz; TUNÇOMAĞ, 311vd. AKYİĞİT, *İş Kanunu Şerhi (C:1)*, s.580vd. Ayrıca takım sözleşmesinin ödünç iş ilişkisi gibi üçlü bir ilişki olma ve üçüncü kişinin edimini taahhüt anlamında benzer yönleri ve farklı yönlerine ilişkin geniş bilgi için bkz; AKYİĞİT, *İş Kanunu Şerhi (C:1)*, s.582vd.

⁵³ MOLLAMAHMUTOĞLU, *İş Hukuku*, s.275.

⁵⁴ TOLGA ve ESEN’in görüşü için bkz; Necip, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; “*Takım Sözleşmesinin ve Takım Kılavuzunun Hukuki Mahiyetleri*”, İHF, C:XXX, S:1-2, s.922.

edimini taahhüt sözleşmelerinde temsil ilişkisi olmamasına rağmen, takım sözleşmesinde takım kılavuzu, işçiler adına ve hesabına hareket eden bir temsilci görünümündedir⁵⁵. Kanunda da bu temsil ilişkisi, “takımı temsilen” ifadesiyle belirtilmektedir (4857İşK.m.16/1). Bu nedenle takım sözleşmesini, doğrudan üçüncü kişinin edimini taahhüt sözleşmesi olarak nitelemek, pek doğru gözükmemektedir. Kanımızca, kanun koyucunun BKm.110’a yaptığı atfın asıl amacı, takım sözleşmesinin niteliğini belirlemek değil, sonuca ilişkin hüküm bağlamaktır.

b- Yetkisiz Temsil Görüşü

Bu görüşe göre ise, takım sözleşmesi *yetkisiz temsil ilişkisine* göre değerlendirilmelidir. Takım sözleşmesinde, sözleşme gereği işe başlayan işçiler, işe başlamakla kendi adlarına ve hesaplarına yapılan takım sözleşmesine, icazet vermiş olmaktadır. Kanunun BKm.110’a atfı yapması, takım sözleşmesinin üçüncü kişinin edimini taahhüt niteliğinde olduğunu değil sadece ortaya çıkan zararın tazmini için getirilen bir düzenlemedir⁵⁶.

c-Vekalet İlişkisi Görüşü

Bu görüşe göre ise, takım sözleşmesinde takım kılavuzu ile takıma dahil işçiler arasında ortaya çıkan ilişki, *vekalet ilişkisidir*. Takım kılavuzu ile işveren arasındaki ilişki ise, üçüncü kişinin edimini taahhüt niteliğindedir. Böyle olduğu için kanun koyucu, takıma dahil işçiler işe başlamazlar ise, bu nedenle takım kılavuzu üçüncü kişinin edimini taahhüt eden olarak sorumlu olduğunu açıkça düzenlemiştir. Bu görüşe göre, takım sözleşmesini yetkisiz temsil olarak nitelemek mümkün değildir. Çünkü takım işçilerinin, çalışma hayatında yapılan takım sözleşmesinden haberlerinin olmaması mümkün değildir. Bu nedenle, takım kılavuzunun yetkisiz temsilci olması mümkün değildir. Ayrıca yetkisiz temsilde, temsilci başkası adına ve hesabına işlemler yaparken, takım sözleşmesinde takım kılavuzu hem kendi adına hem de başkası adına işlem yapmaktadır. İşçilerin işe başlamakla icazet verdiği sözleşme, takım sözleşmesi mi yoksa iş sözleşmeleri mi olduğu sorunu da önem arz etmektedir. Ayrıca takım sözleşmesini yetkisiz temsilcilik olarak belirlendiğinde, takım kılavuzunun BK.m. 39’a göre sorumlu olması gerekirken, kanun koyucu BKm.110. madde de düzenlenen üçüncü kişinin edimini taahhüt hükümlerinin geçerli olacağını belirtmiştir.⁵⁷

⁵⁵ TUNÇOMAĞ, s.316,317.

⁵⁶ Halid Kemal, ELBİR; “*Takım Mukavelesi ve Takım Kılavuzunun Hukuki Mahiyeti*”, Sosyal Hukuk ve İktisad Mecmuası, Y:2, S:14, s.70,71.

⁵⁷ Ferit Hakkı, SAYMEN , *Türk İş Hukuku*, İstanbul,1954, s.386.

d- Temsil İlişkisi Görüşü

Doktrinde bir başka görüşe göre, takım sözleşmesinin hukuki niteliği doğrudan doğruya *temsil ilişkisi*dir. Kanunda takım kılavuzunun işverene karşı olan sorumluluğunun BKm.110'a göre belirlenmiş olması, sadece tazmin ve sorumluluk açısından olup, bu düzenleme takım sözleşmesine hukuki nitelik kazandıran bir hüküm değildir⁵⁸.

Takım sözleşmesinde, işçilerin ancak işe başlamakla kendi nam ve hesaplarına yapılan iş sözleşmeleri ile bağlanmaları, yetkisiz temsil kurumunu akla getirebilir. Halbuki işçiler, takım kılavuzunun kendi nam ve hesabına işlem yaptıklarını bilmektedirler. Burada en önemli sorun, takım sözleşmesi gereği işçilerin işe başlama davranışlarının nitelendirilmesinde yatmaktadır⁵⁹.

“İşe başlama” yetkisiz temsilde ele alınan bir icazet olmayıp, iş sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurmasına bağlanmış *kanuni bir şarttır*. Yapılan şey, *temsil aracılığıyla kanuni şarta bağlanmış bir iş sözleşmesidir*. Yani buradaki kanuni şart, işçilerin işe başlamasıdır. Bir başka ifadeyle; doğrudan doğruya temsil ilişkisi ile bir temsilci başkası nam ve hesabına geciktirici şarta bağlı bir hukuki işlem yapmaktadır⁶⁰. Ancak, takım işçilerinin takım sözleşmesine ilişkin takım kılavuzuna açık veya sarahaten verdikleri bir yetkilendirme yoksa, o zaman yetkisiz temsil hükümleri geçerli olur (BKm.38). Yine de takım sözleşmesi gereği işçilerin işe başlamaları, mutlaka icazet anlamını taşımaz. İşçilerin daha önce takım sözleşmesine icazetleri söz konusu olabileceği gibi, daha önce icazet vermemişler, fakat işe başlamışlar ise o halde, işe başlama hem icazet hem de takım sözleşmesi ile kurulan kanuni şarta bağlı iş sözleşmesinde, kanuni şartın gerçekleştiği anlamına gelir⁶¹.

Takım sözleşmesinde doğrudan doğruya yetkili temsilci takım kılavuzu, temsil olunanlar ise işçilerdir. İşçilerin kendi nam ve hesaplarına yapılan iş sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurması, ancak işe başlamaları ile (geciktirici şart) mümkündür. Bunun yanında takım kılavuzunun ise iş sözleşmesinin kendisini bağladığı an, işe başladığı an değil, takım sözleşmesini imzaladığı andır. Eğer takım kılavuzu işe başlamaz ise, sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlu olur. Diğer işçiler işe başlamazlar ise, üçüncü kişinin edimini taahhütten dolayı takım kılavuzu, BKm.110'a göre sorumlu olur⁶².

Bir başka konu ise, takıma dahil olan işçilerin yaptıkları iş dolayısıyla veya tarafların takım sözleşmesinde kararlaştırmış olmaları nedeniyle, tüm işçilerin işe başlaması ile işverenin alacak menfaati karşılanabiliyorsa, o halde işçilerin iş

⁵⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, “Takım sözleşmesi”, s.926.

⁵⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, “Takım sözleşmesi”, s.927.

⁶⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, “Takım sözleşmesi”, s.927.

⁶¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, “Takım sözleşmesi”, s.929,930.

⁶² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, “Takım sözleşmesi”, s.928

sözleşmesi ile bağlanması sadece takım kılavuzunun işe başlaması ile değil, tüm işçilerin işe başlaması ile gerçekleşmektedir. Bir başka ifadeyle; kanuni şart olan işe başlama, burada bir bütünlük arz etmektedir⁶³. Sonuç olarak, takım sözleşmesi tek bir sözleşme olmayıp, hem takım kılavuzunun hem de temsil ettiği işçilerin birden fazla iş sözleşmelerini içeren bir sözleşmedir. Kısaca, “takım işçileri ile yapılan iş sözleşmeleri” demek mümkündür⁶⁴.

e- Birleşik Sözleşme Görüşü

Takım sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin bir başka görüş ise, *birleşik sözleşme* görüşüdür⁶⁵. Bu görüşe göre takım sözleşmesini, iş sözleşmesi ve başkasının edimini taahhüt sözleşmesi oluşturur. Bu iki sözleşme, durumları gereği birbirine bağlıdır. Takım sözleşmesinde takım kılavuzunun işverenle girdiği ilişki, üçüncü kişinin edimini taahhüt iken, buna bağlı olarak işçilerin işverenle girdikleri ilişki, iş ilişkisidir. Kanundaki “takımı temsilen” ifadesi, teknik bir ifade değildir. Çünkü tüzel kişiliği olmayan takımın, bu anlamda temsili mümkün değildir. Genelde bu tür işçi takımları arasındaki ilişki, adi ortaklık ilişkisidir⁶⁶. Eğer takım sözleşmesinde temsil ilişkisi olsaydı, kanun koyucu açıkça BKm.110. maddeye atıf yapmazdı. Bu görüşe göre, takım kılavuzu ile işveren arasında takım sözleşmesi yapıldığı an, iş sözleşmesi meydana gelir. Diğer işçiler açısından ise, takım kılavuzu ile işveren arasında üçüncü kişinin edimini taahhüt sözleşmesi meydana gelir. Eğer işçiler buna bağlı olarak işe başlamazlar ise, işveren BK.m.110’a göre takım kılavuzundan müsbet zararını talep edebilir⁶⁷.

⁶³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, “*Takım sözleşmesi*”, s.929.

⁶⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, “*Takım sözleşmesi*”, s.931.

⁶⁵ Birleşik sözleşme, iki sözleşme türünün tarafların serbest iradeleri ile ortak bir amaç etrafında birbirine bağlı duruma sokulmasıdır. Bu bağlanma sözleşmelerin bağımsızlığını ortadan kaldırmadığı için her bir sözleşmeye kendi kuralları uygulanır. Cevdet, YAVUZ; *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, İstanbul, 1997, s.19vd.

⁶⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, “*Takım sözleşmesi*”, s.930, aynı görüş, TUNÇOMAÇ, s.320.

⁶⁷ Takım sözleşmesinde takım kılavuzu ancak mazereti olmaksızın işe başlamayan işçilerin davranışlarından dolayı işverene karşı sorumludur. Aksine mazereti olmayan işçilerin işe başlamamasından sorumlu değildir. İlhan Cevdet, GÜNAY; *Şerhli İş Kanunu Şerhi (1475)C:I*, Ankara, 1998, s.321. Yazarın bu görüşünde mazeret terimi kanımızca haklı neden olarak değerlendirilebilir. Ancak yine de bu görüş tartışmalıdır. Çünkü işçinin kendi şahsında ortaya çıkan bir olayın mazeret olarak ileri sürülmesi şahsi defî ve itirazların bir başkası tarafından ileri sürülmesine yol açar ki bu sonuç sözleşme hukukunda alacağın temlikî borcun nakli gibi üçlü ilişkilerde dahi mümkün değildir. Buna karşın işçinin işe başlamaması işverenin takım sözleşmesi yapılırken sözleşme görüşmeleri sırasında çalışma şartlarına ilişkin bilgi verme ve aydınlatma sorumluluğunun yerine getirilmemesine dayanıyorsa bu halde takım kılavuzu işçinin bu haklı nedenini işverene karşı ileri sürebilir. Çünkü bu işçinin şahsî bir defî veya mazereti değil kurulmak istenen sözleşmenin görüşmelerine dayanmaktadır.

İşçiler takım sözleşmesine uygun olarak işe başladıklarında ise, her bir işçi ile işveren arasında bağımsız iş sözleşmeleri meydana gelir⁶⁸. Bir başka anlatımla; takım kılavuzunun işverenle yaptığı sözleşme, aynı zamanda kendisinin de iş sözleşmesini oluşturmakla beraber, aynı sözleşme, diğer işçiler için üçüncü kişilerin edimini taahhüt anlamına gelmektedir. Bu işçilerinde, kanuni düzenlemeye göre ancak işe başlayınca işverenle aralarında iş sözleşmeleri meydana gelir. Buna karşın, takım kılavuzunun iş sözleşmesi, takım sözleşmesi yapılıncaya meydana gelip, takım kılavuzunun işe başlaması şartına gerek yoktur⁶⁹. Böylece takım sözleşmesi ile işveren bir grup işçi ile ve işçi sayısınca iş sözleşmeleri yapmaktadır⁷⁰.

f- Çerçeve Sözleşme Görüşü

Çerçeve sözleşmesi görüşüne göre ise, takım sözleşmesi bir iş sözleşmesi türü değildir. Takım sözleşmesi, takımda yer alan işçilerin iş sözleşmelerine yönelik çerçeve sözleşmedir. Bu nedenle işçiler, iş sözleşmesi yapmaya zorlanamaz. Buna katlanacak olan takım kılavuzudur⁷¹.

3- Takım Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Nitelendirmeye İlişkin Görüşümüz

Kanuni düzenlemeye göre takım sözleşmesi; “Birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen bu işçilerden birinin, takım kılavuzu sıfatıyla işverenle yaptığı sözleşmeye”denir. “Takım sözleşmesinin, oluşturulacak iş sözleşmeleri için hangi süre kararlaştırılmış olursa olsun, **yazılı yapılması** gerekir⁷². Sözleşmede her işçinin kimliği ve alacağı ücret ayrı ayrı gösterilir. Takım sözleşmesinde isimleri yazılı işçilerden her birinin işe başlamasıyla, o işçi ile işveren arasında takım sözleşmesinde belirlenen şartlarla, bir iş sözleşmesi yapılmış sayılır. Ancak, takım sözleşmesi hakkında, Borçlar Kanununun 110 uncu maddesi hükmü uygulanır. İşe başlamasıyla iş sözleşmesi kurulan işçilere ücretlerini işveren veya işveren vekili, her birine ayrı ayrı ödemek zorundadır. Takım kılavuzu için, takıma dahil işçilerin ücretlerinden işe aracılık veya benzeri bir nedenle kesinti yapılamaz”(İşKm.16).

⁶⁸ TUNÇOMAĞ, s.321, EKONOMİ, s.90.

⁶⁹ SÜZEK, *İş Hukuku*, s.214.

⁷⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, *İş Hukuku*, s.276, AKYİĞİT, *İş Kanunu Şerhi (C:I)*, s580, GÜNAY, aynı görüşe benzer bir şekilde takım sözleşmesi; “birden çok işçiyi temsilen takım kılavuzu sıfatıyla bir işçinin işverenle yaptığı yazılı bir hizmet sözleşmesidir.”, GÜNAY, s.320.

⁷¹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.81.

⁷² Yazılı şekil geçerlilik şekli olup ancak ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması şeklinde olduğunda şekil kuralı aşılabilir. TUNÇOMAĞ, s.315.

Görüldüğü gibi İş Kanunu doğrudan doğruya takım sözleşmesinin kendine özgü şartlarını belirledikten sonra, takım sözleşmesine BKm.110 hükmünün uygulanacağını açıkça hükme bağlamıştır.

Takım sözleşmesi doktrinde, iş sözleşmesi ile üçüncü kişinin edimini taahhüt sözleşmesini içeren birleşik bir sözleşme olduğu ileri sürülmektedir⁷³.

Ancak burada hemen belirtmemiz gerekir ki; üçüncü kişinin edimini taahhütte, taahhüt eden ile edimi taahhüt edilen arasında bir temsil ilişkisi yoktur⁷⁴. İş Kanunu'ndaki takım sözleşmesinin tanımının verildiği düzenlemeye bakıldığında, "Birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı *temsilen*"denilerek, açıkça bir işçi topluluğu içinde bir işçinin diğerlerini temsilen, işverene karşı taahhütte bulunduğu belirtilmektedir. Sonuç olarak, temsil ilişkisinin olduğu yerde ise başkasının edimini taahhüdün bulunması mümkün değildir.

Takım kılavuzunun buradaki temsil ilişkisi dolaylı bir temsil mi, yoksa doğrudan mı olduğu tartışılmalıdır. Eğer bu ilişki dolaylı temsil ilişkisi olarak nitelenirse, temsilci olan işçi takım sözleşmesini temsil ettiği işçiler hesabına fakat kendi adına yapmaktadır. Bilindiği gibi dolaylı temsilde temsilci, temsil ilişkisini karşı tarafa bildirmesine gerek yoktur. Çünkü yapılan sözleşmeden doğan borç ve alacaklar, önce temsilci üzerinde doğmakta olup, daha sonra temsilci bunları borcun nakli ve alacağın temlikli sözleşmeleri ile temsil olunana devretmektedir. Buna karşın söz konusu ilişki doğrudan doğruya temsil olarak nitelenirse, doğrudan doğruya temsilde, temsilci (takım kılavuzu) hukuki işlemleri temsil olunan adına ve hesabına yaptığı için alacak ve borçlar temsil olunan üzerinde doğar. Ayrıca kural olarak temsilci olduğunu, hukuki işlem yaptığı karşı tarafa bildirmesi gerekir⁷⁵.

Kanundaki düzenlemeye bakıldığında, takım sözleşmesinin hangi işçiler adına yapılıyorsa, bunların adlarının yazılı şekilde belirlenmiş olması gerektiği şart olarak getirildiği için, temsil ilişkisinin bu anlamda sözleşmenin diğer tarafına tabii olarak bildirilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. O halde burada, doğrudan doğruya temsil ilişkisi olduğu söylenebilir.

Doğrudan doğruya temsil ilişkisinde, karşı tarafla yapılan sözleşmeden doğan borç ve alacaklar temsilci üzerinde değil, doğrudan temsil olunan üzerinde doğmaktadır. O halde takımı temsil eden takım kılavuzu, aslında temsil ettiği işçiler için yaptığı bu sözleşmeye işçiler uymadığında, temsilci olan takım kılavuzunun bundan BKm.110 gereği sorumlu tutulması iki kurumun özelliği gereği birbiri ile çatıştığı için mümkün değildir.

Sonuç olarak kısaca, kanuni düzenlemede takım kılavuzunun doğrudan doğruya temsil ilişkisi içinde yaptığı takım sözleşmesinden doğacak ihtilaflarda

⁷³ TUNÇOMAĞ/CENTELE; s.72, ÇENBERCİ, s.216., MOLLAMAHMUTOĞLU, *İş Hukuku*, s.276.

⁷⁴ Aynı görüş için bkz; TUNÇOMAĞ, s.315.

⁷⁵ Konuya ilişkin bkz; EREN s.396-399.OĞUZMAN/ÖZ, s.167,168.

BKm.110. maddesinin uygulaması, gerçekten eleştiriye çok açıktır. Ancak doktrinde, bu düzenlemenin takım sözleşmesinin hukuki niteliği üzerinde bir bağlayıcılığı olmadığı, sadece takım kılavuzunun işveren karşısında sorumluluk-tazmin ilişkisi için getirildiği, hakim bir görüş olarak benimsenmiştir⁷⁶.

Kanımızca, üçüncü kişinin ediminin taahhüt ilişkisini düzenleyen BKm. 110 yerine, doğrudan doğruya temsil ilişkisini düzenleyen BKm.32-40 arası maddelerin, takım sözleşmesine ilişkin İş Kanununda düzenlemeyen haller için geçerli olacağı hükme bağlanması, daha uygun olurdu. Çünkü temsil ilişkisinin açıkça bulunduğu takım sözleşmesini, üçüncü kişinin edimini taahhüt gibi özellikle temsil ilişkisinin olmadığı yerlerde ortaya çıkması gereken bir kurumla tamamlamaya çalışmak, gerçekten manidar bir durum yaratmaktadır. Burada önemli olan birbirine benzer kurumların hüküm olmayan hallerde diğerine uygulanabilmesidir.

Tartışılması gereken bir başka konu, acaba işçi takım sözleşmesine dayanarak işe başladıktan sonra, haklı veya geçerli bir nedeni olmadan veya işveren özellikle sözleşmeyi çekilmez hale sokan haklı bir nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetse, veya feshetmediği halde işçinin davranışları nedeniyle ortaya çıkan zararına ilişkin olarak işveren, takım kılavuzuna BKm.110'a göre talepte bulunabilir mi?

Bu soruya BKm.110 anlamında olumlu cevap vermek gerekir. Çünkü taahhüt edilen üçüncü kişinin davranışı, sadece davranışa başlama değil, davranışın belli bir süreç içinde hukuka uygun olarak yerine getirmeyi de içermektedir. Buna karşın İş Kanunu'nda düzenlenen takım sözleşmesine ilişkin hükümlere bakıldığında, işçi takım sözleşmesine dayanarak işe başladığında, artık takım sözleşmesinden sıyrılmakta olup, şartları takım sözleşmesine göre belirlenmiş ayrı ve bağımsız bir sözleşmenin ortaya çıktığı görülmektedir. Takım sözleşmesinde, her bir işçinin adının ve alacağı ücretin ayrı ayrı gösterilmesi zorunluluğu ve ücretin her bir işçiyeye ayrı ayrı ödeneceği hükmü de, takım sözleşmesi içinde yer alan iş sözleşmesinin, bağımsız olduğunun dayanaklarından birisidir. (İşKm.16/2,3,4) Bu düzenleme nedeniyle, üçüncü kişinin edimini taahhüt sözleşmesinin aynen takım sözleşmesine uygulanması, İş Kanununda getirilen düzenlemeye aykırılık teşkil etmektedir. Görüldüğü gibi İş Kanununda her ne kadar takım sözleşmesinin sonuçlarına ilişkin olarak BKm.110'un uygulanması gerektiği düzenlense de, bunun aynen uygulanmasını İş Kanunu'ndaki ayrı düzenlemeler engellemektedir (İşKm.16/2,3,4) .

Sonuç olarak, işçiler işe başlamadıklarında, kanuni düzenleme bu davranışın müsbet sorumluluğunu takım kılavuzuna yüklemiştir. Halbuki takım kılavuzu da diğer işçiler gibi aynı işçi gurubu içinden bir işçi olup, ortaya çıkan zararı nasıl karşılayacağı sorun teşkil eder. Bunun yerine, takım kılavuzu taahhüt eden değil de, doğrudan doğruya temsilde temsilci olarak değerlendirilirse, takım

⁷⁶ SAYMEN, 387, ELBİR, 72,73.

sözleşmesine uymayan her işçi, kendi davranışından işçi olarak sorumlu olur. Böyle bir çözüm görüldüğü gibi daha gerçekçi ve hakkaniyete uygun bir sonuç yaratmaktadır. Bu yaklaşım aynı zamanda, çalışma hayatının hukuki güvenliğinin sağlanması ve takım sözleşmesinin daha geniş uygulama alanı bulmasını sağlar kanısındayız.

B- Ödünç(geçici) İş İlişkisine, Üçüncü Kişi Lehine Sözleşme Kurumu Açısından Bir Yaklaşım.

Endüstri ilişkilerinde ortaya çıkan ve inceleyeceğimiz bir başka istihdam ilişkisi ise, *ödünç iş ilişkisi*dir. İşverenler özellikle, işe göre işçi çalıştırma, işletmenin idari ve teknik organizasyonunu düzenlemek için başka işletmeden geçici işçi transferi yapma⁷⁷ veya geçici işsizlik durumlarında⁷⁸ istihdamda esneklik yaratma amacıyla, ödünç işçilik kurumuna başvurumaktadırlar⁷⁹.

Bu kısımda asıl amacımız, ödünç iş ilişkisini tüm yönleriyle ortaya koymak değildir. Bu nedenle üzerinde durmak istediğimiz ilişki, ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işverenle-ödünç(geçici) işçi arasındaki ilişkinin hukuki yapısını incelemektir.

1-Tanımı ve UNSURLARI

Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi söz konusu ilişkiye, ödünç iş ilişkisi (Leiharbeitsverhältnis)⁸⁰ denmesi kurumun içeriğini yansıtmaya açısından daha uygundur⁸¹.

Ödünç iş ilişkisi esas olarak ilk defa, 1950 tarihinde, İsviçre Federal Mahkemesinin kararına⁸² konu olmuştur. Bizde ise Yargıtay'ın 1965 yılında

⁷⁷ Holding içindeki şirketlerde de ödünç iş ilişkisi kurulabilir. SÜZEK, İş Hukuku, s.229.

⁷⁸ Polat, SOYER; *“İşçinin Bir Başka İşverenin Yanında Çalışması ve Bireysel İş Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar”*, Yasa Hukuk Dergisi, C:III, S:3, Mart, 1980, s.341.

⁷⁹ Ercan, AKYİĞİT; *İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi*, Kamu-İş, Ankara, 1995, s.14.

⁸⁰ SOYER, *“Başka İşverenin Yanında Çalışma”*, s.339. Fransız hukukunda ise söz konusu çalışma şekli kavramsal olarak “Le Travail Temporaire”ifade edilmiş olup, kavramın Türkçe olarak tam karşılığı, “geçici çalışma”şeklindedir. Serkan, ODAMAN; *Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi*, İstanbul, 2007, s.283. Fransız hukukunda ödünç iş sözleşmesinin kavramsal ve terimsel tanımı ve kanuni düzenlemesine yönelik geniş bilgi için bkz; ODAMAN, s.283-333.

⁸¹ Türk hukukunda konuyu monografik bir şekilde inceleyen AKYİĞİT söz konusu ilişki için “ödünç iş ilişkisi”ve “başkasına işçi verme”kavramını kullanmıştır. Bkz; AKYİĞİT, *Ödünç İş İlişkisi*, s.32. ODAMAN'da geçici iş ilişkisi yerine ödünç iş ilişkisi kavramının tercih edilmesi yönünde görüş bildirmiştir. ODAMAN, s.15.

⁸² Jdt 1955I, 509-510. AKYİĞİT, *Ödünç İş İlişkisi*, s.15'ten alınmıştır. Bu kararda ödünç alan işverenle işçi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ile ödünç alan işverenin işyerinde meydana ödünç işçi tarafından meydana getirilen zarardan kimin hangi sıfatla sorumlu olacağı hükmü bağlanarak işçi ile ödünç alan arasındaki hukuki ilişki ortaya konulmaya çalışılmıştır.

verdiği ilk kararda⁸³, konuyla ilgili olgular görülmektedir. Daha sonra Yargıtay'ın 1967 tarihli bir kararında da⁸⁴ ödünç iş ilişkisi tekrar ele alınmıştır. Ancak Yargıtay bu kararında, ilişkinin hukuki niteliği üzerinde bir görüş belirtmediği gibi, sorun hakkında tatmin edici bir çözüm de getirememiştir⁸⁵.

Öncelikle şunu belirtelim ki; ödünç iş ilişkisi “*üç köşeli*” veya “*üçlü bir hukuki ilişki*”yi ortaya çıkarmaktadır⁸⁶. Bu üçlü ilişkinin içinde ise, birden çok hukuki ilişki yer almaktadır. Bunlardan **ilki**; ödünç veren işveren ile işçi arasında var olan hukuki ilişkidir. Bu ilişkinin hukuki niteliği, bilindiği üzere bir iş sözleşmesidir. *İkinci ilişki ise*; ödünç veren (verleiher) işveren ile ödünç alan (entleiher) işveren arasındaki ilişkidir. Burada ödünç veren işveren geçici olarak işçisini çoğu zaman ivazlı, nadir olarak ise ivazsız bir şekilde diğer işveren olan ödünç alan işverene vermektedir. İki işveren arasındaki ilişkiye *ödünç işçi verme sözleşmesi* (iş sağlama sözleşmesi veya hizmet sağlama sözleşmesi) denmektedir. *Üçüncü ilişki ise*; ödünç işçi (Leiharbieter) ile ödünç alan işveren arasındaki hukuki ilişkidir.

4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesinde geçici iş ilişkisi başlığı altında ödünç iş ilişkisi düzenlenmiştir. Biz burada geçici yerine ödünç iş ilişkisi demeyi daha uygun bulmaktayız. Kanundaki düzenlemeye göre ödünç iş ilişkisi, işçinin rızası alınmak şartıyla devir sırasında, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya ödünç verilen işçinin yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılmak koşuluyla, başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak verildiğinde ödünç iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. Görüldüğü gibi ödünç işi ilişkisinin gerçekleşmesi için işçinin yazılı rızası ile geçici olarak bir başka işverene verilmesi yeterlidir. Kanuni düzenlemede, holding bünyesinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka işyerine verilmesinde, işçinin halen yapmakta olduğu işe benzer bir işe verilmesi şartı konulmamıştır. Bu durum dışında, başka bir işverene verilmesinde ise, halen yaptığı işe benzer bir işte çalıştırılması koşulu getirilmiştir (İşK. m.7/2).

2- Ödünç İşçinin Ödünç Veren İşverenle Olan İlişkisinin Hukuki Niteliği

Öncelikle şunu belirtmemiz gerekir ki; ödünç veren işverenle ödünç işçi arasında mutlaka bir iş sözleşmesi olması gerekir. 4857 sayılı İş Kanununda da bu şart “iş sözleşmesi devam etmekle beraber...” şeklinde düzenleme yapılarak belirtilmiştir (İşK. m.7/1). *Çünkü bu özellik, ödünç iş ilişkisini iş aracılığından*

⁸³ Yarg. 9HD. 31.5.1965T, E.,2930, K.,4725, Mustafa, ÇENBERCİ, s.130.

⁸⁴ Yarg. 9HD., 4.12.1967T, E.,8620E, K.,11393, Ercan, AKYİĞİT; “*Ödünç İş İlişkisinin Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Görünümü*”TÜHİS, C:13, Şubat-1996, s.2.

⁸⁵ SOYER, “*Başka İşverenin Yanında Çalışma*”, s.339.

⁸⁶ SÜZEK, *İş Hukuku*, s.249. Üçlü iş ilişkileri ve yargı kararlarına ilişkin Geniş bilgi için bkz; Güven Osman, ÇANKAYA/Şahin, ÇİL; *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, Ankara-2006. ODAMAN, s.24.

*ayırmaktadır*⁸⁷. Ödünç işçi verme faaliyeti, eğer meslek edinilmemiş şekilde ise iş sözleşmesi mutlaka gereklidir. İşçinin ödünç verilmesi işçinin yazılı rızası ile gerçekleşmektedir⁸⁸. Bu rıza ya aradaki iş sözleşmesinde kayıt olarak konmakta ya da sonradan işçi ile işverenin anlaşması sonucu ortaya çıkmaktadır. Burada işveren ile işçi yerine getirilecek hizmetin bir başka işverenin emrinde yapılacağını kararlaştırmaktadırlar. Ödünç iş ilişkisinde mutlaka işçinin gerek iş sözleşmesinde, gerekse toplu iş sözleşmesinde veya sonradan yapılacak bir anlaşma ile veya zımnen bir kabulünün aranması şarttır⁸⁹.

Bizimde katıldığımız görüşe göre; işçi ile işveren arasında başka işverenlere ödünç verilmeyi içeren hukuki işlem, bir bakıma üçüncü kişi lehine sözleşme kurumuna birçok yönden benzemektedir⁹⁰. Burada üçüncü kişi, ödünç alan işverendir. Üçüncü kişiye karşı (diğer işveren) edimini vadeden ödünç verilen işçi olup, vaatettiren ise ödünç veren işverendir. Vadeden işçi ile vaatettiren işveren arasında başka bir işverene ödünç verilmeye dair işçinin yazılı rızası ile yapılan sözleşme, üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olmaktadır. Ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında, klasik bir iş sözleşmesi olmamasına rağmen, ödünç alan işverenin ödünç aldığı işçiden iş görmesini isteme hakkı ile buna ilişkin yönetim ve talimat verme yetkisinin olması (İşm.7/1 son cümle) tam üçüncü kişi lehine sözleşme özelliğini göstermektedir. Ödünç alan işverenin ödünç işçiden iş görmesini isteme yetkisinin, iki işveren arasında yapılan ödünç işçi verme

⁸⁷ ODAMAN, s.36, 81

⁸⁸ AKYİĞİT, *Ödünç İş İlişkisi*, s.90, CENTEL, *İş Hukuku*, s.63, Acaba ödünç işçi verme sözleşmesine işçi aleyhine hükümler konabilir mi? Daha önce belirttiğimiz gibi alt işveren ilişkisinde alt işverenlik kurumunu kuran vekalet ya da istisna sözleşmelerine işçiler aleyhine konan hükümler işçiler için geçerli olmamaktaydı. Bu hükümler sadece iki işveren arasında geçerli olmaktaydı. Bunun en önemli sebebi iki taraf sözleşme dışında olan işçinin (üçüncü kişinin) aleyhine hüküm koyamamalarıdır. Geniş bilgi için bkz; AKYOL, *Üçüncü Şahıs*, s.1vd., EREN, *Borçlar Hukuku*, s.1129,1130. Ödünç iş ilişkisinde ise ödünç verme iradesine işçide rıza göstermektedir. Ancak bu rıza sonucu işveren işçisini ödünç verebilmektedir. Bu nedenle kural olarak aslında işçi ödünç işçi verme sözleşmesinin içeriğini biliyor veya bildiği farz ediliyor kabul etmek gerekir. Ancak iş ilişkilerindeki işverenin ekonomik ve sosyal bakımdan kuvvetli olması ve bu ilişkilerin düzenlendiği iş hukukunda işçiyi koruma ilkesi gereği bu kuralı uygulamak aslında işçi aleyhine sonuçlar doğurur. Bu nedenle işçi her ne kadar rıza ile ancak ödünç verilse bile ödünç işçi verme sözleşmelerinde işçiler aleyhine bağtılan hükümlerin sadece işveren tarafları bağladığını alt işveren kurumunda olduğu gibi ödünç işçileri bağlamadığı yolunda çözüme gitmek iş hukukunun ilkelerine de uygun sayılır.

⁸⁹ AKYİĞİT, *Ödünç İş İlişkisi*, s.90, ODAMAN yazılı rızanın ancak devir sırasında olması gerektiğini savunmaktadır. ODAMAN, s.83,84.

⁹⁰ Ödünç veren işverenle ödünç verilen işçinin bu konuda gerçekleştirdikleri hukuki işlemin üçüncü kişi lehine sözleşme olduğuna dair bkz; AKYİĞİT, *Ödünç İş İlişkisi*, s.89 yabancı yazarlar için bkz, dipnot: 351ve 352.

sözleşmesinden doğduğu fikri akla gelebilir. Bu mümkün değildir. Çünkü ödünç işçinin tarafı olmadığı ödünç işçi verme sözleşmesi üçüncü kişinin edimini taahhüt niteliğinde olup bu sözleşme doğrudan işçiyi bir borç altına sokmaz⁹¹.

Özellikle ödünç verilen işçinin, ödünç veren işverenle aralarında halen devam eden iş sözleşmesinden doğan tüm def'i ve itirazları, ödünç alan işverene de öne sürebilmesi, ödünç iş ilişkisinin tam üçüncü kişi lehine sözleşme olduğunu göstermektedir⁹². Bu def'i ve itirazlar özellikle ücret ödenmeme veya işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde daha çok kendini göstermektedir. İş Kanunu'nun 34. maddesinde, ücret ödenmeme karşısında işçilerin işi bırakma hakkı⁹³ ile aynı kanunun 83. maddesinde, işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde işçilerin işi bırakma haklarını, aralarında iş sözleşmesi olmayan ödünç alan işverene karşı kullanabilmeleri, ödünç veren işverenle ödünç verilen işçi arasında yapılan yazılı rızaya dayalı ödünç iş ilişkisinin, üçüncü kişi lehine sözleşme olarak nitelendirilmesine bağlıdır. Böyle bir sonuç, iş hukuku düzenlemelerinde açıkça öngörülmediğinden⁹⁴, üçüncü kişi lehine sözleşme nitelendirilmesinin, doktrindeki tartışmalarında sona erdirilmesini sağlar düşüncesindeyiz.

Bir başka ifadeyle; İş Kanunu'nda düzenlenen ödünç iş sözleşmesine ilişkin hüküm olmayan hallerde, üçüncü kişi lehine sözleşme hükümlerinin uygulanması, kurumların benzerliği açısından uygun düşmektedir.

⁹¹ İlişkinin niteliğine ilişkin görüşler için bkz; AKYİĞİT, *Ödünç İş İlişkisi*, s.107 vd. Yazarın kendine özgü borç ilişkisi görüşü için bkz;117vd. Aksi görüşte olan ODAMAN ise, işverenler arasındaki ödünç işçi sözleşmesinin üçüncü kişinin edimini taahhüt olduğunu, hatta bu ilişkinin garanti sözleşmesinin özel bir türü olarak algılanması gerektiğini belirtmektedir. ODAMAN, s.96,97.

⁹² AKYOL, *Üçüncü Şahıs*, s.210-224, EREN, s. 1139, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Borçlar Hukuku*, s.21, OGUZMAN, Kemal/ÖZ, s. 835.

⁹³ İşçinin işten kaçınma hakkını kullanma anlamında benzer görüş için bkz; SÜZEK, *İş Hukuku*, s.234.

⁹⁴ İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği iptal edilmeden önce, 6. maddesinin d şikkında; bir işyerini birden fazla işverenin kullanması halinde işverenler, işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınmasında ve bilgilendirilmesinde birbirlerinin işçilerine karşı ortak sorumluluğunun olduğu düzenlenmişti. Yine aynı yönetmeliğin 10. maddesinin b bendinde ve 12. maddesinin b bendinde, işverenin işyerine çalışmak üzere gelen başka işçilerin işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin konularda, işverene bilgilendirme ve eğitim yükümlülüğü getirilmişti. Ancak ilgili yönetmelik, Danıştay 10. Dairesinin 15.06.06 - 2006/3007 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.(<http://www.isggm.gov.tr>)

C- İş Sahibi İle Müteahhitler Arasında Yapılan Sözleşmelerde İşçilik Alacaklarına İlişkin Kayıtların Hukuki Niteliği

1- Genel olarak

İş Hukukunda işçi ücretleri, işçinin emeğinin karşılığı ve tek geçim kaynağı olması nedeniyle, birçok yönden değişik kanunlarda korunmaya alınmıştır. Bunların başlıcaları; haciz, devir, temlik(İşKm.35), takas ve mahsup gibi işlemlere ücretin ancak belli oranının tabi kılınması(BKm.123/b-2, 333), işverenin haczinde ve iflası halinde diğer adi alacaklara göre ücret alacaklarının öncelikli alacak olarak sıraya girmesi⁹⁵ (İİKm.140,206,207,289/son⁹⁶ İşKm33/4), ve işverenin iflası, konkordato ilan etmesinde veya işveren hakkında aciz vesikası alınması hali gibi ödeme güçlüğü hallerinde, işçilerin ücretinin belli kısmının İşsizlik Sigortası kapsamında Ücret Garanti Fonu tarafından karşılanmasıdır. (İşKm.33)

Son olarak ise, İş Kanunu'nda belirtilen kamu kurumlarınca ihale edilen belli işlerde, müteahhit veya taşeron işçilerinin ücretlerinin, işverenlerince ödenmemesi halinde, belli kısımlarının kamu makamı(idare) tarafından, hak edişlerden kesinti yapılarak, işçilere ödenmesidir(İşKm.36).

Bu kısımda asıl olarak üzerinde duracağımız konu, özellikle kamu makamları ile iş yüklenen müteahhitler arasında yapılan ihale sözleşmelerine doğrudan veya ek protokolle, eklenen işçilik alacaklarına ilişkin düzenlemelerin, hukuki niteliğini ortaya koymaktır. Ancak bundan önce, inceleme konumuzu yakından ilgilendiren, kamu makamlarının işi yüklenen işverenlerin hakedişlerinden ücret kesme yükümlülüğü düzenlemesini incelemek gerekir⁹⁷.

⁹⁵ Mustafa, ALP; “*Hizmet Akütlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi*”, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları İstanbul, 2002, s.111,112.

⁹⁶ Konkordata süresince, sadece işçi alacakları ile rehinli alacaklara ilişkin haciz yolu ile takip yapılabilmesi, işçi alacaklarının diğer alacaklara oranla korunduğunu göstermektedir. ALP, s.111.

⁹⁷ 1475 sayılı kanun döneminde ilgili düzenleme Kanununun 29. maddesinde yer almıştır. 4857 sayılı kanun döneminde ise düzenleme 36. madde de eski düzenlemeye göre daha çok açıklık kazandırmak için bazı kelime ve kavram eklemeleri yapılmıştır. Ancak bu eklemeler dışında kanun gerekçesinde de belirtildiği gibi 29. maddedeki düzenlemenin aynen korunduğu belirtilmiştir. SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 307. AKYİĞİT, *İş Kanunu Şerhi*, (C:II), s.1427, İlhan Cevdet, GÜNAY,; *İş Hukuku, Yeni İş Yasaları*, 4. Baskı, 2005, Ankara, s. 392. Gerekçe için bkz; 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, (Kabul Edilen Değişiklik Önergeleri ile Birlikte) TİSK Yayını No: 234, Temmuz 2003, s.138-141. Ayrıca 1475 sayılı kanun dönemindeki düzenlemenin incelemesi için bkz; Osman, USTA; “*Müteahhit Elİyle Yapılan İşlerde İşçi Hakları Bakımından Kamu Tüzel Kişilerinin Yetki ve Sorumlulukları*”, Çimento İşveren Dergisi, Ocak, 1998, s.11-28.

2- Kamu Makamlarının, İş Yüklenen İşverenlerin hak edişlerinden, Ücret Kesme Yükümlülüğü

a- Genel Olarak

“Kamu makamlarının ve asıl işverenlerin hakedişlerinden ücret kesme yükümlülüğü” başlığı altında yapılan düzenlemeye göre; “Genel ve katma bütçeli dairelerle, mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar; asıl işverenler müteahhide verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü, ya da ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların hakedişlerinden öderler.

Bunun için hakediş ödeneceği ilgili idare tarafından işyerinde şantiye şefliği işyeri ilân tahtası veya işçilerin toplu bulunduğu yerler gibi işçilerin görebileceği yerlere yazılı ilân asılmak suretiyle duyurulur. Ücret alacağı olan işçilerin her hakediş dönemi için olan **ücret alacaklarının üç aylık tutarından fazlası hakkında adı geçen idarelere herhangi bir sorumluluk düşmez.**

Anılan müteahhitlerin bu işverenlerdeki her çeşit teminat ve hakedişleri üzerinde yapılacak her türlü devir ve el değiştirme işlemleri veya haciz ve icra takibi **bu işte çalışan işçilerin ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder⁹⁸.**

⁹⁸ Özellikle ekonomik kriz nedeniyle, işverenler hakkında alınan aciz vesikası, iflas ve işyerinin devri ve kapatılması sonucunda, işyerinde çalışan işçilerin topluca çıkarılmaları sonucunda, işçi ücretlerinin korunan kısımları ve hukuki sonuçları için bkz; EKONOMİ; İş Hukuku, s.150-154, Devrim, ULUCAN, “*Toplu İşçi Çıkarmalar Karşısında İşçinin Korunması*”, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul-1999, s.57-66. Mustafa, ALP; “*Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi*”, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları İstanbul, 2002, s. 91-126, özellikle s.110 vd, Murat, ÖZVERİ, “*İşverenin Aciz hali, İflas, İşyerinin Kapatılması, İşyeri Devirleri ve Toplu İşten Çıkarmalar*”, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul-1999, s.66-93. İşyerinin kapatılması ve devri kavramları ve hukuki sonuçlarına ilişkin geniş bilgi için ayrıca bkz; Münir EKONOMİ; “*İşyerinin Kapatılması*”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 30. yıl Armağanı, Ankara, 2006, s.409-457, aynı yazar; İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkilerine Etkisi”, Turhan, ESENER’e Armağan, Ankara- 2000, 325-362.

Bu maddede kamu tüzel kişilerine ve bazı teşekküllere verilen yetkileri 2 nci maddenin altıncı fıkrası gereğince sorumluluk taşıyan bütün işverenler de kullanmaya yetkilidir” (İşKm.36).

İşçilik ücretlerinin hak edişten kesilerek, işçilere ödenmesi yükümlülüğünün, kamu makamları (idareler) için ödev olarak getirilmesi, değişik yönlerden sınırlandırılmıştır⁹⁹;

Kanuni düzenlemeye göre **ilk sınırlama**; öncelikle kamu makamlarının(idarelerin) ve asıl işverenlerin nitelendirilmesinde kendini göstermektedir. Buna göre; kamu makamları (idareler), genel ve katma bütçeli daireler, mahalli idareler, KİT’ler ve özel kanunla kurulmuş bankalar olarak sınırlandırılmıştır. Yapılan iş bakımından kamu makamının asıl işveren konumunda olması gerekli değildir¹⁰⁰. Kamu makamı aynı zamanda, ihale edilen iş bakımından, asıl işveren konumundaysa İşKm.36’da düzenlenen ücret kesme yükümlülüğü yanında, ayrıca İşKm.2’de düzenlenmiş olan asıl işveren-alt işveren ilişkisi nedeniyle müteselsil sorumluluğu da devam eder¹⁰¹. Ancak kamu makamı ihale ettiği işi anahtar teslimi ile vermiş ise, kendisi başka işler nedeniyle işçi çalıştırmış olsa bile, verilen anahtar teslimi iş bakımından sadece İşKm. 36 gereği ücret kesme yükümlülüğü olan kamu makamı(idare) olup, İşKm.2/6’da düzenlenen müteselsil sorumluluk ile yükümlü olmaz¹⁰².

⁹⁹ İşçi alacaklarının İcra İflas Kanunu’nun ilgili maddelerinde korunduğu görünse bile, bunun esas itibarıyla böyle olmadığı, uygulamada görülmektedir. Yine bu eksikliği gidermesi bakımından, 1475 sayılı İş Kanunu’nun 29. maddesinde gerek kurum, gerek işin niteliği, gerekse işçiler ve işçilik haklarından getirilen sınırlamalar, İcra İflas Kanunu’ndaki eksikliği yeterince kapatmamaktadır. Eleştiriler için bkz; ÖZVERİ, s.67, ALP, s.113. Ufuk, AYDIN; *Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda İşverenin İflası Halinde İşçi Alacaklarının Korunması*’Kamu-İş Ocak, 2000, s.74-77, Hakan, KESER; *Türk Hukukunda İşçi Alacaklarının Korunması*, İzmir,1998, s.39-41. Yazarların 1475 sayılı kanun dönemindeki eleştirileri 4857 sayılı kanunun ilgili hükmü olan 36. madde içinde geçerliliğini korumaktadır.

¹⁰⁰ Konuya ilişkin bkz; Yarg. 9HD., 29.1.1997T., 1996/18703E., 1997/1497K., GÜNAY, Şerh, C:II, s.1567.

¹⁰¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, *İş Hukuku*, s.412.

¹⁰² SÜZEK, *İş Hukuku*, s.307, GÜNAY; *İş Hukuku*, s.391. Konuya ilişkin bkz; Yarg. HGK., 24.4.1995T., 1995//273-9E., 1995/548K., GÜNAY, *İş Hukuku*, s.391, dipnot, 140. Yarg. 9HD., 23.1.1997T., 1996/18508/E., 1997/993K, GÜNAY, C:II, s.1567,1568. Yarg.21 HD., 4.7.1995., 1995/2660E., 1995/3844K., Çimento İşveren Dergisi, Mart, 1997 s.23-27, Yarg. 10. HD. 13.9.2001T., 2001/4151E., 2001/5593K., Çimento İşveren Dergisi, C:16, S.6, Kasım -2002, s.65. Yarg.9. HD., 9.10 2003T., 2003/3219E., 2003/16714K., İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Ekim Aralık, 2004, s. 1454,1455. Yarg. 9HD., 11.5.2004T.,2004/1126E., 2004/11275K., Çalışma ve Toplum, Dergisi, C:4, S:2005/1, s.239vd.

İşKm.36/son fıkraya göre; belli kamu makamları için getirilen kontrol ve ücretten kesme yetkisi, İşKm.2/6'ya uygun olarak alt işverene işveren gerek özel gerekse kamu asıl işverenleri de kullanabilmektedir. O halde buradaki işverenlerin kamu veya özel işveren olması değil, İşKm.2/6'ya uygun asıl işveren olması yeterlidir. Bu yetkiyi kendi isteğiyle kullanan gerek kamu gerekse özel tüm asıl işverenler, böylece alt işveren işçilerinin işçilik haklarından dolayı tamamen müteselsil sorumluktan kurtulmaları mümkün değildir. Çünkü kullanılan yetki, sadece her hak ediş dönemi öncesi 3 aylık ücreti kapsamaktadır. Bu yüzden asıl işverenlerin, bu yetkinin alanı dışında olan ve ödenmeyen işçi ücretleri ile diğer işçi alacaklarına yönelik İşKm2/6'ya dayanan müteselsilen sorumlulukları, devam etmektedir. Sonuç olarak, asıl işverenlerin böyle bir yetkiyi kullanarak alt işveren işçilerine ödedikleri ücretler üzerinde müteselsil sorumlulukları yoktur¹⁰³.

İkinci sınırlama ise; sayılan kamu makamlarının, sadece her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerini¹⁰⁴ ihale ettiklerinde, işi alan işverenlerin işçilerinin ve bu işverenlerin asıl işveren sıfatıyla, ilgili işte çalıştırdığı taşeron işçilerinin ücretlerinden sorumluluğu düzenlenmiştir. O halde kanunda sayılan, yapım ve onarım işi dışındaki işlerde ise, kamu makamlarının(idarelerin) ücret kesme yükümlülüğü doğmaz¹⁰⁵.

Diğer bir sınırlama ise; kamu makamının her hakediş döneminde, sadece, ilgili işçilerin bu dönemde ödenmeyen ücretlerinin, üç aya kadar olan kısmının hak edişten (istihkak¹⁰⁶) kesilip, işçilere ödeme yükümlülüğü getirilmiş olmasıdır. Kamu makamı (idare) her hak ediş döneminde, işyerinde hem müteahhit hem de taşeronların işçilerinin bordrolarını işverenlerinden isteyip, bunları kontrol ettikten sonra, ilgili hak ediş dönemi içinde ödenmeyen en çok üç aylık işçi ücretlerini, ödemek zorundadır¹⁰⁷.

Ücret dışındaki işçilik alacaklarından olan kıdem, ihbar tazminatı veya iş kazasından doğan tazminat alacakları için ise, hiçbir sorumluluk (hak edişten kesme anlamında) kamu makamlarına yüklenmemiştir¹⁰⁸. Bir başka deyişle; ilgili

¹⁰³ SÜZEK, İş Hukuku, s.308, AKYİĞİT, *İş Kanunu Şerhi, (C:II)*, s.1428.

¹⁰⁴ Yapım ve onarım işlerinin içeriğine ilişkin açıklamalar ve aynı sınırlamaların asıl işverenler için uygulanmamasının işçilerin lehine bir yorum olacağına ilişkin olarak bkz; AKYİĞİT, *İş Kanunu Şerhi, (C:II)*, s.1429, 1430.

¹⁰⁵ ÇENBERCİ, s.767.

¹⁰⁶ Ödenmeyen işçi ücretlerinin öncelikle müteahhit veya taşeronların hakedişlerinden kesilmesi gerektiği, bu yetmez ise teminatlarından da kesilebileceğine yönelik görüş için bkz; Tankut, CENTEL; *İş Hukukunda Ücret*, İstanbul, 1987, s.351.

¹⁰⁷ GÜNAY, *İş Hukuku*, s.391. Konuya ilişkin bkz; Yarg. 9HD., 14.1.2002T., 2001/16129E., 2002/20K., aynı eser, s.391, dip not 141. AKYİĞİT, *İş Kanunu Şerhi, (C:II)*, s.1430. CENTEL, s.349vd. Yarg. 9HD., 24.6.1998T., 1998/8815E., 1998/10841K., sayılı karar için bkz; AKYİĞİT, *İş Kanunu Şerhi, (C:II)*, s.1439.

¹⁰⁸ SÜZEK, *İş Hukuku*, s.308, Konuya ilişkin bkz; Yarg 9HD., 2.7.1998.,T 1998/8607E., 1998/11121K, *Tekstil İşveren Dergisi*, Mayıs, 2000, s.19,20. Yarg. 9HD., 2.7.1998.,T

kamu makamından iş alan asıl işveren işçileri veya aldığı işten iş verdiği alt işveren işçilerinin, bir hakediş dönemi içinde ödenmeyen, 4 aylık işçilik ücretleri veya tazminat kalemleri olduğunun, resen veya işçilerin başvurusu üzerine tespit edildiğinde, ücretin 3 aylık kısmı dışında kalan 1 aylık ücret ile diğer tazminat kalemleri için kamu makamının hak edisten kesme ödevi bulunmamaktadır¹⁰⁹.

b- Ücret Kesme Yükümlülüğünün Hukuki Nitelendirilmesi

Burada en önemli hukuki sorun, ilgili kamu makamlarına getirilen bu yükümlülüğün, kanuni şartların gerçekleşmesine rağmen yerine getirilmemesi halinde, işçilerin ücret alacaklarını, kanunda belirtilen sınırlar dahilinde, hangi hukuki nedene dayanarak talep ve dava edebilecekleri sorunudur?

aa- Genel Hüküm Görüşü

Konuya ilişkin olarak doktrinde sunulan bir görüşe göre, kamu makamının kanuni görevini yerine getirmediği için zarara giren işçiler, kamu makamına karşı zararlarını, genel hükümlere göre talep edebilirler¹¹⁰. Genel hüküm görüşünü savunan yazar, hukuki düzenlemenin niteliğini ortaya koymaktan çok, genel olarak sonuca nasıl gidilmesi gerektiği üzerinde durmaktadır. Zira genel hükümler dendiğinde, borç doğuran kaynaklar akla gelmektedir. Bu kaynaklar haksız fiil, hukuki işlem, sebepsiz zenginleşme, gibi Roma hukukundan bu tarafa geçerli olan klasik kaynaklardır. Bunun yanında modern borçlar hukukunun bu kaynaklara eklediği, koruma yükümlülüklerinin ihlali, sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan kusurlu davranış(culpa in contrahendo) ve fiili sözleşmeden doğan borçlar sayılabilir¹¹¹.

Öne sürülen görüş, hukuki nitelendirme açısından tam açık olmamakla beraber, örneğin; borcun kaynağının haksız fiile dayanması ile hukuki işleme dayanması bakımından gerek yapısal gerekse sonuç anlamında önemli farklar olduğu görülmektedir. Sırf zarar kavramına dayanılarak açılacak bir tazminat davasında, kanunda belirlenen bir ödevin yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkan zararın, ancak haksız fiil hükümlerine göre tazmini ile mümkündür¹¹².

1998/8598E., 1998/11109K, 2.7.1998.,T 1998/8815E., 1998/11158K, Kararlar için bkz;; AKYİĞİT, *İş Kanunu Şerhi*, (C:II), s.1439.

¹⁰⁹ İş Hukukunda öngörülen ücret koruma düzenlemelerinin yetersizliği nedeniyle teklif edilen sistem türleri için bkz; ALP, s.114,123. ayrıca bkz; AYDIN, s.67-73.

¹¹⁰ SÜZEK, *İş Hukuku*, s.308.

¹¹¹ EREN, s.11-113.

¹¹² Borçlar hukuku doktrininde kanunda yüklenen bir ödevin yerine getirilmemesinin haksız fiil davranışı olduğu belirtilmektedir. Konuya ilişkin bkz; EREN, s.485, Özellikle nisbi hakların ihlali haksız fiil sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için normun yani hukuk kuralının koruma amacının ne olduğunun tesbit edilmesi önemlidir. OĞUZMAN/ ÖZ, 497. Kanımızca İşKm.36'ya bakıldığında işçi ücretleri kamu makamının davranışının yerine getirilmesi suretiyle kısmen korunma amaçlanmıştır.

Bunun içinde davranış yükümlülüğü olan tarafın davranışının hukuka aykırı olması(kanuni ödevin yerine getirilmemiş olması hukuka aykırılık için yeterlidir.), kusurlu olması, karşı tarafın bu yüzden uygun illiyet bağı içinde zarar görmüş olması gerekir. Böyle bir nitelendirme halinde, haksız fiil hükümleri uygulanacağı için zamanaşımı ve ispat yükü de buna göre belirlenir. Haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımı kural olarak 1 ve 10 yıl olup, ispat yükümlülüğü bir çok yönüyle zarar görene düşmektedir.

Doktrindeki genel hüküm görüşünü, örneğin haksız fiil olarak nitelersek, özellikle ilgili işçilerle, kanuni düzenlemede geçen kamu makamları arasında, bir sözleşme ilişkisi olmaması bakımından hukuka uygun bir değerlendirme sayılabilir. Çünkü işçilerin hukuki ilişki içinde olduğu taraf, kendi işverenleridir. İşçilerin kamu makamı ile olan ilişkisi, sadece işverenlerinin kamu makamından alınan işte çalışıyor olmalarıdır. Böyle bir ilişkinin ise sözleşme ilişkisi ya da hukuki işlem benzeri bir ilişki kurmaya yeten bir özelliği olmadığı düşüncesiyle, haksız fiil yaklaşımı ilk anda yerinde bir nitelendirme olarak gözükmemektedir.

Doktrinde, kanuni düzenlemede yer alan ücret kesme yükümlülüğünün hukuki niteliğini, *kanuni ödev* olarak benimseyen bir başka görüş ise, kanuni düzenlemeye yönelik olarak hukuki nitelendirme yapmamıştır. Ancak yazar, bazı durumlarda yapılan sözleşmelerin, üçüncü kişi yararına sözleşme kurumu ile açıklanabileceğinden bahsetmektedir. Yazar, kanundaki şartlara göre, ücret kesme ödevi/yetkisi olmayan kurum veya işverene sözleşmeyle böyle bir yetkinin verilmesinin hukuken geçerli olduğunu belirtmektedir. Yine kanunda belirtilen üç ay sınırını aşacak nitelikte, bir sözleşmeyle kararlaştırılmasının mümkün olduğunu, tüm bu işlemlerin işçi lehine olup, kanun hükümlerine aykırılık teşkil etmediğini belirtmektedir. Yazar bu tür sözleşme hükümlerinin haklı olarak tam veya eksik üçüncü kişi yararına (lehine) sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır¹¹³.

Kanımızca yazar; kanuni düzenlemenin hukuki nitelendirilmesinden çok, bunun dışında işçi lehine yapılan sözleşmelerin nitelenmesi, üzerinde görüşünü sunmaktadır. Buna ilişkin görüşümüzü; hem kanuni düzenlenmenin niteliği üzerinde, hem de kamu kurumlarının iş verdiği müteahhit veya taşeronların işçilerinin başta ücret olmak üzere, tüm işçilik alacaklarının işverenleri yerine geçerek ödemelerine ilişkin sözleşme hükümlerinin değerlendirilmesinde, ortaya koymaya çalıştık.

bb- Üçüncü Kişi lehine Sözleşme Bakımından Görüşümüz

Burada ortaya çıkan sorun, kamu makamından işi ihale ile alan işveren, işi hukuka uygun olarak yapmaz ise dahi, ilgili işverenin işçileri, kanuni düzenlemede yer alan ücretlerini kamu makamından talep ettiklerinde, kamu makamı yine de

¹¹³ AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi, (C:II), s.1428,1431

hak edişten bu talepleri kesip karşılamak zorunda kalır mı? Yoksa kamu makamı, işverenin hukuka aykırı davranışını işçilere karşı da ileri sürebilir mi?

Bir başka deyişle; kamu makamı işi yüklenen işverenle aralarındaki sözleşmeden doğan defî ve itirazları, işverenin bu işte çalışan işçilerine karşı ileri sürebilir mi? Haksız fiil sorumluluğuna göre bu mümkün değildir. Çünkü haksız fiil nisbî bir alacak hakkı (tazmin borcu) doğurur. Bu alacak hakkının talebi halinde, talep edenin taraf olmadığı bir sözleşmeden doğan defî ve itirazın, kendisine karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Yani kamu makamı, işçilerin ücret talebine karşı “işvereniniz ihale sözleşmesi gereği işi yerine getirmedi” diyemez. Çünkü işçiler ihale sözleşmesinin tarafı değildirler.

Halbuki; kanundaki bu düzenlemeyi, sadece haksız fiil sorumluluğunu doğuran kamu makamlarına getirilmiş bir ödev olarak değil de, üçüncü kişi lehine sözleşme olarak nitelediğimiz takdirde, yukarıda kendi kendimize sorduğumuz tüm sorunları, sağlam bir hukuki zemine taşıyarak çözebiliriz.

İş Kanununa göre bir işveren, ilgili kamu makamından ihale ile bir yapı veya onarım işi alıp, aldığı işte kendi işçileri ya da aynı zamanda bu işe ilişkin iş verdiği taşeron işçileri çalışmaya başladığında, **kanundan dolayı** üçüncü kişi lehine sözleşme doğmaktadır. Buna göre böyle bir çalışma ilişkisinde **üçüncü kişiler**, bu işte çalışan asıl işveren işçileri veya varsa taşeron işçileri olmaktadır. **Vadeden** ilgili kamu makamı olmakta, **vaatettiren** ise işi alan veya yüklenen işveren veya taşeron çalıştırabilme yetkisini kullandığında taşeron olmaktadır.

Üçüncü kişi lehine sözleşme, genellikle tarafların yaptığı bir sözleşmeden dolayı, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişiye hak kazanımı sağlama şekilde ortaya çıkmaktadır. Ancak üçüncü kişi lehine sözleşme, kanuni düzenlemelerden de ortaya çıkabilmektedir. Bununla ilgili olarak ta, TTKm. 791,1329ve 1310 maddesi ile Karayolları Trafik Kanununun 97. maddesinin üçüncü kişi lehine sözleşme niteliğinde olduğu benimsenmiştir¹¹⁴.

Ancak şunu belirtmeliyiz ki; üçüncü kişi lehine sözleşme, tarafların hiçbir iradesi olmadan doğmaz. Mutlaka ortada bir sözleşme olmalıdır. Ya taraflar bu sözleşmeyi tek başına üçüncü kişi lehine sözleşme olarak yapabilirler ya da başka bir sözleşmeye konan bir hüküm bunu sağlayabilir. Yine sözleşme ilişkisinin hükme bağlandığı kanuni düzenlemeler gereğince de üçüncü kişi lehine sözleşme ilişkisi ortaya çıkabilir. O halde borçlar hukuku doktrininde de kabul edildiği gibi, tarafların içine girdikleri sözleşmenin düzenlendiği hukuki kurallar gereği üçüncü kişiler böyle bir sözleşmeden hak kazanabilmektedirler¹¹⁵.

¹¹⁴ AKYOL, “Üçüncü Şahıs”, s.44vd., OĞUZMAN/ÖZ, s.823,

¹¹⁵ Borç ilişkisinin doğurduğu edim yükümlülükleri, kural olarak ikiye ayrılır. Bunlardan asli edim yükümü, borç ilişkisine tipikliğini kazandıran, kurucu yükümler olup, yan edim yükümleri ise kanundan veya sözleşmeden doğabilir. Kanundan doğan yan edim yükümleri, ilgili borç ilişkisi kurulduğunda kendini gösterir. Örneğin; satış sözleşmesi kurulduğunda aksine adet veya sözleşme yoksa teslim masraflarından ölçmek veya

İş Kanunundaki düzenlemeye bakıldığında, üçüncü kişi lehine sözleşme, kamu makamı ile işi yüklenen işverenler arasında yapılan ihale sözleşmesi ile ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle; ilgili kanuni düzenlemede yer alan kamu makamları, onarım veya yapım işlerini işverene ihale sözleşmesi ile verdiğinde, gerek resen gerekse işçilerin müracaatı üzerine bu işte çalışan gerek asıl işveren işçileri, gerekse taşeron işçilerinin, bir hak ediş dönemi içinde işverenlerince ödenmeyen ücretlerinin en fazla üç aylığını, işverenin hak edişinden kesip, işçilere ödeme sorumluluğu altına girmektedir. Kamu makamı böyle bir ihale sözleşmesi yapmakla, İş Kanununun 36. maddesi gereği vadeden taraf olup, işi alan işveren veya iş verdiği taşeronlar vaatettiren taraf, bu işte çalışan işçiler ise üçüncü kişi olmaktadır.

Sonuç olarak; İşKm.36'da, kamu makamına getirilen yükümlülüğün, üçüncü kişi lehine sözleşme olarak nitelenmesi her bakımdan gereklidir. Çünkü üçüncü kişi lehine sözleşmelerde, lehine hak doğan üçüncü kişi, özellikle tam üçüncü kişi lehine sözleşme türünde, sözleşme sorumluluğuna dayanarak hakkını talep edebilmektedir. Bilindiği gibi sözleşme sorumluluğunda, zamanaşımı haksız fiile göre daha uzun olup¹¹⁶ ve ayrıca ispat yükü de üçüncü kişiye değil, borçluya(vaadedene) yani inceleme konumuz bakımından kamu makamına düşmektedir. Böyle bir sonuca varmak, işçiyi koruma ilkesi ile de paralellik arz etmektedir.

Bu şekilde bir nitelme yaptıktan sonra, bir başka sorun da acaba İşKm. 36'daki düzenleme, üçüncü kişi lehine sözleşmenin hangi türüne girmektedir? Daha önce konuyu ayrıca incelerken, üçüncü kişiye doğrudan talep hakkı veren tam üçüncü kişi lehine sözleşmelerin aslında istisna olduğunu, asıl olanın, üçüncü kişiye talep ve dava hakkı vermeyen, sadece kabul yetkisi veren eksik üçüncü kişi lehine sözleşme olduğunu belirtmiştik. İlgili kanuni düzenlemeye bakıldığında; “.....çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü, ya da **ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların hakedişlerinden**

tartmak gibi masrafların satıcıya, senet yapmak ve satılanı teslim etmek gibi masraflar alıcıya aittir.(BKm185) Bunun gibi iş sözleşmesine işverenin işçiyeye BKm335 gereği şahadetname (İş Kanunu anlamında çalışma belgesi İşKm.28) vermesi yan edim yükümlülüğüdür. EREN s, 30-34, Kanımızca, kamu kurumundan iş alıp, işçi çalıştıran işverenlere karşı kamu kurumunun da İşKm.36 gereği, çalışan işçilere ilişkin ücret kesme yükümlülüğü istisna sözleşmesinin bir yan yükümlülüğüdür. Bu yan yükümlülüğü doğuran kanun hükmü ise işçiler bakımından üçüncü kişi lehine sözleşme hükmü niteliğindedir.

¹¹⁶ İşçinin kamu makamından talep konusu ücrete ilişkin zamanaşımının süresi 5 yıl değil 10 yıl olması gerekir. Çünkü işverene karşı ücret alacakları 5 yılda zamanaşımına uğramaktadır. Halbuki burada işçinin alacağı kamu makamının kanudan doğan bir edim yükümlülüğü olup genel alacak zamanaşımına tabi olması uygundur kanısındayız.

öderler.”şeklindeki düzenlemeden üçüncü kişi lehine sözleşmenin türünün ne olduğu ortaya çıkmaktadır. Özellikle kanunda kamu makamının hakedişten kesme görevinin işçilerin başvurusu üzerine de yapılması gerektiği ve kesilen miktarın başvuruda bulunan işçilere ödenmesi”emredici bir şekilde düzenlenmiştir. Böylece kanun koyucu kamu makamına (idareye) karşı doğrudan ve bağımsız olarak talep hakkını işçilere tanımıştır.

Kanuni düzenlemenin tam üçüncü kişi lehine sözleşme niteliğinde olmasının ilk önemli sonucunun, işçiye sözleşmeye (üçüncü kişi lehine sözleşme) dayanarak doğrudan doğruya vaadedene yani kamu makamına karşı alacak hakkı tanınmasıdır. İkinci önemli sonuç ise; vadeden kamu makamının, vaadettiren işverenle aralarındaki ihale sözleşmesinden doğan tüm defî ve itirazları, ücret alacağı için talepte bulunan yani işçiye ileri sürebilmesidir. Üçüncü kişi lehine sözleşmenin önemli sonuçlarından biri olan bu durum, belki işçinin aleyhine olabilir. Ancak, kamu makamından hukuka uygun olarak işi yerine getirmeyen işverenin işçilerinin üç aylıkla sınırlanmış ücret sorumluluğunu yerine getirmesini istemenin hakkaniyete uygun olup olmadığı, İş Hukukunun kendine özgü ilkeleri ve konuya ilişkin nisbi emredici düzenlemesi karşısında tartışmaya açıktır.

Ancak hemen şunu belirtelim ki; işveren ihale sözleşmesine uygun olarak işi yapmadığı halde, kamu kurumu hak edişleri ödemesine rağmen, işçiler ödenmeyen üç aylık ücretlerini kamu makamından talep ettiğinde kamu makamının işverene karşı kullanmadığı defî ve itirazları işçilere karşı kullanması, elbette hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirmelidir. Çünkü her iki alacakta, (hak ediş ve ücret) genel olarak aynı ilişki içinde ve aynı işin görülmesi sonucu doğmaktadır. Bu nedenle, kamu makamının işverene karşı ileri sürebileceği halde ileri sürmediği ve bu nedenle hak edışı ödemesine rağmen, daha sonra işin hukuka uygun olarak yapılmadığına dair defî ve itirazları işçilere karşı ileri sürebilmesi, dürüstlük kuralının bir başka yansıması olan önceki davranışları ile çelişki yaşadı(Venire Contra Factum Proprium)¹¹⁷ içine de girmektedir.

Kamu Makamları ile Müteahhitlerin, İşçilik Haklarının İşveren Yerine Kamu Makamınca Ödeme Konusunda, Sözleşme Yapmaları

a- Genel Olarak

Kamu kurumundan iş alan işverenlerin işçilerinin işçilik hakları, her olayın özelliğine göre farklı şekilde hukuki güvence altına alınmıştır. Bunlardan ilki; kamu makamları aynı zamanda ihale ettikleri iş bakımından (anahtar teslimi veya devir dışında) asıl işveren ise, iş verdiği müteahhitin işçilerinin ücretleri de dahil

¹¹⁷ Yasak kural için bkz; Şener, AKYOL; *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası*, İstanbul,1995, s.52.

diğer işçilik hakları bakımından, İşKm.2 gereği, asıl işveren- alt işveren ilişkisi gereği müteselsilen sorumlu olmaktadır.

İkinci olarak, kamu makamı ihale ettiği iş bakımından asıl işveren değilse, o zaman işi ihale ile alan işveren işçileri ile onun bu işte çalıştırdığı alt işveren işçilerinin diğer işçilik hakları hariç olmak üzere sadece ücret alacaklarının 3 aylık kısmı, İşKm.36'da işverenin hak edişinden belli şartlar altında kamu makamının kesinti yapma yükümlülüğü ile korunmuştur.

Üçüncü olarak ise; kanımızca, işçilik haklarının üçüncü kişi lehine sözleşme altında hukuki güvenlik şemsiyesi altına alınmasıdır. Ülkemizdeki uygulamada, kamu makamından iş alan müteahhitler, ekonomik sıkıntı gibi birtakım nedenlerle, kamu makamlarından aldığı işin yürütmesi için, işçilik hakları ve diğer giderlerinin şimdilik kamu makamınca ödenmesini ve ödenen bu kalemlerin ise daha sonra kendisine verilecek hakedişten ve hatta yetmez ise teminatından belli faiz oranları ile kesilmesini teklif etmektedir. Bu teklifi görüşen kamu makamı (idare) uygun gördüğü takdirde, bunu protokolle ihale sözleşmesinin eki niteliğinde kabul ederek sözleşme yapmaktadırlar. İşte burada konumuzu ilgilendiren kısım bu şekilde yapılan protokol hükümlerinin çalıştırılan işçiler için hukuki olarak nasıl değerlendirilmesi gerektiğidir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla bugüne kadar doktrin ve uygulamada doğrudan doğruya konuya ilişkin bir doktrin görüşü¹¹⁸ olmadığı gibi yargı kararı da bulunmamaktadır.

Hemen belirtmeliyiz ki; ihale sözleşmelerine protokolle sonradan eklenen işçilik alacaklarına ilişkin kayıtları değerlendirdiğimiz bu kısma ilişkin sonuçların, genel olarak, buna benzer tüm sözleşme kayıtları içinde geçerli olması gerektiğine inanmaktayız.

b- İhale Sözleşmelerine Eklenen Protokol Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Çalışmamızın ikinci kısmında ele aldığımız üçüncü kişi lehine sözleşmeye ilişkin hukuki esaslar çerçevesinde değerlendirildiğinde, genelde protokollerde taraflara ait iradelerin ortak amacının, ilgili kişi ve firmalar lehine hak doğuran, üçüncü kişi lehine sözleşme niteliğinde olduğu ortaya çıkmaktadır.

Buna benzer protokol hükümlerine göre, vadeden kamu makamı, vaadettiren yüklenici firma olup protokol nedeniyle hak kazanımı gerçekleşen

¹¹⁸ Kamu makamlarının ücret kesme yükümlülüğünü düzenleyen İşKm. 36'nın şerhinde AKYİĞİT, kamu makamları ile işverenlerin ücret kesme yükümlülüğünün şartlarına ilişkin olarak, işçiler lehine genişleten sözleşmeler yapılabilceğini, bu tür sözleşmelerde, işçiye talep hakkının tanınıp tanınmamasına göre, "gerçek anlamda üçünü kişi yararına sözleşme yahut gerçek anlamda üçüncü kişi yararına olmayan sözleşme"nin gündeme gelebileceğini belirtmektedir. AKYİĞİT, *İş Kanunu Şerhi*, C:II, s.1428. Yazının bu görüşü, kanımızca, içeriği tam açıklığa kavuşturulmamış olsa bile önemli olup, biz de bunun, üzerinde tartışılması gereken bir hukuki nitelime olduğu düşüncesindeyiz.

üçüncü kişi ise, bu işte çalışan işçilerdir. Üçüncü kişi lehine sözleşmenin konusu ise vaatettiren müteahhid firmanın çalıştırdığı işçiler ve iş verdiği taşeron işçilerin işçilik haklarıdır. Burada önemli olan sorun; işçilerin bu çalışmalarından dolayı ortaya çıkan işçilik haklarını, yapılan protokol gereği, vadeden kamu makamından, talep ve dava edip edemeyecekleridir? Bu soruya olumlu cevap vermek için üçüncü kişi lehine sözleşmenin, tam üçüncü kişi lehine sözleşme türünde olması gerekir.

Birçok protokol hükümlerine bakıldığında, kamu makamı tarafından yapılacak ödemelerin protokole göre üçüncü kişi sayılan kişilerin veya firmaların bildirecekleri banka hesap numaralarına ödenmesi hükmü ve genelde ödemelerin gösterilen hesaba yatırılmış olması, üçüncü kişi lehine sözleşmenin tam olma özelliğini ortaya koymaktadır. Böyle bir ödeme olmasa da, yapılan proje işinin gerçekleştirilmesinde doğrudan edim menfaati olan kamu makamının, vadeden olarak protokolle taahhüt altına girmesi de sözleşmenin tam üçüncü kişi lehine sözleşme olduğunu bize açıkça göstermektedir¹¹⁹. Bu nedenle işçiler ilgili işte çalıştıklarında hak kazandıkları işçilik alacaklarını, vadeden kamu makamına karşı protokolden dolayı doğrudan ve bağımsız olarak talep edebilmelidirler.

İsviçre Federal mahkemesi bir kararında, iş sahibi ile yüklenici müteahhit arasında müteahhidin işçilerinin iş kazasına karşı sigortalatılması ilişkisi üzerine, konuya ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur. Karara göre sigorta sözleşmesinde, “sigortayı iş sahibi yüklenmiştir.” kaydının olması, iş sahibinin bağımsız olarak, müteahhidin işçilerine karşı, sigorta yaptırma borcu altına girdiği anlamına gelmektedir. Federal mahkemeye göre, iş sahibinin işinin işçiler tarafından görülmesi, iş sahibinin bir edim menfaati içinde olduğunu göstermektedir. Bu ise üçüncü kişi lehine sözleşmenin tam üçüncü kişi lehine sözleşme olduğunun en önemli ölçüdür. Bu nedenle iş sahibi ile işi yüklenen müteahhit arasında yapılan sigorta sözleşmesine göre, sözleşmenin tarafı olmamaları nedeniyle üçüncü kişi konumunda olan işçiler, tarafı olmadıkları sigorta sözleşmesine dayanarak doğrudan iş sahibine karşı hak talebine veya dava hakkına sahip olurlar¹²⁰. Kanımızca federal mahkemenin bu kararı değerlendirdiğimiz protokollerin özellikle iş sahibinin yani kamu makamının, işin görülmesinde edim menfaatinin olması durumu ile birebir örtüşmektedir.

Tam üçüncü kişi lehine sözleşmede, alacak hakkı doğrudan ve bağımsız olarak üçüncü kişinin hukuk alanında doğduğundan, üçüncü kişi vaatettirenin ne temsilcisi ne de ondan alacağı temlik eden kişidir. Bir başka anlatımla, tam üçüncü kişi lehine sözleşmelerde ne üçüncü kişi ne de vadeden, vaatettirenin temsilcisi olması mümkün değildir. Bir defa böyle bir doğrudan temsil ilişkisi için

¹¹⁹ AKYOL, “Üçüncü Şahıs”, s.25-26, özellikle 26. EREN, s.1133, OĞUZMAN/ÖZ, s.822 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Borçlar Hukuku*, s.23, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.220vd.

¹²⁰ Federal mahkeme kararı için bkz; KANETİ, s. 218-220.

temsil yetkisi verilmiş olması ve bu temsil ilişkisinin üçüncü kişilere bildirilmiş olması gerekir. Halbuki uygulamada yapılan protokollerde, gerçek anlamda ne böyle bir temsil yetkisi verilmesi ne de temsil ilişkisinin üçüncü kişilere bildirimi söze konudur. Ayrıca yapılan protokoller, genel olarak müteahhidin mali sıkıntıya girmesi nedeniyle yapılmaktadır. Kamu makamı, müteahhidin doğan ve doğacak hakedişlerinden bunlar yetmez ise teminatlarından mahsuplaşarak, üçüncü kişilerin müteahhidin olan alacaklarını ödemeyi kabul etmektedir. Tüm bu nedenlerle taraflar arasında temsil ilişkisinin olması işin niteliği gereği ve hukuken mümkün değildir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, tarafların sözleşmelerde kullandıkları ifadelerden çok asıl ortak maksatlarının ne olduğunun yorumlanması BKm.18 gereğidir. Protokollerde geçen “nam ve hesabına” kavramlarına, temsil ilişkisi anlamını vermek, her zaman mümkün değildir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi özellikle tam üçüncü kişi lehine sözleşmeler temsil ilişkisinden, işin niteliği gereği her yönden farklılık arz etmektedir¹²¹.

d- Protokol Hükümlerinde Defi Ve İtirazların İleri Sürülmesi Ve Çelişki Yasağı

Acaba işçiler protokollere dayanarak üçüncü kişi lehine sözleşmeden doğan işçilik haklarını kamu makamından istediklerinde, kamu makamı, işi yüklenen yani ilgili işçilerin işvereni olan müteahhidin işi hukuka uygun olarak yerine getirmediğini ileri sürerek, buna ilişkin defi ve itirazları işçilere karşı ileri sürebilir mi?

Daha öncede belirttiğimiz gibi, işçiler ihale sözleşmesinin veya buna ek olarak yapılmış olan protokolün tarafı olmasalar bile, kamu makamı (idare), ihale sözleşmesinden doğan defi ve itirazları, işçilere karşı ileri sürebilir. Bu da üçüncü kişi lehine sözleşmenin özelliğinden kaynaklanmaktadır. Bu konuda doktrinde baskın görüş mevcuttur¹²². Buna karşın doktrinde yer alan ve eski tarihli bir azınlık görüşüne göre, tarafı olmadığı bir ilişkidin doğan defi ve itirazların üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi hakkaniyete uygun değildir¹²³. Azınlık görüşünün vardığı sonuç iş hukukunun işçilerin ücretlerine yönelik her safhada getirdiği koruyucu düzenlemelerine de uygundur. Bu nedenle üçüncü kişi lehine sözleşmenin defi ve itirazlarına yönelik özelliğinin iş hukukuna rehabilite edilerek uygulanması düşünülebilir.

¹²¹ Doğrudan doğruya temsil ilişkisi ile üçüncü kişi lehine sözleşmenin farkları açısından bkz; AKYOL, “Üçüncü Şahıs”, s.61-63, EREN,s.1136, OĞUZMAN/ÖZ, s.819, Ayrıca bu iki kurumun farklılığına işaret eden yargı kararı için bkz; 4 HD., 9.1.1979T., 2736E., 68K sayılı karar için KARAHASAN, s.678-680.

¹²² Konuya ilişkin bkz; AKYOL, “Üçüncü Şahıs”, s.210-224, özellikle s.217, EREN,s.1139, OĞUZMAN/ÖZ, s.835.

¹²³ GAREIS, s.242, (AKYOL, Üçüncü Şahıs”, s.218’den naklen).

Şunu da belirtmeliyiz ki kamu makamı, işçilerin işverenle olan iş sözleşmelerinden kaynaklanan defî ve itirazları, üçüncü kişi olarak işçilere karşı öne süremez¹²⁴.

Bunun yanında eğer kamu makamının, işçilere karşı defî ve itirazları ileri sürebilme hakkı olduğu kabul edilecek olursa, bu hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanmalıdır. Kamu makamının verdiği iş, gereği gibi müteahhitçe yapılmamasına rağmen, kamu makamı hak edişleri ödemeye devam etmiş, fakat sonradan işçilerin talepleri ortaya çıkınca, artık ödenme yapamayacağını söylemesi, dürüstlük kuralına aykırıdır. Çünkü kamu makamının her şeye rağmen itiraz ve defî hakkını kullanmayarak yaptığı ödeme davranışı, işçilerde de bir güven ilişkisi yaratmıştır. Artık bundan sonra, aynı hukuki ilişki nedeniyle işçiler tarafından ödeme talebinde bulunulmasını, kamu makamının işin gereği gibi yapılmadığını ileri sürerek reddetmesi ise dürüstlük kuralının gereği olan **“önceki davranışları ile çelişki (Venire Contra Factum proprium) içinde olma yasağı içine girmektedir**¹²⁵. Kamu makamının güveninin korunmaya değer olması, özellikle bu güveni veren karşı tarafın **resmi bir daire** olmasına dayanmaktadır¹²⁶. Çünkü kamu makamı ilk ödeme yapmadan öncede, defî ve itirazlarını ileri sürerek ödeme yapmayı reddedecek yerde ödeme yapmış ve daha sonra aynı olay içinde ortaya çıkan diğer ödeme taleplerini ödemekten kaçınmaktadır. Böyle bir davranış dürüstlük kuralına ve özellikle dürüstlük kuralına dayanan çelişki yasağına aykırılık teşkil etmektedir¹²⁷.

¹²⁴ OLGAC, s.498.

¹²⁵Yasak ilke için bkz; AKYOL, Şener; Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması, İstanbul, 1995, s.52 vd. Aynı yazar Çelişki Yasağı adlı eserinde “Venire Contra Factum Proprium” ilkesinin birkaç olaya uygulanacak sınırlı ve ferdi bir çare olmadan çok dürüstlük kuralı gibi soyut ve genel bir hukuk prensibi olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle yazar ilgili prensibin hakim tarafından itiraz niteliğinde resen dikkate alınmasının hukuk hayatının güvenliğini sağlayacağını savunmaktadır. AKYOL, Şener; Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, (Prof. Dr. Feyzi. N. Feyzioğlu'nun Anısına Armağan) İstanbul, 2007, s.61,62. Çelişki yasağının dayandığı temel ilke güven sorumluluğudur. Kural olarak karşı tarafta güven oluşturan kişi bu güvene dayanarak yapılan yatırımı boşa çıkarması halinde yaptırımla karşılaşması çok tabidir. O halde güven duyanın güveninin boşa çıkarılması ve bundan önemli ölçüde zarar görmesi gerekir. Aynı yazar, Çelişki Yasağı, s.36. Kanımızca somut olayda kamu makamı defî ve itirazlarını öne süreceği yerde bir de üçüncü kişi konumunda olan işçilere ödeme bulunmuş olması durumunda sonradan aynı ifa talebine karşılık defî ve itirazları öne sürmek istemesi haydi haydi çelişki yasağına giren davranış olarak değerlendirilmelidir.

¹²⁶ Güvenin korunmaya değer olmasının ölçütleri için bkz; AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s.54.

¹²⁷ AKYOL çelişki yasağı olarak adlandırdığı “Venire Contra Factum Proprium” ilkesinin şartlarını eserinde şu şekilde belirlemiştir. Öncelikle güven veren tarafın güvene ilişkin hukuki işlem veya hukuki işlemi içermeyen bir ön davranışının olması gerekir. Karşı tarafta güven duygusu oluşturan bu ön davranıştan sonra ön davranışı ile uyuşmayan

V- SONUÇ

Çalışma hayatında, işverenin iş aldığı iş sahipleri ile aralarında yaptıkları sözleşmelere, işçilerle ilgili konan hükümlerin hukuki nitelendirilmesi, önem kazanmaktadır. Söz konusu hükümlerin değerlendirilmesinde ele aldığımız üçüncü kişi lehine sözleşme kurumu, borç ilişkisinin nisbiligi ilkesine istisna olarak kanun koyucu tarafından düzenlemiş olan, önemli araçlardan biridir. Bu ilişkilerde, üçüncü kişi konumunda olan işçilerin, işçilik haklarının korunmasını sağlayan en önemli borçlar hukuku kurumu, üçüncü kişi lehine sözleşmedir. Her ne kadar iş hukukunda, asıl işveren alt işveren ilişkisi etrafında kanun koyucu, işçilik haklarını müteselsil sorumluluk sonucu ile korumaya almış ise de asıl işveren alt işveren ilişkisinin hukuken gerçekleşmediği ilişkilerde, işçilik haklarının korunması bakımından üçüncü kişi lehine sözleşme önem kazanmaktadır.

Aynı değerlendirme, kamu makamlarının işçi ücretlerinin belli bir kısmı için getirilmiş olan yükümlülükleri içinde geçerli olmalıdır. Çünkü kamu makamları, kanundan doğan yükümlülüğünü yerine getirmediğinde, mağdur olan işçilere, bir hukuki araçla hak talebinde bulunma imkanı yaratılması, ferdi iş hukuku bakımından önemlidir. Bu hak talebini sağlayacak olan en uygun özel hukuk kurumu ise, doğrudan kanuni düzenlemeden kaynaklanan üçüncü kişi lehine sözleşmedir.

Söz konusu kurumun, iş hukukunun düzenlediği işçi-işveren ilişkilerine aynen uygulanması bir sakınca yaratmayacağı gibi, iş hukukunun kendine özgü ilkeleri olan işçiyi koruma ilkesine de paralellik arz etmektedir. Bunun yanında, iş sahibinin her zaman işçilerin gördükleri işte edim menfaatinin olması, işçilere tam üçüncü kişi lehine sözleşmenin sağladığı iş sahibinden (vaadedenden) doğrudan ve bağımsız hak talep etme yetkisi vermesi de, iş hukukunun işçi lehine yorum ve işçiyi koruma ilkesini gerçekleştirici bir rol oynamaktadır. Üçüncü kişi lehine sözleşmenin işçi-işveren ilişkilerine aynen uygulanmasının tek sakıncası, vaadeden iş sahibinin işçilerin kendisine hak talebinde bulduklarında, müteahhitle aralarındaki ilgili sözleşmenin hukuka uygun olarak yerine getirilmemesinden kaynaklanan veya diğer defa ve itirazları ileri sürebilmesidir. Borçlar hukukundaki bu sonuç kanuni bir düzenlemeye dayanmayıp, genel olarak doktrin ve uygulamanın vardığı bir sonuçtur. Ancak doktrinde azınlık görüşüne göre, sözleşmenin dışında ve onun yabancıları olan bir kişiye karşı sözleşmeden kaynaklanan defa ve itirazların (ki özellikle sözleşmenin ifa edilmediğine ilişkin) ileri sürülmesi hakkaniyetle bağdaşmaz. Bu görüş iş hukukunun işçileri koruyucu ilkesi ile uyumsuzdur. O halde iş sahibinin işi yüklenmeyi içeren ihale

sonraki bir davranışının ortaya çıkması gerekir. Örneğin ilk ifa talebinde itiraz ve defileri öne sürebilme imkanı varken bu hakkını kullanmaması bir ön davranış olup sonraki ifa talebinde itiraz ve defa ileri sürme hakkını kullanma davranışı çelişki yasağını oluşturur. Aynı yazar, *Çelişki Yasağı*, s.16.

sözleşmesinden kaynaklanan defî ve itirazları, işçilere karşı ileri sürmesi iş hukukunun ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Borçlar hukukunda azınlık olan bu görüşün iş hukukunda benimsenmesi iş hukukunun kendine özgü yapısı ile örtüşmektedir.

Üçüncü kişinin edimini taahhüt sözleşmesine gelindiğinde ise, üçüncü kişi olan işçiler böyle bir taahhütle doğrudan bir borç altına girmemeleri, iş hukukunun işçiyi koruyucu özelliği ile bağdaşmaktadır. Bu nedenle üçüncü kişinin edimini taahhüt sözleşmesinde, üçüncü kişi işçi olduğu müddetçe kurumun tüm sonuçları ile aynen uygulanmasının bir sakıncası yoktur. Ancak takım sözleşmesinde, kanuni düzenlemeye göre taahhüt edenin(takım kılavuzu) işçilerden biri olması zorunluluğu ve sorumluluğunun üçüncü kişinin edimini taahhüd sözleşmesine dayandırılması uygulamada bir takım güçlükler ortaya çıkarabilir. Bu güçlükler ise takım sözleşmesinin uygulama imkanını zorlaştırmaktadır.

Özellikle edimi taahhüt edilen işçiler işe başlamadığında tüm tazmin sorumluluğunun takım kılavuzu olarak adlandırılan taahhüt eden işçi üzerine bırakılması, gerçekçi bir yaklaşım değildir. Örneğin, 20 işçinin edimini taahhüt eden takım kılavuzu takım sözleşmesini yapmasına rağmen, işçilerin işe başlamaması halinde işverenin tüm müsbet zararını nasıl karşılayacaktır? İşte bunu bile işveren takım sözleşmesi yapma yerine her işçi ile ayrı ayrı sözleşme yapma yoluna gidecektir. Ortaya çıkan bu sonuçlar nedeniyle iş hayatında takım sözleşmesinin uygulama alanının daralacağı kanısındayız.

Bunun yerine kanuni düzenlemedeki BKm.110'a yapılan atıf değiştirilerek, şu andaki düzenlemede de dayanağını bulan doğrudan doğruya temsil kurumu ile ilişkiyi hükme bağlamak iş hayatının uygulamalarına daha uygundur. Böylece takım kılavuzu hem kendisi için hem de temsil ettiği işçiler için iş sözleşmesi yapmaktadır. İşçiler işe başlasın veya başlamasın takım sözleşmesi yapıldığında, iş sözleşmeleri temsil ilişkisi ile yapılmış sayılır. Bundan sonra her işçi kendi iş sözleşmesine göre sorumluluğu başlar.

KAYNAKLAR

AKTAY, Nizamettin/**ARICI**, Kadir/**KAPLAN**, Tuncay Emine; İş Hukuku, Ankara, 2006.

AKÜNAL, Teoman; “Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbîliği Prensibinin Aşılması”, Yargıtay Dergisi, C:14, S:5, Temmuz,1988.

AKYİĞİT, Ercan; “Ödünç İş İlişkisinin Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Görünümü”TÜHİS, C:13, Şubat-1996.

AKYİĞİT, Ercan; İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Kamu-İş, Ankara, 1995. (Ödünç İş İlişkisi)

AKYİĞİT, Ercan; Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku, 4. Bası, Ankara-2005. (İş Hukuku)

AKYİĞİT, Ercan; İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C:I, 2. Baskı, Ankara, 2006.

AKYOL, Şener; Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 1976. (Üçüncü Şahıs)

AKYOL, Şener; Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul,1995.(Dürüstlük kuralı)

AKYOL, Şener; Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, (Prof. Dr. Feyzi. N. Feyzioğlu'nun Anısına Armağan) İstanbul, 2007.(Çelişki yasağı)

ALP; Mustafa, “*Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi*”, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2002.

AYDIN, Ufuk; Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda İşverenin İflası Halinde İşçi alacaklarının korunması”Kamu-İş Ocak, 2000.

AYDINLI, İbrahim; İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara, 2004.

CENTEL, Tankut; İş Hukukunda Ücret, İstanbul, 1987.

ÇANKAYA Güven Osman/**ÇİL** Şahin,; İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, 2006.

ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. bası, İstanbul, 2006.

ÇENBERCİ, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1986.

EDİS, Seyfullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1997.

EKONOMİ, Münir; İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku, C:I, 3.Bası, İstanbul, 1984.

EKONOMİ, Münir; “İşyerinin Kapatılması”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. yıl Armağanı, Ankara, 2006.

EKONOMİ, Münir;”İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkilerine Etkisi”, Turhan, ESENER’e Armağan, Ankara, 2000.

ELBİR, Halid Kemal; Takım Mukavelesi ve Takım Klavuzunun Hukuki Mahiyeti, Sosyal Hukuk ve İktisad Mecmuası, Y:2, S:14.

EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Tıpkı,7. Bası, 2001.

EYRENCİ, Öner/**TAŞKENT**, Savaş/**ULUCAN**, Devrim; Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul, 2006,

GAUCH/SCHLUEP/SCHMİD/REY; Schweizerisches OR, Allgemeiner Teil, Bd. II, 7. Auflage, Zürich, 1998.

GUHL/MERZ/KOLLER; Das Schweizerisches Obligationenrecht, 8. Auflage, Zürich, 1991

GÜNAY, İlhan Cevdet; Şerhli İş Kanunu Şerhi (1475) C:II, Ankara, 1998.(Şerh)

GÜNAY, İlhan Cevdet; İş Hukuku, Yeni İş Yasaları, 4. Baskı, 2005, Ankara. (İş Hukuku)

HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, 2004.

HAUSEER, Heinz; Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern, 2003.

KANETİ, Selim; İsviçre Federal Mahkememesinin Borçlar Hukuku Kararları, (1955-1964) I,II, Ankara-1968.

KARAHASAN, Mustafa Reşit; Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. C:5, İstanbul, 2003.

KESER, Hakan; Türk Hukukunda İşçi Alacaklarının Korunması, İzmir,1998.

KILIÇOĞLU, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel hükümler, Genişletilmiş 5. Bası, Ankara, 2005.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 1985. (Borçlar Hukuku)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; Takım Sözleşmesinin ve Takım Klavuzunun Hukuki Mahiyetleri, İHFM, C:XXX, S:1-2.(Takım Sözleşmesi)

KURU, Baki, **ARSLAN**, Ramazan,**YILMAZ**, Ejder; Medeni Usul Hukuku, 4.Baskı, Ankara,1991.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; Hizmet Sözleşmesi (Kuruluş, İçerik ve Sona Erme), Ankara, 1995.(Hizmet Sözleşmesi)

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Ankara, 2004.(İş Hukuku)

ODAMAN, Serkan; Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul, 2007.

OĞUZMAN, Kemal; Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre “İş”Akdinin Feshi, İstanbul, 1955.

OĞUZMAN, Kemal/**ÖZ** Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5 Bası, İstanbul, 2006.

OLGAÇ, Senai; Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu, Ankara,1976.

ÖZVERİ, Murat; “İşverenin Aciz hali, İflas, İşyerinin Kapatılması, İşyeri Devirleri ve Toplu İşten Çıkarmalar”İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1999.

SCHWENZER, Ingeborg; Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeinteil, 4. Auflage, Bern, 2006.

SEROZAN, Rona; Medeni Hukuk Genel Bölüm, İstanbul, 2005.

SOYER, Polat; “İşçinin Bir Başka İşverenin Yanında Çalışması ve Bireysel İş Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar”, Yasa Hukuk Dergisi, C:III, S:3, Mart, 1980.

SÜZEK, Sarper; “İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması”, Münir Ekonomi 60. Gün Yaş Armağanı, Ankara, 1993. (Boşlukların Doldurulması)

SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, İstanbul, 2005.(İş Hukuku)

TANDOĞAN, Haluk; Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara, 1963.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7 bası İstanbul, 1993.

TUNÇOMAĞ, Kenan; Takım Sözleşmesi ,İÜHF, C:36, S:1-4, 1971.

TUNÇOMAĞ, Kenan/**CENTEL**, Tankut; İş Hukukunun Esasları İstanbul, 2003.

TUTUCU; A./**ODAMAN**, Serkan; “İş Kanunu 15. Madde Uyarınca İşyerini Terk Eden İşçiyi Çalıştıran Yeni İşverenin Sorumluluğunun Koşulları”, Nuri ÇELİK’e Armağan, C:II, İstanbul, 2001.

USTA, Osman; “Müteahhit Eliyle Yapılan İşlerde İşçi Hakları Bakımından Kamu Tüzel Kişilerinin Yetki ve Sorumlulukları”, Çimento İşveren Dergisi, Ocak, 1998,

ULUCAN, Devrim; “Toplu İşçi Çıkarmalar Karşısında İşçinin Korunması”, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul,1999.

YAVUZ, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul, 1997.