

KARAR İNCELEMESİ

İŞ İLİŞKİSİNİN (BİREYSEL) DEVRİ

YARGITAY 9. H.D. 14.03.2001, E: 225, K: 3914

Doç. Dr. Ercan AKYİĞİT
Sakarya Üniversitesi
İ.İ.B.F. Öğretim Üyesi

I. YARGITAY KARARI

DAVA: Davacı, kıdem tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

"Davacı işçi uzman ekonomist olarak özel hukuk tüzel kişiliği olan Davalışirketine ait işyerinde 1984 yılında başladığı bu çalışmasını 10.1.1999 tarihine kadar sürdürmüştür. Dosya içeriğine göre davacı 10.1.1999 tarihinde bir dilekçe vererek dava dışı Ortaklığı işçisi olarak aynı işyerinde aynı işte çalışmaya devam etmiştir.

Bu değişiklik konusunda gerek davacı işçinin gerek davalı işverenin ve gerekse dava dışı'nın mutabakatı mevcut olduğu gibi dava dışı şirkette, davalı işverenin hizmet süresi ile ilgili bütün taahhütlerini üstlenmiştir. Oluşan bu durum işçinin bir işyerinden diğerine devri anlamında olup hizmet akdinin feshi sonucunu doğurmaz. Taraflar esasen bu konuda da mutabaktırlar. İş hukukunda son yıllarda büyük bir gelişme gösteren esneklik kapsamı içinde hizmet devrine yer verildiği sıkça gözlenmektedir. Özellikle öğretilerde bu konuda olumlu görüşler serdedilmiş ve böyle bir olanaktan yurdumuzda da yararlanılması şeklinde sonuçlara ulaşılmıştır. Somut olayda da böyle bir durumda dava dışı anonim şirket davalı şirketin yerine geçmiştir. Bu itibarla sözleşme devam ettiğine göre davacı işçinin kıdem tazminatını talep etme koşulu gerçekleşmemiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.3.2001 gününde oybirliğiyle karar verildi."

II. KARARIN ÖZÜ

Yargıtay 9 HD. nin bu kararına konu olayın, mevcut veriler çerçevesinde şu şekilde olduğu anlaşılmaktadır. İşçi Özel hukuk tüzel kişiliği taşıyan bir şirkette (ticaret şirketi) ekonomist sıfatıyla işçi olarak işe alınmış ve 1984 - 10.01.1999 tarihleri arasında bu şirkette

çalışmıştır. Ancak 10.01.1999 tarihinde işçi, işverene bir dilekçe vererek diğer bir şirkette çalışmak istediğini bildirmiş, onun bu isteği gerek halen çalıştığı işvereni ve gerekse bundan sonra yanında çalışmak istediği ortaklık (şirket) tarafından da kabul edilmiştir. Ayrıca yeni şirket işçinin eski şirket yanında bu ana kadar geçen hizmet süresini kabul etmiş, bu hizmetin kendisini de bağlayacağını taahhüt etmiştir. Fakat anlaşma bununla da kalmamış, işçinin şu ana dek çalıştığı işyerinde ve departmanda ve fakat artık eski şirketin değil yeni şirketin işçisi sıfatıyla çalışmasını sürdüreceği de kabul edilmiştir. Nitekim işçi bu şekilde yine eski işverenin işyerinde çalışmasına devam etmiş ve bu arada eski işvereninden (akdın sona erdiği düşüncesiyle) kıdem tazminatı isteğiyle dava açmış ve yerel mahkeme bu talebi olumlu karşılamıştır. Ancak yerel mahkeme kararının davalı eski-işverence temyizi üzerine soruna eğilen Yargıtay (9.HD.), bu durumun eski yeni işverenler ve işçinin rızalarıyla oluşan işçi devri yahut hizmet devrinden ibaret bulunduğunu ve iş hukukunda esneklik çerçevesinde caiz görüleceğini, hizmet akdinin henüz sona ermeyip devam ettiğini, devam eden bir akitteyse kıdem tazminatı istenemeyeceğini belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur. Bu veriler dikkate alındığında kararın, öz itibarıyla şu konuları çağrıştırdığı söylenebilir.

1- İşyeri devri vs. dışında sadece iş ilişkisinin devri yoluyla sözleşmede taraf değişikliği mümkün olabilir mi?

2- İşverenin kendi işçisini (aralarındaki hizmet akdi varlığını sürdürmek koşuluyla) başka işveren yanında çalıştırması yani ödünç iş ilişkisi.

III. KARARIN İNCELENMESİ

Yukarıda metnini ve özünü verdiğimiz Yargıtay kararının incelenmesinde sırasıyla şu noktaların önem taşıdığı kanısındayız.

1. Kararın en ilginç ve belki Türk iş hukuku bakımından önemli yanı; Kişiliği ve işyeri halen varlığını sürdürürken sadece bir iş ilişkisinin devrinin yani iş ilişkisinin işveren tarafında akdî bir taraf değişikliğinin gündeme gelebilip gelemeyeceğidir. Yargıtay'ın caiz gördüğü bu noktada öncelikle şunları söylemeliyiz.

Bilindiği üzere iş ilişkisinin (hizmet sözleşmesinin) tarafları işçi ve işverendir ve işveren bir gerçek / tüzel kişi, hatta kişiliği bulunmayan kamu kurum ve kuruluşları da olabilir. İşçi ise kesinlikle bir gerçek kişidir. Taraflar bu ilişkinin içeriğinde hukukun imkan verdiği ölçüde değişiklik yapabilirler. Fakat iş ilişkisinde "taraf değişikliği" ile "iş ilişkisinden doğan hakların / taleplerin devri" ancak sınırlı bir şekilde uygulama alanı bulabilir. Örneğin işverenin ölümü halinde kural olarak ilişki son bulmayıp onun mirasçılarıyla işçi arasında (kesintiye uğramaksızın) varlığını devam ettirir. Böylece iş ilişkisindeki taraf konumu yasa gereği işverenin mirasçılarına intikal eder. Bunun dışında işyerinin el değiştirmesi (kamulaştırma - devletleştirme - icra yoluyla devir - rızai devir - özelleştirme) halleri ile işverenin sıfatında meydana gelen değişiklik sonucu işveren değişikliği durumlarında da kural olarak o işyerindeki işçilerin her birinin iş ilişkisinin tümünden yeni işverene geçtiği kabul edilir. Böylece iş ilişkisinde süreklilik sağlanır ve taraf değişikliğinden etkilenmesi önlenmiş olur.¹ Fakat

¹ Fazla bilgi için bkz. A.Güzel, İşverenin Değişmesi - İşyerinin Devri ve Hizmet Akdilerine Etkisi, İstanbul 1987, 23 vd. ile 149 vd.

dikkat edilirse tüm bu hallerde, işçinin çalıştığı işyerinin de el değiştirdiği görülür. Oysa incelemeye çalıştığımız Yargıtay kararında işçinin baştan beri yanında çalıştığı işveren kişiliğini değiştirmiş veya işyerini başkasına devretmiş vs. değildir. Kendisi aynı işyerinin sahibi olarak orayı işletmeye devam etmektedir. O sadece karara konu olaydaki davacı işçinin iş ilişkisini başkasına devrederek, onun kendi işçisi olma sıfatını sona erdirmektedir. O halde yukarıdaki olgular olaya uygun bir bünyeye sahip değildir. İşyerinin başkasına intikalinin sonucu olarak iş ilişkisinin başkasına geçmesi bir yana bırakılınca, bu ilişkiden doğan münferit hakların bile devrinin sınırlandığı görülür. Öyle ki, işçinin ücreti (İşK. 28) ve işverenin işin ifasını isteme / yönetim hakkı (BK. 320) sınırlı bir şekilde devredilebilir. Ödünç iş ilişkisinde bunu çağrıştıran bir durumun varlığı kabul edilir. Fakat burada dikkat edilecek nokta, bunların münferit, belli konularda devir niteliği taşıdığı ve iş ilişkisinin (bu devre rağmen) aynı taraflar arasında varlığını devam ettirdiğidir. Yani böylesi hallerde iş ilişkisinde bir taraf değişikliğinin yaşanmadığıdır. İş ilişkisinden doğan münferit hakların devrinde başvurulan yöntemin "alacağın temliki / devri" (Forderungsabtretung; Forderungsübertragung) olduğu da belirtilmelidir. Karara konu olayda bir taraf değişikliği bulunduğundan alacağın temliki olaya uygun bir çözüm olarak gözükmemektedir. Ayrıca iş ilişkisinden doğan borçların (niteliği elverdiği ölçüde) devri bakımından "borcun nakli" (Schuldübertragung) olgusu düşünülebilirse de, bunda da ilişkideki münferit bir borcun / borçların başkasına devri söz konusu olup ilişkide taraf değişikliği gündeme gelmez. Değişik görünüm biçimleri olan borcun naklinde özellikli borç üstlenme (privative Schuldübernahme) de eski borçlu borç ilişkisinden çıkıp yerine yenisi geçmektedir. Fakat bu kez de alacak devam ettiğinden borç ilişkisi ve eski borçlunun alacaklı sıfatının devam ettiği söylenir.²

Kanımca yukarıda anılan (ve iş ilişkisinin işveren tarafında değişikliğe götüren işverenin ölümü (miras) ile işyerinin başkasına geçmesi / devri dışında da) iş ilişkisinin işveren tarafında değişiklik mümkündür. Buna sadece bir iş ilişkisinin devri yahut "iş ilişkisinin bireysel devri" adı verilebilir.³ Bunu sağlayacak hukukî yolun "sözleşmenin devri" (Vertragsübertragung, Vertragsabtretung) yahut "sözleşmenin yüklenilmesi / sözleşmenin üstlenilmesi" (Vertragsübernahme) adı verilen kurum olduğu kabul edilir. Yukarıda da değinildiği üzere Borçlar hukuku sadece alacağın temliki (BK. 162 vd.) ile borcun naklini (BK. 174 vd.) düzenlemiştir fakat bunlar bir ilişkide taraf değişikliğine götüremeyip yalnızca münferit alacak (hak) ve borçların devrini sonuçlayabilmektedir. Oysa sözleşmenin devrinde (yahut akdin üstlenilmesinde) o ilişkiden doğan hakların ve borçların topluca eski taraftan yeni tarafa geçmesi yani bir taraf değişikliği söz konusudur. Öyle ki, bu yoldaki anlaşmanın tamamlanmasıyla birlikte önceki taraf (konumuz itibarıyla önceki işveren) ilişkideki taraf

² Alacağın temliki ve borcun devri hakkında fazla bilgi için bkz. **W. Fikentscher**, Schuldrecht, 8. Aufl. Berlin / New-York 1992, s.57 II vd. §59, I, 613 vd. **K.Larenz**, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd., Allg.T, 14 neubearb. Aufl. München 1987, s 34 I vd. ile s 35, I vd, 612 vd. **Guhl/Merz/Koller**, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8 Anfl. Zürich 1991, s 34, 244 vd. ile s 35, 262 vd.

³ Sözleşmenin konumuz itibarıyla iş ilişkisinin devrinin caizliği kabul edilmekle birlikte bunun nasıl gerçekleşeceği, evvelden beri tartışmalıdır. Örneğin iş ilişkisinin devrinin alacağın temliki ve borç üstlenme yoluyla parça parça olacağını savunan eğilim "bölme/parçalama teorisi" (Zerlegungstheorie) diye anılır. Buna karşın iş ilişkisinin tüm hak ve borçları içerir şekilde bir bütün olarak devredilebileceğini öngören başka bir düşünce de vardır ve "bütünlük teorisi" (Einheitstheorie) adını taşır Bu konuda fazla bilgi için bkz. **E. Kessler**, Die Übertragung des Arbeitsverhältnisses, Esdetten 1939, 10 vd. Ayrıca bkz. **Demelius** Vertragsübernahme, Jherings Jahrbuch, Bd. 72, 241 vd. özellikle 256. **Sieber**, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Jherings Jahrbuch, Bd. 70, 294 vd.).

sıfatını kaybetmekte, onun yerini anlaşmada belirtilen bir 3. kişi yani yeni işveren almaktadır. Eski işverenin artık taraf niteliğini yitirip onun yerine yenisinin geçmesi, bu anlaşmanın bir "sözleşmeye katılma" (Vertragsbeitritt) olmadığını da ortaya koyar. Zira sözleşmeye katılma halinde sözleşmeye mevcut taraflardan birinin yanına yeni bir kişi daha eklenmekte ve böylece bunlardan her biri aynı sözleşmede kısmen taraf olarak varlığını sürdürür. Deyim yerindeyse bu durumda birlikte borçluluk ve alacaklılık vardır. Akde katılmanın, borçlar bakımından "borca katılma" (Schuldbeitritt) veya "birlikte borç üstlenme" (Schuldmitübernahme) kurallarına tabiliği benimsenirken; alacaklar açısından alacağın temlikinin kendisini gösterdiği söylenir.⁴ Oysa yukarıda da değinildiği üzere sözleşmenin devri (üstlenilmesi) bundan farklı bir olguya işaret eder.

Gerçi açıkça söylemek gerekirse sözleşmenin devri olgusu gerek Borçlar Hukuku ve gerekse İş Hukukunda genel ve açık bir şekilde düzenlenmiş değildir. Ancak bu durum, anılan kurumun reddedildiği anlamını da vermez. Nitekim Alman, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde genel olarak kanunen düzenlenmeyen bu kurumun, kimi münferit hükümlerde (BGB §.613, OR. Art. 333) ve öğretisi ile uygulamada kabul edilip caiz görüldüğü belirtilmelidir.⁵ Ancak sözleşmenin devri/yüklenimi sözleşmesinin hukuki niteliği ve bünyesi tartışmalıdır. Sorun iş ilişkisi bağlamında ele alındığında, hemen belirtelim ki, Alman hukukunda sözleşmenin devri/yüklenilmesi olgusunun işyerinin hukuki işlemle başkasına geçmesi/devri bağlamında da ele alındığı ve bunun hukuki konstkrüksiyonu olarak ileri sürüldüğü de görülmektedir.⁶ Keza BGB 613a hükmüyle işyerinin hukukî işlemle devri ve buna bağlı olarak da oradaki iş ilişkilerinin devralana geçmesi olgusunun artık kanunen düzenlendiği de belirtilmektedir. Hatta bu yüzden, işyerinin devriyle birlikte oradaki iş ilişkilerinin yeni işverene geçebilmesi için, artık işçinin açık rızasına gerek bulunmadığı da söylenir. Fakat işçinin böyle bir geçişe itiraz hakkının bulunduğu da kabul edilmektedir.⁷ Ancak BGB §613a hükmü getirilmeden evvelki dönemde işyerinin devri halinde orada çalışan işçilerini iş ilişkilerinin de işyerinin yeni sahibine kendiliğinden mi yoksa işçinin rızasına tabi bir anlaşmayla mı geçeceği⁸ tartışılmıydı.⁹

İşyerinin tümünden/kısmen hukukî işlemle devri ve bunun sonucunda oradaki işçilerin iş ilişkilerinin de işyerinin yeni sahibine geçmesi (bu yönde genel bir kural içermeyen) Türk hukukunda da kabul edilmektedir. Üstelik kendi iş ilişkisinin yeni işverene geçişine işçinin kural olarak itiraz hakkı bulunmadığı da benimsenmektedir. İşçinin iş ilişkisinin işyerinin hukukî işlemle devriyle birlikte yeni işverene geçmesinde işçinin de hiç değilse örtülü (zımnî) rızasının bulunduğu ve bu geçişi sağlayan işlemin eski-yeni işveren ve işçi arasında oluşan üçlü ve kendine özgü bir sözleşme (sözleşmenin devri sözleşmesi) niteliği taşıdığı kabul edilir.¹⁰

⁴ Bkz. **Fikentscher**, §59, v, Rn. 618

⁵ **Fikentscher**, §.59, v, Rn.618. **Larenz**, Schuldrecht I, 616 vd. **Guhl/Merz/Koller**, 247-248. **Eren**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.II, 5. Bası, İstanbul 1999, 1242-1244. **H.Ayrancı**, Türk Borçlar Hukukunda Sözleşmenin Yüklenilmesi, Ankara 1999 (Yayınlanmamış Doktora Tezi) 5 vd. **Ekonomi/Eyrenci**, 1201 vd.

⁶ Bkz. **Schaub**, Münchener Kommentar zum BGB. 2.Aufl., München 1998, §613a Rn.15-17.

⁷ Bkz. **Wank** Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, Individualarbeitsrecht, II, München 1993, §120 Rn.1 ve 89 vd.

⁸ **Hueck/Nipperdey**, I, 516-517 ve BAG, AP Nr.1 und 6 zu § 419 BGB. Betriebsnachfolge)

⁹ **Zöllner/Loritz**, 259.

¹⁰ Bkz. **Reisoğlu**, Hizmet Akdi, Ankara 1968, 117 vd. **Güzel**, 269. Krş. **Engin**, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, İstanbul 1993, 170 vd.

Buraya dek sunulan iş hukuku bilgileri, iş ilişkisinin devri olgusunun genellikle işyerinin devri bağlamında ele alındığını göstermektedir. Oysa bizi asıl ilgilendiren nokta, işyerinin devrine gitmeksizin sadece bir (birkaç) işçinin hizmet sözleşmesinin devrinin nasıl değerlendirileceğidir. Yukarıda da belirtildiği gibi bizce de böyle bir şey mümkündür. Ve sözleşmenin devri/yüklenilmesi kavramıyla açıklanabilir¹¹. Ayrıca bazı yargıtay kararlarında da konuya değinildiği ve caiz bulunduğu söylenebilir (9.HD.09.04.1982, 2940/3520; 01.12.1997, 16135/19958; 25.06.1998, 8858/10927). Fakat sözleşmenin devri sözleşmesinin hukukî niteliği ve yapısı tartışmalıdır. Bir kısım öğreti ve uygulama bunu alacağın temliki ve borcun naklinin sadece bir birleşimi olarak görmektedir.¹² Doğal olarak böyle bir düşüncede alacağın temliki ve borcun nakli işlemlerine ayrı ayrı başvurmak gerekir.¹³ Oysa bu anlayış, bir borç ilişkisinin (konumuz bakımından iş ilişkisinin) o ilişkideki münferit hakların ve borçların (yükümlerin) toplamından daha fazla olduğu gerçeğine uymamaktadır.¹⁴ Bu yüzdendir ki, sözleşmenin devri / nakli anlaşması (inceleme konumuz itibarıyla) işçi, halihazır işveren ve onun yerine geçecek 3. kişi arasında yani üç kişinin katılım ve rızasıyla oluşan "kendine özgü ve üç taraflı sözleşme" olarak kabul edilmelidir.¹⁵ Böylece o ana kadar iş ilişkisinde taraf olan işverenin iş ilişkisindeki hukukî konumu bütün halinde yeni işverene geçmiş olur. Anlaşmanın bu olguyu içermesi gerekir.¹⁶ Sözleşmenin (hizmet sözleşmesinin) böylece devri olgusuna genellikle iktisadî birlik niteliği taşıyan şirket gruplarında, daha doğrusu grup oluşturan şirketlerde rastlanır. Yani işçinin iş ilişkisinin sona ermeksizin, mevcut şirketten (işverenden) aynı gruba dahil bir başka şirkete (işverene) geçmesi sağlanır.¹⁷ Nitekim inceleme konumuzu oluşturan karara konu olayda da işçinin iş ilişkisinin aynı gruba dahil şirketlerden birinden diğerine geçmesinin varlığı kuvvetle muhtemeldir. İşçinin mevcut şirkete (işverene) verdiği bir dilekçeyle başka şirkete geçmesi ve sonra bu yeni şirketçe yine aynı yerde çalışmasının sağlanması, kesin olmamakla birlikte böyle bir yorumu akıldan uzak tutmaz. Ayrıca bu durum, üçlü anlaşmanın da varlığını göstermektedir. Zira tarafların devre ilişkin rızaları açık/örtülü olabilir (**Ekonomi/Eyrenci**, 1218 vd.)

Sözleşmenin bireysel devrine böylece imkan tanıdıktan sonra ele alınması gereken önemli bir nokta; işçinin (kıdemi, vs. gibi) devir anından önce edindiği hakların (menfaatlerin) devirle birlikte yeni işverene geçip geçmediğidir. Yani örneğin yıllık izin yahut konumuz itibarıyla kıdem tazminatı gibi işçinin kıdeme bağlı hakları bakımından önceki sürenin yeni işverene karşı da ileri sürülüp sürülemeyeceği sorunuyla karşılaşılır. Gerçekten önem taşıyan bu hususta Alman hukuku öğretisinde (hizmet sözleşmesini de örnek vererek) sürekli borç ilişkilerinde, sözleşmenin devriyle yeni işverene kural olarak devir esnasında

¹¹ Bkz. **Ekonomi/Eyrenci**, Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi, (N.Çelik'e Arm. II) İstanbul 2001, 1999 vd. Özellikle 1214 vd. **Engin**, 212.

¹² Bkz BGH.NJW 61, 654 ve bizde **Oğuzman/Öz**, 881. **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1075. **Von Tuhr / Escher**, §80 III, 4, 278. **Ennecerus/Lehmann**, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. Tübingen 1958, 340. **Becker**, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, II. Abt., Bern 1944, Art. 164-175 N.5.

¹³ **Oğuzman/Öz**, 881.

¹⁴ **Fikentscher**, §59, V, Rn.618.

¹⁵ Bu yönde bkz. **Fikentscher**, §59, V, Rn.618. Larenz, SR.I, §35, III, 618. **E.Bucher**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. T.2. Aufl. Zürich 1988, 592. **Eren**, 1243 **A.Güzöl**, İşyerinin Devri, 269. **Ekonomi/Eyrenci**, 1218.

¹⁶ **Zöllner/Loritz**, Arbeitsrecht, 5.neubearb. Aufl. München 1998, 259.

¹⁷ **Zöllner/Loritz**, 259. **Ekonomi/Eyrenci**, 1202 vd. ile 1204 vd.

oluşan ifa taleplerinin geçeceği kabul edilmektedir. Daha önceki döneme ait yükümlerin de üstlenilip üstlenilmediği bir yorum problemi olarak görülür. Ancak şüphe halinde önceki döneme ait talep ve yükümlerin geçmeyeceği kabul edilmektedir. Böylece eski işveren, devirle birlikte yeni tarafa geçmeyen borçlar ve haklarla bağlılığını sürdürmek zorundadır.¹⁸ İsviçre hukukunda da bütün tarafların katıldığı bir anlaşmayla iş ilişkisinin tümüyle başkasına geçeceği (işyeri devrinde de bu durumun bulunduğu belirtilerek) kabul edildiği gibi devrin işçinin iş ilişkisinin devamına bağlı menfaatlerinde kural olarak değişikliğe yol açmayacağı dile getirilmektedir.¹⁹ Ancak işyerinin devriyle bağlantılı olarak, İsviçre hukukunda devralanın o işyerindeki işçilerin hizmet sözleşmelerini üstlenmek zorunda olmadığı da belirtilmektedir.²⁰ İncelediğimiz karara konu olayda yeni işverenin, işçinin eski işveren yanındaki hizmet süresini de üstlendiği açıkça belirtilmelidir ki böylece işçinin önceki işveren şirkette geçirdiği hizmet süresi varlığını yeni işveren nezdinde de sürdürecektir. Zira "sözleşmenin devri / üstlenilmesi" diye adlandırdığımız bu olguda, yeni işveren eski işverenin işçi karşısındaki hukukî konumunu üstlenmiştir. Üstlenilen hukukî konum ise işçinin o ana kadarki hizmet süresinin ve kıdeme bağlı haklarının muhatabı olmayı da sonuçlar kanısındayız²¹. Çünkü, eğer yeni işveren sözleşmeyi üstlenmeseydi işçi aynı hizmet süresine eski işvereni muhatap tutacaktı. Böylece oluşan üç taraflı bir sözleşmeyle iş ilişkisinde işveren tarafı değişmiş ve fakat sözleşme hiçbir kesintiye uğramadan hukuken varlığını sürdürmüş olacaktır. Halen varlığını devam ettiren bir iş ilişkisi çerçevesindeyse kıdem tazminatı gündeme gelemez. Zira hatırlanacağı üzere kıdem tazminatına hak kazanabilmenin vazgeçilemez bir koşulu "hizmet sözleşmesinin kanunen öngörülen hallerden birisiyle sona ermesidir."²² Bu yüzden incelediğimiz kararında Yargıtay'ın "**...böyle bir durumda dava dışı anonim şirket, davalı şirketin yerine geçmiştir. Bu itibarla sözleşme devam ettiğine göre davacı işçinin kıdem tazminatı talep etme koşulu gerçekleşmemiştir**" biçimindeki sözlerinin tamamen isabetli olduğu kanısındayız. Ancak bu işçinin hizmet akdi daha sonra kıdem tazminatını gerektirir şekilde son bulursa, işçinin kıdemine önceki işveren yanındaki hizmet süresinin de eklenmesi icap eder. İşin doğası bunu gerektirir. Her ne kadar sözleşmenin devri/üstlenilmesi yasada düzenlenmemişse de, işyerinin başkasına intikali bağlamında yasada kıdem tazminatı (İş K.14/II) ve yıllık ücretli izin (İş K. 53) için öngörülen kimi hükümlerin temelinde yatan gerçeğin de bu olduğu söylenebilir. Yani anılan hükümlerdeki çözümün, içerdiği menfaatler dengesine uygun olarak bu olayda da kıyasen (örnekseme yoluyla) uygulanması yerinde bir tutum olacaktır. Ancak işyerinin başkasına geçmesi / devri durumunda işçinin kıdem tazminatından (İş K. 14/II) ve ticari işletmenin devri bağlamında borçlardan (BK. 179-181) eski işverenin sorumluluk taşıdığı gerçeği, işyeri değil de sözleşmenin devrinde yaşanabilecek mi sorusunu çağırır. Menfaatler dengesi aynı çözümün burada da benimsenmesini icap ettirir²³. Ayrıca vardığımız bu sonuç, eski-yeni işverenin özel kesim yahut kamu kesimi işvereni olmasından da etkilenmeyecektir. Gerçi bir an için, özel kesimde (ve kanunen sayılanlar dışındaki kamu kesiminde) işçinin başka bir işveren yanında ona bağlı hizmet akdiyle geçirdiği sürelerin

¹⁸ Larenz, SR. I, § 35, 618

¹⁹ Fazla bilgi için bkz. M. Rehbindler, Schweizerisches Arbeitsrecht, 10 Aufl., Bern 1991, 104. Rehbindler, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2. Teilbd., 2. Abschn. Art. 331-355 OR, (Art. 333 N.1. Streiff / von Kaenel, Art.333 N.3).

²⁰ Streiff / von Kaenel Art. 333 N.2. Rehbindler, Bern K. Art. 333 N. 5. Rehbindler, Arbeitsrecht, 104.

²¹ Aynı şekilde bkz. Ekonomi/Eyrenci, 1222 vd.

²² Fazla bilgi için bkz. E.Akyiğit, Kıdem Tazminatı, Ankara 1999. 141 vd; Akyiğit İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi, Ankara, 2001, 437 vd.

²³ Bu yönde Ekonomi/Eyrenci, 1222.

diğer bir işverene ayrı bir hizmet akdiyle bağlı biçimde geçirdiği sürelerle birleştirmenin kendiliğinden mümkün olmadığı bir yana sözleşmeyle bile kararlaştırılmayacağı gerçeği zihinleri bulandırabilir. Fakat bunda tereddüte gerek yoktur. Zira o ihtimalde işçinin ayrı işverenler yanında ayrı hizmet akitleriyle geçirdiği sürelerin (yasaca sayılan kamu kuruluşları dışında) sözleşmeyle dahi birleştirilemeyeceği, aksine tutumun İşK. 14 ve 98'e aykırılık ve geçersizlikle karşılaşacağı olgusu söz konusudur. Oysa incelediğimiz kararda sunulan ve bizim de katıldığımız sözleşmenin devri/üstlenilmesinde, işveren değişikliğine rağmen iş ilişkisinin varlığını sürdürmesi yani "aynı hizmet akdiyle değişik işverenler yanında geçirilen süreler" gündemi oluşturmaktadır.²⁴

Bu arada önemle belirtilsin ki, yukarıda sunulan ve bizim de katıldığımız iş ilişkisinin devri olgusunun ve sonuçlarının gerçekleşebilmesi, eski ve yeni işveren olarak andığımız şirketlerin (tüzel kişilerin) gerçekten birbirinden bağımsız işveren sayılmalarına bağlıdır. (Aynı şey aşağıda değinilecek işçi ödünç verme bakımından da geçerlidir.) Genellikle aynı gruba dahil şirketlerde rastlandığı üzere (ki olaydaki şirketlerinde aynı gruba aidiyeti muhtemeldir) tüzel kişilikler sadece görüntüde kalıp gerçekte tek bir işverenin ve ona ait işyer(ler)inin varlığı sonucuna ulaşılabilirse, bu durumda sözleşmenin devrinden ve işveren değişikliğinden söz etmek mümkün değildir. Görünüşte farklı (tüzel) kişiliğe sahip işverenlerin gerçekte bir ve aynı işveren oldukları, dürüstlük kuralı (MK.2) ışığında ilişkinin fiili gidişatı dikkate alınarak çoğu kez "tüzel kişilik perdesinin kaldırılması"ndan hareketle saptanır.²⁵ Fakat bu durumun istisnaî bir nitelik taşıdığını da belirtmeliyiz. Zira kural, farklı (bağımsız) tüzel kişiliklerin varlığı ve devam ettiğidir. (Bu konuyla ilgili Yargıtay Kararı örnekleri olarak bkz. 9. HD. 28.09.1998, 11032/13641; 05.10.1998, 11212/13946; 18.06.1998, 8721/10489-Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, Md. 1, 109-110 ve 119)

2. İş ilişkisinin taraf değişikliğine rağmen varlığını sürdürdüğü sonucuna böylece ulaşarak Yargıtay'ı haklı bulduktan sonra "işçinin halen eski işverene ait işyerinde (hatta muhtemelen aynı işte, aynı departmanda) hiçbir kesintiye uğramadan çalışmasını sürdürmesi"nin neyi ifade ettiğine geliyoruz.

Sözü fazla uzatmadan belirtilsin ki, "bir işverenin kendi işçisini işçinin de rızasıyla yanına gönderdiği kişinin yönetimine tabi biçimde çalışmak ve bu arada kendisiyle olan hizmet akdi varlığını sürdürmek üzere nisbeten geçici / kısa bir süre için başka bir işverene vermesi" bugün için ülkemizde de kabul edilen bir olgudur. Atipik bir iş ilişkisi²⁶ olarak görülen bu olgu, artık yerleştiği söylenebilecek deyimiyile "ödünç iş ilişkisi" (Leiharbeitsverhaeltnis) yahut "başkasına işçi verme" (Arbeitnehmerüberlassung an Andere) diye anılır. Aşağıda kısaca değinileceği üzere değişik türleri bulunan ödünç iş ilişkisi, kendi işçisini geçici olarak başkasına veren işveren (ki "ödünç veren" (Verleiher) diye anılır) ve bundan geçici olarak işçi isteyen işveren (ki "ödünç alan" (Entleiher) ismi verilir) ile başka işveren yanında geçici olarak çalışmayı kabullenen işçinin (ki buna ödünç işçi (Leiharbeiter; Leiharbeitnehmer) adı verilir) birbirine uygun rızalarıyla oluşan "iş hukukuna ait üçlü bir ilişki"dir. Bu konuda işçinin

²⁴ Bu tür hizmetlerin birleştirimi konusunda bkz. Akyiğit, Kıdem Tazminatı 581 vd.. **Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, Md. 14. 535 vd.**

²⁵ Bu konuda fazla bilgi için bkz. **Tekinalp / Tekinalp, Perdeyi Kaldırma Teorisi, (R. Poroy'a Arm.) İstanbul 1995, 387-404. Aydınli, ÇİD. Temmuz 99, 3-20. Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000, 110-111, 216. Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 70 vd. Aydınli, Türk Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara 2001. 148 vd. ile krş.**

²⁶ Atipik iş ilişkisi hakkında bkz. **Akyiğit, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, 3-11. Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, Md.1. 48 vd.**

rızasının varlığı da öylesine önemlidir ki, BK. 320'deki "halin icabı"nın dahi işçinin rızası gereğini ortadan kaldıramayacağı kanısındayız.²⁷ İş hukukuna ait üçlü ilişkiler²⁸ içinde önemli bir yer tutan ödünç iş ilişkisinin karmaşık bir hukuki yapıya sahip bulunduğu ve işveren konumun farklı işverenlerce paylaşımını içerdiği kabul edilir.²⁹ Bir işverenin kendi işyerinde istihdam ettiği işçiyi (bunu profesyonel bir uğraş haline getirmeden) işlerde durgunluk, ekonomik kriz, bağlı kuruluşları gözetim vs. gibi nedenlerle bedelli veya bedelsiz biçimde başkasına vermesine "alelade ödünç iş ilişkisi" yahut "gerçek anlamda ödünç iş ilişkisi" (echtes Leiharbeitsverhaeltnis) yahut "meslek edinilmemiş şekilde işçi verme" (nichtgewerbmaessige Arbeitnehmerüberlassung) adı verilir. Bunda işçinin ödünç alandaki çalışması bitince gelip yine kendi işvereni (ödünç veren) yanındaki çalışmasına devam edecektir. Zaten bu şıkta işçi, kural olarak kendi işvereni yanında çalışmakta, istinaen ödünç verilmektedir.³⁰ Diğer bir türdeyse işçi; sırf veya baskın biçimde başkasına verilmek üzere işe alınmakta ve ödünç verilemediği sürede işveren yanında belki de hiç çalışmamaktadır. Üstelik bu işle uğraşan işverenlerin işçi vermeyi bir kazanç elde etmek amacıyla az çok sürekli biçimde yaptıkları da bilinmektedir. Bu yüzdendir ki eskiden "gerçek anlamda olmayan ödünç iş ilişkisi (unechtes Leiharbeitsverhaeltnis) denilen bu tür işçi vermenin artık "meslek edinilmiş (profesyonel) şekilde işçi verme" (gewerbmaessige Arbeitnehmerüberlassung) diye anıldığı söylenmelidir.³¹ Ancak söz konusu kavramlara verilen ismin ülkelere göre kimi farklılıklar taşıdığı³² ve özellikle "meslek edinilmiş şekilde işçi verme"nin taşıdığı önem itibarıyla çeşitli ülkelerde belirli kayıtlar çerçevesinde bizzat kanunen düzenlendiği görülmektedir. Keza AB'nin de konuya duyarsız kalmadığı belirtilmelidir.³³ Ödünç işçi vermenin bunlar dışında "makinayla birlikte personel verilmesi" ve "geçici futbolcu transferi" ile "holding içi işçi verme" (ki buna "aynı gruba dahil işverenler arasında işçi verme" demek daha isabetli olur) gibi görünüm biçimleriyle karşılaştırılır.³⁴ Kanımca "meslek edinilmiş şekilde işçi verme" ve "meslek edinilmemiş şekilde işçi verme" ayırımını temel alırsak, anılan olguların da bunlardan birisine girdirimi mümkündür.

Ödünç iş ilişkisinin hukuki konstrüksiyonu bağlamında bizim de katıldığımız anlayış çerevesinde, işçiyle ödünç veren arasındaki hizmet akdi ödünç esnasında bile varlığını sürdürür ve ödünç alanla işçi arasında bir hizmet akdi oluşmaz. Hal böyle olunca ödünç veren, ödünç esnasında da işçinin gerçek (hukuki) işvereni sıfatını korur. İşçinin kıdeme bağlı hakları vs. de ödünç alan yanında geçen süre de ödünç verene bağlı geçmiş süre olarak kabul görür ve hesaba katılır.³⁵ İşçinin ödünç süresince iş ifasıyla ilgili konularda ödünç alanın yönetimine tabiliği (ve fakat bazı noktalarda ödünç verenin yönetimine

²⁷ Fazla bilgi için bkz. **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 11 vd. **Akyiğit**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Başkasına İşçi Verme, İB. Çalışma Huk. Kom. Bülteni, 1997/2, 45-83. Özellikle 62. **Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, Md.1, ... **H.A. Türkmen**, İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiyeye Devri (Ödünç İş İlişkisi) YD. Ocak/Nisan 1999, 130 vd. **Süzek**, İş Akdinin Türleri, Mercek Nisan 2001, 31 vd. ile orada anılanlar dışında bkz. **D.Marschall**, Einbeziehung Dritter in das Arbeitsverhaeltnis; (in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 163-169.

²⁸ Bkz. **H. Konzen**, Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen, ZfA 1982, 259 vd.

²⁹ Bkz. **T. Ramm**, Die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen, ZfA 1973, 263 vd.

³⁰ **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 38 vd.

³¹ **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 41 vd.

³² **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 25 vd. ile 32 vd.

³³ Bu konuda fazla bilgi için bkz. **E.Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisinin Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Görünümü, Tühis Şubat 1996, 1-27 ve **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 41 vd.

³⁴ **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 48 vd.

³⁵ Bkz. **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 146 vd. **Akyiğit**, Kıdem Tazminatı, Ankara 1999, 551 vd. 701. **Akyiğit**, Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000, 222 vd. **Akyiğit**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Başkasına İşçi Verme, 83-86. **Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, Md. 1, 14, 49 vd.

bağlılığın da devam ettiği), keza ödünç alana bir kısım işçiyi gözetme yükümünün düşmesi ve işçinin de ödünç alana karşı birtakım yükümlerinin oluşması, bizi farklı bir açılıma götüremez kanısında. ³⁶ Bu yüzdendir ki bizce ödünç iş ilişkisi diye andığımız hukuki kurumda tek bir iş ilişkisi (hizmet sözleşmesi) vardır ve işçiyle ödünç veren arasındadır. Ödünç verenle ödünç alan arasında bizce kendine özgü nitelik taşıyan bir "işçi verme sözleşmesi" (Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) yahut kısaca "ödünç verme sözleşmesi" (Verleihvertrag) diye anabileceğimiz bir sözleşme mevcuttur. İşçiyle ödünç alan arasındaysa, bizim de katıldığımız eğilim, herhangi bir sözleşmenin bulunmadığı ve fakat sözleşme benzeri bir ilişkiden söz edilebileceği yönündedir. ³⁷

Özellikle iş aracılığı (Arbeitsvermittlung) ile ayırımında bazı güçlüklerle karşılaşılana (bilhassa meslek edinilmiş şekilde) işçi ödünç vermenin, gerçekte iş aracılığı oluşturmadığı ve fakat kimi olguların varlığı durumunda iş aracılığına bürünebileceği unutulmamalıdır. Bu noktada ödünçün süresi ve işçiyi verenin bunu yaparken, mutad işveren yükümlerini (rizikolarını) üstlenip üstlenmediği olguları önem taşır. ³⁸ Yeri gelmişken belirtilsin ki, önerimiz hangi türü olursa olsun işçinin aynı ödünç alan yanındaki kesintisiz bir istihdamının (ödünç süresinin) bir yıldan az sürmesi gerektiği yönündedir. ³⁹ Memnuniyetle belirtmeliyiz ki, Alman hukukunda da ödünç süresi 3 sonra 6 ve 9 nihayetinde ise sürekli biçimde 01.01.1997'den itibaren 12 ay ile sınırlanmıştır. Ödünçün süresiyle sınırlı hizmet akdi yapılabileceği ve ödünçün aşılabileceği akdin ödünç alanla kurulduğu faraziyesi ve işçinin ödünç verenle olan iş ilişkisinin böylece son bulup bulmadığı noktasında yasada bir zamanlar mevcut hüküm (AÜG. § 13) 1997'de kaldırılmıştır. Federal İş Mahkemesi buradan da yararlanarak meslek edinilmemiş şekilde işçi vermede, işçiyle ödünç veren arasındaki iş ilişkisinin sona ermeyeceğini kabullenmiştir. ⁴⁰ Oysa önceki döneme ait kararları bunun aksi yöndeydi. ⁴¹

Bu arada değinilmesi gerekli bir nokta, ödünç iş ilişkisinin BK.320 ve PFT (Profesyonel Futbol Talimatı) dışında herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmadığı Türk İş Hukukunda da gerek öğreti ve gerekse uygulamada kabul gördüğüdür. Gerçekten saptayabildiğimiz kimi Yargıtay kararlarının ödünç iş ilişkisiyle ilgili olduğu ve ödünç iş ilişkisinin hukuki yapısı olarak eski tarihli bir kararında "çifte iş ilişkisi" anlayışını benimsediği görülürken ⁴² diğer kararlarında tek iş ilişkisi yani hizmet akdinin sadece ödünç verenle işçi arasında bulunduğu, ödünç vermenin ödünç verenin işveren sıfatında değişikliğe yol açmayacağı düşüncesi kabul edilmiştir. ⁴³

³⁶ Bkz. **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 125 vd.

³⁷ Fazla bilgi ve çeşitli tartışmalar için bkz. **Akyiğit** Ödünç İş İlişkisi, 88-123. **Akyiğit**, Başkasına İşçi Verme, 65-66.

³⁸ **Akyiğit**, İş İlişkisi, 59 vd. **Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi, Md. 83-87, **Akyiğit**, Başkasına İşçi Verme, 62 vd.

³⁹ **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 62 vd. ile özellikle 103 vd.

⁴⁰ BAG. 15.04.1999 - 7 AZR 437/97 DB 1999/45, 2315 vd. Tarihsel süreç ve konu hakkında bkz. **Akyiğit**, İş Aracılığında Son Gelişmeler: F.Almanya örneği, ÇİD Eylül 96, 9 vd. **H.A. Türkmen**, İş ve İşçi Bulmaya Aracılık Faaliyeti Açısından Ödünç İş İlişkilerinin Değerlendirilmesi, YD. Tmz. 99, 338-357. **J.Düwell**, Aenderungen des AÜG durch das Arbeitsförderungs-Reformgesetz, BB 1997/1, 46-48. **Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi, Md. 83-87, 1526 vd.

⁴¹ Örneğin bkz. BAG. 10.02.1977 - 2 ABR 80/76; 23. 11.1988 - 7 AZR 34/88; 01.06.1994 - 7 AZR 7/93; 26.04.1995 - 7 AZR 850/94.

⁴² 9.HD.31.05.1965, 28300/4725 - **Akyiğit**, Ödünç İşçinin Sosyal Güvenliği, Tühis, Mayıs 1995, 33-34.

⁴³ 9 HD. 04.12.1967, 8620/11393; 09.04.1982, 2940/3520; 06.02.1992, 12745/1125; için bkz. **Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi Md.1, 14, 26, 49 vd. ile 83-87 ayrıca **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 21 dn.70. **Akyiğit**, Ödünç İşçinin Sosyal Güvenliği 33 vd. **Akyiğit**, Başkasına İşçi Verme, 79-81. kararlar olarak şunları da anabiliriz. 9. HD. 14.05.1996, 1014/10093; 07.07.1997, 10276/13882; 13.05.1996, 36083/10052; 06.02.1992, 12745/1125 (**Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi, Md.1, 114, 127, 143, 167) ile 10. HD. 11.12.1975, 4279/6608 (**Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi, Md.1, 123-124) ve 21. HD. 12.10.1995, 5310/5548. (**Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi, Md. 1, 143).

Tüm bu genel açıklamalardan sonra inceleme konumuzu oluşturan Yargıtay kararına döndüğünde, tarafların (yani işçi ile eski ve yeni işverenin) işçinin, iş ilişkisinin yeni işverene devrinden sonra ve fakat hiçbir kesintiye uğramadan yine eski işverenin işyerinde çalışmasını sürdürmesinde anlaşlıkları görülmektedir. Gerçekten de işçinin iş ilişkisinin yeni şirkete devrine rağmen eski işverenin işyerinde çalışmaya devam ettiği, karardaki “...**davacı 10.01.1999 tarihinde bir dilekçe vererek dava dışı... Ortaklığı işçisi olarak aynı işyerinde aynı işte çalışmaya devam etmiştir**” biçiminde dile getirilen ifadelerden anlaşılmaktadır. Yine yukarıda belirtildiği üzere, işçinin yeni işverenle iş ilişkisinin bu esnada da devam ettiği dikkate alınınca, İşçinin sözleşmeyi devralan yeni işveren (şirket) tarafından eski işverene ödünç verildiği sonucuna varılacaktır. Yeni işverenin yani ödünç verenin bunu ödünç alandan bir karşılık (bedel) alarak veya almadan yaptığı ve eğer bedel alıyorsa da başkasına işçi vermeyi meslek edinip edinmediği (yani bunu profesyonelce icra edip etmediği) maalesef karardan anlaşılammaktadır. Fakat bir vesileyle yukarıda da değinildiği üzere ödünç veren ve ödünç alan (tüzel kişi şirketlerin) işverenlerin aynı şirketler grubuna dahil olmaları muhtemeldir. Eğer durum böyleyse bunun yabancı ülkelerde “Konzern içi işçi verme” diye anılan (AÜG. Art. 1 §1/3) türde ödünç vermeyi anlattığı söylenebilir.⁴⁴ Bizde “holding” kavramına verilen (hukukî değil) fiili anlam dikkate alınarak bunun “holding içi işçi verme” diye adlandırılması mümkündür.⁴⁵ Fakat gerçekte bizdeki “holding” ile Alman hukukundaki “Konzern” kavramlarının birbirinden farklılık taşıdığı açıktır. Bu yüzden kavramın “aynı gruba dahil işverenler (şirketler) arasında işçi verme” yahut “grup oluşturan şirketler arasında işçi verme” diye anılmasının daha uygun düştüğü kanısındayız.⁴⁶ Kanımızca aynı gruba dahil işverenler (şirketler) arasındaki işçi vermenin (şartları varsa) duruma göre meslek edinilmiş şekilde yahut meslek edinilmemiş biçimde işçi verme oluşturması düşünülür.⁴⁷ Ancak işin özelliği gereği (yapılacak yasa bakımından) bunlar için özellikli düzenlemelere yer verilmesi uygun olur. Nitekim Alman hukukunda “Meslek Edinilmiş Şekilde İşçi Verme Kanunu” Konzern içindeki geçici işçi vermenin bu yasaya tabi olmadığından söz etmektedir. (AÜG. Art.1 §1/3, Satz 2) Fakat buradaki “geçici” deyimine ne anlam verileceği ve yasadaki 12 aylık azami ödünç süresinin Konzern içindeki işçi vermede de mi uygulanacağı tartışmalıdır.⁴⁸ Alman uygulamasından bir örnek olarak Köln İş Mahkemesi’nin bir kararında, işçinin Konzern’e dahil işletmelerden birisiyle hizmet akdi yaptıktan sonra uzun yıllar aynı Konzern’deki diğer bir işletmede çalıştırılması durumunda, işçiyle ödünç alan işletme arasında hizmet akdinin oluşmayacağı benimsenmiştir.⁴⁹ Bizde herhangi bir kural bulunmadığından durumun değişmeyeceği açıktır. Keza karardan, ödünçün 10.01.1999’da başladığı sonucuna varılabilirse de ne kadar sürdüğünü netlikle saptamak zordur. Bununla birlikte (eğer davanın seyri esnasında hizmet sözleşmesi veya ödünç sona ermemişse) ödünçün ve akdin halen devam ettiği çıkarılabilir. Zira sözleşmenin devam ettiğinden bahisle kıdem tazminatını reddeden Yargıtay kararı bu anlamda değerlendirilebilir. İlginç bir husus, (davanın ne zaman açıldığını ve ödünçün / akdin daha

⁴⁴ Fazla bilgi için bkz. **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 50 vd.

⁴⁵ **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 50-55. **Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi Md.1, 70 vd.

⁴⁶ Bkz. **Akyiğit**, Ödünç İşçinin Sosyal Güvenliği, 15 dn. 19.

⁴⁷ **Akyiğit**, Başkasına İşçi Verme, 50. **Ekonomi/Eyrenci**, 1206 vd. Krş. **Aydın**, ÇİD 10 ve **Aydın**, İşyeri ve İşletme, 148 vd.

⁴⁸ Bu konuda fazla bilgi için bkz. **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 52-55. **Akyiğit**, Başkasına İşçi Verme, 55 dn. 28b.

⁴⁹ Arb G. Köln, U.v. 07.03.1996, 17 Ca 625/95, DB 1996/26, 1342 vd. ve bu karara yönelik biçimde B. Wrede’nin notu içine bkz. DB 1996/26, 1343-1344.

önce son bulunduğunu bilmediğimizden) eğer ödünç Yargıtay kararı esnasında da devam ediyorsa; ve herhangi bir kesinti yaşanmamışsa, bunun Yargıtay kararının verildiği 14.03.2001'e dek sürdüğü sonucuna varılabilir. O halde bu olayda caiz kesintisiz istihdam süresi aşılmış gözükmemektedir. Belirtilsinki işçinin aynı ödünç alan yanındaki kesintisiz istihdamının ve kesintinin nasıl gerçekleşebileceği konusunu Alman hukukundan da esinlenerek çeşitli ihtimaller çerçevesinde ele almıştık. Biz işçinin aynı ödünç alan yanındaki daha önceki çalışmasıyla şimdiki arasında önceki çalışma süresinin 1/4'ünden fazla bir süre yaşanmışsa gündeme gelebileceğini benimsiyoruz.⁵⁰ Fakat işçinin önceki çalışma süresine denk gelen fesih bildirim öneli üzerinde de durulabileceğini belirtmiştik.⁵¹ Konuyla daha sonra ilgilenen bir yazarın üzerinde durduğumuz bu ikinci ihtimali kabul ettiği görülmektedir.⁵² Olayımızdaki işçinin aynı ödünç alan yanındaki istihdamının 10.01.1999 - 14.03.2001 tarihleri arasında ve dolayısıyla iki yıldan bile fazla sürdüğü söylenebilecektir. Bu durumdaysa, (aksine bir yasal düzenleme içermeyen hukukumuz açısından) bizce bir yıldan az olması gereken "azami ödünç süresi"⁵³ aşıldığından, işçinin iş ilişkisinin ödünç alana yani eski işverene geçtiği sonucuna varılabilecektir. Zira böyle bir durumda ödünçün görüntüde kaldığı, gerçekteyse (işçiyi veren) işverenin başkasına "işçi vermesi"nden değil "işçi bulması"ndan yani iş aracılığı yaptığından söz edilmektedir. (Bkz. AÜG.Art.1 §1/2) Hal böyle olunca hizmet akdinin işçiyle sözde ödünç veren (şirket) değil tam tersine sözde ödünç alan işveren (şirket) arasında gerçekleştiği, söylenir. İşçiyle (iş aracısı) aracı arasında hizmet sözleşmesi bulunmamaktadır. İşte bu noktada ödünç iş ilişkisi de gerçekleşmeyecek demektir. Eğer somut olaydaki veriler hakikaten böyleyse, kanımca sadece işçi ödünç verme değil daha önce yaşandığını varsaydığımız "hizmet sözleşmesinin devri" bile sırf görünüşten ibaret kalacaktır. Sonuçta ise; tarafların farklı görüntü çizme çabalarına rağmen ilişkinin fiili gidişatından, aslında hiçbir değişikliğe uğramadan işçinin iş ilişkisinin ve çalışmasının aynı işveren şirketle devam ettiği söylenebilecektir. Eğer karara konu olay gerçekten böyleyse, Yargıtay'ın hizmet devri - işçi devri gibi adlarla anlatmaya çalıştığı "sözleşmenin devri" ve "işçi ödünç verme" nin bulunmadığı, bu yüzden de karara katılmadığımızı belirtmeliyiz. Ayrıca olayda aynı gruba dahil ve farklı tüzel kişilik sahibi şirketler (işverenler) görüntüsü olmasına rağmen, ilişkinin fiili gidişatı ve diğer verilerden gerçekte tek bir işveren ve ona bağlı işyeri / işyerlerinin bulunduğu sonucuna varılabilirse, işçi ödünç vermenin yaşanmadığı söylenecektir. Böylece bir başka açıdan da ödünç iş ilişkisinin bulunmadığına ulaşılabılır ve Yargıtay kararı bu noktadan da isabetsiz bulunabilir. Ancak bunların sadece birer varsayım olduğu dikkatten kaçmamalıdır. Buna karşın şirketler (tüzel kişi işverenler) hakikaten birbirinden bağımsızsa ve muvazaada taşımadan işçinin hizmet sözleşmesi yeni işverene devredilmiş ve onun tarafından işçi eski işverene ödünç verilmişse ve azami ödünç süresi aşılmamışsa, karardaki sonucun isabetli görüleceğini düşünüyoruz.

⁵⁰ Akyiğit, Ödünç İş ilişkisi, 105-106.

⁵¹ Bkz. Akyiğit, Ödünç İş ilişkisi, 105-106.

⁵² Bkz. H.A.Türkmen, İş ve İşçi Bulmaya Aracılık ve Ödünç... Aynı yazar, İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiyeye Devri: Ödünç İş ilişkisi, YD. Ocak/Nisan 99, 130-149.

⁵³ Bizce bir yıldan az olması gereken azami ödünç süresinin (Akyiğit, Ödünç İş ilişkisi, 103-105) bir başka yazara göre, başka türlü değerlendirildiği görülmektedir. (Bkz. H.A.Türkmen, İş ve İşçi Bulmaya Aracılık Faaliyeti Açısından Ödünç İş ilişkilerinin Değerlendirilmesi, YD. Tmz.99, 338-357). Ancak yapılacak yasa açısından bizde de grup oluşturan işverenler (şirketler) arasında işçi vermenin daha uzun bir süreye tabi tutulması düşünülebilir.