

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ ANABİLİM
DALI
İŞ HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BİLİM DALI

TÜRK HUKUKUNDA ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ

Yüksek Lisans Tezi

Arkm GÜNAY

İstanbul - 2011

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ ANABİLİM
DALI
İŞ HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BİLİM DALI

TÜRK HUKUKUNDA ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ

Yüksek Lisans Tezi

Arkm GÜNAY

Danışman

Doç. Dr. Nurşen CANİKLİOĞLU

İstanbul - 2011

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

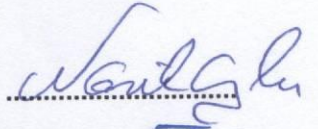
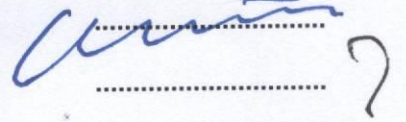
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ Anabilim Dalı İŞ HUKUK VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi ARKIN GÜNAY' ın TÜRK HUKUKUNDA ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ adlı tez çalışması ,Enstitümüz Yönetim Kurulunun 15.06.2011 tarih ve 2011/11-14 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 05.07.2011

- 1) Tez Danışmanı : DOÇ. DR. NURŞEN CANIKLIOĞLU
2) Jüri Üyesi : PROF. DR. MÜJDAT ŞAKAR
3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. ARZU ARSLAN ERTÜRK



?

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı	: Arkın Günay
Anabilim Dalı	: Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri
Programı	: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku
Tez Danışmanı	: Doç Dr. Nurşen Caniklioğlu
Tez Türü ve Tarihi	: Yüksek Lisans- Temmuz 2011
Anahtar Kelimeler	: Ödünç, Esneklik

ÖZET

TÜRK HUKUKUNDA ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ

Ödünç iş ilişkisi esnek çalışma biçimlerinden birisidir. Ödünç iş ilişkisi, bir işverenin kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçisini, iş görme borcunu yerine getirmesi için, onun da rızasını almak koşulu ile belirli ve geçici bir süreliğine bir diğer işverenin emrine vermesi olarak tanımlanabilir. Söz konusu hukuki ilişki üç taraflıdır. Türk Hukukunda ise, 4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte, ödünç iş ilişkisi yasal olarak düzenlenmiştir. Ödünç iş ilişkisinin sona ermesine ilişkin anılan Kanunda açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, öncelikle ödünç iş ilişkisi Kanun tarafından belirli bir süre ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, bu sürenin bitiminde taraflar arasındaki ödünç iş ilişkisi kendiliğinden sona erecektir.

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname	: Arkın Günay
Field	: Working Economics and Industrial Relations
Programme	: Labour and Social Security Law
Supervisor	: Associate Proffessor Nurşen Caniklioğlu
Degree Awarded	: Master- July 2011
Key Words	: Borrowed, Flexibility

ABSTRACT

BORROWED BUSINESS RELATIONSHIP IN TURKISH LAW

Borrowed business relationship is one of the flexible forms of working. Borrowed business relationship can be defined as the transfer of an employee, with its consent, to the service of an employer other than the employee's original employer, for a temporary and certain period of time, in order to fulfill its performance obligation, by the original employer, with whom the employee is contractually affiliated. The legal relationship in question is trilateral. In Turkish Law, borrowed business relationship has been legally regulated with the 4857 numbered Labor Law. The mentioned Law does not incorporate any implicit legal regulation regarding the cessation of borrowed business relationship. However, the Law does limit temporary employment relations with a specific period of time. Consequently, by the end of this time, the borrowed business relationship between the parties will automatically cease.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No.
ÖZET	i
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ

§ 1.ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ KAVRAMI VE BENZER KURUMLARLA

KARŞILAŞTIRILMASI	4
I. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ KAVRAMI	4
A. GENEL OLARAK.....	4
B. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN TANIMI	5
C. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN TÜRLERİ.....	8
1. Genel Olarak	8
2. Basit Ödünç iş ilişkisi	9
3. Meslek Edinilmiş Biçimde Ödünç İş İlişkisi	12
a. Genel Olarak.....	12
b. Özellikleri.....	14
c. Özel İstihdam Büroları	14
d. Türk Hukukunda Mevcut Durum	17
4. Bazı Özel Durumlar	23

a. Geçici Futbolcu Transferi	23
b. Makineyle Birlikte İşçi Verme	25
D. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN ÖZELLİKLERİ.....	27
1. Genel Olarak	27
2. Ödünç iş ilişkisinin Atipik Bir İlişki Olması	28
3. Ödünç İş ilişkisinin Üçlü Bir İş ilişkisi Olması	30
4. Ödünç İş ilişkisinin Esneklik Temelli Bir İş ilişkisi Olması	31
a. Genel Olarak Esneklik Kavramı	31
b. İş Hukukunda Esneklik	31
c. Esneklik Türleri	36
ab. Sayısal Esneklik	36
bb. Fonksiyonel (İşlevsel Esneklik) Esneklik.....	37
cc. Ücret Esnekliği.....	38
dd. Uzaklaştırma Stratejileri	38
ee. Çalışma Süreleri Esnekliği	39
II. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	40
1. Alt İşverenlik ile Karşılaştırılması	40
2. İş Aracılığı ile Karşılaştırılması	46
3. Dolaylı İş ilişkisi ile Karşılaştırılması	48
4. Takım Sözleşmesi	49
§ 2. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN TARİHÇESİ VE ULUSLAR ARASI	
BELGELERDE ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ.....	50
I. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN TARİHÇESİ.....	50
A. BATI HUKUKUNDA	50
1. Alman Hukukunda	50

2. İsviçre Hukukunda	52
3. Fransız Hukukunda	52
4. İtalyan Hukukunda	53
B. TÜRK HUKUKUNDA	53
II. ULUSLAR ARASI BELGELERDE ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ	56
A. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU DÜZENLEMELERİNDE ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ	56
1. Ödünç İş İlişkisi İle İlgili Yönerge Taslakları	56
2. 91/383/EC Sayılı Yönerge	59
3. 96/71/EC Sayılı Yönerge	61
4. 20.03.2002 Tarihli Yönerge Taslağı	63
1. 08/104/EC Sayılı Yönerge	67
B. ULUSLAR ARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜNÜN (ILO) SÖZLEŞME VE TAVSİYE KARARLARI	71
1. Genel Olarak	71
2. 96/1949 Sayılı Sözleşme	73
3. 181/1997 Sayılı Sözleşme	75
4. 188/1997 Sayılı Tavsiye Kararı	78

İKİNCİ BÖLÜM

ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASININ KOŞULLARI VE TARAFLAR ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER

§ 3. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASININ KOŞULLARI	79
I. GENEL OLARAK	79

II. İŞÇİNİN ASIL İŞVEREN İLE ARASINDAKİ İŞ SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN KOŞUL	81
III. İŞÇİNİN ÖDÜNCÜ OLARAK ÇALIŞMASINI ÖNGÖREN İŞVERENLER ARASINDAKİ SÖZLEŞMEYE İLİŞKİN KOŞUL	82
IV. İŞÇİNİN GEÇİCİ OLARAK ÇALIŞACAĞI İŞE İLİŞKİN KOŞUL	87
V. İŞÇİNİN ONAYINA İLİŞKİN KOŞUL	91
VI. ÖDÜNCÜ İŞ İLİŞKİSİNİN SÜRESİNE İLİŞKİN KOŞUL.....	97
VII. TOPLU İŞÇİ ÇIKARMA HALİNDE ÖDÜNCÜ İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASI.....	104
§ 4. ÖDÜNCÜ İŞ İLİŞKİSİNİN TARAFLARI VE ARALARINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER.....	106
I. ÖDÜNCÜ İŞ İLİŞKİSİNİN TARAFLARI	106
A. GENEL OLARAK.....	106
B. ASIL İŞVEREN	108
C. GEÇİCİ İŞVEREN.....	110
D. ÖDÜNCÜ İŞÇİ.....	111
II. TARAFLAR ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER	112
A. GENEL OLARAK.....	112
B. ÖDÜNCÜ İŞÇİ İLE ASIL İŞVEREN ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ....	112
C. ASIL İŞVEREN İLE GEÇİCİ İŞVEREN ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ	115
D. ÖDÜNCÜ İŞÇİ İLE GEÇİCİ İŞVEREN ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ	123

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNDE TARAFLAR ARASINDAKİ HAK VE BORÇLAR

§ 5. BİREYSEL İŞ HUKUKU BAKIMINDAN TARAFLAR ARASINDA

HAK VE BORÇLAR.....	129
I. GENEL OLARAK.....	129
II. ÖDÜNC İŞÇİNİN İŞVERENLERE KARŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	130
A. İŞ GÖRME BORCU.....	130
1. Genel Olarak	130
2. İş Görme Borcunun Kapsamı.....	132
B. SADAKAT BORCU	137
1. Genel Olarak	137
2. Sadakat Borcunun Kapsamı	139
C. İTAAT BORCU	143
1. Genel Olarak	143
2. İtaat Borcunun Kapsamı.....	144
III. İŞVERENLERİN ÖDÜNC İŞÇİYE KARŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ	149
A. ÜCRET ÖDEME BORCU	149
1. Genel Olarak	149
2. Ücret Ödeme Borcunun Kapsamı	152
B. GÖZETME BORCU.....	160
1. Genel Olarak	160
2. Gözetme Borcunun Kapsamı	164
3. Gözetme Borcuna Aykırılığın Sonuçları.....	166
a. Genel Olarak.....	166

b. Ödünç İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı	168
c. Ödünç İşçinin İş Sözleşmesine Feshetme Hakkı.....	169
d. Ödünç İşçinin Tazminat Talep etme Hakkı.....	171
C. EŞİT DAVRANMA BORCU	174
1. Genel Olarak	174
2. Eşit Davranma Borcunun Kapsamı	175
§ 6.TOPLU İŞ HUKUKU BAKIMINDAN TARAFLAR ARASINDAKİ	
HAK VE BORÇLAR.....	178
I. GENEL OLARAK.....	178
II. ÖDÜNÇ İŞÇİNİN SENDİKA ÜYELİĞİ	179
III. ÖDÜNÇ İŞÇİNİN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMASI.....	181
IV. ÖDÜNÇ İŞÇİNİN GREV VE LOKAVT AÇISINDAN HUKUKİ DURUMU	183
§ 7.SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BAKIMINDAN TARAFLAR	
ARASINDAKİ HAK VE BORÇLAR.....	188
I. GENEL OLARAK.....	188
II. SOSYAL SİGORTA İLİŞKİSİNDE TARAFLAR.....	189
III. SİGORTALININ KURUMA BİLDİRİLMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	191
IV. SOSYAL SİGORTA PRİMLERİNİN ÖDENMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	192
V. İŞ KAZALARI VE MESLEK HASTALIKLARI HALİNDE	
İŞVERENLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	193
A. GENEL OLARAK.....	193
B. KURUMUN İŞVERENE RÜCU HAKKI.....	193

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ VE
ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ HÜKÜMLERİNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

§ 8. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ	198
I. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN TARAFLAR ARASINDAKİ İŞ SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN NEDENLERDEN SONA ERMESİ	198
A. GENEL OLARAK.....	198
B. İŞ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARIN ANLAŞMASI (BOZMA SÖZLEŞMESİ) İLE SONA ERMESİ.....	199
C. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİNİN SONA ERMESİ	202
D. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESİH BİLDİRİMİ İLE SONA ERMESİ	203
1. Genel Olarak	203
2. İş Sözleşmesinin Süreli Fesih Bildirimi ile Sona Ermesi	203
3. İş Sözleşmesinin Haklı Neden ile derhal Fesih Bildirimi ile Sona Ermesi	205
a. İşveren Tarafından İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Derhal feshi	205
b. Ödünç İşçi Tarafından İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Derhal Feshi	206
E. İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ VE İPTALİ.....	208
1. İş Sözleşmesinin Geçersizliği	208
2. İş sözleşmesinin İptali	209
F. İŞYERİNİN VEYA İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ.....	210
II. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN TARAFLAR ARASINDAKİ ÖDÜNC İŞÇİ VERME SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN NEDENLERDEN SONA ERMESİ.....	211

A. ÖDÜNÇ İŞÇİ VERME SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİNİN SONA ERMESİ.....	211
B. ÖDÜNÇ İŞÇİ VERME SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARIN ANLAŞMASI (BOZMA SÖZLEŞMESİ) İLE SONA ERMESİ.....	214
C. ÖDÜNÇ İŞÇİ VERME SÖZLEŞMESİNİN FESHİ.....	216
D. ÖDÜNÇ İŞÇİ VERME SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ VE İPTALİ	217
1. Ödünç İşçi Verme Sözleşmesinin Geçersizliği	217
2. Ödünç İşçi Verme Sözleşmesinin İptali	218
III. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN İŞYERİNİN KAPATILMASI NEDENİ İLE SONA ERMESİ	219
A. GENEL OLARAK.....	219
B. ASIL İŞVERENİN İŞYERİNİN KAPATILMASI.....	220
C. GEÇİCİ İŞVERENİN İŞYERİNİN KAPATILMASI	221
IV. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN TARAFLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ NEDENİ İLE SONA ERMESİ	223
A. ÖDÜNÇ İŞÇİNİN ÖLÜMÜ	223
B. ASIL İŞVERENİN ÖLÜMÜ	224
C. GEÇİCİ İŞVERENİN ÖLÜMÜ	225
§ 9. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ HÜKÜMLERİNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI.....	226
I. GENEL OLARAK.....	226
II. PARA CEZASI VERİLMESİ	228
A. GENEL OLARAK.....	228
B. PARA CEZASININ HUKUKİ NİTELİĞİ	229
C. PARA CEZASININ UYGULANMASI VE MİKTARI.....	230

D. PARA CEZASINI VERMEYE YETKİLİ MAKAM.....	232
E. PARA CEZASINA İTİRAZ	235
F. PARA CEZASININ TAHSİLİ VE HARCANACAĞI YER.....	240
SONUÇ	243
KAYNAKÇA.....	251

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ANG	Arbeitsnachweisgesetz
Abs	Absatz
AVAVG	Gesetz Über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
AB	Avrupa Birliği
AY	Anayasa
BASİSEN	Banka ve Sigorta İşçileri Sendikası
Bkz.	Bakınız
BK	Borçlar Kanunu
C.	Cilt
c.	Cümle
Çev.	Çeviren
EC	European Comunita (Avrupa Birliği)
E.	Esas
f.	Fıkra
HD	Hukuk Dairesi
İŞKUR	Türkiye İş Kurumu
ILO	International Labour Organization (Uluslararası Çalışma Örgütü)
İK	İş Kanunu
İTO	İstanbul Ticaret Odası
İYUK	İdari Yargılama Usul Kanunu
MK	Medeni Kanun
TTK	Türk Ticaret Kanunu
K.	Karar
KİT	Kamu iktisadi Teşebbüsleri
TİKK	Türkiye İş Kurumu Kanunu
KHK	Kanun Hükmünde Kararname

KK	Kabahatler Kanunu
SGK	Sosyal Güvenlik Kurumu
SSGSSK	Sosyal Güvenlik ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
SSİY	Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği
S.	Sayı
Kamu-İş	Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası
s.	sayfa
MESS	Metal Endüstrisi Sanayicileri Sendikası
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
m.	madde
no.	Numara
PFTT	Profesyonel Futbol Transfer Talimatı
RG	Resmi Gazete
SK	Sendikalar Kanunu
TÜHİS	Türk Ağır Sanayi Ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
TİSK	Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TSGLK	Toplu iş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
vb.	Ve benzeri
vd.	Ve devamı
vs.	Vesaire
Y	Yargıtay
YİBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

Geçtiğimiz yüzyılın başlangıcından itibaren, küresel ölçekte tüm dünyada baş döndürücü siyasi, ekonomik ve teknolojik değişim ve gelişimler ortaya çıkmıştır. Söz konusu gelişim ve değişimler, çalışma hayatını yakından etkilemiştir. Bu doğrultuda, öncelikle üretimde bilgi ve teknoloji gittikçe önem kazanmıştır. Bunun yanı sıra üretim ilişkilerinde, yeni üretim tekniklerinin geliştirilmiş ve mal üretiminin yanı sıra hizmet üretiminin çeşitlenmesi söz konusu olmuştur. Dolayısıyla, emek yoğun üretimden bilgi yoğun üretime geçilmiştir.

Diğer taraftan, küreselleşme ve bu olgunun biçimlendirdiği küresel rekabetin de çalışma hayatına önemli etkileri olmuştur. Gerçekten küreselleşme beraberinde, ülkeler arasında mal, hizmet, sermaye ve teknik bilgi iletiminde esneklik anlayışını getirmiştir. Esneklik anlayışı ile birlikte, işçi-işveren ilişkilerinde devlet etkinliği geri plana itilirken, iş hayatında özel sektör istihdam ilişkileri bakımından, ağırlık kazanmaya başlamıştır. Ayrıca, işçiyi korumayı amaçlayan mutlak emredici kuralların yumuşatılması ortaya çıkmıştır. Bunun yanı sıra, sanayi devrimi ile birlikte yaygınlaşan, tam gün çalışmaya dayalı klasik anlamdaki iş ilişkisi yerini “esnek” veya “atipik” diye adlandırılan standard dışı çalışma biçimlerine bırakmaya başlamıştır. Özellikle, bu süreçte üç taraflı iş ilişkileri olarak niteleyebileceğimiz, “asıl işveren-alt işveren ilişkisi” ile “ödünç (geçici) iş ilişkisi” ortaya çıkmış ve hemen hemen her ülkede yaygın bir biçimde uygulanan hukuki kurumlar halini almışlardır.

Çalışma hayatındaki esneklik anlayışı sonucunda ortaya çıkan ödünç iş ilişkisi, bu bakımdan, yeni bir çalışma biçimi olarak kabul edilmektedir. Ödünç iş ilişkisi genel olarak, bir işverenin yanında iş sözleşmesi ile istihdam edilen işçinin, belirli ve geçici bir süre zarfında iş görme edimini yerine getirmesi için, onun da rızasını almak koşulu ile bir diğer işverenin emrine vermesi olarak ifade edilebilir. Bu hukuki kurumun, çoğu ülkede iki farklı türde uygulaması ile karşılaşılmaktadır. Özellikle Alman Hukukunda beliren bu ayrıma istinaden, ilk türdeki uygulamaya “gerçek ödünç iş ilişkisi”, ikinci tür uygulamaya ise “gerçek olmayan ödünç iş ilişkisi” denilmekteydi. Günümüzde ise, söz konusu tabirler yerine “meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi” ve “meslek edinilmemiş biçimde ödünç iş ilişkisi” şeklinde ikili ayrıma gidilmektedir.

Ülkemizde ise özellikle altmışlı yılların başından itibaren ödünç iş ilişkisine yönelik uygulamalara rastlanmaktadır. Her ne kadar o dönemde bu hukuki kuruma yönelik yasal bir düzenleme söz konusu değilse de, holdinglerin gittikçe yaygınlaşan faaliyetleri ile birlikte ödünç iş ilişkisi yaygınlık kazanmaya başlamıştır. Ayrıca, söz konusu dönemde, ödünç iş ilişkisini mesleki faaliyet şeklinde yürüten girişimcilere de yaygın bir biçimde rastlanmaya başlanmıştır. Ancak, söz konusu çalışma biçimi hakkında bir yasal düzenleme bulunmaması beraberinde, bu konuya ilişkin bir yasal boşluğun bulunmasına ve sorunlar yaşanmasına neden olmuştur. Bu süreçte yargı içtihatları ve öğreti, söz konusu yasal boşlukları doldurarak sorunları çözmeye çalışmıştır. Nihayetinde, Avrupa Birliğine uyum süreci doğrultusunda hazırlanan, 4857 sayılı İş Kanununda ödünç iş ilişkisi yasal bir düzenlemeye kavuşmuştur.

Ödünç iş ilişkisi, 4857 sayılı İş Kanununda, Bilim Komisyonu tarafından Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına sunulan Tasarıdan farklı bir biçimde yer almıştır. Öncelikle, Tasarıda yer alan ve meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisini düzenleyen madde yasalaşmamıştır. Sadece, basit ödünç iş ilişkisi olarak adlandırabileceğimiz meslek edinilmemiş biçimde ödünç iş ilişkisi yeni İş Kanununda yasal düzenlemeye kavuşmuştur. “Geçici İş İlişkisi” kenar başlıklı söz konusu madde ile birlikte; “işveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur.” şeklinde bir düzenleme getirilmiş bulunmaktadır. Belirtmek gerekirse, biz Tez çalışmamızda, bu hukuki ilişkiyi tanımlarken, öğretilerdeki hâkim görüş doğrultusunda, ilgili hükümdeki geçici iş ilişkisi tabiri yerine ödünç iş ilişkisi tabirini kullanmayı tercih ettik.

Tarafımızca hazırlanan “Türk Hukukunda Ödünç İş İlişkisi” isimli Tez çalışmamızda, ödünç iş ilişkisi, ülkemizde görülmeye başladığı 1960’lı yıllardan günümüze kadar çeşitli yönleri ile incelenerek dört ana bölüm halinde ele alınmıştır. “Genel Olarak Ödünç İş ilişkisi ve Tarihsel Gelişimi” başlıklı birinci bölümde, öncelikle ödünç iş ilişkisinin tarihsel gelişimi ve niteliği izah edilmeye çalışılmıştır. Bu

kapsamda, ödünç iş ilişkisinin tanımı, türleri ve özelliklerinden bahsedilmiştir. Ayrıca, ödünç iş ilişkisinin benzer hukuki kurumlarla karşılaştırılması yapılacaktır. Bölüm, uluslararası mevzuatta ödünç iş ilişkisine yönelik yasal düzenlemelerin incelenmesi ile birlikte tamamlanmıştır.

“Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisinin Kurulmasının Koşulları ve Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiler” başlıklı ikinci bölümde, öncelikle ödünç iş ilişkisinin kurulmasının İş Kanunu çerçevesindeki yasal koşullarının irdelenmiştir. Ardından, ödünç iş ilişkisinin tarafları ve taraflar arasındaki hukuki ilişkiler etraflıca incelenmiştir. “Ödünç İş İlişkisinde Taraflar Arasında Hak ve Borçlar” başlıklı üçüncü bölümde taraflar arasındaki hak ve yükümlülükler ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Tezimizin, “Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Ödünç İş İlişkisi Hükümlerine Aykırılığın Sonuçları” başlıklı dördüncü ve son bölümünde ise ilk başta ödünç iş ilişkisinin sona erme nedenleri; tarafların anlaşması, sözleşme süresinin dolması, sözleşmenin feshedilmesi, işyerinin kapanması ve ölüm yönlerinden irdelenmiştir. Bölümün son kısmında, ödünç iş ilişkisi hükümlerine aykırılığın cezai ve hukuki neticeleri irdelenmiştir. Tez çalışmamızın sonuç bölümünde ise, varılan sonuçlar genel olarak değerlendirilerek çalışma tamamlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ

§ 1. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ KAVRAMI VE BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Ödünç iş ilişkisi küreselleşme ve rekabetin etkisiyle ortaya çıkan esnekleşme ihtiyacının doğurduğu yeni istihdam biçimlerinden birisidir¹. Dünya üzerinde özellikle batı ülkelerinde 160 yıllık geçmişi bulunan buna karşılık ülkemizde yaklaşık olarak otuz beş yıl önce ilk kez uygulanmaya başlanan ödünç iş ilişkisi muhtevası, ismi, çeşitleri vs. yönleriyle bugüne kadar yoğun tartışmalara neden olmuş bir İş Hukuku kurumudur².

Ödünç iş ilişkisi veya 4857 sayılı İş Kanunundaki ifade ile³ “ Geçici iş ilişkisi” (İK m. 7), kavram açısından, istisnasız bütün ülke hukuklarında “ üç köşeli” veya “ üçlü iş ilişkisini” akla getirmektedir⁴. Dolayısı ile ödünç iş ilişkisi birden çok hukuki ilişkiden meydana gelen karmaşık bir hukuki ilişkiyi ifade etmektedir⁵. Ancak, söz konusu bu üç taraflı hukuki ilişkide, sözleşmesel bağlılık sadece iki taraflı ortaya çıkmaktadır⁶. Şöyle ki; genel olarak ödünç iş ilişkisinde; işçi, işçinin iş sözleşmesi ile bağlı bulunduğu işveren ile geçici olarak iş görme edimini yerine getireceği diğer bir işveren mevcuttur. Bu bakımdan üç ayrı sujenin aralarındaki hukuki ilişkilerin niteliği ödünç iş ilişkisi açısından önem arz etmektedir.

¹ Nurşen Caniklioğlu, “Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları”, Mehmet Uçum (Ed.), Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler içinde (121-154), LEGAL Vefa Toplantıları(II), Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, 1.Basım, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2008, s. 121.

² Ercan Akyiğit, “Ödünç İş İlişkisinin Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Görünümü”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.13, S.6, Şubat 1996, s.2.

³ RG. 10.06.2003, 25134.

⁴ Ercan Akyiğit, **İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi**, Ankara: Kamu- İş Yayınları, 1995, s.12; Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 6.basım (Tıpkı Basım), İstanbul: Beta Yayıncılık 2010, s.255; Murat Engin, “İşverenin İşin Görülmesini İsteme hakkının Devri: Ödünç İş İlişkisi”, İş Hukuku Dergisi, C.1, S.3, Temmuz-Ağustos-Eylül, 1991, s.336; A.Can Tuncay, “İş Kanunu Tasarısındaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi”, MERCEK Dergisi, C.8, S.30, Nisan 2003, s.57; Caniklioğlu, s.125.

⁵ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.12; Hülya Akıntürk Türkmen, “İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiye Devri: Ödünç İş İlişkisi”, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1999, s.138.

⁶ Türkmen, s.138.

Öncelikli olarak işçi ile onu geçici bir süre için ödünç veren işvereni arasında iş sözleşmesine dayanan bir iş ilişkisinin varlığı şarttır. İşçinin ödünç alan (geçici) işveren ile olan çalışma ilişkisinin temelini ise ödünç veren (asıl) işveren ile ödünç alan (geçici) işveren arasındaki “ödünç işçi verme sözleşmesi” oluşturmaktadır⁷. Bu sözleşme ile asıl işveren, işçiden işin görülmesini talep hakkını geçici bir süre ile ve işçinin rızasını alarak geçici işverene devretmiş bulunmaktadır⁸. Ayrıca, işçinin geçici olarak emrinde çalışacağı işveren ile arasında bir iş sözleşmesinin kurulması söz konusu olmamaktadır. Zira işçinin asıl işveren ile olan iş sözleşmesi bu süreç zarfında kesintisiz devam etmektedir. Keza ödünç işçi ile geçici işveren arasında bir iş sözleşmesi oluşmasa da, İş Hukuku karakterli bir hukuki ilişkinin meydana geldiği kabul edilmektedir⁹.

B. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN TANIMI

Ödünç iş ilişkisinin, her ülkenin hukukunda farklı düzenlenmesi sebebi ile bütün unsurlarını içeren evrensel tanımını vermek zor gözüktü de kurumun ana hatlarıyla ortaya konduğu tanımlar mevcuttur. Gerçekten ödünç iş ilişkisinin meslek edinilmiş bir biçimde uygulanması da özellikle mukayeseli hukukta daha önceliklidir. Diğer yandan, Türk Hukukunda sadece basit ödünç iş ilişkisi İş Kanununda yer almaktadır. Bu bakımdan, aşağıda öncelikle mukayeseli hukuktaki tanımlamalardan söz edilecek, ardından Türk Hukukundaki tanımlara yer verilecektir.

Ödünç iş ilişkisi olarak adlandırmayı uygun bulduğumuz bu hukuki kurum mukayeseli hukukta çeşitli isimlerle tanımlandığı göze çarpmaktadır. Bu tür ülke hukuklarına esasen meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi yer aldığından isimlendirme bu doğrultuda yapılmaktadır. Örneğin, personel ödünç verme/personel öduncü (Personalverleih), işçi kiralama (Personel Leasing), hizmet kirası (Dienstmiete) gibi tabirlerin tercih edildiği görülmektedir¹⁰. Ancak, bu hukuki kurumu tanımlamaya

⁷ Serkan Odaman, **Türk ve Fransız Hukukunda Ödünç İş İlişkisi**, 1.Basım, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2007, s.16.

⁸ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.95; Caniklioğlu, s.126; Odaman, s.17.

⁹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.13; Caniklioğlu, s.125; Tuncay, **Eleştiri**, s.58.

¹⁰ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.26.

yönelik çeşitli pozitif hukuk sistemlerinde, özellikle Alman Hukukunda baskın olarak “ödünç iş ilişkisi (das Leiharbeitsverhaeltnis)” terimi tercih edilmektedir¹¹.

Alman hukukçularından Trieschmann’a göre, bir işçinin işverenle hukuki ilişki içinde bulunup da sözleşmeye uygun olarak iş görme edimini ona karşı değil de, ödünç veren işverenin kendine karşı belirli bir iş sonucunu elde etme taahhüdünde bulunmadığı bir üçüncü kişi yanında, işgücünü münhasıran onun tasarrufuna bırakarak çalışması halinde ödünç iş ilişkisi söz konusu olacaktır¹². AB yönerge Taslaklarında ise meslek edinilmiş şekilde ödünç iş ilişkisinin tanımlandığı göze çarpmaktadır. Şöyle ki, 1984 tarihli yönerge taslağına göre; ödünç iş ilişkisi, ödünç veren bir işletme ile iş arayan işçi arasında işçinin çalışması için ve geçici olarak, işin idaresinde sorumluluk ve yönetim hakkı taşıyan bir işletmeye verilmesi amacı ile kurulan sözleşmeye dayanarak icra edilen bir faaliyet olarak tanımlanmıştır¹³.

4857 sayılı İş Kanunu öncesinde, Türk İş Hukuku öğretisinde de genellikle ödünç iş ilişkisi tabiri tercih edilmiştir¹⁴. Ayrıca, her ne kadar yasa metninde geçici iş ilişkisi (İK m.7) tabiri kullanılmış ise de, Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan İş Kanunu Tasarısında da¹⁵ ödünç iş ilişkisi tabiri tercih edilmiştir. Gerçekten, söz konusu Tasarının TBMM’deki görüşmelerinde, ödünç tabirinin işçiyi adeta ticari yönden bir meta gibi algılanmasına sebep olacağı endişesi ile yasalaşan madde metninde “geçici iş ilişkisi” tabiri tercih edilmiştir¹⁶. Günümüzde yaygın olarak kullanılan “geçici iş/çalışma” (Zeitarbeit Temporaere/Temporary Working Relationship/Travail Temporaire) tabiri Almanca konuşulan ülkeler dışında tercih edilen bir tabirdir ve bu bakımdan TBMM’deki görüşmelerde bu durum etkili olmuştur¹⁷.

¹¹ Polat Soyer, “İşçinin Bir başka işverenin Yanında Çalışması ve Bireysel İş Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar”, Yasa Hukuk Dergisi, C.3, S.3, Mart 1980, s.339; Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.26.

¹² Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.21.

¹³ Şelale Uşen, **Avrupa Birliğinde Ödünç İş ilişkisi: İtalya Uygulaması ve Türkiye**, İstanbul: Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Yayınları, 2006, s.12; Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.43.

¹⁴ Münir Ekonomi, “Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar” Kamu ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü ve Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz”, Orhim Seminerleri Serisi (GÖRÜŞLER) içinde (169-198), İstanbul: Orhim Yayınları, 1986, s.189; Engin, **Ödünç**, s.335 vd.

¹⁵ MESS, **Bilim Komisyonu Tarafından hazırlanan İş Kanunu ve Gerekçesi**, MESS Yayın No: 386, İstanbul, 2002, s.73.

¹⁶ Caniklioğlu, s.123.

¹⁷ Süzek, s.255.

Öğretide haklı olarak, “geçici iş ilişkisi” tabirinin tam anlamı ile ödünç iş ilişkisini ifade edemediği, geniş ölçüde geçici bir süre ile sınırlı olarak yapılan belirli süreli iş sözleşmelerini ve mevsimlik iş gibi diğer çalışma biçimlerini de içerdiği ifade edilmektedir¹⁸. Bu deyimde yöneltlen ikinci bir eleştiri ise geçici bir süre için girişilecek bir iş ilişkisinin, her zaman işçinin iş görme borcunu başka bir işverene ifa etmesi anlamı taşıyacak olmamasıdır¹⁹. Zira belirli süreli iş sözleşmesi yapıldığı hallerde işçinin işvereni değişmemektedir, bilakis sabit kalmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu öncesinde Türk İş Hukuku öğretisinde ödünç iş ilişkisi genel hatlarıyla tanımlanmıştır. Buna göre, ödünç iş ilişkisi, bir işverenin kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçisini, iş görme edimini yerine getirmesi için, onun da rızasını almak koşulu ile belirli ve geçici bir süreliğine bir diğer işverenin emrine vermesi olarak ifade edilmiştir²⁰.

Nihayetinde 4857 sayılı Kanun ile birlikte, ödünç iş ilişkisinin yasal tanımı da ortaya çıkmış bulunmaktadır. İş Kanunu m.7 uyarınca ödünç iş ilişkisi; ödünç veren (asıl) işverenin kendi işçisi ile arasındaki iş sözleşmesi son bulmaksızın, ücret ödeme borcunu muhafaza ederek, iş görme edimini geçici bir süre için gönderdiği bir başka işverenin yanında ve onun yönetimine tâbi biçimde yerine getirmek üzere ödünç alan (geçici) işverene vermesi ile oluşan üçlü bir ilişkidir. Bu tanımdan hareketle ödünç iş ilişkisinin unsurları şu şekilde belirlenebilir; Öncelikle belirtmek gerekirse, ödünç iş ilişkisi üçlü bir ilişkidir. Ödünç olarak verilen işçinin, ödünç veren (asıl) işveren ile iş sözleşmesi ödünç iş ilişkisi süresince devam etmektedir. Ödünç işçi, ödünç iş ilişkisinde ödünç alan (geçici) işverenin yönetimine bağlı olarak çalışmaktadır. Ödünç ilişkisi

¹⁸ Müjdat Şakar, **İş Hukuku Uygulaması**, Yenilenmiş 9.Basım, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011, s.71; Caniklioğlu, s.124; aksi görüşte, Tuncay, **Eleştiri**, s.75; aynı yazar, **İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri**, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı içinde (125-145), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003, s.140. Yazar madde metninin “geçici iş ilişkisi” olarak değiştirilmesinin yerinde olduğunu, zira yabancı hukukların çoğunda geçici işçilik tabirinin yaygın hale geldiğini bu bakımdan ülkemiz hukukunun da küresel terminolojiye uygun hale getirildiği görüşündedir.

¹⁹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.28

²⁰ Ekonomi, s.189; Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.25; Engin, **Ödünç**, s.335; Sarper Süzek, “**İş Akdinin Türleri**”, MERCEK Dergisi, C.6, S.21, Nisan 2001, s.31.

geçici süreli bir ilişkidir. Ödünç veren (asıl) işverenin ücret ödeme borcu devam etmektedir²¹.

C. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN TÜRLERİ

1.Genel Olarak

Ödünç iş ilişkisi her ne kadar uygulandığı ülkelerin hukuk mevzuatlarında farklı olarak düzenlenmiş olsa da esasen iki farklı isim altında sınıflandırıldığı göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki, işverenin kural olarak kendi işyerinde çalıştırmak üzere işe almakla beraber çeşitli nedenlerden dolayı işçinin de onayını almak şartı ile geçici bir süreyle başka bir işverenin emrine vermesi şeklinde gerçekleşen ödünç iş ilişkisidir²². İkinci tür ödünç iş ilişkisi ise, kural olarak işçiler başka bir işveren yanında çalıştırılmak üzere ve orada çalıştırılacakları süre ile sınırlı olarak işe alınmaktadırlar²³. Öğretide, bu iki farklı türe çeşitli isimler verildiğine rastlanmaktadır. Özellikle Alman Hukukunda beliren bu ayrıma istinaden, ilk türdeki uygulamaya “gerçek ödünç iş ilişkisi (echtes Leiharbeitsverhaeltnis)”, ikinci tür uygulamaya ise “gerçek olmayan ödünç iş ilişkisi (unechtes Leiharbeitsverhaeltnis)” denilmekteydi²⁴. Günümüzde ise Alman Hukukunda bu ayrımın artık tarihsel bir anlamı kaldığı ve bunun yerine “meslek edinilmiş/meslek edinilmemiş biçimde ödünç işçi verme” şeklinde bir ikili ayrıma gidildiği belirtilmektedir²⁵.

Türk İş Hukuku öğretisinde ise, Soyer bu iki farklı ödünç iş ilişkisi uygulamasını tam ve tam olmayan ödünç iş ilişkisi olarak adlandırmıştır²⁶. Akyiğit ilk tür uygulamayı alelade veya meslek edinilmemiş şekilde ödünç iş ilişkisi olarak adlandırmayı uygun bulmuştur²⁷. Tuncay ilk türe ilişkin ödünç iş ilişkisini yalın ödünç

²¹ Odaman, s.24.

²² Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.38; Ömer Ekmekçi, “Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Mehmet Uçum (Ed.), Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler içinde (100-120), LEGAL Vefa Toplantıları(II), Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, 1.Basım, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2008, s. 101; Odaman, s.24.

²³ Soyer, s.340; A. Can Tuncay ve F. Burcu Savaş, “Özel İstihdam Büroları Gerçek ve Çağdaş Fonksiyonlarına Artık Kavuşmalıdırlar”, MERCEK, Dergisi, C.13, s.43, Ekim 2007, s.67; Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.42; Caniklioğlu, s.122; Ekmekçi, s.101.

²⁴ Soyer, s.340; Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.38; Caniklioğlu, s.122; Tuncay/Savaş, s.67; Ekmekçi, s.102.

²⁵ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.36.

²⁶ Soyer, s.340.

²⁷ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.38.

iş ilişkisi olarak adlandırmaktadır²⁸. Ekmekçi ise basit ödünç iş ilişkisi olarak adlandırmaktadır²⁹. Biz de aşağıda bu ilişkiyi incelerken “basit ödünç iş ilişkisi” tabirini tercih etmekteyiz. İkinci tür uygulamayı ise “meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi” olarak adlandıracğıız. Bunun yanı sıra, öğretime aşağıda belirtilen hukuki ilişkilerin ödünç iş ilişkisi kapsamında olup olmadığı konusu tartışmalıdır³⁰. Bu nedenle, bazı özel türdeki uygulamaların ödünç iş ilişkisi kapsamına girip girmediğı, hususu da izah edilmeye çalışılacaktır.

2. Basit Ödünç İş İlişkisi

Bu tür ödünç iş ilişkisinde, işveren, kendi yanında çalışan işçisini, işçinin de rızası ile iş görme edimini yerine getirmek üzere nispeten kısa bir süre için başka bir işveren yanına ve yönetimine tabi olarak ödünç vermektedir³¹. Ancak, yapılan iş sözleşmesinin işçinin sadece bir başka işverene ödünç olarak verilmesini içermesi de mümkündür³². Bu durum genellikle dernek veya vakıf gibi ideal amaç içeren bir işverenin olduğu, ödünç iş ilişkisinde ortaya çıkmaktadır. Basit ödünç iş ilişkisinde, diğer türdeki ödünç iş ilişkisi uygulamasında olduğu gibi, öncelikle işçi ile işveren arasında bir iş sözleşmesi yapılmaktadır. Sonradan, işçinin onayı ile birlikte, başka bir işverenin yanına ödünç olarak çalışmaya gönderilmektedir. İşçinin, bu işveren yanında çalışması sona erince kendi işvereni yanına dönmektedir.

Basit ödünç iş uygulaması bazı ülke hukuklarında, İsviçre ve İtalyan Hukuklarında olduğu gibi özel olarak düzenlenmekte, bazılarında ise Alman Hukukunda olduğu gibi düzenlenmemektedir³³. Bu bakımdan, bu tür ödünç iş ilişkisinin özel olarak düzenlenmediğı ülkelerde hangi hükümlerin uygulanması gerektiğı tartışmalıdır. Bizim hukukumuz açısından ise, esasen 4857 sayılı İş Kanununda bu türdeki ödünç ilişkisi düzenlemiştir. Gerçekten, İş Kanunu madde 7 uyarınca işveren, devir sırasında yazılı rızasını almak sureti ile bir işçiyi, holding bünyesi içinde veya

²⁸ Tuncay, **Eleştiri**, s.58.

²⁹ Ekmekçi, s.101.

³⁰ Bkz. aşağıda, § 1, I, C, 4, a ve b.

³¹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.39; Odaman, s.24.

³² Ercan Akiğit, **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3.Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s.370.

³³ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.39; Uşen, s.18.

aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması yolu ile başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde ödünç iş ilişkisi gerçekleşmiş olur ki, bu düzenleme basit ödünç iş ilişkisidir.

Oysa Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan Tasarının 8. maddesinde basit ödünç iş ilişkisi; “işveren, rızasını almak sureti ile bir işçiyi başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak verdiğiğinde ödünç iş ilişkisi kurulmuş olur” şeklinde düzenlenmişti³⁴.

Basit ödünç iş ilişkisine başvurulmasına yol açan nedenleri ise şöyle sıralayabiliriz; öncelikle, geçici bir süre için ek iş gücüne ihtiyaç duyan fakat o işi yaptırmak için yeterli işgücüne sahip olmayan işveren, o dönem için kendisinde iş gücü fazlası bulunan diğer bir işverenden ödünç işçi alabilir³⁵. Keza, yeni kurulan bir bilgisayar sisteminin denenmesi gibi mesleki uzmanlık gerektiren işlerde, o konuda uzman olan işçinin ödünç iş ilişkisi sayesinde geçici bir süreliğine ihtiyacı olan bir diğer işverene devri söz konusu olabilir³⁶.

Bir şirketler grubu veya holding içerisinde de ödünç iş ilişkisine başvurulması ihtiyacı ortaya çıkabilir. Şöyle ki, holdingin sermayesinde söz sahibi olduğu diğer kuruluşlarla birlikte kurduğu bir şirketin kuruluş veya faaliyete geçme safhalarında ya da işletmesi sırasında ortaya çıkan güçlükleri gidermek amacı ile ilgili şirkete yetişmiş eleman gönderilmesi söz konusu olabilmektedir. Bunun yanı sıra üst kademe yönetici yetiştirilmek istenilen işçilerin bir şirketler grubuna ait işletmelerde veya bir holdingin sermaye ve yönetiminde söz sahibi olduğu şirketlerde istihdamı da söz konusu olabilir³⁷. Nitekim, İş Kanunu’nun 7.maddesinin gerekçesinde de yasa koyucu bu noktaya dikkat çekmektedir³⁸.

³⁴ MESS, **Tasarı**, s.96.

³⁵ Odaman, s.24.

³⁶ Odaman, s.24.

³⁷ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.41.

³⁸ TİSK, **4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi**, Ankara: TİSK Yayın No: 293, 2009, s.85’de: “ *Bilindiği üzere kazanç amacı güdülmeyen ödünç iş ilişkisi her şeyden önce şirket topluluklarında ve bunlardan biri olan holdinglerde, şirketlerin daha çok vasıflı işgücü ihtiyacını karşılamak için yardımlaşmalarında veya*

Diğer taraftan, işverenin ekonomik kriz dönemlerinde işyerindeki işçilerini ödünç vermesi, feshe karşı koruma hukuku kapsamında değerlendirilecek bir tedbir niteliğinde olup, bu vesile ile işverenin fesihten kaçınması amaçlanmıştır. Gerçekten ödünç iş ilişkisi, işverenin, başta ekonomik kriz dönemleri olmak üzere, düştüğü mali krizden işçilerin iş sözleşmeleri fesih yoluna gidilmeksizin çıkmasını ve dolayısıyla da işçiler bakımından iş güvencesini sağlamaktadır. Böylece, ödünç iş ilişkisi feshin son çare (*ultima ratio*) olması ilkesinin en önemli uygulamalarından birisi olmaktadır. Feshin son çare olması ilkesi uyarınca, işveren, işletmesiyle ilgili olarak girişim özgürlüğü çerçevesinde verdiği kararla ulaşmak istediği amaca, kendisine aşırı yük getirmeyecek başka bir yolla başvurabiliyorsa feshe başvurmamalıdır³⁹. Son çare ilkesi, iş güvencesi sisteminin temelinde yatan, sözleşmeye bağlılığın esas, feshinse istisna olduğu yönündeki düşüncenin bir sonucudur. Diğer bir deyişle, feshe gidilebilmesi için işveren bakımından sözleşmeyi sürdürmenin beklenemez hale gelmesi ve feshin kaçınılmaz olması gerekir⁴⁰.

Yargıtay uygulamalarında bu doğrultuda alınabilecek önlemlere değinilmektedir. Yüksek mahkemenin bu hususa ilişkin bir kararına göre; “*İşletmesel kararla varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka bir işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca fesih son çare olmalıdır (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir.*”⁴¹ Ödünç iş ilişkisi ile söz konusu sorun giderilememiş ise son çare olarak iş sözleşmelerinin feshi gündeme gelebilecektir. Ancak, diğer taraftan daha az maliyetli olduğundan ödünç işçi

üst kademe yöneticilerin yetiştirilmesinde ya da aynı gruptan olmayan şirketlerin aynı işi üstlenmelerinde..... ortaya çıkmakta,..... ” denilerek kurumun bu alana ilişkin amacı vurgulanmıştır.

³⁹ Süleyman Başterzi, “Türkiye’de Feshe Karşı Korunma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.3, 2005,s.58.

⁴⁰ Murat Engin, *İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2003,s.90.

⁴¹ Y.9HD, 16.12.2004, 2004/27003 E., 2004/27998 K, Ali Güzel, “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son çare (Ultima Ratio) İlkesinin Getirilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/4, s.159.

çalıştırmaya yönelik olarak, işverenin işyerinde çalışan kendi işçilerinin iş sözleşmelerini feshetmesi geçerli görülemez⁴².

Önemle belirtmek gerekirse, yukarıda sayılan haller dışında da ödünç iş ilişkisine başvurulmasına yol açan nedenler ortaya çıkabilir. Örneğin ödünç alan (geçici) işveren kendi işçilerine fazla çalışma yaptırmak yerine, söz konusu işi ödünç işçiler vasıtası ile yerine getirebilir⁴³. Basit ödünç iş ilişkisinin, ekonomik bir menfaat karşılığı yapılabilmesi konusunda ise öğretide karışık görüşler bulunmaktadır. Bu hususa ilişkin öğretide Akyiğit'e göre, basit ödünç iş ilişkisi ekonomik bir çıkar karşılığında kurulabilir. Diğer bir ifadeyle, işçi bir ücret karşılığında ödünç olarak verilebilir⁴⁴. Ancak, Odaman'a göre, basit ödünç iş ilişkisinin ekonomik bir çıkar karşılığında kurulması mümkün değildir işçi karşılıksız olarak verilmelidir⁴⁵. Kanaatimizce, Türk Hukuku açısından ilk görüş kabul edilmelidir. Zira işçinin ekonomik bir çıkar karşılığında ödünç verilmesini doğrudan engelleyen bir hüküm mevcut değildir. Ancak, ne var ki bu durum işverenlerin ödünç iş ilişkisini bir emek ticaretine dönüştürmelerinin önünü açmaktadır.

3. Meslek Edinilmiş Biçimde Ödünç İş İlişkisi

a. Genel Olarak

Meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi ödünç iş ilişkisinin en problemli alanını teşkil etmektedir ve düzenlendiği ülke hukuk mevzuatında bu hususa ilişkin bir birlik olmadığı rahatlıkla söylenebilir. Meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi, Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde genel olarak, geçici büro çalışması (temporary agency work) veya büro çalışması (agency work), olarak da adlandırılmaktadır⁴⁶. Gerçekten hemen hemen bütün ülke uygulamalarında bu faaliyet genellikle özel istihdam büroları tarafından, bazen de sadece ödünç iş ilişkisi faaliyetini yürütmeye

⁴² Engin, s.89.

⁴³ Odaman, s.25.

⁴⁴ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.23. Diğer taraftan yazar bu görüşünü yeni İş Kanunu döneminde de muhafaza etmektedir; Akyiğit, **Şerh**, s.391.

⁴⁵ Odaman, s.24.

⁴⁶ Gülsevil Alpagut, "**Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi Sınırlamadan Teşvike**", Mehmet Uçum (Ed.), A.Can Tuncay'a Armağan içinde (261-278) 1.Basım, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2005, s.263; Seçkin Nazlı, **Özel İş Aracılığı**, 1.Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s.370.

yetkili olan kuruluşlar tarafından yürütülmektedir⁴⁷. Ödünç iş ilişkisinin tipik özelliği olan üçlü ilişki burada büro işçisi, ödünç alan (geçici) işveren ve özel istihdam bürosu arasında görülür⁴⁸.

Bu türdeki ödünç iş ilişkisinde işçi, genellikle özel istihdam bürosu tarafından, esasen başka bir işverene ödünç iş ilişkisi ile verilmek üzere istihdam edilir⁴⁹. Zira bu hukuki ilişkide temel amaç işçinin bir kazanç karşılığında geçici bir süreliğine başka bir işverene ödünç olarak verilmesidir⁵⁰. Dolayısıyla, işçi kendisi ile iş sözleşmesi yapan işveren (özel istihdam bürosu) yanında hiç çalışmamaktadır. Ayrıca, genellikle işverenin (özel istihdam bürosu) o işçiyi çalıştırabileceği kendine ait üretim yapan bir işyeri de mevcut değildir⁵¹. Ödünç işçi, ödünç iş ilişkisi sona erince, bağlı bulunduğu büroya geri dönmektedir⁵².

Öğretide, meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisinin iş aracılığına benzer bir durum arz ettiği savunulmaktadır⁵³. Akyiğit, bu tür ödünç iş ilişkisinde işverenlerin ekonomik anlamda (hukuken olmamakla birlikte) iş aracılığı fonksiyonu icra ettiği görüşündedir⁵⁴. Caniklioğlu ise, bu tür ödünç iş ilişkisinin hukuki anlamda olmasa da, fiili anlamda iş aracılığına yaklaşan bir faaliyet olduğunu belirtmektedir⁵⁵. Gerçekten bu tür ödünç ilişkisinde işçi başka bir işverenin yanında çalıştırılmak için işe alınmaktadır. Keza bu tür faaliyette bulunmak için hemen tüm ülkelerde, devletin veya iş aracılığı hizmeti veren resmi kurumun izni şarttır⁵⁶. Meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi, benzerliğinin yanı sıra, istihdam bürolarının ana faaliyet alanı olan iş aracılığı faaliyetinden farklı bir görünüm arz etmektedir. Zira iş aracılığında büro ile işçi

⁴⁷ Uşen, s.16; Alpagut, s.263

⁴⁸ Alpagut, s.263.

⁴⁹ Alpagut, s.263; Nazlı, s.233.

⁵⁰ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.23; Nazlı, s.233; Odaman, s.24; diğer taraftan öğretide meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisinin karşılıksız olarak kurulabileceği de savunulmaktadır, Tuncay, **Eleştiri**, s.71.

⁵¹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.42; Odaman, s.25; Nazlı, s.233.

⁵² Alpagut, s.263; Tuncay, **Eleştiri**, s.59.

⁵³ Tuncay, **Eleştiri**, s.58; Ekmekçi, s.102.

⁵⁴ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.42; aynı görüşte, A. Murat Demircioğlu ve Murat Engin, **Dünyada ve Türkiye’de Esnek Çalışma**, İstanbul: İTO Yayın No: 2002-52, 2002, s.35; Odaman, s.25.

⁵⁵ Caniklioğlu, s.122.

⁵⁶ Tuncay, **Eleştiri**, s.58.

arasında iş ilişkisi bulunmamakta, büro sadece işçi temini görevini yerine getirmektedir⁵⁷.

Ticari bir faaliyet olarak yapılan bu tür ödünç iş ilişkisine çeşitli nedenlerden dolayı başvurulabilmektedir. Örneğin, ödünç alan işverenin kendi işçilerinin yıllık ücretli izin, hastalık, analık vs. gibi işten geçici olarak ayrılmalarını gerektiren bir durum var ise, uzmanlık gerektiren geçici nitelikteki işlerde veya yeni açılacak ve deneme aşamasındaki pozisyonların doldurulmasında başvuru bir yöntemdir⁵⁸.

b. Özellikleri

Bu tür ödünç iş ilişkisinin uygulanması ülkeden ülkeye farklılıklar göstermekle beraber, belli başlı temel karakteristik özellikler içermektedir⁵⁹. Öncelikli olarak, işçi ödünç verme faaliyeti meslek edinilmiş biçimde yapılmaktadır⁶⁰. İşverenin (özel istihdam bürosu) işçi verme faaliyetini meslek olarak yaptığının belirlenmesine yönelik olarak ödünç işçi vermenin düzenli bir biçimde, süreklilik arz etmesi gerekmektedir⁶¹. Keza ödünç veren işveren, bu faaliyetini ekonomik bir menfaat (ücret) karşılığında yürütmektedir. Ayrıca, ödünç veren işveren, işçiyi sadece başkasına ödünç vermek üzere işe almaktadır⁶². Gerçekten işçi kendisini istihdam eden ve iş sözleşmesi yapan işverenine karşı iş görme borcunu hiçbir zaman yerine getirmemekte, başka bir işverene karşı iş görme borcunu yerine getirmektedir⁶³. Bu nedenle, ödünç veren işveren bu faaliyetini genellikle küçük bürolarda gerçekleştirmektedir⁶⁴. Son olarak belirtmek gerekirse, ödünç işçinin ücreti, sosyal güvenlik primleri ile iş sözleşmesine yer alan diğer mali haklardan kural olarak onun asıl işvereni olan büro öncelikle sorumlu olacaktır⁶⁵.

⁵⁷ Alpagut, s.263; Tuncay, **Eleştiri**, s.58.

⁵⁸ Uşen, s.16.

⁵⁹ Mehmet Günay, **İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007, s.43.

⁶⁰ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.45; Odaman, s.25; Nazlı, s.233; Günay, s.43.

⁶¹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.42; Odaman s.25.

⁶² Alpagut, s.263; Nazlı, s.233.

⁶³ Nazlı, s.233.

⁶⁴ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.42; Nazlı, s.233; Günay; 44; Odaman, s.25.

⁶⁵ Nazlı, s.233.

c. Özel İstihdam Büroları

Özel istihdam büroları, günümüzde önemli yer tutan ve özellikle işletmelere kapsamlı bir biçimde iş gücü bulunmasına aracılık eden alanında uzman kuruluşlar olarak nitelenebilir. Öğretide bu bürolar özel hukuk kapsamında, genellikle bir ücret karşılığında işgücü piyasasında iş arayanlar ile işçi arayanlar arasında aracılık hizmeti sağlayan kuruluşlar olarak tanımlanmaktadır⁶⁶. Gerçekten genellikle bu tür bürolar bu faaliyetleri karşılığında, müşterileri olan işverenlerden aldıkları komisyon ve ücretler dayanarak kâr elde etmektedirler. Bu büroları, kamu istihdam bürolarından ayıran en önemli kıstas, bahsedilen bu özellik olmaktadır⁶⁷. Ancak eklemek gerekirse, özel istihdam bürolarının mutlaka kazanç amacı ile faaliyet göstermeleri bir zorunluluk değildir⁶⁸.

İstihdam bürolarının tarihsel gelişimi Eski Mısır dönemindeki mevsimlik tarım işçilerinin kullanımına kadar gitmektedir⁶⁹. Birinci Dünya Savaşı sonrasında, bu bürolar gittikçe önem kazanarak gerek ulusal gerekse uluslararası birçok düzenlemeye konu olmuştur⁷⁰. Özellikle 90'lı yıllardan itibaren özel istihdam bürolarının bu alandaki fonksiyonu artmaya başlamıştır. Zira birçok devlette eskiden kamu hizmeti şeklinde resmi büroları ile yürüttükleri bu hizmet, artık bu alandaki gelişmeleri yakalayamaz olmuştur. Bunun sonucunda, ekonomideki gelişmelere paralel bir biçimde, devlet bu alandaki etkinliğini azaltma yoluna gitmiştir⁷¹. Gerçekten günümüzde söz konusu bürolar, iş ve işçi bulmaya aracılık yanında mevcut işgücünün planlı bir şekilde eğitilmesine yönelik önemli görevler üstlenerek, bu alandaki boşluğu etraflıca doldurmaktadır⁷².

Yukarıda belirttiğimiz üzere, özel istihdam bürolarının işlevlerine yönelik birçok uluslararası düzenleme bulunmaktadır. ILO'nun 1919 Tarihli "İşsizlik

⁶⁶ Tuncay/Savaş, s.68; TİSK, **İşsizlik Sigortası, Aktif İstihdam Politikaları ve Özel istihdam Büroları**, Yayın No: 196, Ankara, 2000, s.73.

⁶⁷ Tuncay/Savaş, s.68.

⁶⁸ Nazlı, s.75; TİSK, **İstihdam Büroları**, s.73.

⁶⁹ Nazlı, s.73.

⁷⁰ Gülsevil Alpagut, " **İstihdam Büroları Konusunda Uluslararası Alandaki Gelişmeler**", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.14, S.6, Mayıs-1998, s.9.

⁷¹ Tuncay/Savaş, s.67.

⁷² Tuncay/Savaş, s.67.

hakkındaki 2 Numaralı Sözleşmesi” bu alanda bir milat sayılabilir⁷³. Son olarak söz konusu örgüt tarafından hazırlanan 1997 tarihli “181 Sayılı Özel İstihdam Büroları Sözleşmesi” bu alandaki yürürlükteki uluslararası yasal düzenlemedir. Söz konusu sözleşme ile birlikte özel istihdam büroları yeniden modern bir biçimde ele alınmıştır. Bu sözleşmenin yapılmasında en büyük etken ise, uygulamada özellikle 60’lı yıllardan itibaren, kendi işçilerini diğer işverene sağlayan geçici çalışma bürolarının (Temporary Work Agency) sayısının hızla artması ve 1949 tarihli “ Ücretli İstihdam Büroları Hakkında 96 Sayılı Sözleşme”nin mevcut ihtiyaçları karşılayamamasıdır⁷⁴.

181 sayılı yürürlükteki sözleşme özel istihdam bürolarını yeniden tanımlamıştır. Buna göre, özel istihdam büroları, iş sözleşmesinin tarafı olmamak kaydı ile klasik anlamda iş aracılığı faaliyeti ile uğraşan veya kendisine iş sözleşmesi ile bağlı çalışanlarını üçüncü kişilerin (kullanıcı işletmelerin) kullanımına hazır hale getiren hizmetleri sunan ya da yetkili otoritelerce en çok temsil gücüne sahip işçi ve işveren örgütlerinin görüşünün alınması ile belirlenmiş türden iş arama ile ilgili hizmetleri sunmakla görevli gerçek veya tüzel kişilerdir (m.1).

Özel istihdam bürolarının, çalışma hayatında yerine getirdiği birçok önemli fonksiyonu bulunmaktadır⁷⁵. Öncelikle, bu bürolar sayesinde işgücü piyasası açık pazara dönüşmekte ve iş olanakları geniş kitlelere ulaşmaktadır. Bu doğrultuda, işletmelerin ihtiyaç duyduğu nitelikli işgücü temininde kolaylık sağlamaktadır. Gerçekten bu bürolar vasıtası ile iş arayanlar, özellikle geçici istihdam yol ile işgücü piyasasına dâhil olmaktadır ve işsizliğin azaltılmasında önemli bir araç vazifesi görmektedir. Ayrıca, işgücü piyasasını ihtiyaç duyulan değişimlere hazırlamaktadır. İş olanaklarına ait bilgi kaynakları arttırmakta ve ilgilerin yaralanabileceği geniş bir bilgi havuzu oluşturmaktadır. Diğer taraftan, eğitim programları vasıtası ile vasıflı işgücü talebine uygun arzın yaratılmasına yardımcı olmaktadır.

181 sayılı ILO sözleşmesiyle birlikte, 96 sayılı sözleşmede özel istihdam bürolarının faaliyetini iş aracılığı ile sınırlayan yaklaşım ortadan kalkmıştır⁷⁶. Şöyle ki,

⁷³ Alpagut, **İstihdam Büroları**, s.9; Tuncay/Savaş, s.69.

⁷⁴ Alpagut, s.263; aynı yazar, **İstihdam Büroları**, s.13.

⁷⁵ Tuncay/Savaş, s.68; TİSK, **İstihdam Büroları**, s.76.

⁷⁶ TİSK, **İstihdam Büroları**, s.81.

181 sayılı sözleşmede özellikle geçici çalışma büroları olarak adlandırılan ve iş sözleşmesiyle bağlı bulunana işçileri diğer işverenlere sağlayan bürolar ile sadece danışmanlık ve eğitim hizmetleri veren bürolar da özel istihdam bürosu sayılmıştır⁷⁷. Ayrıca, 181 sayılı sözleşmede büroların hizmet çeşitlerine bakılarak yapılan sınıflandırma esas alınmıştır. Böylece üç ayrı kategoride onbeş farklı özel istihdam büro türü söz konusu olmaktadır⁷⁸. Diğer taraftan, bu üç ayrı kategori, aracı kurumlar (Mediators), vasıflı eleman sağlayan bürolar (Skill Providers) ve doğrudan hizmet sağlayan bürolardan (Direct Service Providers) oluşmaktadır⁷⁹.

Geçici çalışma büroları (Temporary Work Agencies), özel çalışma büroları içinde en büyük paya sahip olan ve dolayısıyla en önemlisini teşkil eden büro tipidir⁸⁰. Bu bürolar, sözleşme yaptıkları işveren tarafından çalıştırılmak üzere bünyesinde iş sözleşmesi ile işçi barındıran özel istihdam büroları olarak tanımlanmaktadır⁸¹. Genellikle büro ile işçi arasındaki iş sözleşmesi ve büro ile kullanıcı işveren arasındaki işçi tahsisine ilişkin sözleşme süresi eş zamanlı belirli süreli olarak kararlaştırılmaktadır. Bu tür hukuki ilişkide, işçi büro ve diğer işveren arasında üçlü bir iş ilişkisi mevcut olmaktadır. Ancak işçinin hukuki işvereni olarak iş sözleşmesinin tarafı olan geçici istihdam bürosu sayılmaktadır⁸². Geçici çalışma büroları insan kaynakları bakımından esneklik aracıdır. Zira iş bulmakta zorluk çeken iş arayanlara işgücü piyasasında önemli olanaklar sağlamaktadır⁸³. Diğer taraftan bu tür bürolar asıl faaliyetleri yanında işçilerin mesleki eğitimine yönelik programlar hazırlamakta ve böylece işletmeler tarafından talep edilen işler için işçi yetiştirilmesi ve seçimi konusunda önemli bir görevi yerine getirmektedirler⁸⁴. Bu tür eğitim faaliyetleri, bir yandan da piyasadaki işgücünün kalitesi ve niteliğini yükseltmesi konusunda etken bir araç olmaktadır.

⁷⁷ TİSK, **İstihdam Büroları**, s.81.

⁷⁸ Alpagut, **İstihdam Büroları**, s.16, dn.11; Nazlı, s.77.

⁷⁹ Nazlı, s.77; Odaman, s.75.

⁸⁰ TİSK, **İstihdam Büroları**, s.85; Nazlı, s.83; Odaman, s.75

⁸¹ TİSK, **İstihdam Büroları**, s.85.

⁸² Alpagut, **İstihdam Büroları**, s.16, dn.11; Nazlı, s.84.

⁸³ TİSK, **İstihdam Büroları**, s.85.

⁸⁴ Nazlı, s.84; TİSK, **İstihdam Büroları**, s.85.

d. Türk Hukukundaki Mevcut Hukuki Durum

Türk Hukuk sisteminde çalışma ve girişim özgürlüğü kaynağını Anayasanın 48. maddesinden almaktadır. Söz konusu madde uyarınca herkesin dilediği alanda çalışma hürriyetine sahip olduğu vurgulanmıştır (AY m.48). Bu doğrultuda, Anayasanın 49. maddesi ile birlikte, devlete sosyal devlet ilkesi gereğince bir takım ödevler yüklenmiştir. Gerçekten söz konusu maddenin 2. fıkrasına göre devlet çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye yönelik ekonomik bir ortam yaratılması için gerekli tedbirleri almakla sorumlu tutulmuştur (AY m.49/2).

Anayasamızda yer alan sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olarak, İş Hukukunda da çalışanların olduğu kadar işsizlerin de korunması ve onlara iş olanakları yaratılması büyük önem arz etmektedir. Türkiye’de devlet kurumu olarak Türkiye İş Kurumu (İŞKUR) bu alanda göze çarpmaktadır. 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu⁸⁵ kapsamında istihdamın korunmasına, geliştirilmesine, yaygınlaştırılmasına ve işsizliğin önlenmesi faaliyetlerine yardımcı olmak ve işsizlik sigortası hizmetlerini yürütmek üzere bu kurum kurulmuştur (TİKK m.1/1). Kurum, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının bağlı kuruluşu olup, özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliği haiz, idarî ve malî bakımdan özerk bir kamu kuruluşudur (TİKK m.1/2). İŞKUR’un amaçları ve faaliyetleri ise şöyle sıralanabilir; öncelikli görevi olarak, işçi isteme ve iş aramanın düzene bağlanmasına ilişkin çalışmalar yapmak, işgücünün yurt içinde ve yurt dışında uygun oldukları işlere yerleştirilmelerine ve çeşitli işler için uygun işgücü bulunmasına ve yurt dışı hizmet akitlerinin yapılmasına aracılık etmek, istihdamında güçlük çekilen işgücü ile işyerlerinin yasal olarak çalıştırmak zorunda oldukları işgücünün istihdamlarına katkıda bulunmak başta gelmektedir.

Türk Hukuk sisteminde özel istihdam büroları ise 4857 sayılı İş Kanunu madde 90 hükmü haricinde ilgili Kanun ve yönetmelikle düzenlenmiş bulunmaktadır. Yürürlükte olan Özel istihdam Büroları Yönetmeliğinde⁸⁶, büro iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmeleri ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık

⁸⁵ RG. 05.07.2003, 25159.

⁸⁶ RG. 01.08.2008, 26954.

yapmak üzere Kurumca (İŞKUR) izin verilen, bir işyerinde veya Basın Kanununda yazılı araçlarla ya da radyo, televizyon, video, internet, kablolu yayın veya elektronik bilgi iletişim araçları ve benzer yayın araçlarından biri ile faaliyet gösteren gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir (m.4-ç).

İlgili Yönetmelikte, özel istihdam bürolarının iş aracılığı yanında, işgücü piyasası, istihdam ve insan kaynaklarına yönelik hizmetlerde bunabilecekleri de düzenlenmiştir (m.5-1). Ancak, bu büroların uygulamada ağırlıklı faaliyeti iş bulmaya aracılık olmaktadır. Özel istihdam bürolarının, faaliyetlerine kanunen bazı yasaklar getirilmiştir. Öncelikli olarak bu büroların kamu kurum ve kuruluşlarına iş aracılığı hizmeti veremezler (TİKK m.17/1). Aynı esas ilgili Yönetmelikte de tekrarlanmıştır (m.5-1). Bu bakımdan, bu bürolar söz konusu faaliyetlerini özel sektördeki işverenlere yönelik yerine getirebilirler.

Diğer taraftan, özel istihdam büroları iş arayanlardan herhangi bir menfaat sağlayamaz ve ücret alamazlar, işe yerleştirme faaliyeti karşılığı ücret sadece işverenlerden alınabilir (TİKK m.19/2). Ancak, bu hükmün istisnası ilgili Yönetmelikte yer almaktadır. Buna göre, özel istihdam büroları; profesyonel sporcu, teknik direktör, antrenör, manken, fotomodel ve sanatçı meslek gruplarında yer alanlar ile genel müdür veya bu göreve eş ya da daha üst düzey yöneticilerden ücret alabilir (m.13-1).

Uygulamada yoğun tartışmalara neden olan ve özel istihdam bürolarını da yakından ilgilendiren önemli bir husus ise, meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisinin kurulup kurulamayacağı noktasında düğümlenmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi basit ödünç iş ilişkisinden bir hayli farklı özelliklere sahip olan bir hukuki ilişkidir. Bu tür ödünç iş ilişkisi, istinasız bütün ülkelerde bu işlerde uzmanlaşmış özel istihdam bürolarınca yerine getirilmektedir. Ülkemiz açısından ise, meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisinin yasal olarak uygulanabilirliği meselesi uzun zamandan beri çözüme kavuşturulamamıştır. Şöyle ki, Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan İş Kanunu Tasarısının 93.maddesinde “mesleki

faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi” başlığı altında bu hukuki ilişkinin geniş bir biçimde yasal düzenlemesi öngörülmüştü⁸⁷.

Anılan Tasarı hükmünde, meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi kurulması İŞKUR’un iznine tabi kılınmıştı. Ayrıca bu iznin alınabilmesi için işçilerin onayı yanında, amaca uygun bir işyerinin kurulmuş olması ve yetkili mercilere bildirilmesi şart koşulmuştu. Bunun yanı sıra, bazı durumlar ve işçiler açısından bu tür faaliyetin söz konusu olamayacağı düzenlenmişti (Tasarı m.93). Söz konusu Tasarı hükmü TBMM’de yapılan görüşmelerde yasalaşmamış ve dolayısıyla meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi hukuki temelden yoksun kalmıştır.

2009 yılına gelindiğinde ise, bu konuya ilişkin yasal bir düzenleme yapılmak istenmiş ve 26.06.2009 tarih ve 5920 sayılı “*İş Kanunu, İşsizlik Sigortası Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un*” 1.maddesi ile 4857 sayılı İş kanununun 7 maddesinden sonra gelmek üzere 7/A maddesi eklenmiştir. Anılan madde hükmü uyarınca, meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi, özel istihdam bürosunun geçici iş gücü talebini karşılamak amacıyla iş sözleşmesiyle bağlı olan işçisini, iş görme edimini yerine getirmek üzere ücret karşılığında başka bir işverene devrini ifade etmektedir. Söz konusu faaliyet, Türkiye iş Kurumu tarafından izin verilen özel istihdam bürolarınca yerine getirilecektir. Ancak, söz konusu Kanun Cumhurbaşkanı tarafından, bizce de haklı biçimde eşitlik ilkesine aykırı görülmüş ve tekrardan görüşülmek üzere TBMM’sine geri gönderilmiştir⁸⁸.

Diğer taraftan, Özel istihdam Büroları Yönetmeliğinin ilgili hükmünde, özel istihdam bürolarının meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunmaları açıkça yasaklanmıştır (m.5-2). Özel istihdam Büroları Yönetmeliğinde, böyle bir yasağın getirilmesinin ne kadar isabetli olduğu tartışılmaya açık bir husus olarak göze çarpmaktadır. Gerçekten böyle bir yasağın normlar hiyerarşisinde Yönetmelikten üstün bir konumda bulunan Kanun kapsamında yer almasının daha isabetli olduğu ortadır. Keza bu yasağa aykırı eylemlere yönelik yaptırım olarak uygulanacak hukuki sonuçların belirlenmesine yönelik olarak da yasal belirsizlik bulunmaktadır. Bunun yanı

⁸⁷ Tuncay/Savaş, s.72.

⁸⁸ A.Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı ve E.Tuncay Kaplan, **İş Hukuku**, Genişletilmiş 3.Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s.103.

sıra, bu faaliyete ilişkin yasağın sadece özel bürolar için öngörülmesi, sanki bu faaliyetin diğer işverenlerce yerine getirilebilmesinin mümkün olduğu izlenimi uyandırdığı da söylenebilecektir⁸⁹.

Yüksek Mahkeme kararları incelendiğinde ise, Mahkemenin yasaya aykırı olarak meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisiyle uğraşan büroların faaliyetini iş aracılığı faaliyeti olarak değerlendirdiği gözlemlenmektedir⁹⁰. Gerçekten Yüksek Mahkeme fiiliyatta gerçekleşen meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisini geçersiz sayıp, özel büro ile işçi arasındaki iş sözleşmesini iş bulmaya aracılık sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Dolayısıyla, bu gibi durumlarda işçi baştan itibaren gerçekte çalıştığı diğer işverenin işçisi olarak işlem görmektedir. Yüksek Mahkemenin bu görüşü, fiiliyatta bulunan meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisinin iş aracılığına hukuki tahvili olarak yorumlanabilecektir⁹¹. Bunun sonucunda, eğer görünürdeki asıl işveren olan özel istihdam bürosunun yasal izni var ise, herhangi bir hukuki yaptırım ile karşılaşması mümkün olamayacaktır⁹². Diğer taraftan, eğer söz konusu bürolar yasal izni bulunmadan faaliyet göstermekteyse, ilgili Kanunlarda yer alan (TİKK m.20-h, İK m.106) idari para cezası yaptırımına maruz kalacaklardır.

Özel istihdam Büroları Yönetmeliğinde yukarıda belirtilen yasağın getirilmesinden önce öğretide Ekonomi tarafından savunulan bir görüşe göre, Türk Hukuku bakımından özel istihdam bürolarının meslek edinilmiş biçimde ödünç iş

⁸⁹ Nazlı, s.194.

⁹⁰ A AŞ ile I Türk Ltd. Şirketi arasında yapılan I Teknik olmayan Hizmetler Sözleşmesinin, diğer uygulanabilir koşullar başlıklı bölümünün beşinci paragrafında yüklenici hizmetleri yerine getirmek üzere görevlendireceği elemanların gelir vergisi ve sosyal güvenlik kesintileri de dâhil olmak üzere ücretlerinin ödenmesinden, tazminat, maluliyet, sakatlık ve benzeri ödemelerinden kısaca istihdam ettiği elemanlarının İş Kanunu ve Hizmet sözleşmesinden doğan tüm haklarından münferiden sorumludur yolundaki düzenleme yapılmıştır. 4857 sayılı İş kanununun 90.maddesi uyarınca Türkiye iş kurumundan 16.08.200416.08.2007 tarihleri arasında çalışmak üzere özel istihdam bürosu olarak faaliyette bulunmak üzere izin alan dava dışı a istihdam hizmetleri ltd. şirketinden ve yasanın yürürlük başlangıç tarihinden önce davalı A Hizmet ve Danışmanlık A.Ş. nin davacıyı istihdam edecek bir işyeri olmaksızın yaptığı sözleşme iş bulmaya aracılık sözleşmesi olup, davacı ile aralarında iş sözleşmesinin temel unsuru olan bağımlı olarak iş görme söz konusu değildir. **Y.9HD, 26.09.2005, 2005/ 7774E., 2005/11838 K.,** Gülsevil Alpagut, **“Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay’ın Konuya ilişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”** LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 10, Ekim-Kasım-Aralık, 2006, s.571.

⁹¹ Nazlı, s.267.

⁹² Nazlı, s.274.

ilişkisi ile uğraşmalarını engelleyen bir durum söz konusu değildir⁹³. Yazara göre, bu türdeki ödünç iş ilişkisine yaygın olarak başvurulmasından ötürü, uluslararası hukuka uygun olarak ve işçiyi koruyan bir biçimde, sıkı bir denetim getirilerek düzenlenmesinin yerinde olacağı kabul edilmelidir⁹⁴.

Diğer taraftan, öğretide bizimde katıldığımız baskın görüşe göre, İş Hukukunda bu türde bir ödünç iş ilişkisi kurulmasının yasal bir dayanağı bulunmamaktadır⁹⁵. Gerçekten Alpagut'un isabetle belirttiği üzere, bu tür ödünç iş ilişkisi İş Kanunu madde 7'de açık olarak düzenlenmediği gibi, bu hükmün kıyasen bu türdeki ödünç ilişkisine uygulanması düşünülemez. Zira hükmün konuluş amacı ve ruhu buna imkân vermemektedir. Bu bakımdan, yasa koyucunun bilinçli olarak meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisini Kanunda yer vermediği sonucuna varılması gerekmektedir⁹⁶. Keza İş Kanunundaki mevcut düzenleme basit ödünç iş ilişkisine yönelik olduğundan, ilgili hükmün (İK m.7) daha farklı yapısı ve özellikleri bulunan meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisine uygulanması mümkün görülemeyecektir⁹⁷.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, özel istihdam bürolarının artık bu türden bir faaliyet içine girmeleri de Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinde açıkça yasaklanmış bulunmaktadır. Kanaatimizce, meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi işçiler bakımından haksız uygulamaları bünyesinde barındırmaktadır. Öncelikle, işçiyi alınırsatınır bir meta haline dönüştürüp, onur ve haysiyetini inciten bir durum hâsıl olmaktadır. Zira işçilerin, iş bulma umuduyla, kendilerini bu işi profesyonel olarak yapan işçi simsarı olarak niteleyebileceğimiz büroların ağına düşmeleri söz konusu

⁹³ Münir Ekonomi, “**Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi**”, Devrim Ulucan’a Armağan içinde (231-267)1.Basım, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2008,s. 254’de “*Gerçekten tasarının mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisini düzenleyen 93. Maddenin tasarıdan çıkarılması ve kanuni düzenlemeye alınmaması bu tür ödünç iş ilişkilerinin yasaklandığı anlamı taşımaz. Sözleşme ve çalışma özgürlüğünün bir gereği olan mesleki ödünç iş ilişkileri varlığını ve uygulamasını sürdürebilecektir.*” , aynı görüşte, Akyiğit, **Şerh**, s.2259.

⁹⁴ Ekonomi, **Mesleki**, s.251.

⁹⁵ Devrim Ulucan, “**Karar İncelemesi**”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/3, s.151; Alpagut, s.227; Murat Engin, “**Üçlü İş İlişkileri**”, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları) içinde (12-26), Bodrum: Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, 2005, s.26; Ekmekçi, s.104; Nazlı, s.263; Mehmet Uçum, **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**, 1.Basım, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2003, s.46; Uşen, s.328; Mehmet Anıl Arslanoğlu, **İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler**,1.Basım, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2005, s.54; Odaman, s.30.

⁹⁶ Alpagut, s.277.

⁹⁷ Nazlı, s.263.

olmaktadır. Bu bürolar bu işten sağladıkları fahiş kazançlar sağlamaktadırlar. Öte yandan bu büroların denetimi bir hayli zor olduğundan, uygulamada yasadışı işçi temini yoluna gitmeleri de uygulama da bir hayli sık rastlanan bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

4. Bazı Özel Durumlar

Uygulamada karşılaşılan bazı durumların ödünç iş ilişkisi kapsamına girip girmediği, 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önce öğretide özellikle Akyiğit tarafından tartışılmıştır⁹⁸. Aşağıda bu durumların hukuki statüsü ile ödünç iş ilişkisi kapsamına girip girmediği tartışılacaktır.

a.Geçici Futbolcu Transferi

Ödünç işçi verme ile yakından ilişkili olan geçici futbolcu transferi uygulamada uzun yıllardan beri görülmektedir. Bu kavram genel olarak belli bir profesyonel futbol kulübüne bağlı olan diğer bir deyişle onun işçisi olan profesyonel bir futbolcunun, geçici bir süre için bir bedel karşılığında yasal esaslara uygun bir sözleşme ile başka bir profesyonel futbol kulübüne transferini ifade etmektedir⁹⁹. Futbolcunun sözleşmesi devam ederken bazı sebeplerden dolayı başka bir futbol kulübünde oynaması gerekebilir. Gerçekten ekonomik, kişisel veya sportif sebeplerden dolayı futbolcunun kendi kulübünde geçici bir süre için futbol oynaması mümkün olmaz ise, başka bir futbol kulübüne geçici olarak transferi gündeme gelebilir¹⁰⁰.

Uygulamada “futbolcu kiralama” olarak da adlandırılan bu kurum Profesyonel Futbol Transfer Talimatı’nın¹⁰¹ 24. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrası uyarınca geçici transferin de idari anlamda bir transfer olduğu ve anılan Talimat’ın 23. Maddesindeki esaslara göre yapılacağı düzenlenmiştir. Buna göre, her iki Kulüp yetkilileri ve futbolcunun anlaşmalarını takiben tarafların, geçici transfer sözleşmesini imzalayıp notere onaylatmaları ile birlikte geçici transfer gerçekleşmiş olacaktır (PFTT

⁹⁸ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.42.

⁹⁹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.55.

¹⁰⁰ Faruk Baştürk, **İş Hukukunda Profesyonel Futbolcu**, 1.Basım, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2007, s.65.

¹⁰¹ RG. 14.05.2002, 24755.

m.23/24/25). Ayrıca, geçici transferin asgari süresinin iki tescil dönemi arasındaki süre olduğu belirtilmiştir (PFTT m.24/3).

Geçici transfer kural olarak kendi içinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. İlki “basit geçici transfer” olarak adlandırılmaktadır. İkincisini ise sürekli transfer taahhüdü içeren geçici transfer sözleşmesi oluşturmaktadır. Basit geçici transferde futbolcu geçici transferin sonunda kulübüne dönmektedir¹⁰². İnceleme konumuz açısından bizim için önem arz eden basit geçici transferdir. Zira böyle bir transferde geçici olarak iş görme borcunu başka bir kulübe hasreden futbolcu sürenin sonunda mutlaka kendi kulübüne geri dönmektedir. Ancak, diğerinde futbolcunun geçici olarak transfer edildiği kulüpte kalma ihtimali mevcuttur.

Geçici transferin hukuki niteliği hakkında öğretide çeşitli fikirler ileri sürülmektedir. Bunlardan ilkinine göre, geçici transferde maddi olmayan bir hakkın kiralanması söz konusudur. Zira kulüpler arasında futbolcunun kendisi değil, bir futbolcunun herhangi bir kulüpte oynama hakkının belli bir süreliğine kullanımına yönelik anlaşmaları söz konusudur. Bu bakımdan maddi olmayan hakka ilişkin futbolcu kiralama sözleşmesi, Borçlar Kanununda yer alan hâsılat kirasının esaslı unsurlarını taşımaktadır¹⁰³. Öğretide Akyiğit tarafından savunulmuş olan diğer bir görüş ise¹⁰⁴, ortada bir “çifte iş ilişkisi” olduğu yönündedir. Bu görüşe göre, futbolcu ile geçici transfer olduğu kulübü ile de bir iş ilişkisi kurulmaktadır. Böylece futbolcunun asıl kulübü ile iş sözleşmesi bu süreçte devam ettiğinden iki ayrı iş ilişkisi mevcut olacaktır. Kanaatimiz geçici transferin bazı yönlerden ayrılrsa da, ödünç iş ilişkisi temeline dayanan bir hukuki ilişki olduğu yönündedir. Her ne kadar profesyonel futbolcu İş Kanunu kapsamında yer almasa da (İK m.4-g), iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan işçi statüsündedir. Bu bakımdan, öncelikle geçici transferde futbolcunun geçici bir süreliğine iş görme edimini başka bir kulübe arz etmesi söz konusudur.

¹⁰² Baştürk, s.66.

¹⁰³ Şakir Dorukkaya, Aydın Kıratlı ve Fatih Kemal Ebiçlioğlu, “Türkiye’de Futbol Kulüplerinin Şirketleşmesi, Halka Açılması, Finansmanı ve Vergilendirme”, İstanbul: Ümit Yayıncılık, 1998, s.90. Aktaran: Baştürk, s.76.

¹⁰⁴ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.58.

Geçici transfer de ödünç iş ilişkisi gibi üç köşeli bir hukuki ilişkidir ve geçici bir süre için yapılmaktadır. Bu süreçte futbolcunun iş sözleşmesi asıl kulübü ile devam ederken iş görme borcunu başka bir işverene yani futbol kulübüne karşı yerine getirmektedir. Ancak, bu kulüp ile futbolcu arasında herhangi bir iş sözleşmesi yapılmamakta, sadece ilgili tarafların onayı ile yapılan geçici futbolcu transferi sözleşmesi geçici transferin temelini teşkil etmektedir. Bu sözleşme, kulüpler arasında futbolcunun işi görme borcunun geçici bir süreliğine aralarında devrini içermektedir. Dolayısı ile kanaatimizce, ödünç iş ilişkisinde olduğu gibi geçici transferi yapan kulüp ile futbolcu arasında iş ilişkisi benzeri bir ilişki bulunmaktadır.

Gerçekten geçici transferi düzenleyen hükümde futbolcunun asıl kulübü ile iş sözleşmesinin devam etmesi şart koşulmuştur (PFTT m.23/2). İşçinin asıl kulübü çoğu zaman bu transferden bir bedel elde etmektedir. İlgili talimat hükümlerinde İş Kanununda düzenlenmiş olan ödünç iş ilişkisine herhangi bir atıf bulunmadığından ödünç iş ilişkisini düzenleyen İş Kanunu madde 7 hükmünün doğrudan geçici transfere uygulanması mümkün değildir. Ancak, bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda ödünç iş ilişkisinde olduğu gibi geçici transferde de, geçici olarak futbolcuyu devralan kulüp futbolcunun kendisinde çalıştığı süre içinde doğan ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden diğer kulüp ile birlikte sorumlu olduğu kabul edilmelidir (İK m.7/3)¹⁰⁵.

b. Makineyle Birlikte İşçi Verme

Uygulamada sıkça görülebilen bir durum olan, makineyle birlikte işçinin de geçici bir süre ile kiraya verilmesinin ödünç iş ilişkisi kapsamında değerlendirilme olasılığının olup olmadığı hususu da öğretilerde tartışılmıştır. Gerçekten günlük yaşamda, bir arabanın şoförü ile veya bir inşaat makinesinin onu çalıştıran operatörü ile birlikte kiraya verilmesi sıkça rastlanan bir durumdur. Bu alanda örnekler çoğaltılabileceği üzere, bu konumda bulunan personelin hukuki durumu tartışılmaya değer bir görünüm arz etmektedir.

¹⁰⁵ Baştürk, s.76.

Bu hususa ilişkin, ilk akla gelen nokta kiraya verilen personelin ücret vs. haklarına ilişkin sorumluluk olacaktır. Hiç şüphesiz, görevli personel ücret vs. haklarını iş sözleşmesi ile bağlı bulunduğu işvereninden talep edebilecektir¹⁰⁶. Ancak, burada asıl tartışmalı olan husus, söz konusu personel bağlamında bir ödünç iş ilişkisinin mevcut olup olmadığıdır. Özellikle Alman Hukukunda konuya ilişkin farklı fikirler ileri sürülmüştür. Örneğin bir görüşe göre, böyle bir olasılıkta ödünç iş ilişkisi değil, bir kira sözleşmesi söz konusudur. Keza işçi kiracı yanında bizzat kendi işverenin ödevlerini ifa etmektedir. İkinci bir görüşe göre, makineyle birlikte ödünç işçi verme hali bulunmaktadır. Böylece, eğer iş makinesi bütün donanımı ile birlikte kiraya verilmiş ise mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi, aksi halde ise basit ödünç iş ilişkisi gündeme gelecektir. Bir diğer görüşe göre ise, böyle bir durumda ödünç iş ilişkisi bulunmakla beraber, ödünç iş ilişkisinin türüne ilişkin bir ayırım yapılmadan “karma ilişkiler” diye anılabilecek üçüncü bir ödünç işçi verme türü söz konusudur. Bu hususa ilişkin ileri sürülen son görüşe göre ise, insan gücü hiçbir zaman makine içinde kaybedilemez, dâhil edilemez. Bu bakımdan, olaya ilişkin olarak makinenin kiraya verildiği hususu kabul görmeyecektir.

Diğer taraftan, Akyiğit’in iştirak ettiği ve Alman yargısında tatbik edildiğini belirttiği görüş uyarınca ise¹⁰⁷, sorunun çözümü için bir ayırım yapılması gerekli görülmelidir. Şöyle ki, makineyle verilen personelin ediminin niteliği bu konuda ön plana çıkmaktadır. Eğer işçinin edimi yan edim niteliğine ise, o zaman kira ile karışık bir hizmet sağlama sözleşmesinin varlığı söz konusudur. Dolayısıyla ödünç iş ilişkisi mevcut değildir. Zira hukuki ilişkide, edim olarak, baskın olan makinenin verilmesidir. Ancak yazarın da isabetlice belirttiği üzere işçinin ediminin ne zaman yan edim niteliğinde görüleceği önemli bir sorun olarak belirmektedir. Yazar bu hususun belirlenmesine yönelik, makinenin değerinin kıstas olarak alınmasını önemektedir. Böylece, eğer makinenin değeri işçinin hizmet ediminden baskın ise, olayda ödünç işçi

¹⁰⁶ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.48.

¹⁰⁷ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.49. Yazarın naklettiği bir Alman Federal İş Mahkemesi kararına göre, bir inşaat makinesinin personeli ile kiraya verilmesi işçi ödünç verme olarak görülmemiştir. Mahkemeye göre, özel hukuk düzeninde kira ve hizmet sağlama sözleşmesini içeren karma nitelikte sözleşme yapılması taraflara tanınan sözleşme serbestisinin sunduğu sınırsız varyasyonlardan biri olarak görülmelidir. Bu bakımdan, karma nitelikte sözleşme yapma imkânına ilişkin bu genel ilkeler işçi verme hukukunda da geçerli görülmelidir.

vermeden bahsedilemeyecektir. Bu konuya ilişkin yazar tarafından verilen ilginç bir örneğe göre, eğer bir yazı makinesi onu kullanan işçi ile verilmiş ise, o zaman baskın edim işçinin verilmesi ve edimi olacağından, bir ödünç iş ilişkisinin varlığı söz konusu olabilecektir.

Öğretide Odaman ise, böyle bir durumda karma sözleşmelerin çeşidi olan kombine sözleşme olduğu kanısındadır¹⁰⁸. Bir tarafın birden fazla asli tipik edim borcu yüklenmesi ile oluşan karma sözleşmelere “kombine (ikiz) karma sözleşme” denilmektedir¹⁰⁹. Bu tür sözleşmelerde, diğer tarafa tek bir edim borcu düşmektedir. Diğer yandan, taraflardan birinin üstlendiği farklı tiplere ait her bir edim karakteristik niteliktedir. Yazara göre, karma sözleşmelere, öğretide hâkim görüş doğrultusunda, yaratma (kıyas) kuramı tatbik edilmelidir. Bu kuram uyarınca, karma sözleşmeler kanunda yer almadığından, söz konusu sözleşmelere herhangi bir kanun hükmü doğrudan değil, ancak kıyasen uygulanabilir¹¹⁰. Bu bakımdan, hâkim karma sözleşmelerin amacını ve tarafların karşılıklı menfaatini adil olarak nasıl kaynaştıracağını göz önünde tutmalıdır. Böylece, karma sözleşmenin unsurlarının ait olduğu sözleşme tiplerine ilişkin hükümleri kıyasen uygulayabilir veya belirli bir sözleşme tipine ilişkin hükümleri uygulama yoluna gidebilir. Eğer böyle bir uygulamadan gerekli neticeyi alamaz ise, kendisi Borçlar Kanunu hükümlerine, genel hukuk kurallarına, örf ve adet hukukuna başvurabilir. Son çare olarak, kendisi kanun koyucu gibi hukuk yaratma yoluna gidebilir.

Yüksek Mahkeme de, eski tarihli bir kararında, makine ile birlikte işçi verilmesi durumuna ilişkin bir tespitte bulunmuştur. Söz konusu karara göre, makine ile birlikte işçiyi devralan kişi, işçinin işvereni olarak kabul edilmiştir¹¹¹.

¹⁰⁸ Odaman, s.27.

¹⁰⁹ Erdem Erdenk, **İş Hukukunda İsimsiz (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler**, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2008, s.44.

¹¹⁰ Erdenk, s.54; Odaman, s.27.

¹¹¹ Davalı Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı ile Azot Sanayi ortaklığı arasında düzenlenen 27.07.1961 günlü protokol hükümlerine göre, Azot Sanayi Anonim Ortaklığı bir makinesini davalıya kiralamıştır. Aynı protokolün 5.maddesinde azot sanayinde çalışan ve söz konusu makineyi işleten bir operatörle yardımcısının da makinede çalışması kararlaştırılmış ve kendilerine davalı ortaklıkça verilecek ücrette gösterilmiştir. İş kazasının makinenin davalı ortaklığa tesliminden sonra davalı tarafça işyerine sevk edildiği sırada meydana geldiği anlaşılmaktadır. O halde davacıların miras bırakanları ile davalı ortaklık arasında bir iş bağıtı ilişkisi kurulmuş demektir. Çünkü makineyi işletecek işçiler gerçekte Azot sanayinin

D. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN ÖZELLİKLERİ

1. Genel olarak

Yukarıdaki bölümlerde ana hatları ile ortaya koymaya çalıştığımız ödünç iş ilişkisinin diğer İş Hukuku kurumlarından ayırt edici bir takım özelliklere sahip olduğu göze çarpmaktadır. Öncelikli olarak ödünç iş ilişkisi atipik bir iş ilişkisidir¹¹². Ayrıca, ödünç iş ilişkisi “üç köşeli” veya “üçlü” bir iş ilişkisini (Dreicksverhaeltnis) akla getirmektedir¹¹³. Son olarak denilebilir ki ödünç iş ilişkisi esneklik temelli bir iş ilişkisidir¹¹⁴.

2. Ödünç İş İlişkisinin Atipik Bir İlişki Olması

İş hukukunda tipik/atipik iş ilişkisi ayrımı yapılmaktadır¹¹⁵. Türk hukukunda ve mukayeseli hukukta özel olarak “normal tipte” veya “tipik iş ilişkisinden” söz eden bir hukuk kuralı mevcut değildir. Ancak, öğretide tipik iş ilişkisinin özellikleri tasnif edilmektedir¹¹⁶. Şöyle ki; Tipik iş ilişkisi aynı zamanda tam süreli bir iş ilişkisidir. Bu tür bir iş ilişkisinde işçi belirli bir işverene bağlı olarak ve ona ait bir işyerinde onun işini yapmayı üstlenmiştir. Tipik iş ilişkinin ilke olarak “belirsiz süreli” bir iş ilişkisi olması savunulmaktadır¹¹⁷.

İş hukukunda yukarıda bahsedilen klasik istihdam modeli olarak da adlandırılan çalışma biçiminin etkisini giderek arttıran ekonomik, teknolojik ve sosyal gelişmeler karşısında uygulama alanı daralmış, yeni esnek istihdam biçimleri iş

işçileri olmakla beraber, davalının işinde dahi çalıştırıldıkları ve kendilerine ücret verilmesi davalı tarafça kabul edildiği için aynı zamanda davalının dahi işçisi durumundadırlar. **Y.9HD, 31.05.1965, 1965/2830E., 1965/4725 K., Akyiğit, Şerh, s.416-417.**

¹¹² Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.11; Murat Engin, **Atipik İstihdam Biçimleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar (Özellikle ödünç İş İlişkisi ve Evde Çalışma)**, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri içinde (117-147), İş hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 yılı Ekim toplantısı, İstanbul: İstanbul Barosu yayınları, 2002, s.117.

¹¹³ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.12.

¹¹⁴ Arslanoğlu, s.48.

¹¹⁵ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.6.

¹¹⁶ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.6.

¹¹⁷ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.6. Yazar, Türk Hukuku açısından, bunun hukuki bir dayanağını bulmanın zor olduğu görüşündedir.

hayatında görülmeye başlanmıştır¹¹⁸. Gerçekten tipik iş ilişkisini karakterize eden unsurlar değişime uğramaktadır, örneğin tipik (klasik) çalışmanın esasını teşkil eden “bağımlı çalışma”, işçinin işverene tabi olarak çalışması, çeşitli açılardan zayıflamakta, çalışma yerini ve zamanını işçilerin belirleyebildiği ve işvereni devre dışı tuttıkları bir takım çalışma biçimleri söz konusu olmaktadır¹¹⁹. Atipik denilen bu çalışma biçimlerinin en bilinenleri, belirli süreli iş sözleşmesi¹²⁰, kısmi çalışma, iş paylaşımı (job sharing), ödünç iş ilişkisi, tele çalışma (Telearbeit) ve evde çalışma (Heimarbeit) olarak gösterilebilir. İş Hukuku öğretisinde tipik (klasik) çalışma biçiminde istihdam edilen bu tür işçilere “çekirdek” (core), atipik diye adlandırılan diğer çalışma biçimlerinde istihdam edilen işçilere “çevre” (peripheral) işçi denmektedir¹²¹.

Atipik iş ilişkisi, normal/tipik iş ilişkisinden en azından bir yanı ile kaçış özelliği taşıyan yeni tip iş ilişkilerini ifade etmektedir¹²². Diğer bir ifade ile atipik iş ilişkilerinde istihdam edilen bu tür işçiler açısından, “yarı bağımlı istihdam”(semi-self employment) söz konusu olmaktadır¹²³. Örneğin ödünç iş ilişkisinde işin ifa yeri, işveren açısından bir farklılaşma olduğu gibi, ayrıca, personel politikası bakımından da bir esneklik mevcuttur.

20. yy. ikinci yarısında dünyada yaşanan gelişmeler ve 1970’lerin ekonomik krizi, teknolojik gelişme, özellikle bilgisayar teknolojisinin hayatımızın her alanına girmesi, ağırlaşan rekabet koşulları, küreselleşen ekonomi gibi olgular İş Hukuku’nun klasik istihdam biçimlerinden sıyrılıp, “atipik” denilen bu yeni çalışma biçimlerinin yaygınlaşmasına neden olmuştur. Bu çalışma biçimleri özellikle ABD, Japonya ve Avrupa’daki gelişmiş ülkelerde gittikçe yaygınlaşmıştır. Özellikle ABD’de işgücünün

¹¹⁸ Engin, **Atipik**, s.117; Ünal Narmanlıoğlu, **İş hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3.Basım, İzmir:Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk fakültesi Döner Sermaye işletmesi Yayınları 1998, s.488.

¹¹⁹ Narmanlıoğlu, s.488.

¹²⁰ Aksi görüşte A. Can Tuncay, “**Değişim, Esneklik ve Türkiye için Çözüm Önerileri**”, MERCEK Dergisi, C.4, S.15, Temmuz 1999, s.69. Yazar belirli süreli iş sözleşmesinin esasen atipik bir istihdam biçimi olmadığını, sadece uzun zamandır var olan bu çalışma biçiminin seksenli yıllarda ortaya çıkan ekonomik nedenlerin doğurduğu esneklik ihtiyacıyla yeniden ele alınmasının, böyle bir görünüm kazandırdığı görüşündedir.

¹²¹ Nusret Ekin, **Esneklik Çağı...**, MERCEK Dergisi, C.4, S.15, Temmuz 1999, s.8; Gülten Kutal, **Küreselleşme, Esnekleşme ve Küresel İstihdama Etkileri**, MERCEK Dergisi, C.4, S.15, Temmuz 1999, s.17.

¹²² Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.10; Engin, **Atipik**, s.117.

¹²³ Ekin, s.8.

yaklaşık % 50'sinin atipik işlerde çalıştığı belirtilmektedir¹²⁴. Hukukumuz açısından ise 4857 sayılı kanun ile bu tür atipik iş ilişkilerinden bazıları pozitif hukuki düzenlemeye kavuşmuştur.

Öncelikli olarak, 4857 sayılı İş Kanununda belirli/belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının önem kazandığı söylenebilecektir. Zira işçinin iş güvencesinden yararlanması bakımından belirsiz süreli sözleşme çalışması bir ön koşul olarak İş Kanunu ilgili hükümde düzenlenmiştir (İK m.18). Bu bakımdan, taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi, yasa koyucu tarafından, sıkı şartlara tabi kılınmıştır (İK m.11). Ayrıca, atipik iş ilişkilerinin en karakteristik ve en yaygın olanı kısmi süreli iş sözleşmesi¹²⁵ (İK m.13) ile ödünç iş ilişkisi (İK m.7) İş Kanununda yer almıştır.

3. Ödünç İş İlişkisinin Üçlü Bir İş İlişkisi Olması

İşçinin iş sözleşmesinden doğan en temel borcu işin görülmesi borcudur¹²⁶. Nitekim Borçlar Kanununun 320. maddesinin 1.fikrasına göre “ Hilafı mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmaya mecbur olup başkasına devredemez.” İşçinin işi bizzat yapmasının karşılığı olarak işveren de işin görülmesini Ancak, kendisi için isteyebilir, bu hakkını kural olarak başkasına devredemez. Borçlar Kanununun 320. maddesinin 2.fikrasında “ İş sahibin dahi hakkını başkasına devredebilmesi, aynı kayıtlara tabidir.” Hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle aksi kararlaştırılmadıkça veya halin gereğinden anlaşılmadıkça işin görülmesini işveren şahsen isteyebilir ve bu hakkını üçüncü kişiye devredemez¹²⁷.

Diğer yandan sözleşme ilişkilerinde üçüncü kişinin katılımına, ya alacak hakkının talep edilmesi ile borcun yerine getirilmesinde ya da sözleşmede taraf sıfatlarının birisine dâhil olunması durumlarında karşılaşılmaktadır. Bir borç ilişkisini oluşturan tarafların dışında üçüncü kişinin katılımı ile oluşan üçlü borç ilişkisi,

¹²⁴ Tuncay, **Öneriler**, s.69.

¹²⁵ Süzek, s.243.

¹²⁶ Süzek: s.293; Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 23.Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul:2010, s.130

¹²⁷ Süzek, 295.

uygulamadan doğan ihtiyaçların zorlaması ile kabul edilmiştir¹²⁸. Bu ihtiyacın bir sonucu olarak 4857 sayılı İş Kanununda “üç köşeli sözleşmesel ilişkiler” olarak tanımlayabileceğimiz, asıl/ alt işveren ilişkisi ile ödünç iş ilişkisi olmak üzere iki ayrı kurum düzenlenmiştir¹²⁹. İş sözleşmelerinin sadece işçi ve işveren tarafı olmak üzere iki taraf arasında hüküm doğurduğu göz önüne alınınca, gerek ödünç iş ilişkisinde gerekse alt işverenlikte bazı farklı hukuki ilişkilerin bulunduğu gözlemlenmektedir. Gerek ödünç iş ilişkisinde gerekse alt-asıl işveren ilişkisinde, hukuki ilişkinin üçüncü ayağını oluşturan ikinci işverendir ve bu işverenin işçiye karşı hak, borç ve sorumluluk esasları da her iki ilişkinin özünü oluşturmaktadır¹³⁰.

Ödünç iş ilişkisinde, başka bir işverenin işçisini belirli şartlarla ödünç alan işverenin hukuki konumu bu anlamda önem arz etmektedir. Zira ödünç iş ilişkisinin üçlü sözleşmesel ilişki olarak değerlendirilmesinde, yeni bir iş sözleşmesine gerek olmaksızın, var olan iş sözleşmesinden doğan borç, yükümlülük ve sorumlulukların tamamının veya bunlardan bir kısmının sözleşme dışı bir üçüncü şahısın hukuki alanını doğrudan etkilemesine yönelik bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Söz konusu doğrusal etki kaynağını yine hukuksal bir sebepten almaktadır¹³¹.

4. Ödünç İş İlişkisinin Esneklik Temelli Bir İş İlişkisi Olması

İş hukukunda geçici iş ilişkisi esneklik odaklı atipik istihdam şekillerindendir. Çalışma hayatında üretim organizasyonunun olabildiğince genişlemesine paralel olarak ortaya çıkan bu hukuki kurum, çalışma hayatında beliren esneklik temelli gelişim sonucu doğmuştur¹³². Aşağıda öncelikli olarak esneklik kavramı üzerinde durulup, sonradan bu kavramın İş Hukukundaki etkileri değerlendirilecektir.

¹²⁸ Aydın Başbuğ, “İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, S. 2-3, Mayıs-Ağustos 2003, s.3.

¹²⁹ Arslanoğlu, s.49.

¹³⁰ Arslanoğlu, s.49.

¹³¹ Arslanoğlu, s.49.

¹³² Arslanoğlu, s.49.

a. Genel Olarak Esneklik Kavramı

Esneklik (flexibility), kavram olarak değişikliklere ve farklılıklara uyum sağlayabilme yeteneğini ifade etmektedir¹³³. Esneklik, ekonomik gerçeklerine bağlı olarak politik yaklaşımlardaki değişimlerde beraberinde getirmiştir¹³⁴

b. İş Hukukunda Esneklik

Çalışma hayatının gereklerinden dolayı doğmuş olan İş Hukuku, doğal olarak çalışma hayatında meydana gelen her türlü değişiklik ve ilerlemeden etkilenmiştir. 18.Yy’da buhar makinesinin icat edilmesi ile başlayan ve 1789 Fransız ihtilalı ile siyasal ve toplumsal nitelik kazanan sanayi devriminden¹³⁵ sonra üretim biçimleri ve çalışma hayatında köklü değişimler meydana gelmiştir. Tarım ve küçük el tezgâhlarında üretimin yanı sıra artık üretim kitlesel boyut kazanarak fabrikalarda yapılmaya başlanmıştır. Kitlesel üretim ile birlikte köylü toplumdan sanayi toplumuna geçiş olmuştur. Sanayileşme süreci 1900’lerin başında yeni bir boyut kazanmış, etkileri ekonomik, toplumsal ve siyasal alanda görülen yeni bir üretim tarzı ortaya çıkmıştır. Felsefi temelleri Henry Ford tarafından atılan bu akım, kapitalizme yeni bir anlam yüklemiş ve 1970’li yıllara kadar dünyayı etkisi altına almıştır¹³⁶. Fordizm (çağdaş kapitalizm) denilen bu ekonomik akımda üretim süreci Taylorist ilkelerle geliştirilen bilimsel yönetim anlayışına göre şekillenmiştir. Modelde üretim sürecinin tüm aşamalarını kapsayacak bir planlama sistemi esas alınmıştır. Bu üretim tarzında kitlesel üretim, işbölümü ve uzmanlaşma, işin niteliksiz ve yarı nitelikli işgücü tarafından yapılmasına olanak tanımış, nitelikli işgücüne olan bağımlılık azalmıştır.

Sonraları özellikle 1960’larda bu Fordist-Taylorist üretim tarzının ekonomik ve teknolojik gelişmeler karşısında yetersiz kaldığı fark edilmiştir. Tam bu aşamada beliren 1973 Dünya Petrol Krizi ile birlikte “Post- Fordizm” denilen yeni bir esnek yapılanma doğmuştur. Diğer bir deyişle “çalışma hayatında esneklik dönemi” denen yeni bir

¹³³ Arif Yavuz, **Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkileri**, Ankara: Kamu İş Yayınları, 1995, s.6.

¹³⁴ Tijen Erdut, “**Esneklik ve İş Süresi**”, MERCEK Dergisi, C.4, S.15, Temmuz 1999, s.104.

¹³⁵ Hüsnü Erkan, **Bilgi Toplumu ve Ekonomik Gelişme**, Ankara: Türkiye İş Bankası Yayınları, 1993, s.14.

¹³⁶ Halil İbrahim Aydın, “**Sosyo-Ekonomik Dönüşüm Süreci ve Sanayi Ötesi Yaklaşımlar**”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.7, S.4, 2004, s.1.

dönemin miladı bu küresel kriz olmuştur¹³⁷. İşletmelerin bu yeni dönemde ayakta kalabilmeleri sadece işgücünün esnek kullanılması değil, yeni üretim tekniklerinin geliştirmesine, yani mal ve hizmet üretim tekniklerinde daha değişken bir yöntem benimsemelerine neden olmuştur.

Bununla beraber “atipik” denen standard dışı yeni istihdam biçimleri de yaygınlık kazanmaya başlamıştır. İşte bütün bunlara çalışma yaşamında esneklik (labour flexibility) denmektedir¹³⁸. Ayrıca, İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinden sonra gittikçe hızlanan küreselleşme olgusu da bu süreci hızlandırmıştır. Küreselleşme, ekonomik açıdan ülkeler arasında mal, hizmeti, sermaye ve teknik bilgi akımının giderek büyüyen bir hızla artması sonucunda ulusal ekonomiler arasındaki karşılıklı bağımlılığın önemli ölçüde artmasıdır¹³⁹.

Küreselleşmenin temelinde maliyetlerin düşürülmesi gereksinimi vardır¹⁴⁰. Özü ekonomik olan küreselleşme kavramı değişik alanlara yansıyan önemli sonuçlar doğurmuştur ekonomi dışı alanlarda da kullanılmaya başlanmıştır. Küreselleşme ile birlikte sermayenin kendi hukukunu beraberinde gittiği ülkelere götürmesi çalışma hayatında sistemin esnekleşmesini bir dayatma olarak kabul ettirmiştir¹⁴¹. Diğer taraftan tüm bu gelişmelerle birlikte işçi-işveren ilişkilerinde devletin daha az rol alması, işçiyi korumayı amaçlayan mutlak emredici kuralların terk edilmesi anlamına gelen İş Hukukunda esnekleşmeyi gerekli hale getirmiştir¹⁴².

¹³⁷ Tankut Centel, “Esneklik Uygulamaları ve Türkiye”, MERCEK Dergisi, C.4, S.15, Temmuz 1999, s.25; Ekin, s.10.

¹³⁸ A.Can Tuncay, “İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları”, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri içinde(151-179), İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 yılı Ekim Toplantısı, İstanbul: İstanbul Barosu yayınları, 2002, s.152.

¹³⁹ Gülten Kutal, “Küreselleşmenin Emek Piyasalarına Etkileri”, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri içinde(21-39), İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 yılı Ekim Toplantısı, İstanbul: İstanbul Barosu yayınları, 2002, s.21.

¹⁴⁰ Kutal, **Küresel İstihdam**, s.22.

¹⁴¹ Devrim Ulucan, “Türk Toplu İş Hukukunda Esneklik”, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri içinde(299-310), İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 yılı Ekim Toplantısı, İstanbul: İstanbul Barosu yayınları, 2002, s.299.

¹⁴² Tuncay, **Uygulama Sorunları**, s.153.

İş Hukukuna yansıyan esnekleşmenin gerekleri ve hedefleri ise şöyledir¹⁴³; Bir defa işletmenin ekonomik intibak kabiliyetinin arttırılması, buna bağlı olarak üretimin kolaylaştırılması ve rekabet gücünün arttırılmasıdır. Yeni teknoloji kullanımı ile birlikte üretimde otomasyona geçiş, tüm organizasyon ve çalışma düzeninde esnekleşmeyi gerekli kılmıştır. Bunun yanı sıra çalışanlar ihtisaslaşmaya yönelmişler ve bu ihtisaslaşma, iş bölümünün daha çok yoğunlaşmasına ile işin yürütümünün ademi merkezileştirilmesine yol açmıştır. Mal üretiminin yanı sıra hizmet üretiminin çeşitlenmesi, işyerlerinin uzun süreye bağlı olarak faaliyette bulunma gereğini ortaya çıkarmıştır. Gerçekten de turizm, medya, bankacılık vs. gibi sektörlerde artan müşteri talepleri çalışma sürelerini etkilemiştir¹⁴⁴. Bu bakımdan işçilerin tercih ettiği yeni esnek istihdam türleri ön plana çıkmıştır.

Esneklik, işveren gibi işçiye de çalışma şartlarını bizzat belirleme imkânı sağlamaktadır. Çalışma süreleri ve yeni istihdam türleri ile uygulamaya başlatılan esneklik, işçiye genel olarak hak ve borçlarının oluşumunda, kullanım ve yerine getirilmesinde, kişisel ihtiyaçlarına ve isteklerine daha kolay ve iyi bir uyum sağlayabilecek duruma getirmiş olacaktır. Yeni istihdam türleri ile çalışma sürelerinde esneklik, istihdamı teşvik ve işsizliği önleyici bir çözüm olarak önerilmektedir. Gerçekten İş Hukukunun klasik amacı daha zayıf konumda olan çalışanların korunarak ilişkilerde dengenin sağlanması iken, günümüzde küreselleşmenin de etkisiyle, İş Hukukundan beklentiler önemli ölçüde değişime uğramakta ve İş Hukuku giderek İstihdam Hukukuna dönüşmektedir¹⁴⁵. İş Hukuku bu süreçte, sadece sistemdekileri (çalışanları) değil, sistem dışındakileri (işsizleri ve kayıt dışı çalışanları) kapsamaya ve modern işletmelerin gereklerini karşılamaya yönelmiştir. Bu bağlamda yeni istihdam

¹⁴³ Münir Ekonomi, “**Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği**”, Çalışma Hayatında Esneklik içinde (55-78), İzmir: Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayınları, 1994, s.57; Aynı Yazar, “**İş Hukukunda Esnekleşme Gereği**”, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler “Esneklik” Toplantısı içinde (19-39), Ankara: Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayınları, 1995, s.21.

¹⁴⁴ Götz Hueck, “**Almanya’da Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesine Yönelik Çalışmalar**”, Öner Eyrenci (çev). Çalışma Hayatında Esneklik içinde (103-127), İzmir: Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayınları, 1994, s.109.

¹⁴⁵ Marco Biagi, **İş Yaratma ve İş Hukuku, Korumadan Öngörülü Eylem**, İstanbul: MESS Yayın no 405, 2003, s.9.

programlarında esneklik ve güvenceyi bir arada gerçekleştiren modelleri esas alarak, yeni istihdam biçimlerinin yaygınlaştırılması ön plana çıkmıştır¹⁴⁶.

Nitekim AB’de esneklik istihdamın artırılmasında önemli bir etken olarak değerlendirilmekle birlikte, çalışanların da yeterli güvenceden yararlanması gerekliliği kabul edilmektedir. Bu bağlamda AB tarafından 2006 yılında yayımlanan “Yeşil Belge (Green Paper)” istihdamın sağlanması için işgücü piyasalarının daha esnek hale getirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Ancak, Belge esneklik ile güvence arasında bir denge oluşturmasını öngören güvenceli esneklik (flexicurity) kavramını da içermektedir¹⁴⁷.

Gerçekten İş Hukuku işçilerin korunmasından hareket etmekle beraber, toplumdaki hassas sosyal dengeleri sağlayan bir hukuk dalıdır¹⁴⁸. Sosyal dengelerin kaybolduğu toplumda kargaşa hali ortaya çıkar, böyle bir gelişme tüm tarafların aleyhine olacağı şüphesizdir. Bu bakımdan esnekliğin gerekliliği yanında, işçiyi koruma ilkesi arasındaki sağlıklı ve dengeli ilişkinin korunması önem taşımaktadır¹⁴⁹. Bu açıdan endişeler ve tartışmalar sürmekle beraber, İş Hukukunda esneklik bir yandan işletmelerin üretim kapasitesine, piyasa ve rekabet şartların uyumunu sağlamak, diğer yandan işçilerin sosyal ihtiyaçlarına daha fazla cevap vermek üzere katı yasa kurallarının yumuşatılarak tarafları daha çok serbest bırakan bir çalışma sisteminin benimsenmesini ifade etmektedir¹⁵⁰. “Esneklik” her ne kadar iş mevzuatında belli bir yumuşamayı sağlasa da kavram olarak “Kuralsızlaştırma” anlamına gelmemelidir¹⁵¹. Bu bakımdan esneklik, işçi işveren tarafları arasındaki iş ilişkilerinde, hukuk normlarının baskısını bir ölçüde hafifletmeye yarayan bir araç olarak düşünülmelidir. Her iki

¹⁴⁶ Nuran Süral. “İş Hukukundan İstihdam Hukukuna, Sosyal Korumadan Teşvike”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan içinde (1-15), Ankara: Kamu İş Yayınları, 2010, s.2.

¹⁴⁷ Süzek, s.20.

¹⁴⁸ Devrim Ulucan, “Esneklik İhtiyacı ve İş Hukukunun işçiyi Koruma İşlevi”, Mehmet Uçum(Ed.), A.Can Tuncay’a Armağan içinde(203-217), 1.Basım, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2005,s.208., Süzek: 17; Narmanlıoğlu, s.2.

¹⁴⁹ Ulucan, **Koruma İşlevi**, s.203.

¹⁵⁰ A. Can Tuncay, “Çalışma Süreleri ve İstihdam Türlerinde Esnekleştirme”. Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler “Esneklik” Toplantısı içinde (57-74), Ankara: Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayınları, 1995, s.58.

¹⁵¹ Ekonomi, **Toplantı**, s.23; Karl Georg Loritz, **Alman İş Hukukunda Esnekleşmeye Yönelik Çabalar**, Çalışma hayatında Esneklik içinde (10-22), İzmir: Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayınları, 1994, s.11.

tarafında çıkarına olacak bir çalışma ortamı yaratılmasında bu ilkenin önemli bir yeri olduğu kuşkusuzdur.

Diğer bir ifade ile, İş Hukukunda esneklik işçinin korunması ilkesini tamamen ortadan kaldıracak bir anlam taşımamalıdır¹⁵². Bu bakımdan esnekliğin uygulanmasında işçinin korunmasını en üst seviyede tutarken, gerekli ölçüde de kuralsızlaştırma yer almalıdır¹⁵³. İş Hukukunda esneklik uygulamaları her ülkede birbirinden farklı anlamlar kazanmıştır. Ülkemiz açısından 4857 sayılı yeni İş Kanunun kabulü bu açıdan bir milat olmuştur. Gerçekten bu yasa ile birlikte yeni bazı esnek çalışma biçimleri yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Ayrıca, çalışma sürelerinde esnekleşmeye gidilmiştir. Bunun yanı sıra, işçiye iş güvencesi sistemi getirilmesi de önemli bir adımdır.

c. Esneklik Türleri

Çalışma hayatında görülen esneklik türleri çeşitli sınıflamalara tabi tutulmuştur. Öncelikli olarak işgücü piyasası esnekliği temel alınmıştır. İşgücü piyasası esnekliği; işgücü miktarını ve çalışma zamanını talep durumuna göre belirleyebilme, ücret düzeyini verimlilik ve işletmenin ödeme yeteneğine göre ayarlayabilme, işgücünü talepte olabilecek değişikliklere göre farklı işlerde görevlendirme yeteneği olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁴. Bu tanımlama doğrultusunda işletme düzeyinde esnekliğin, *sayısal esneklik, çalışma süresi esnekliği, fonksiyonel esneklik, ücret esnekliği ve uzaklaştırma stratejileri* olmak üzere beş farklı alt düzeye ayrıldığı kabul edilmektedir¹⁵⁵. Bu beş tür esneklik türleri, çeşitli yollarla uygulamaya aktarılmaktadır¹⁵⁶; Öncelikli olarak yasal düzenleme ile bir ülkenin iç hukukunda uygulamaya konulabilir. Toplu iş sözleşmesi yolu ile uygulamaya konulabilir. Bireysel iş sözleşmeleri yolu ile uygulamaya konulabilir. Son olarak ise toplu sözleşmeyle bağlantılı olarak devletin rolü açısından ve toplu pazarlığın ya da toplu iş sözleşmesinin yapıldığı düzey açısından uygulamaya konulabilir. Bu son yöntem toplu pazarlık yoluyla gerçekleştirilen esneklik olarak da

¹⁵² Tuncay, **Esnekleştirme**, s.58.

¹⁵³ Ekonomi, **Esnekleşme Gereği**, s.61; Yavuz s.1. ,

¹⁵⁴ Yücel Uyanık, “**İşgücü Piyasalarında Esneklik ve Bölünme**”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.7, S.2, 2003, s.541.

¹⁵⁵ Tuncay, **Esnekleştirme**, s.59; Recai Başkan, “**Çalışma Barışı ve Esneklik Tartışmalarına Farklı Bir Yaklaşım**”, MERCEK Dergisi, C.4, S.15, Temmuz 1999, s.36.

¹⁵⁶ Rüçhan Işık, “**Karşılaştırmalı Hukukta Toplu Pazarlık Sürecinde Esneklik**”, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri içinde (285-296), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s.285.

adlandırılabilir. Toplu pazarlığın sosyal tarafları doğal olarak esneklik karşısında farklı pozisyonadırlar. Esasen taraflar birbirlerine ödünler vererek, “ödünleşme” diyebileceğimiz yöntemle esneklik uygulamalarını hayat geçirmektedirler¹⁵⁷.

aa. Sayısal Esneklik

Sayısal esneklik (numerical flexibility), ekonomik ve teknolojik şartların piyasalardaki talebin veya üretim tekniklerinin değişmesi durumunda, firmaların işgücünün miktarını serbestçe belirleyebilmeleridir¹⁵⁸. Diğer bir ifade ile işverenlerin işletmelerinde çalıştıracakları işçileri konjonktüre göre kolayca işe almaları veya işten çıkarmalarını belirleyebilme serbestisidir¹⁵⁹. Sayısal esnekliğin tam manası ile uygulanabilmesi için işverenlerin yukarıda bahsedilenleri gerçekleştirmede yasal anlamda özgürlüğe sahip olmaları gerekir. Atipik çalışma biçimleri, sayısal esnekliğin hayata geçirilmesinde kilit rol oynamaktadır. Zira bu şekilde yasalarla korunan çekirdek işgücünün kapasitesi dışında kalan fazla emek talebi, büyük bir kısmı enformel istihdama dahil geçici işçilerle karşılanmaktadır¹⁶⁰.

Dış sayısal esneklikte denen bu tür esnekliğin uygulamaya konulma genişliği, iş mevzuatı ve toplu iş sözleşmelerinin niteliğine göre ülkeden ülkeye değişmektedir. Örneğin İngiltere’de işçiler belirsiz bir sürede serbestçe işe alınıp çıkarılabilmektedirler¹⁶¹. Ancak, iş güvencesi sisteminin uygulandığı veya işe giriş çıkışların yasal sınırlamalara tabi olduğu ülkelerde bu tür esneklik sınırlı olarak uygulanmaktadır¹⁶². Ülkemiz açısından ise yeni İş Kanunu ile birlikte ödünç iş ilişkisi, kısmi süreli sözleşme gibi atipik bazı çalışma biçimleri yasal düzenlemeye kavuşması ile bu tür esnekliğin uygulama alanı genişlemiştir. Ancak, bunun yanında işçiler açısından, iş güvencesi (İK m.18 vd.) hükümleri öngörülmüştür. Bu bakımdan bu tür esnekliğin uygulama alanı daraltılmış bulunmaktadır. Ayrıca, yürürlükten kalkan 1475 sayılı İş Kanunun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi yürürlükten kaldırılmamıştır. Anılan madde hükmü uyarınca işçinin kıdem tazminatı olarak işveren

¹⁵⁷ Işık, s.286

¹⁵⁸ Başkan, s.36; Yavuz,s.14.

¹⁵⁹ Başkan, s.36.

¹⁶⁰ Başkan, s.36.

¹⁶¹ Erdut, s.105.

¹⁶² Erdut, s.105; Tuncay, **Esnekleştirme**,60.

çalıştığı her bir yıllık kıdemi açısından otuz günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödemekle yükümlüdür. Kıdem tazminatı bir bakımdan işçi açısından iş güvencesi sağlasa bile küçük işletmelerde işverenlerin işçileri bir yıl dolmadan işten çıkardıkları da bilinmektedir¹⁶³.

bb. Fonksiyonel (İşlevsel) Esneklik

Fonksiyonel esneklik(functional flexibility), İşgücünün işletme içindeki görev dağılımı ile ilgili bir esneklik türüdür. Bu esneklik türü ile işçiler üstlendikleri görevlerin haricinde değişik alanlarda görevlerini yerine getirmektedirler. İşyerinin örgütlenmesi içerisinde bu ihtiyaç iş yükü, üretim metodu, teknolojik nedenlere bağlı olarak çıkabilir¹⁶⁴. Bu esneklik türü, işyerine yeni işçi alınmadan var olan işçilerle işin yürütülmesini gerçekleştirme olanağı tanır. Bu bakımdan uzmanlığın derin olmadığı statik işlerde uygulama alanı bulmaktadır¹⁶⁵. İşçilerin değişik işlere uyum sağlaması mesleki eğitim ve iş postalarında yer değiştirmek sureti ile elden geldiğince çok işi görebilmeye dayalı orta ve uzun dönemli insan kaynakları yönetimi dinamiği içinde yer almaktadır. Böylece işlevsel esneklik, çok nitelikliliği, iş tanımlarına ilişkin sınırların (craft barriers) kaldırılmasını, işçilerin değişime uyum sağlamasını ve birden çok işin görülmesini (poly-valance) içermektedir. Ayrıca, işlevsel esneklik, geçici statüde uzmanların istihdam edilmesi ile de (örneğin ödünç iş ilişkisinde olduğu gibi) sağlanmaktadır¹⁶⁶. Son olarak belirtmek gerekirse işçi sendikalarının karşı çıkmasına rağmen işlevsel esneklik AB içinde yaygınlaşmaktadır¹⁶⁷.

cc. Ücret Esnekliği

Ücret esnekliği(pay flexibility), işletmelerin ücret yapısını ve düzeyini değişen işgücü ve piyasa ekonomisi şartlarına göre ayarlayabilme serbestisini ifade etmektedir¹⁶⁸. Ücret esnekliği, işletmede çalışan motivasyonunu sağlamakta önemli bir

¹⁶³ Başkan, s.36.

¹⁶⁴ Yavuz, s.30.

¹⁶⁵ Başkan, s.41.

¹⁶⁶ Erdut, s.105.

¹⁶⁷ Tuncay, **Esnekleştirme**, s.62; Başkan, s.41.

¹⁶⁸ Tuncay, **Esnekleştirme**, s.62; Başkan, s.39.

araçtır. Zira çalışanların liyakat, beceri ve verim üstünlüğü ödüllendirilmektedir¹⁶⁹. Ancak, işletmeler ücretlerde indirimde giderlerse bu durum “dibe doğru yarış” olarak adlandırılmaktadır. Böyle bir durum sendikaların asli görevi olan ücretlerin artırılması için toplu pazarlık kabiliyetinin azalmasını beraberine getirmektedir¹⁷⁰. Ücret esnekliği genellikle atipik çalışma biçimleri sonucunda ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, çalışma süresi esnekliğinin bir sonucu olarak da görülebilir¹⁷¹.

dd. Uzaklaştırma Stratejileri

Uzaklaştırma stratejileri, işletmedeki bazı işleri asıl işverence firma içinde işçi çalıştırmak sureti ile yapılmayıp, o işte uzman olan başka kişi ve kurumlarca eser sözleşmeleri ve benzeri sözleşmeler ile istihdam ilişkileri dışında taşeron (alt işveren) kullanılarak yaptırılmasıdır¹⁷². İşletmeler bu yolla İş Hukukunun koruyucu etkisinden bir ölçüde uzaklaşmış olmakla birlikte maliyetlerden tasarruf etmiş olmaktadır¹⁷³. İşletmelerin bu tür stratejiye başvurmalarına finans dilinde “dış kaynaklardan yararlanma” (outsourcing) denmektedir¹⁷⁴. Bu tür esneklik, sürekli taban istihdamının oluşturduğu “çekirdeği” daraltmaya ve eğreti çevresel pek çok istihdam biçimini geliştirmeye katkıda bulunmaktadır. Geçici çalışma büroları aracılığı ile çalışma, küçük işyerlerinde veya evde çalışma (tele çalışma, araştırma ve uzmanlığa dayalı işler, sekreterlik işleri) bu tür istihdam biçimlerine örnek olarak gösterilebilir¹⁷⁵. Ülkemizde özellikle alt işverenlik uygulamaları uzun zamandır görülmektedir. İnşaat sektörü başta olmak üzere nakliye, güvenlik, gibi sektörlerde yoğun olarak taşeronluk uygulamalarına gidilmektedir. Yeni İş Kanunu bu tür uygulamaların kapsamını daha bir sınırlamış özellikle tarafların sorumluluğu açısından müteselsil sorumluluk esasını muhafaza etmiştir(İK m.2/6).

¹⁶⁹ Tuncay, **Esnekleştirme**, s.62.

¹⁷⁰ Başkan, s.39.

¹⁷¹ Erdut, s.105.

¹⁷² Başkan, s.41.

¹⁷³ Tuncay, **Esnekleştirme**, s.62; Yavuz, s.34.

¹⁷⁴ Başkan, s.41.

¹⁷⁵ Erdut, s.106.

ee. Çalışma Süresi Esnekliği

Çalışma süresi, talep ve teknolojinin miktarında (niceliksel) belirsizlikler karşısında işletmenin esnekliğini sağlayan temel unsurlardan birisidir. Çalışma süresi esnekliği (working time flexibility), çoğu zaman işgücü maliyetlerindeki esnekliğin yerine ikame edilmektedir. Çalışma süresi esnekliğinden niteliksel belirsizliklerin karşılanmasında da yararlanılmaktadır¹⁷⁶. Çalışma süresi esnekliği; çalışma sürelerini belli başlangıç ve bitiş zamanlarının olmaması ve işçi/işverenlerin istek ve amaçları doğrultusunda belirlenmesi olarak tanımlanabilir¹⁷⁷. Çalışma sürelerinde değişim, günlük ve haftalık çalışma sürelerinin kısalması şeklinde ortaya çıkmıştır. Esnek çalışma süreleri 1970’den itibaren Batı Avrupa Ülkelerinde yaygınlaşmaya başlamıştır. İlk olarak Federal Almanya’da “Messerschmidt-Bölkow-Blohm” işletmesinde 1967 yılında gerçekleşmiştir¹⁷⁸. Çalışma süresi esnekliğinin, çalışma hayatında olumlu etkileri belirtilmektedir. Öncelikli olarak denilebilir ki, işçiler işe geliş gidiş saatlerini serbestçe ayarladıkları zaman işyeri verimliliğini artmaktadır¹⁷⁹. Zira işe geç gelme veya işe gelmeme azalmaktadır. Ayrıca, fazla mesainin azalması da, bu tür esnekliğin yaygınlaşmasında önemli bir etkidir¹⁸⁰.

II. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1. Alt İşverenlik İle Karşılaştırılması

Günümüzde çalışma hayatında geniş bir yer bulan ve sorunlu bir alan olan alt işverenlik ilişkisi, Türk çalışma hayatında temel hukuki nitelikleri ile ilk kez 1936 yılında yürürlüğe giren 3008 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir. Sonradan diğer İş Kanunlarında yer alan bu hukuki müessese, en nihayetinde etraflı bir biçimde 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu’nda ayrı ayrı asıl işveren alt

¹⁷⁶ Erdut, s.106.

¹⁷⁷ Başkan, s.37.

¹⁷⁸ Arif Yavuz, “Çalışma Süresi Esnekliği ve Türleri”, MERCEK Dergisi, C.4, S.15, Temmuz 1999, s.88.

¹⁷⁹ Başkan, s.37.

¹⁸⁰ Yavuz, **Makale**, s.90.

işveren tanımlaması yapılmamış, sadece aradaki ilişki tanımlanmıştır¹⁸¹. Zira ilgili hükme göre (İK m.2/6); “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerinin sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi” denilmektedir.

Alt işverenlik ilişkisi de aynen ödünç iş ilişkisi gibi İş Hukukuna ait üçlü bir hukuki ilişkidir¹⁸². Gerçekten bu hukuki ilişkide, asıl işveren, alt işveren ve alt işveren işçisi olmak üzere üç hukuki süje bulunmaktadır. Alt işveren bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimi ile ilgili yardımcı işlerde ya da asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve görevlendirmiş olduğu işçileri sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir¹⁸³. Çalışma hayatında, bu işverene yönelik, müteahhit ve taşeron tabirleri, öğretide ise alt işveren tabiri tercih edilmektedir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise, asıl işveren olarak isimlendirilmektedir (İK m.2/6). Ancak, kendisi için işin bir bölümünde işçi çalıştırmayıp, işi bölerek çeşitli kişilere veren iş sahibi “ihale makamı” olup, asıl işveren olarak nitelenemeyecektir¹⁸⁴.

Bu açıklamalar çerçevesinde, alt işverenlik ilişkisini ödünç iş ilişkisi ile karşılaştırdığımızda bu iki hukuki kurum arasında önemli farklılıklar olduğu göze çarpmaktadır. Gerçekten öncelikle, her iki kurum arasında tarafların amacı bakımından önemli bir farklılık söz konusudur¹⁸⁵. Şöyle ki, alt işverenlik ilişkisinde alt işverenin amacı asıl işverene işçi sağlamak değil, asıl işverenin işyerinden belirli bir işin alınmasıdır¹⁸⁶. Bu bakımdan, alt işveren ile asıl işveren arasında genellikle istisna,

¹⁸¹ Şahin Çil, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”, Ali Güzel (Ed.), İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri/Sempozyum içinde(4-60), 1.Basım, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, Temmuz 2009, s.263.

¹⁸² Akyiğit, Şerh, s.373; ayrıntılı olarak bkz, Talat Canbolat, **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri**, İstanbul: Kazancı Yayınları, 1992.

¹⁸³ Çil, s.7.

¹⁸⁴ Şakar, s.33.

¹⁸⁵ İlhan Serin, “4857 sayılı İş Kanununda Geçici(Ödünç) İş İlişkisi”, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, S.7, Temmuz-Ağustos-Eylül, 2005, s.1066; Ekmekçi, s.103.

¹⁸⁶ Serin, s.1066; Ekmekçi, s.103; Odaman, s.39.

taşıma sözleşmesi gibi belirli bir hukuki ilişki mevcuttur¹⁸⁷. Yüksek Mahkeme ise, hizmet alım sözleşmesinin varlığı halinde, taraflar arasında ödünç iş ilişkisinin kurulduğu görüşündedir¹⁸⁸. Hâlbuki ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçi verme sözleşmesi doğrultusunda, işçinin rızası alınarak bir başka işverene geçici olarak verilmesi söz konusudur (İK m.7/1). Keza alt işveren ilişkisinde işçiler sadece asıl işverenin işyerinde alınan işte çalışmak zorundadırlar (İK m.2/6). Oysaki ödünç işçiler için böyle bir kanuni zorunluluk bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, ödünç iş ilişkisinde geçici işveren, ödünç iş ilişkisi süresince, kanunen işin görülmesini isteme hakkına sahipken (İK m.7/1), alt işveren ilişkisinde asıl işverenin, alt işverenin işçilerinden işin yerine getirilmesini isteme hakkı bulunmamaktadır¹⁸⁹. Zira ödünç iş ilişkisinde, geçici işveren işin görülmesini talep hakkı ile bir bütün olarak (İK m.7/1), ödünç iş ilişkisi süresince, ödünç işçiye talimat verme (yönetim) hakkına da sahip olacaktır. Ödünç iş ilişkisinde geçici işveren işin görülmesini talep ederken, bizzat kanundan doğan kendi hakkını kullanmaktadır. Ayrıca, ödünç işçi, ödünç iş ilişkisi süresince, iş görme borcunu kendi asıl işvereni adı ve hesabına değil, diğer işveren adı ve hesabına yerine getirmekle sorumludur¹⁹⁰. Hâlbuki alt işverenlik ilişkisinde alt işverenin işçileri yine kendi işvereni adına ve hesabına hareket etmekte ve alt işverenin işyeri organizasyonuna dâhil olmaktadır. Bu bakımdan, asıl işveren ile söz konusu işçiler arasında herhangi bir sözleşmesel bir ilişki bulunmamaktadır.

Ödünç iş ilişkisi kanunen geçici ve belli bir süreliğine kurulabilecek bir hukuki ilişki olmasına rağmen, alt işverenlik ilişkisi geçici nitelikteki işlerde kurulabileceği gibi

¹⁸⁷ Akyiğit, **Şerh**, s.364; Canbolat, s.38 vd.

¹⁸⁸ Somut olayda Ankara H.O.İ.G.M. ile B.BUD Hizmetleri Proje Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasında Hizmet Alım Sözleşmesi yapılmıştır. Anılan sözleşme ile EGO Genel Müdürlüğü bünyesinde araçlarla 1500 şoför personel çalıştırılmıştır. Davacı da bu işçilerdendir. Bu durumda uyuşmazlığın 4857 sayılı İş Kanununun yedinci maddesinde sözü edilen geçici iş ilişkisi kapsamında çözümü gerekir. Aynı kanunun 2/VI. Maddesinde sözü edilen asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bu uyuşmazlıkta uygulama yeri yoktur. Hizmet alım sözleşmesini karşılayan sözleşme tipi geçici iş ilişkisidir. Mahkemece, uyuşmazlığın geçici iş ilişkisi kapsamında çözümlenmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, kararın bu nedenlerle bozulması gerekmiştir. **Y.9HD, 26.09.2005, 2005/ 27068E., 2005/31187 K., Akyiğit, Şerh, s.421.**

¹⁸⁹ Akyiğit, **Şerh**, s.364; Serin, s.1066; Ekmekçi, s.103; Odaman, s.39.

¹⁹⁰ Caniklioğlu, s.130.

devamlılık gösteren işlerde de kurulabilir¹⁹¹. Bunun yanı sıra alt işverenlik ilişkisi kurulması kanunen sınırlandırılmıştır¹⁹². Zira bu ilişki, yardımcı işler veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde kurulabilecektir (İK m.2/6). Önemle belirtmek gerekirse, alt işverenlik ilişkisinde, alt işveren asıl işverene karşı, aralarındaki sözleşmesel ilişki dolayısıyla, ifa borcu altına girmektedir. Ödünç iş ilişkisinde ise, ödünç işçinin asıl işverenin böyle bir borcu yoktur¹⁹³.

Önemle belirtmek gerekirse, alt işverenin, yaptığı işe ilişkin olarak, edimin bozukluk ve eksikliklerini üstlenmeye (ayıba karşı tekeffül) yönelik kanuni borcu olmasına rağmen, ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işverenin böyle bir yükümlülüğü yoktur¹⁹⁴. Sorumluluk hukuku açısından ise, alt işverenin işçilerinin iş görme borcunu yerine getirirken başkalarına vermiş olduğu zararlardan, asıl işverenin gerek istihdam eden (BK m.55) gerekse ifa yardımcısının (BK m.100), borca aykırı davranışı nedeniyle sorumlu tutulması mümkün değildir¹⁹⁵. Bilakis bu işçiler alt işverenin ifa yardımcıları olarak işlem görürler. Ödünç iş ilişkisinde ise, ödünç işçinin geçici işverene verdiği zarardan işçinin asıl işverenin bir sorumluluğu bulunmamaktadır¹⁹⁶. Ayrıca, ödünç işçinin başkasına verdiği zararlardan doğan sorumluluk geçici işverene aittir. Zira ödünç işçi bu süreçte geçici işverenin ifa yardımcısı sayılmaktadır¹⁹⁷.

Alt işverenlik ilişkisi ile ödünç iş ilişkisinin benzer tarafları da bulunmaktadır. Öncelikle daha önceden belirttiğimiz üzere her ikisi de üç köşeli olan bu hukuki kurumlar arasından asıl işverenlik ilişkisinde, alt işveren ile işçileri arasında iş sözleşmesi bulunmakta ve bu ilişki sırasında devam etmektedir. Keza ödünç iş ilişkisinde de, ödünç işçinin kendi işvereni ile olan iş sözleşmesi ödünç iş ilişkisi süresince kesintiye uğramadan devam etmektedir. Sadece işin görülmesini talep hakkı devredilmektedir (İK m.7/1).

¹⁹¹ Odaman, s.40.

¹⁹² Odaman, s.40.

¹⁹³ Odaman, s.41.

¹⁹⁴ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.71; Odaman, s.41.

¹⁹⁵ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.72; Odaman, s.42.

¹⁹⁶ Caniklioğlu, s.130.

¹⁹⁷ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.72; Odaman, s.42.

İşverenlerin hukuki sorumluluğu açısından da benzerlik söz konusudur¹⁹⁸. Zira asıl işveren, alt işverenini işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işveren ile kanunen sorumlu tutulmuştur (İK m.2/6). Aynı şekilde, ödünç iş ilişkisinde geçici işveren işçinin ödünç olarak çalıştığı süreye ilişkin ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden ödünç işçinin asıl işvereni ile birlikte sorumlu tutulmuştur (İK m.7/3).

Uygulamada bazı şirketlerin alt işverenlik ilişkisi görünümünde bazı muvazaalı işlemlere girdikleri görülmektedir. Yüksek Mahkeme bu hususta emsal teşkil eden bir kararında, böyle bir yola yasa dışı işçi temini maksadıyla girişildiğini tespit etmiştir¹⁹⁹. Uygulamada “bordro şirketi” olarak tabir edilen bazı şirketlerin muvazaalı alt işverenlik (taşeronluk) faaliyetlerine giriştikleri bilinmektedir. Bu şirketlerin veya gerçek kişilerin faaliyetlerinin, ne alt işverenlik ne de ödünç iş ilişkisi hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir²⁰⁰. Gerçekten bu tür kişi ve kurumlar her hangi bir mal ve hizmet üretiminde bulunmamakta ve genellikle birçok işçi bünyelerinde istihdam eder gibi gözükmektedirler. Aslında yasaya aykırı bir biçimde, işçisi gibi gösterdiği kişileri bir başkasına kiralamaktadırlar.

Öğretide alt işverenin ödünç işçi çalıştırma olanağının bulunup bulunmadığı konusunda, çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bu konuya ilişkin Odaman’a göre, ödünç iş

¹⁹⁸ Odaman, s.43.

¹⁹⁹ Davalı ÖO ise, TKS AŞ tarafından taşeronluk sözleşmesinin yenilenmeyeceğinin bildirildiğini bu nedenle davacıyı ve arkadaşlarını işten çıkardığını bildirmiştir. Mahkeme; 5.11.2003 tarihli ÖO tarafından yapılan yazılı fesih bildirimine değer vererek davanın süresinde açılmadığını kabul ederek reddine karar vermiştir. Mahkemece, muvazaa konusundaki deliller toplanmadan yazılı şekilde ret kararı verilmesi hatalıdır. T. Holding AŞ Hukuk Müşavirliğince Ö.O.’ya yazılan 4.11.2003 tarihli ve 29500 sayılı noter ihtarnamesindeki açıklamalardan aralarındaki alt işverenlik sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanununun getirdiği hükümler nedeniyle yenilenmeyeceği bildirilmiştir. Gerek bu açıklamalardan ve gerekse taraflar arasında yapılan sözleşmelerden işin bir bölümünün verilmesi niteliğinde olmayıp işçi temin etmek mahiyetinde olduğu izlenimini vermektedir. Ö.O’nun, AŞ’nin eski bir işçisi olması da dikkat çekicidir. Öncelikle bu deliller hep birlikte değerlendirilmeli, davalılar arasında muvazaanın mevcut olup olmadığı kesin olarak saptanmalıdır. **Y.9HD, 08.07.2004, 2004/17098E., 2004/17431 K.,** Ulucan, **Karar İncelemesi**, s.145.

²⁰⁰ Ulucan, **Karar İncelemesi**, s.151’de “Bu şekilde işe alınan işçiyi, iş sözleşmesinin tarafı gibi gösterilen işveren kendi işyerinde değil (aslında böyle bir işyeri de yoktur. Çünkü bu tür iş sözleşmelerini, söz konusu gerçek veya tüzel kişi, yüzlerce işçi ile onları çok değişik işkollarında faaliyet gösteren işverenlerin işyerlerinde çalıştırmak üzere yapmaktadır. Bu nedenle bu kişilerin aracılık dışında de herhangi bir faaliyeti de yoktur) bir başka (çoğunlukla işçiyi seçen) işverenin yanında sürekli olarak çalıştırmaktadır. Bu durumda yasanın 7. maddesinde yer alan geçici iş ilişkisi ile ilgili emredici hükümleri de dikkate alınmamaktadır”

ilişkisi ile alt işverenlik ilişkisi iç içe geçebilir. Diğer bir ifadeyle bir alt işveren ödünç iş ilişkisine bağlı olarak diğer bir işverenden, ödünç aldığı işçileri alt işverenlik ilişkisine ilişkin işte istihdam edebilecektir²⁰¹. Böylece, bu işverenin şahsında hem alt işveren hem de geçici (ödünç alan) işveren sıfatları birlikte yer alacaktır. Yazar, ilgili hükümde yer alan (İK m.2/6); “..... bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran ...” ifadesinin geniş yorumlanması düşüncesindedir. Gerçekten bu işçilerin mutlaka iş sözleşmesi ile alt işverene bağlı çalışmaları gerekmeyecektir. Zira farklı bir sonucun kabulü halinde, çalışma özgürlüğünün korunması ile çelişen bir durum ortaya çıkacaktır. Böylece, alt işveren dilerse sadece ödünç olarak aldığı işçileri çalıştırabileceği gibi, işçi kadrosunun bir kısmını ödünç işçilerden oluşturabilir.

Akyiğit de, benzer şekilde düşünmektedir²⁰². Yazara göre, alt işveren sıfatına sahip olması için bir işverenin, mutlaka iş sözleşmesi ile çalışan işçileri çalıştırması gerekmemektedir. Bu koşul sadece işveren sıfatının kazanılması için gereklidir. Dolayısıyla, işveren sıfatına sahip olduktan sonra, asıl işverenden aldığı işte sadece veya normal işçileriyle beraber ödünç işçileri de çalıştırabilmesi mümkün görülmelidir. Ancak, böyle bir durumda asıl işverenin alt işverene iş sözleşmesi ile bağlı olmayan ödünç işçilere herhangi bir sorumluluğu olmayacaktır. Odaman ise sorumluluk konusunda farklı düşünmektedir²⁰³. Yazara göre, özellikle geçici işverenin ücret ödeme yükümlülüğü hususunda, asıl işverenin, alt işverenin ödünç işçilerine karşı sorumlu olduğunu kabul etmek gerekir. Zira İş Kanunu ilgili hüküm uyarınca, asıl işveren alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işveren ile birlikte sorumludur (İK m.2/6). Ancak, ödünç işçi alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaktır.

Diğer taraftan Çankaya/Çil'e göre ise, bir alt işverenin ödünç işçi çalıştırabilmesi mümkün görülmemelidir²⁰⁴. Zira alt işveren başka bir işverenden ödünç işçi aldığında işçi gerçekte asıl işverenin işçisi kalmaya devam etmekle beraber, önce alt işverenin sonra da asıl işverenin işçisi olarak değerlendirilemeyecektir. Keza aksi halin

²⁰¹ Odaman, s.44.

²⁰² Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.73.

²⁰³ Odaman, s.45.

²⁰⁴ Çankaya/Çil, s.317.

kabulü halinde, işçiyi ödünç olarak veren işveren, onu ödünç olarak alan alt işveren ve işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu asıl işveren olmak üzere üç ayrı işveren söz konusu olacaktır. Hatta ödünç olarak veren işverenin başka bir işverenin alt işvereni olması da gündeme gelebilir. O zaman dört ayrı işveren olacaktır. Kanaatimizce, alt işverenin ödünç işçi çalıştırması olanağı, Kanunun dolanılması amacı taşımadığı sürece, mümkündür. Zira Kanundaki “alt işverenin işçilerinin münhasıran asıl işverenin işyerinde çalışması” ifadesi ödünç işçilerin alt işveren yanında çalıştırılmasını doğrudan engelleyen bir hüküm değildir. Ancak önemle belirtmek gerekirse, ileride bahsedeceğimiz üzere, ödünç verilen işçilerin aynı zamanda kendi işverenlerinin veya başka diğer bir işverenin yanında ödünç olarak çalışmalarına, yasal bir engel bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, Kanunda belirtilen “münhasıran asıl işverenin işinde çalışma” olgusu gerçekleşmiş olmayacağından, bu işçiler açısından geçerli bir alt işverenlik ilişkisi tesis edilmiş sayılmayacaktır.

Bunun yanı sıra, alt işverenin, asıl işverenin işine yönelik olarak görevlendirdiği, işçisini bir diğer işverene veya asıl işverene ödünç olarak vermesi halinde söz konusu işçi açısından mevcut alt işverenlik ilişkisinin sona erdiği sonucuna varılmalıdır²⁰⁵. Zira söz konusu hallerde de alt işverenin işçisinin münhasıran asıl işverenden aldığı işte çalışma olgusu bu işçi açısından mevcut olmayacaktır. Gerçekten özellikle alt işverenlik ilişkisinde asıl işveren tarafından alt işverene veya tam tersi biçimde alt işveren tarafından asıl işverene ödünç işçi verilmesi gündeme gelebilecek bir olasılıktır. İlk olasılıkta, yani alt işverenin asıl işverene ödünç işçi verme olgusu akla yatkın gelmekle beraber, ikinci olasılıkta yani asıl işverenin alt işverene ödünç işçi vermesi hususunda olaya şüpheyle yaklaşılması gerektiği öğretilmektedir²⁰⁶. Buna göre, böyle bir durumda eğer alt işveren asıl işe yardımcı işlerde görev almaktaysa aralarında bir ödünç iş ilişkisinin kurulması akla yatkın ve gerçek görülebilecektir. Ancak, eğer asıl işin bir bölümünde bir alt işverenlik mevcutsa, işverenler arasında kurulacak ödünç iş ilişkisine şüpheyle yaklaşılmalıdır. Zira bu gibi bir durumda asıl işverenin konusunda uzman bir işçisi varken, alt işverene işinin bir bölümünü devretmesi aralarında muvazaalı bir hukuki ilişki olduğu şüphesini doğuracaktır

²⁰⁵ Çankaya/Çil, s.317.

²⁰⁶ Akyiğit, **Şerh**, s.389.

2. İş Aracılığı İle Karşılaştırılması

İş aracılığı öğretide, iş arayana iş, işçi arayana da işçi temin etmek, diğer bir ifadeyle iş arayan kişi ile işçi arayan işveren arasında iş sözleşmesi yapılmasına aracılık etme faaliyeti olarak tanımlanmaktadır²⁰⁷. Diğer bir ifadeyle, iş aracılığı işçiler için iş, işverenler için işçi bulma faaliyetidir²⁰⁸. İş Kanunu madde 90 uyarınca ise, iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmeleri ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık görevi, Türkiye İş Kurumu ve bu hususta izin verilen özel istihdam bürolarınca yerine getirileceği belirtilmektedir (İK m.90). Görüldüğü üzere, iş aracılığı hususuna yönelik ülkemiz yasal uygulamasıyla birlikte, bu faaliyetin ancak belirli kuruluşlar tarafından yerine getirilebileceği düzenlenmiştir.

İş aracılığı ile ödünç iş ilişkisi, bazı hususlar açısından, birbirine benzeyen iki ayrı hukuki kurumdur. Özellikle mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi ile iş aracılığı birbirine benzer görünüm arz etmektedir²⁰⁹. Zira uygulamada sıkça görüldüğü üzere her ne kadar aralarında bir iş sözleşmesi bulunsun da, mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinde işçi çoğu zaman işverenin yanında çalışmamaktadır. İşçi, başka bir işverene ödünç olarak verilmek üzere istihdam edilmektedir. Ayrıca, bu faaliyetten bir gelir elde edilmektedir. İş aracılığında ise, işçi ile aracı kurum arasında iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Ancak, iş aracılığı da genellikle kazanç amaçlı bir faaliyet olduğundan, mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin ekonomik anlamda bir iş aracılığı olduğu hiç şüphesiz ortadur²¹⁰.

Ödünç iş ilişkisi ile iş aracılığı arasındaki en önemli fark yukarıda da belirttiğimiz üzere iş aracılığında, taraflar arasında, bir iş sözleşmesinin bulunmamasıdır. Gerçekten iş aracılığında, aracı kurum ile işçi arasında herhangi bir iş ilişkisi bulunmamaktadır. Taraflar arasında vekâlet veya tellallık sözleşmesi gibi başka bir hukuki ilişki söz konusudur²¹¹. Dolayısıyla, iş aracılığı faaliyetini yerine getiren aracı kurum(istihdam bürosu), işçiye karşı, işveren sıfatına sahip değildir²¹². Keza bu

²⁰⁷ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.59; Engin, **Atipik**, s.126; Serin, s.1064; Odaman, s.33.

²⁰⁸ Alpagut, **Karar İncelemesi**, s.573.

²⁰⁹ Akyiğit, **Şerh**, s.382; Odaman, s.34.

²¹⁰ Odaman, s.34.

²¹¹ Odaman, s.35.

²¹² Alpagut, **Karar İncelemesi**, s.573.

bakımdan iş aracılığı klasik anlamda bir üçlü iş ilişkisi değildir²¹³. Sadece işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin kurulması aşamasında üçlü bir ilişki bulunmaktadır. Sonradan, iş sözleşmesi, yani işçi ve işveren ilişkisi, iş arayan işçi ve işveren ile kurulmaktadır. Ayrıca, iş aracılığında aracı kurumun borcu bir defada ifa edilen (ani edimli) bir borç olduğundan, işçiye bir işveren bulunması ile sona ermektedir. Oysaki ödünç iş ilişkisinde, hukuki ilişki nispi anlamda bir süreklilik göstermektedir²¹⁴. Diğer taraftan, bu iki hukuki kurum arasında amaç olarak da büyük bir fark söz konusudur. Ödünç iş ilişkisinde, çeşitli nedenlerle işçinin başka bir işveren yanında çalışmasını sürdürmesini sağlayarak, esnek bir çalışma olanağı getirilmişken, iş aracılığında aracı kurum tarafları, yeni bir iş ilişkisi kurulmasına olanak sağlamak amacıyla bir araya getirmektedir²¹⁵.

3. Dolaylı İş İlişkisi İle Karşılaştırılması

Dolaylı iş ilişkisinde (mittelbares arbeitsverhaeltnis), işçinin kendi işverenine karşı borçlu olduğu iş görme edimini, işverenin onayıyla başka biri aracılığı ile yerine getirmesi söz konusudur²¹⁶. Dolaylı iş ilişkisi işin bizzat işçi tarafından görülmesi ilkesine bir istisna teşkil etmektedir. Bilindiği üzere işçi iş görme borcunu bizzat kendisi yerine getirmekle sorumlu olmakla beraber, eğer halin gereğinden veya sözleşmeden aksi anlaşıyor ise başka birini kullanabilecektir (BK m.320/1). Uygulamada en sık rastlanan örneği apartman kapıcılarının durumunda ortaya çıkmaktadır. Gerçekten çoğu zaman özellikle apartman sakinlerine yönelik getir götür işlerinde kapıcıların yerlerine başka bir şahsı ikame ettikleri görülmektedir. Ancak, böyle bir durumda ortada tamamı ile işin devri mi, yoksa sadece işe yardımcı olma durumu mu, olduğunun tespitinde bazı zorluklar ortaya çıkmaktadır.

Dolaylı iş ilişkisinde de ödünç iş ilişkisinde olduğu gibi işverenlerin konumunda bir bölünme söz konusudur²¹⁷. Gerçekten dolaylı iş ilişkisi de üç köşeli bir hukuki ilişkidir. İlişkide işin görüleceği bir “asıl işveren” veya “dolaylı işveren” vardır.

²¹³Alpagut, **Karar İncelemesi**, s.573.

²¹⁴Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.63; Alpagut, **Karar İncelemesi**, s.574; Odaman, s.35; Uşen, s.13.

²¹⁵Odaman, s.36.

²¹⁶Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.73.

²¹⁷Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.75.

Bunun yanı sıra işverenin işçisi olan ancak, kendi yerine başka bir işçi çalıştıran “asıl işçi” veya “doğrudan işveren” bulunmaktadır. Son olarak ise işi yapan üçüncü kişi “işçi” söz konusudur. Her iki hukuki ilişkide de, işi yapan başka bir üçüncü kişi mevcuttur. Ödünç iş ilişkisinde bu ödünç işçi asıl işverene bağlıdır. Ancak, ödünç iş ilişkisinde işverenler arasında bir iş sözleşmesi ilişkisi bulunmamasına rağmen, dolaylı iş ilişkisinde doğrudan ve dolaylı işveren arasında bir iş sözleşmesinin varlığı zorunludur²¹⁸. Böylece, dolaylı iş ilişkisinde asıl işçiye ait olan iş görme borcu, onunla veya onun yerine, ona ait bir işçi tarafından yerine getirilmesi amaçlanmıştır. Oysaki ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi, ödünç veren(asıl) işveren adına değil, geçici işveren adına bizzat kendi borcunu yerine getirmektedir.

4. Takım Sözleşmesi

İş hukukuna ait üçlü bir hukuki ilişki olan takım sözleşmesi de, ödünç iş ilişkisi ile karşılaştırılabilir²¹⁹. Birden çok işçiden oluşan takımı temsilen söz konusu işçilerden birinin “takım kılavuzu” sıfatıyla işverenle yaptığı sözleşmeye takım sözleşmesi denilmektedir (İK m.16/1). Bu sözleşme türünde, takım kılavuzu takımı temsilen, işveren ile birlikte, bir sözleşme yapmaktadır. Yazılı olarak yapılan sözleşmede (İK m.16/2), işverene karşı bizzat kendisinin iş sözleşmesi ile onun yanında çalışacağını ve takıma dâhil olan işçilerin de söz konusu işveren yanında çalışacağı taahhüdünde bulunmaktadır²²⁰. Takım sözleşmesinde belirtilen işçilerin her birinin işe başlaması ile o işçi ile işveren arasında takım sözleşmesindeki şartlar dairesinde bir iş sözleşmesi kurulmuş sayılır (İK m.16/3). Bu sözleşme ile meydana gelen iş sözleşmesi grup sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir²²¹. Ayrıca, eğer işçiler işe başlamazlarsa, o zaman takım kılavuzu üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükmü (BK m.110) doğrultusunda işverene karşı sorumlu olacaktır²²². Takım sözleşmesi uygulaması çok

²¹⁸ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.76.

²¹⁹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.76.

²²⁰ Hamdi Mollamahmutoğlu “4857 Sayılı İş Kanununun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler”, Kamu- İş Dergisi, C.7, S.4, 2004, s.16.

²²¹ Mollamahmutoğlu, **Yenilikler**, s.16; Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.77.

²²² Mollamahmutoğlu, **Yenilikler**, s.16; Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.77.

dar olan bir sözleşmedir. Genellikle nakliye, inşaat gibi iş sektörlerinde rastlanmaktadır²²³.

Takım kılavuzu, iş sözleşmelerinin yapılmasına aracılık eden bir kişi olmadığı gibi işveren veya alt işveren de değildir²²⁴. Ödünç iş ilişkisi bağlamında ise, öncelikle her ikisi üçlü bir iş ilişkisi olduğundan benzerlikleri vardır. Şöyle ki, ödünç iş ilişkisinde de ödünç işçinin işe başlamaması halinde üçüncü kişinin fiilini taahhüt (BK m.110) hükmünün devreye gireceği söylenebilir²²⁵. Keza her iki hukuki ilişki de kanunen yazılı olarak yapılmak zorundadırlar.

Takım sözleşmesi ile ödünç iş ilişkisi arasında bir takım farklar da bulunmaktadır. Şöyle ki, öncelikle takım sözleşmesinin oluşması için birden fazla işçinin bulunması gerekmesine rağmen, ödünç iş ilişkisi tek bir işçi kapsamında da kurulabilir. Takım sözleşmesinin ayrılmaz bir unsuru olan takım kılavuzu ile diğer işçiler ile arasında bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır, bilakis takım kılavuzu ile işveren arasında bir iş sözleşmesi vardır. Oysaki ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçi ile onu ödünç veren işveren arasında bir iş sözleşmesi bulunmaktadır. Keza ödünç iş ilişkisi ile birlikte, yeni bir iş sözleşmesi kurulmaksızın, mevcut iş sözleşmesindeki bir kısım hak ve yetkiler ödünç alan (geçici) işverene geçmektedir²²⁶. Buna karşılık, takım kılavuzu diğer işçiler ile işveren arasında iş sözleşmesi kurulmasına yönelik temsilde bulunmaktadır. Dolayısıyla, takım sözleşmesinin amacı aynı koşulları içeren birden çok iş sözleşmesinin kurulmasını sağlamaktır. Son olarak belirtmek gerekirse, ödünç iş ilişkisi belirli bir süre için kurulabilecek, nispi bir süreklilik taşıyan, bir hukuki ilişki iken; takım sözleşmesi içeriğinde yer alan iş sözleşmelerinin kurulması ile birlikte sona ermektedir.

²²³ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.77.

²²⁴ Mollamahmutoğlu, **Yenilikler**, s.16.

²²⁵ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.78.

²²⁶ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.79.

§ 2. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN TARİHÇESİ VE ULUSLAR ARASI BELGELERDE ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ

I.ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN TARİHÇESİ

A. BATI HUKUKUNDA

1. Alman Hukukunda

Ödünç iş ilişkisinin ilk biçimleri Almanya’da 19.yy son yarısından itibaren görülmeye başlamış olsa da, o günkü uygulamaların, bugünkü anlamdaki ödünç iş ilişkisinden bir hayli uzak kaldığını da belirtmek gerekir²²⁷. Öğretide Akyiğit’in naklettiğine göre²²⁸; ödünç iş ilişkisinin en eski uygulaması, 19. yy ortalarında Almanya’da Berlin Makine Fabrikasında başlamıştır. Prusya İmparatorluğu zamanında, August- Borsing adlı bir işveren, kendisine ait makine fabrikasındaki işleri kendi işçileri ile yerine getirmekte yetersiz kaldığı durumlarda, Prusya Ordusuna başvurarak, kura yolu ile asker istemekteydi. Kışladan gönderilen askerler, gerekli işleri yerine getirdikten sonra görevlerinin başına dönüyorlardı. Böylece, bu askerler geçici bir süreliğine de olsa başka bir işverene hizmet ediyorlardı.

Daha sonraları Almanya’da işverenler arasında genellikle hatır işi olarak ödünç işçi vermenin başladığı görülmektedir. Ancak, o zamanlar yasal dayanağı olmayan bu uygulama hakkında, modern köle ticaretine dönüştüğü, şeklinde eleştiriler yöneltilmiştir²²⁹. Nitekim bu eleştiriler üzerine Almanya’da bu uygulamaları yasaklayan bazı Kanunlar çıkarılmıştır. Bu yasağın ilki 22 Temmuz 1922 tarihli İş ve işçi Bulmayla İlgili Kanun’da (ANG § 48 Abs.5) yer almış, daha sonradan çıkarılan İş Aracılığı ve İşsizlik Sigortasıyla ilgili Kanun’da benzer yasağa yer verilmişti (AVAVG § 37 Abs.3)²³⁰. 20.yy ortalarında küresel biçimde görülmeye başlayan bu çalışma biçimi Almanya’da ilk defa İsviçreli bir Ödünç Çalışma Bürosu tarafından yeniden popülerlik

²²⁷ Akyiğit, *Ödünç İş İlişkisi*, s.14.

²²⁸ Akyiğit, *Ödünç İş İlişkisi*, s.15.

²²⁹ Alpay Hekimler, “Federal Almanya’da Ödünç İş ilişkisinin Yasal Çerçevesi”, TİSK İşveren Dergisi, Nisan 2004, s.5.

²³⁰ Akyiğit, *Ödünç İş İlişkisi*, s.15.

kazanmıştır²³¹. Söz konusu bu gelişmeler üzerine, Federal Anayasa Mahkemesinin 4 Nisan 1967 tarihinde vermiş olduğu kararla, bu uygulamaya ilişkin yasak kaldırılmıştır²³². Yüksek Mahkeme, ödünç iş ilişkisinin yasaklanmasını Anayasanın 12.maddesinin 1.fikrasında teminat altına alınmış olan “mesleği icra etme özgürlüğünün” ihlali olarak yorumlanmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi aynı karar ile yasa koyucuya, ödünç iş ilişkisini sosyal açıdan kabul edilebilir bir şekilde düzenleme görevini de vermiştir²³³. Böylelikle, yasal ödünç iş ilişkisi kurulmasının önündeki yasal engel ortadan kalkmıştır. Nitekim Alman hükümeti sisteme müdahale ederek 7 Ağustos 1972 tarihinde ödünç iş ilişkisini düzenleyen ve iş görenlere yönelik koruyucu hükümler öngören Meslek Edinilmiş Şekilde İşçi Verme Kanununu (Gewerbmaessige Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) kabul etmiştir²³⁴.

Bunun yanı sıra, 1992 yılında Hizmet Akdi Kanunu olarak hazırlanan ancak yasalasmayan Taslak meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisine ilişkin hükümler içermektedir. Diğer taraftan, söz konusu 1972 tarihli Kanunda sonradan yapılan değişikliklerle ödünç iş ilişkisinin süresi kademeli bir biçimde arttırılmıştır²³⁵. İlk yürürlük tarihinde bir aylık ve en fazla iki yenileme ile birlikte üç ay olarak öngörülen ödünç süresi, 1985 yılında altı aya, 1994 yılında dokuz aya ve 1997 yılında on iki aya çıkarılmıştır. 01.01.2002 tarihinde azami süre on iki aya çıkarıldı. Son olarak 01.01.2004 yılında azami süre sınırı ortadan kaldırılmıştır²³⁶.

2. İsviçre Hukukunda

İsviçre Hukukunda da Alman hukukuna paralel bir gelişme görülmüştür. 7 Temmuz 1954 tarihli bir İsviçre Federal Mahkemesi kararıyla, ödünç işçi ile ödünç alan (geçici işveren) arasındaki ilişkinin hukuki niteliği, ayrıca işçinin ödünç alana (geçici işveren) ait işyerinde sebep olduğu zararlardan kimin ne sıfatla sorumlu tutulacağı konularına açıklık getirilmiştir²³⁷. Günümüzde ise, mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin

²³¹ Hekimler, s.5.

²³² Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.15, dn.45.

²³³ Hekimler, s.5.

²³⁴ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.15.

²³⁵ Alpagut, s.270.

²³⁶ Alpagut, s.270.

²³⁷ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.15, dn.50.

bu ülkede yaygınlaştığı görülmektedir. Şöyle ki, aynen Almanya’da olduğu üzere bu ülkede de, işveren yanında çalışan işçisini ücretli veya ücretsiz biçimde başka bir işverene verebilir veya işçiyi sırf başkasına ödünç vermek üzere işe alabilme imkânına sahiptir²³⁸. Bu ilişkinin yasal çerçevesi ise 6 Ekim 1989’da çıkarılan İş Aracılığı ve Personel Ödünç Vermeyle İlgili Federal Kanun (AVG) ile söz konusu Kanuna dayanarak çıkarılan tüzüklerle çizilmiştir.

3. Fransız Hukukunda

Fransa’da, diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi bu kurumun uygulanması eskilere dayanmakla beraber, bu konudaki ilk yasal düzenleme 3 Ocak 1972 yılında çıkarılan kanun ile olmuştur²³⁹. Bu kanunla ödünç iş ilişkisinin yasal statüsü belirlenmiş, özellikle ekonomik ve sosyal açıdan zayıf olan işçilerin korunmaları amaçlanmıştır. Daha sonraları bu konuya ilişkin 24 Mart 1990 ve 12 Temmuz 1990 tarihli iki Kanun ile 5 Ocak 1982 tarihli ve 11 Ağustos 1986 tarihli iki Tüzük çıkarılmıştır. Söz konusu yasal düzenlemelerle birlikte ödünç iş ilişkisi Fransa’da gelişmiş ve modernleşmiştir. Özellikle adı geçen Kanunlar sayesinde ödünç işçilerin haklarında bazı değişiklikler yapılarak, ödünç iş ilişkisine başvurulabilecek hallerin sınırlı listesi belirlenmiştir²⁴⁰. Son olarak 17 Ocak 2002 tarihinde çıkarılan “Sosyal Çağdaşlaşma Kanunu” ile kurum son şeklini almıştır.

4. İtalyan Hukukunda

Ödünç iş uygulamasının yaygın bir biçimde görüldüğü bir diğer Avrupa ülkesi ise İtalya’dır. İtalya, uzun bir süre, Yunanistan ve İspanya AB’ne üye olana kadar topluluk içinde ödünç iş ilişkisini yasal olarak düzenlemeyen tek ülke olmuştur. Gerçekten İtalya’da ödünç iş ilişkisi 196/1997 sayılı Kanun ile 1997 yılında yasal temellere kavuşmuş ve bu ilişkinin kurulmasını engelleyen yasaklar Biagi reformu doğrultusunda çıkarılan 276/2003 sayılı Kanun ile tamamen kaldırılmıştır²⁴¹.

²³⁸ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.16.

²³⁹ Odaman, s.290.

²⁴⁰ Odaman, s.294.

²⁴¹ Uşen s.114.

İtalya’da ödünç iş ilişkisini yasal olarak düzenleyen ve mesleki edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisini benimseyen “Treu Yasası” (196/1997 sayılı Kanun), 276/2003 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Anılan KHK ile birlikte mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi belirli ve belirsiz süreli olmak üzere iki ayrı tür olarak yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca, basit ödünç iş ilişkisi de 36/2001 sayılı Çalışma Bakanlığı genelgesine uygun olarak aynı KHK’de yer almıştır. Buna göre basit ödünç iş ilişkisi; “ Bir işverenin, bizzat kendi ihtiyaçlarından ötürü, bir veya birden fazla işçisini başka bir işverene belirli bir işin görülmesi için geçici olarak vermesi” (m.30/1) olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, ödünç işçinin ücreti ve diğer yasal yükümlülükleri bakımından asıl işverenin sorumluluğunun devam edeceği de açıklığa kavuşturulmuştur (m.30/2).

B. TÜRK HUKUKUNDA

Ülkemizde ise, daha öncede ifade edildiği üzere, ödünç iş ilişkisine yönelik fiili uygulamalar, bu hususa ilişkin yasal düzenleme yapılması öncesinde özellikle 60’lı yılların başından itibaren holdinglerin gittikçe yaygın bir girişim olarak faaliyete geçmeleri ile birlikte, yaygınlık kazanmaya başladığı görülmektedir. Keza ödünç iş ilişkisine yönelik mesleki faaliyette bulunup gelir sağlamayı amaçlayan girişimcilerin sayılarında bir artışın olduğu da tespit edilmiştir²⁴². Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 60’lı yıllarda verdiği bir kararında da ödünç iş ilişkisi olarak nitelenebilecek bir iş ilişkisinin varlığına işaret edilmektedir²⁴³. Ancak, ne söz konusu kararda ne de Yüksek Mahkemenin sonraki kararlarında ödünç iş ilişkisi kavramından açıkça söz edilmektedir.

²⁴² TİSK, **Gerekçe**, s.84.

²⁴³ Bayındırlık Müdürlüğünün 26.10.1965 günlü yazısında ölen işçinin davalılardan DSI genel Müdürlüğünün hizmetlisi olduğu yönü belirtilmiştir. İş Sözleşmesi bahsi geçen genel müdürlükçe yapılmış ve işçinin ücreti dahi bu müdürlük tarafından ödenmekte bulunmuş ise, işveren olarak onun kabulü tabiidir. Bir işverenin işçisini bir başka işyerinde çalıştırması işverenlik sıfatını etkilemez. Gerek eski gerekse yeni iş Kanunlarımızın 1.maddelerinde öngörülmüş olan işveren tanımı da bu ciheti doğrulamaktadır. Muhakkak olan husus ise işveren niteliğini edinmeyene BK m.332’ye dayanan bir davanın yöneltilemeyeceğidir. Hiç şüphesiz ölen işçiyle genel müdürlük arasındaki iş sözleşmesine son verilerek işçi yeni bir iş sözleşmesi ile Bayındırlık bakanlığına bağlanmışsa bu durumda işverenlik sıfatı Bayındırlık bakanlığı yönünden söz konusu olacaktır. Mahkeme işçinin bir protokolle Bayındırlık Müdürlüğü emrine verilmesinden böyle bir ihtimalin varlığını öngörmekteyse, bu hususu araştırması gerekir. Oysa herhangi bir araştırmada bulunmamış, ara kararına rağmen protokolü getirip incelememiştir. **Y.9HD, 04.12.1967, 1967/8620E., 1967/11393 K., A. Baki Orhaner ve Süleyman Orhaner, Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1969, s.7.

Türk İş Hukuku öğretisinde ise bu konuyu 80’li yılların başında ilk inceleyen yazar olan Soyer’in söz konusu hukuki ilişkiyi açıkça isimlendirmekten kaçındığı gözlemlenmektedir²⁴⁴. Yazara göre işçinin başka bir işverenin yanında çalışmasında, işçi iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işveren yerine başka bir işverenin hizmetinde ve onun çıkarına çalışmaktadır. Keza yazar bu durumun, işçinin bir başka işverene geçici bir süreliğine ariyet olarak verildiği ve asıl işverenin işin görülmesini isteme hakkını kullanmadığı bir hukuki ilişki olarak nitelenebileceğini de eklemektedir. Öğretide ilk olarak Ekonomi açıkça bu kurumun adını “ödünç iş ilişkisi” olarak zikretmiştir²⁴⁵. Türk İş Hukukunda bu kuruma ilişkin yasal bir düzenleme olmaması sebebi ile konuyu inceleyen yazarlar bu ilişkiyi Borçlar Kanunu madde 320 hükmüne dayanmışlardır. Anılan düzenlemeye göre, “Hilafı mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmağa mecbur olup başkasına devredemez. İş sahibinin dahi hakkını başkasına devredebilmesi, aynı kayıtlara tabidir.”

Öğretide konuyu inceleyen Engin de, uygulamadaki bazı zorunluluklar sebebi ile işçinin iş sözleşmesi ile bağlı bulunduğu işveren yerine başka bir işverenin hizmetinde çalışmak durumunda kalabileceğini, işin görülmesini isteme hakkını diğer işverenin bu süreçte kullandığını, böylece işçinin diğer bir işverene ödünç olarak verildiğini belirtmektedir²⁴⁶. Adı geçen yazarlar ödünç iş ilişkisinin hukuki niteliğini alacağın temliki (BK m.162) hükümlerine dayandırmışlardır²⁴⁷. Buna göre, işverenin işin görülmesini hakkını başka bir işverene devretmesi ancak durumun gereğinden veya tarafların anlaşması ile mümkündür (BK m.320/2). Bu bakımdan işyerinin devri veya işverenin kişiliğinde meydana gelen değişiklik sonucu işyerinin başka bir işverene geçmesi durumun gereği içinde yer aldığı kabul edilebilir ve işçinin onayı gerekmeksizin işin görülmesini isteme hakkı yeni işverene geçer. Ancak, işçinin geçici de olsa başka bir işverene ödünç olarak verilmesi durumun gereği olarak nitelenemez ve işçinin onayı ayrıca gerekir²⁴⁸.

²⁴⁴ Soyer, s.339.

²⁴⁵ Ekonomi, s.189 vd.

²⁴⁶ Engin, **Ödünç**, 335.

²⁴⁷ Soyer, s.342-343; Ekonomi, s.190; Engin, **Ödünç**, 342.

²⁴⁸ Ekonomi, s.190; Engin, **Ödünç**, 342.

Nihayetinde 4857 sayılı yeni İş Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte, Türk İş Hukukunda ödünç iş ilişkisi yasal bir düzenlemeye kavuşmuştur. İş Kanunu madde 7 fıkra 1 hükmü uyarınca; işveren devir esnasında işçinin de onayını alarak bir işçisini, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde ödünç iş ilişkisinin gerçekleştiği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, hükmün devamında ödünç iş ilişkisinin altı ayı geçmemek üzere yazılı yapılacağı ve en fazla iki kere yenileneceği de belirtilmiştir (İK m.7/2).

II. ULUSLARARASI BELGELERDE ÖDÜNÇ İŞ İLİSKİSİ

A. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU DÜZENLEMELERİNDE ÖDÜNÇ İŞ İLİSKİSİ

1. Ödünç İş İlişkisi İle İlgili Yönerge Taslakları

Ödünç iş ilişkisinin AB ülkelerinde yaygınlaşması ile birlikte, AB bünyesinde bu konuya ilişkin çalışmalar yapılması ve bunun bir pozitif düzenlemeye kavuşması amaç halini almıştır. Özellikle 80’li yılların başından itibaren işsizlik sorununa esneklik sağlamak suretiyle çözüm bulma arayışları, AB bünyesinde ve üye ülkeler bünyesinde konuyla ilgili yasalaşma faaliyetlerini harekete geçirmiştir. Önemle belirtmemiz gerekirse, bu tarihten sonra AB tarafından ödünç iş ilişkisi konusunda hazırlanan taslaklar Yönerge halini alamamıştır. Yönerge halini alan tek taslak, aşağıda ayrıca incelenecek olan, geçici işçilerin onları ödünç olarak çalıştıran işverenin işyerindeki diğer işçilerle aynı düzeyde korunmasını öngören, “Belirli Süreli İş Sözleşmesine veya Ödünç İş İlişkisine Dayalı Olarak Çalışanların Sağlıklarının Korunması ve Güvenliklerinin iyileştirilmesine Yönelik Önlemler Yönergesi” olan 25.06.1991 tarih ve 91/383/EEC sayılı Komisyon Yönergesidir²⁴⁹.

AB nezdinde konuyla ilgili ilk düzenleme yapma çalışmaları, 27.06.1980 tarihli “Meslek Edinilmiş Şekilde İşçi Verme Alanında Bir Topluluk Hareketi için

²⁴⁹ Uşen, s.42.

Komisyon Yönergesi” adlı bir Yönerge taslağı hazırlanması ile olmuştur²⁵⁰. Bu taslakta, meslek edinilmiş şekilde işçi verme kavramı tanımlanmış olmamakla beraber, ödünç işçi verme uygulamasının ödünç alan işverenin işyerindeki işçilerinde hastalık, izin gibi sebeplerle personel yetersizliği halinde veya kendisinin işlerinde bir yoğunluk sebebiyle olabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca, işçi ile yapılacak iş sözleşmesinin süresi, grev halinde ödünç işçi çalıştırılması, ücretin belirlenmesi gibi hususlara ilişkin düzenleyici hükümler de getirilmiştir. 25.05.1982 tarihinde ise bu sefer “Geçici Çalışmanın Düzenlenmesine Yönelik Komisyon Yönerge Önerisi” şeklinde bir Yönerge taslağı daha hazırlanmıştır. Bu taslakta, meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi konusunda ayrıntılı hükümlere yer verilmiş de olsa bu taslak da yönerge halini alamamıştır. Daha sonradan 06.04.1984 tarihinde “Belirli Süreli Hizmet Akitleri İle Geçici Çalışmanın Düzenlenmesine Yönelik Yönerge İçin Komisyon Önerisi” adı altında bir başka taslak vasıtasıyla 1982 tarihli taslak değiştirilmeye çalışılmış ancak bu taslak da Yönerge halini alamamıştır. 1990 yılında ise, AB Komisyonu “Atipik İş İlişkilerine Yönelik Üç Adet Yönerge Önerisi” başlığı altında bir çalışma yürütmüştür²⁵¹.

Bu çalışmada yer alan üç Yönerge taslağından ilki, “Çalışma Şartları Açısından Belirli İş İlişkileriyle İlgili Komisyon Yönergesi İçin Önerisi” adı altında 11 maddeden oluşan bu taslakta geçici çalışma başlığı kapsamında ödünç iş ilişkisi ile kısmi süreli iş ilişkisi ve mevsimlik çalışma ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. İkinci taslak ise 7 maddeden ibaret olan, “Rekabet İhlalleri Açısından Belirli İş İlişkileri İlgili Komisyon Yönergesi İçin Öneri” isimli taslak da ilk taslakta olan düzenlemeler yer almasına rağmen, taslak Yönerge halini almamıştır. Üçüncü taslak ise 8 maddeden oluşan, “Geçici İşçilerin Sağlıklarının Korunması ve Güvenliklerinin İyileştirilmesi Önlemlerinin Tamamlanmasına İlgili Komisyon Yönergeleri İçin Öneri” isimli taslaktır. Ödünç iş ilişkisi bakımından pozitif bir düzenleme halini alan tek taslak bu olmuştur²⁵². Burada da geçici çalışma, mevsimlik çalışmayı da kapsayacak biçimde ödünç iş ilişkisi ve belirli süreli iş sözleşmelerini ifade ederek düzenlenmiştir. 1990 tarihli taslak, 25.06.1991’de “Geçici İşçilerin Sağlıklarının Korunması ve Güvenliklerinin İyileştirilmesi Önlemlerinin Tamamlanmasıyla İlgili Komisyon

²⁵⁰ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.16.

²⁵¹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.17.

²⁵² Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.17; Uşen, s.41.

Yönergesi” (91/383/EC) adı altında kabul edilmiştir. Ancak, kabul edilen Yönergede yukarıda bahsedilen taslaktaki madde sayısı arttırılmış ve mevsimlik çalışma Yönerge kapsamından çıkarılmıştır²⁵³.

AB Komisyonu tarafından hazırlanan taslak çalışmalarında, “Geçici Çalışma” (Temporary Work-Zeitarbeit) kavramının kullanıldığı görülmektedir. Ancak, 1982 ve 1984 tarihli taslak çalışmalarında bu kavramla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini ve belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalışma ifade edilirken, 1990 tarihli çalışmalarda bu kavrama, belirli süreli iş sözleşmeleri içinde yer alan “Mevsimlik İş” veya “Mevsimlik Çalışmayı” da (Season Work-Saisonarbeit) kapsayacak biçimde bir anlam verilmiştir²⁵⁴. Ayrıca, 1982 ve 1984 tarihli taslaklarda açık olarak meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi düzenlenmiş iken, 1990 tarihli çalışmalarda ve özellikle Yönerge halini alan taslakta geçici çalışma ifadesi, ödünç iş ilişkisinin meslek edinilmiş veya edinilmemiş tüm çeşitlerini kapsayacak niteliktedir. Diğer taraftan, ilk iki taslağın Yönerge halini alan taslaktan daha başarılı düzenlemeler içerdiği söylenebilir. Zira ilk iki taslak işçi ile onu ödünç verecek kurum arasındaki iş sözleşmesinin yazılı olması gerektiğini ve grev yapan işçilerin yerine ödünç işçi çalıştırılmasının yasak olduğuna ilişkin hükümler yer almaktaydı.

Görüldüğü üzere, AB bünyesinde ödünç iş ilişkisine yönelik çalışmaların arasında tam anlamıyla bir kavramsal ve sistematik bir birlik olduğu söylenemez. Bu durum, esas itibarıyla AB bünyesindeki mevcut ülke hukuklarında da geçerlidir. Gerçekten AB üyesi ülkeler arasında coğrafi konumlarına göre aralarındaki benzerliklere dayanarak sınıflandırma yapmak mümkündür. Bu doğrultuda, meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisinin uygulanmasına yönelik 15 üye ülke esas alındığında Kıta Avrupa Modeli, Anglosakson Modeli, İskandinav Modeli ve Hollanda Modeli olarak dört farklı sistem bulunmaktadır²⁵⁵. Aynı şekilde yukarıda bahsettiğimiz taslak çalışmalarında da aynı durum geçerlidir. 1982 ve 1984 tarihli taslaklar da genellikle Alman Hukuku etkisi ağırlık kazanmış iken, 1990 tarihli taslak ve devamında

²⁵³ Uşen, s.41.

²⁵⁴ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.18.

²⁵⁵ Uşen, s.83.

91/383 EC sayılı Yönergede, Fransız Hukuku etkilerinin ağır bastığı gözlemlenmektedir²⁵⁶.

Söz konusu taslaklar ve 91/383 EC sayılı Yönerge haricinde de, AB hukukunda ödünç iş ilişkisine yönelik çalışmalar devam etmektedir. 1991 yılında AB Komisyonu tarafından üye ülkeler arasında işçi gönderme konusuna yönelik olarak bir Yönerge taslağı hazırlanmıştır. Sınır ötesine işçi ödünç verilmesini düzenleyen bu taslak 1996 yılında 96/71/EC sayılı “Hizmetlerin Yerine Getirilmesi Amacıyla ödünç İşçi Gönderme” isimli Yönerge olarak kabul edilmiştir²⁵⁷.

20 Mart 2002’de AB Komisyonu, geçici işçilerin çalışma koşullarını düzenleyen ve üye ülkelerdeki farklı uygulamaları tek çatı altında birleştirmek gayesiyle, geçici iş ilişkisinin mesleki faaliyet olarak yürütülmesine ilişkin esasları öngören bir girişim olan 2002/0072 (COD) sayılı “Geçici İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Yönerge Taslağı” isimli taslak Yönergeyi (COM (2002)) hazırlamıştır²⁵⁸. Ancak, bu taslak üzerine yoğun tartışmalar yaşanmış ve Yönerge halini alamamıştır. Sonradan 05.12.2008 tarihli 08/104 sayılı Yönerge ile meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi yeniden somut olarak düzenlenmiştir. Aşağıda, ayrı başlıklar altında 91/383 EC, 96/71/EC ve 08/104 sayılı Yönergeler ile söz konusu Yönerge taslağı değerlendirilecektir.

2. 91/383/EC Sayılı Yönerge

“Belirli Süreli İş Sözleşmesine veya Ödünç İş İlişkisine Dayalı Olarak Çalışanların Sağlıklarının Korunması ve Güvenliklerinin iyileştirilmesine Yönelik Önlemler Yönergesi” (91/383/EC) adı altındaki 10 maddelik Yönerge ile birlikte Komisyon, belirli süreli sözleşme ile çalışanlar ile ödünç iş ilişkisi ile çalışan işçilerin (m.1), iş sağlığı ve güvenliği bakımından korunmalarını öngörmüştür. Gerçekten bu tür çalışanların belli sektörlerde iş kazalarına ve meslek hastalıklarına daha fazla maruz kalmalarının diğer çalışanlara göre daha fazla olduğu, hatta bu tür risklerin kısmen iş

²⁵⁶ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.20

²⁵⁷ Uşen, s.41.

²⁵⁸ Tuncay/Savaş, s.71.

sözleşmesinin türü ile yakından ilgili olduğu bilinmektedir²⁵⁹. Bu doğrultuda söz konusu Yönerge, bu tür risklere karşılık, işçilerin özellikle iş sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin konularda mesleki açıdan bilgilendirilmesine, eğitimine ve sağlık kontrolünden geçirilmesine yönelik kurallar getirmiş ve özel tıbbi bakım konusunda bir takım ek hususları düzenlemiştir.

Söz konusu Yönergenin amacı, belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalışan işçiler ile geçici işçilerin çalıştıkları işyerindeki devamlı işçilerle, aynı düzeyde korunmalarını sağlamaktır (m.2/1). Ayrıca maddenin devamında çalışma ilişkisinin biçiminin bu işçilerin diğer işçilerin çalışma şartlarından farklı bir işleme tabi kılınmalarını (eşit işlem ilkesi) haklı kılmayacağı vurgulanmaktadır (m.2/2)²⁶⁰. Yönerge'ye göre belirli süreli iş sözleşmesiyle veya ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışacak olan işçiler, işe başlamadan önce işyerinde karşılaşılabilecekleri riskler konusunda bilgilendirileceklerdir (m.3). Söz konusu bilgilendirme ulusal mevzuatta tanımlanan özel mesleki nitelikleri, vasıfları, özel tıbbi kontrolleri ve eğer varsa yine ulusal mevzuatta tanımlandığı şekliyle ilave riskleri de kapsayacak, ayrıca işçiye özel mesleki nitelikler ve tecrübesi de dikkate alınmak suretiyle yapacağı işin özelliklerine uygun ve yeterli bir eğitim verilecektir (m.4). Üye devletlere de, söz konusu Yönerge kapsamında çalışanlar için ulusal mevzuatın iş sağlığı ve güvenliği bakımından özellikle tehlikeli olarak nitelediği ve özel tıbbi kontrolleri gerektiren işlerde çalıştırılmalarını yasaklamak eğer yasaklanmıyorsa ulusal mevzuat tarafından tıbbi kontrollerin öngörüldüğü işlerde çalışan işçilere bu kontrollerin uygulamasını sağlamak yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca, bu kontrollerin iş ilişkisinin bitiminden sonraki dönemi de kapsayabileceği ifade edilmiştir (m.5).

Yönergede ayrıca, daimi işçiler ile diğer işçiler arasındaki eşitliği sağlamak maksadıyla, işyerinde mesleki risklerden korunma ve bunları önleme ile görevli kişilerin yönerge kapsamındaki işçilere, işyerindeki diğer işçilere verilen kapsamda bilgi vermelerinin sağlanması da öngörülmüştür (m.6). Devamında ise, işverenin yükümlülükleri özellikle geçici işçiler yönünden düzenlemiştir (m.7). Buna göre, ödünç alan işveren görülecek işin özelliklerini, gerektirdiği mesleki nitelik ve yetenekleri ödünç veren işverene (geçici işçi temin eden kuruluş) bildirecek, bu sayede bilgilerin

²⁵⁹ Uşen, s.42.

²⁶⁰ Tuncay/Savaş, s.71; Uşen, s.43.

tümü ilgili işçilere aktarılacaktır. Keza üye devletler bu konuyla ilgili ayrıntıların, ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasında yapılan sözleşmede düzenlenmesini öngörebileceklerdir. Son olarak, ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işverenin sorumluluğunun ödünç iş ilişkisi boyunca işin görülmesi ile ilgili koşulları temin etmek olduğu ancak temin edilecek ilgili koşulların iş sağlığı, iş güvenliği ve hijyen ile sınırlı olacağı düzenlenmiştir (m.8).

3. 96/71 EC Sayılı Yönerge

Avrupa Topluluğu Sözleşmesinin 49. maddesinde düzenlenen “hizmet özgürlüğü ilkesi” ödünç iş ilişkisinin ülke sınırları dışında uygulanması bakımından büyük önem arz etmektedir. Söz konusu ilke doğrultusunda her türlü hizmetin üye olan bütün ülkelerde, onların ulusal mevzuatına uygun olarak yerine getirilmesi garanti altına alınmıştır²⁶¹. Zira Avrupa Birliği malların, kişilerin, hizmetlerin, sermayenin olmak üzere dört temel özgürlüğü kapsayan serbest dolaşım üzerine kurulmuştur. Ödünç iş ilişkisi de bu hizmetlerin içeriğinde yer aldığından ötürü, ödünç işçi temin eden bürolar, diğer üye ülkelerde şube açmadan, işçiyi ödünç iş ilişkisi çerçevesinde devredebilirler. Ancak, bu tür faaliyetlerde, ödünç işçi temin eden büronun merkezinin bulunduğu ülkede geçerli olan ödünç iş ilişkisi hükümleri dikkate alınmak zorundadır.

Hizmetlerin serbest dolaşımı çerçevesinde işletmelerin, ülkelerarası ücret farklılıklarını kendi lehlerine kullanma olanağının yol açtığı sosyal dampingi önlemek maksadıyla Avrupa Konseyi ve Parlamentosu 16.12.1996 tarihinde “Hizmetlerin Yerine Getirilmesi Amacıyla Ödünç İşçi Gönderme” başlıklı 96/71 EC sayılı Yönergeyi kabul etmiştir²⁶². Yönergenin esas amacı sınır ötesi ödünç iş ilişkisini düzenlemektir. Bu doğrultuda Yönergenin esas ilkesi, çalışma koşullarının hem o ülkede çalışan işçiler, hem de o ülkeye ödünç işçi olarak gidenler için düzenlenmesi ve uygulanması olmuştur. Söz konusu Yönergenin ilgili hükmünde işçinin çalıştığı ülkedeki ödünç alan işverenler tarafından; azami çalışma süreleri, asgari dinlenme süreleri, yıllık ücretli izinler, asgari ücret seviyeleri, geçici iş ilişkisinin koşulları, işyeri sağlık-güvenlik-hijyen koşulları vb. tedbirlerin alınması ve uygulanması gerekliliği vurgulanmıştır (m.3/1),

²⁶¹ Uşen, s.46.

²⁶² Uşen, s.46.

Bu Yönergede esasen, ödünç alan işveren başka bir üye devlet ülkesinde bulunması kaydıyla, hem meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi hem de basit ödünç iş ilişkisi konusunda düzenlenme yapılmıştır²⁶³. Şöyle ki, sınır ötesi ödünç iş ilişkisi her iki faaliyete yönelik üç hali kapsamaktadır; İlk olarak, ödünç veren işveren ile iş görme edimini talep hakkını devralan ödünç alan işverenin aralarında bir sözleşme yapılması, ikinci olarak devrin şirket grupları arasında veya holding bünyesinde gerçekleşmesi ve son olarak da, ödünç işçi temin eden büro veya ödünç iş ilişkisi kurmaya yetkili özel istihdam bürosu aracılığıyla başka bir üye devlette faaliyet gösteren ödünç alan işverene, ödünç işçi gönderilmesidir. Görüldüğü üzere, basit ödünç iş ilişkisi üye devletlerden birinde faaliyet gösteren bir işletmenin kendi işçisini, diğer bir üye ülkede faaliyet gösteren başka bir işverene göndermesi veya üye ülkelerden birinde faaliyet gösteren uluslararası holding veya şirket gruplarının arasında ödünç iş ilişkisi kurulup geçici işçi gönderilmesi şeklinde sınır ötesi şekilde gerçekleşecektir²⁶⁴.

Söz konusu Yönergede, işçilerin ülkelerarası gönderilmesi sırasında meydana gelen suiistimalleri ve yasa dışı faaliyetleri engellemek amacıyla bu uygulamayı kontrol etmekten sorumlu mevcut veya yeni kurulacak bir veya birden fazla irtibat bürosu ve yetkili ulusal organların bulunması zorunluluğu getirilmiştir. Üye ülkelere Yönerge hükümlerinin ulusal mevzuatlara aktarılması konusunda üç yıl zaman tanınmıştır. Ancak Fransa 1993, Avusturya 1995 ve son olarak Almanya 1996 yıllarında, söz konusu Yönergenin kabulünden önce bu hususu zaten ulusal mevzuatlarında düzenlemişlerdir. Diğer taraftan, Danimarka, Hollanda, İspanya, Finlandiya, Yunanistan, İtalya, Portekiz ve İsveç üç yıl içinde gerekli düzenlemeleri yerine getirmiştir. Belçika ve Lüksemburg ise 2002 yılında gerekli düzenlemeleri kendi içi hukuklarında yapmışlardır. Günümüzde, üye tüm ülkelerde Yönerge hükümleri ulusal mevzuata aktarılmıştır. Sadece İngiltere de, ulusal yasaların statülerine bağlı olmadan tüm işçilere uygulanacağı gerekçesiyle, konu ayrıca özel bir yasayla düzenlenme gereği duyulmamıştır.

²⁶³ Uşen, s.47.

²⁶⁴ Uşen, s.18.

4. 20.03.2002 Tarihli Yönerge Taslağı

AB bünyesinde ödünç iş ilişkisine ilişkin çalışmalardan, 91/383 EC sayılı Yönerge haricinde bir sonuç alınamaması üzerine AB Komisyonu 27.09.1995 tarihinde AB Temel Yasasının eki olan Sosyal Politikaya İlişkin Antlaşmanın 3. maddesindeki prosedürü izleyerek sosyal taraflara atipik çalışma biçimlerinin düzenlenmesi hakkında danışma kararı almıştır²⁶⁵ Bundan sonra, ilgili sosyal taraflar (Unice-Ceep-Etuc) AB Komisyonuna ödünç işçilerin ayrımcılığa karşı korunmaları, tam zamanlı ve belirsiz süreli sözleşmelerle çalışan işçilerle eşit işleme tabi olmaları ilkesi çerçevesinde atipik çalışma biçimi olan ödünç iş ilişkisinin düzenlenmesi yönünde görüşler sunmuşlardır. 03.07.2000 tarihinde, ödünç iş ilişkisi konusunda müzakerelere başlayan sosyal taraflar, 21.05.2001 tarihinde özellikle “eşit işlem ilkesi” kapsamında emsal işçi kavramının belirlenmesine yönelik fikir ayrılıklarının bulunması nedeni ile görüşmelere ara vermek zorunda kalmışlardır²⁶⁶.

Yaşanan bu gelişmeler üzerine AB Komisyonu, AB Temel Yasasının 137.maddesine dayanarak geçici işçi temin eden kuruluşlara ilişkin bir yönerge taslağı hazırlama girişimini başlatmıştır. Zira AB Komisyonuna göre, ödünç iş ilişkisi yaygın bir uygulama halini aldığından, ödünç işçilerle ödünç alan şirketlerin istihdam ettiği emsal işçiler arasında eşit işlem ilkesini AB düzeyinde hayata geçirmek gereklidir. Ödünç işçilerin asgari haklarının bir Yönerge ile güvence altına alınması, sektörün saygınlığını da arttıracak ve bu kurumun cazip hale gelmesi, bu işçileri istihdam edecek firmalara daha geniş olanaklar sağlayacak, ödünç işçi sağlayan aracı kuruluşlar da böylelikle daha geniş çapta çalışma havuzları meydana getirebileceklerdir. Bunun sonucunda istihdam artışına katkı sağlayacak ve işletmelerin esneklik ihtiyaçları daha etkin biçimde karşılanabilecektir.

Diğer taraftan, AB Komisyonu, bu yönerge çalışmasının yapılması gerektiği noktasında, ödünç iş ilişkisine yönelik kısıtlama ve sınırlamaların ortadan kaldırılmasının sadece AB düzeyinde harekete geçmekle mümkün olabileceğini kabul etmiştir. AB Komisyonu, buna gerekçe olarak, AB müktesebatında zaten yer alan atipik

²⁶⁵ Uşen, s.48.

²⁶⁶ Uşen, s.49.

bir biçimde istihdam edilenlere karşı ayrımcılığın önlenmesine yönelik düzenlemeler içeren, 91/383, 96/71, 97/81 ve 99/70 sayılı, Yönergelerin, genel bir Yönerge ile tamamlamanın artık acil bir gereksinim haline gelmiş olmasını göstermiştir.

AB Komisyonu 20.03.2002 tarihli 2002/0072 (COD) sayılı “Ödünç İş İlişkisine Dayalı Olarak Çalışanların Çalışma Koşulları” Yönerge taslağını kabul etmiş, 21.03.2002 tarihinde AB Konseyi ve Parlamentosuna sunmuştur²⁶⁷. Sonradan AB Parlamentosu, söz konusu taslakta değişiklik öngören bir rapor hazırlamıştır. Söz konusu raporda istenen değişiklik önerileri, 91/383, 96/71, 97/81 ve 99/70 sayılı Yönergeler ile ILO 181 no’lu Sözleşmesi ile 188 sayılı Tavsiye Kararı dikkate alınarak yapılmıştır. Yapılan elli dört adet değişiklik önerinden otuz bir tanesini AB Komisyonu da haklı bularak, “Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Düzeltilmiş Yönerge Önerisini” 28.11.2002 tarihinde kabul etmiştir.

Ödünç işçilerin çalışma koşullarını düzenleyen ve üye ülkelerdeki farklı uygulamaları tek çatı altında birleştirmek amacı ile ödünç iş ilişkisinin mesleki faaliyet biçiminde yürütülmesine ilişkin söz konusu Yönerge taslağı ile ödünç işçilerin, “emsal işçilere” (comparable worker) göre çalışma koşulları ve hakları, ayrımcılığın engellenmesi ve eşit davranma ilkeleri çerçevesinde yeniden düzenlenmiştir. Ancak bu taslak Yönerge, yine de ülkeler arası ilgili mevzuatın farklılığı ve işçi-işveren örgütleri arasındaki anlaşmazlıklar, eşit davranma ilkesi konusunda uzlaşılabilmesi ve işverenlerin mali çıkarlarını kaybetmek istememesi gibi sebeplerden dolayı Yönerge haline gelememiştir²⁶⁸.

AB Komisyonun ödünç iş ilişkisine ilişkin olarak hazırladığı Yönerge taslağının 1.maddesi uyarınca meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisine yönelik olarak bu Yönerge, ödünç işçi temin eden büro ile geçici bir süreliğine ödünç alan işverenin kontrolünde çalışan ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesine veya iş ilişkisine uygulanır. Keza bu faaliyeti kâr amacı veya kâr amacı olmaksızın yürüten ödünç işçi temin eden bürolar ile söz konusu işçiyi ödünç alan kamu veya özel hukuka bağlı olan

²⁶⁷ Uşen, s.50.

²⁶⁸ Alpagut, s.270; Uşen, s.50.

işletmelere de uygulanacaktır²⁶⁹. Yönerge taslağının amacı ödünç işçilerin çalışma şartlarının düzeltmek, iyileştirmek, ayrımcılığa engel olmak, özel büroların işveren olarak tanınmasını sağlamak ve emek piyasasının etkinliği için ödünç iş ilişkisine yönelik yasal bir çerçeve sağlamaktır (m.2)²⁷⁰.

Söz konusu Yönerge taslağında hedeflenen ise, öncelikle ödünç iş ilişkisinde mevcut esneklik potansiyelinin en üst düzeyde kullanılmasıdır. Bu hedef doğrultusunda, ödünç işçiler için koruyucu bir çatı oluşturarak ödünç işçi temin eden kuruluşların çalışmalarında esnek bir yapı oluşturulması benimsenmiştir²⁷¹. Bu çerçevede üye ülkelere, bu çalışma biçimi konusundaki sınırlamaların kaldırılması ve bu çalışma biçiminin yasal olarak kabul edilmesi ile ödünç işçilere asgari düzeyde hakların sağlanması konusunda bir yükümlülük getirilmektedir.

Bu Yönerge taslağının en önemli esasını eşit işlem ilkesi oluşturmaktadır (m.5)²⁷². Son halini alan Yönerge taslağında, ödünç işçilere, ödünç alan işletmelerdeki görevleri süresince, o işletme tarafından aynı işi yapmak üzere doğrudan işe alınmış olsalardı hangi esaslı iş ve çalışma koşulları uygulanacak ise onların uygulanması öngörülmüştür (m.5/1). Esaslı iş ve çalışma koşulları ise, halen yürürlükteki hukuki düzenlemeler, toplu iş sözleşmeleri ve diğer hükümlerde öngörülen; çalışma süreleri, dinlenme süreleri, ücretli izinler, fazla çalışma ücretinin dahil olduğu ücret, sağlık, güvenlik ve işyerinde hijyen ile işçi gruplarına yönelik koruma tedbirleri gibi belirli ayrımcılık sorunlarına ilişkindir²⁷³.

Eşit işlem ilkesinin uygulanmasına yönelik olarak, ödünç alan işverenin; hamilelerin, emzirme dönemindeki annelerin, çocukların ve gençlerin korunması, kadın erkek eşitliği, ırk, etnik köken, din, yaş ve cinsel tercihlere ilişkin her tür ayrımcılıkla mücadele eden kanun, idari hükümler ve benzeri yasal mevzuata uygun hareket etmesi zorunluluğu getirilmiştir (m.5/1). Ayrıca, eşit işlem ilkesine yönelik olarak bazı istisnalar getirilmiş bulunmaktadır. Şöyle ki, üye devletler belirsiz süreli iş sözleşmesi

²⁶⁹ Uşen, s.52.

²⁷⁰ Tuncay/Savaş, s.71; Uşen, s.52.

²⁷¹ Alpagut, s.268.

²⁷² Alpagut, s.269.

²⁷³ Alpagut, s.269.

ile çalışan ve belirli bir ödenek alan ödünç işçiyi ücret bakımından eşit işleme tabi tutmak zorunluluğu sosyal taraflara danışılarak kaldırılabilir (m.5/2). Keza üye devletler, ödünç işçilerin uygun seviyede bir korumadan yararlandırılmaları şartıyla sosyal taraflara eşit işlem ilkesinin istisnalarını toplu iş sözleşmesi yoluyla düzenleme görevi yükleyebileceklerdir (m.5/3). Yönerge taslağında yukarıda belirtilen istisnalara ek olarak, 6 haftadan az süren işlerde, üye devletlere ücret bakımından ayrımcılık yasağı prensibini uygulamama imkânı verilmiştir (m.5/4).

Revize edilen Yönerge taslağında ayrıca, işyerinde emsal işçi bulunmaması durumunda başvurulacak yöntemleri detaylı olarak düzenleyen 5. maddenin 5. fıkrası, ulusal mevzuata müdahale anlamı taşıdığı gerekçesiyle tamamen metinden çıkarılmıştır²⁷⁴. Bunun yerine, bu maddede yer alan hükümlerin uygulanma şekillerinin üye devletler tarafından, sosyal taraflara danışıldıktan sonra ve ulusal uygulamalarına uygun olarak düzenleneceği hükmü getirilmiştir (m.5/5). Bunun yanı sıra, Ödünç işçilerin sürekli ve daha kaliteli bir çalışma hayatına ulaşmaları doğrultusunda belirsiz süreli ve tam gün çalışma imkânları noktasında bilgilendirilmesi, onların ödünç alan işverenlerle sözleşme yapma özgürlüğünün korunması, ödünç işle uğraşan büroların işçilerden ücret talebinde bulunmaması ve mesleki eğitim haklarına ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir (m.6).

Taslakta, ödünç işçilerin ödünç olarak çalıştıkları işyerinde boş kadrolar için kendilerinin haberdar edilmesine yönelik olarak, bu bildirimlerin işletmenin uygun bir yerinde yapılacak genel bir ilan yoluyla olacağı da açıklığa kavuşturulmuştur (m.6/1). Taslağa konulan bir madde ile üye devletler, ödünç işçinin ödünç alan işletmedeki görevi bittikten sonra, söz konusu işverenle iş sözleşmesi kurmasını engelleyen her türlü hükmün geçersiz kılınmasını sağlayacak önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur (m.6/2). Yönerge taslağında ayrıca ödünç işçilerin işçi temsil mekanizması yoluyla ödünç alan işveren yanında temsili de öngörülmüştür. Buna göre, ödünç işçiler üye devlet hukukunda eğer doğrudan işe alınmış olsaydı hangi şartlar geçerli olacaksa, aynı şartların ödünç iş ilişkisinde geçerli olmasının belirlenmesini üye devletin tercihine bırakılmıştır (m.7). Taslakta ayrıca, ödünç işçilerin ödünç veren kuruluşa kurulacak,

²⁷⁴ Uşen, s.56.

ulusal veya AB düzeyindeki mevzuatla belirlenen işçi temsilciliği organları için gerekli sayının hesabında dikkate alınacakları öngörülmüştür (m.6, 7).

5. 08/104 EC Sayılı Yönerge

Yukarıda bahsettiğimiz Yönerge taslağı üzerindeki anlaşmazlıkların çözümlenememesi üzerine söz konusu Yönerge taslağı Yönerge halini alamamıştır. Zira taslak üzerindeki işçi ve işveren örgütleri arasındaki çatışmalardan ve aynı zamanda pek çok üye ülke arasındaki ilgili mevzuat farklılıklarından doğan anlaşmazlıklar çözüme kavuşturulamamıştır²⁷⁵. Söz konusu taslaktan altı yıl sonra, görüşmelerin sosyal tarafları olan Eurociett (Ödünç İstihdam Büroları Avrupa Konfederasyonu) ve UNI-Europa (Hizmet ve İletişim Sektörü Çalışanları Avrupa Federasyonu) ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışanlara sağlanacak güvencenin, ödünç işçinin çalışmaya başladığı ilk andan itibaren tanınmasını ve işçiyi ödünç olarak çalıştıracak işverenin daimi işçisinin “emsal işçi” sayılmasını talep etmişlerdir. Bunun üzerine, Avrupa Parlamentosu da olumlu yönde görüş bildirmiştir²⁷⁶.

Bu gelişmeler üzerine, ödünç iş ilişkisine ilişkin 08/104 EC sayılı yönerge AB Komisyonu tarafından oy çokluğu ile 19.11.2008 tarihinde onaylanarak, 05.12.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Üye ülkeler, 05.12.2011 tarihine kadar bu yönerge hükümlerini kendi mevzuatlarına aktarmakla yükümlü tutulmuşlardır²⁷⁷.

Yönergenin amacı, meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışanları korumak ve bu uygulamada ödünç işçilere uygulanacak eşit işlem ilkesini sağlamlaştırarak çalışma biçiminin kalitesini arttırmaktır (m.2). Bu doğrultuda, Yönerge söz konusu türe ilişkin ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan işçileri korumaya yönelik, ayrımcı olmayan, karşılıklı çıkarları gözeten, çerçeve hükümler içermektedir²⁷⁸.

Yönerge, iş sözleşmesi veya iş ilişkisi ile ödünç iş ilişkisine dayalı olarak büroya bağlı çalışanlar, meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi faaliyeti ile uğraşan

²⁷⁵ ŞelaleUşen, “2008/104/EC Sayılı Ödünç İş İlişkisine İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Getirdiği Yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/3, s. 173.

²⁷⁶ Uşen, *Yeni Düzenlemeler*, s. 173.

²⁷⁷ Uşen, *Yeni Düzenlemeler*, s.173; Nazlı, s.150.

²⁷⁸ Nazlı, s.148.

özel veya kamu istihdam büroları ile söz konusu işçileri ödünç olarak kendi denetim ve gözetimi altında belirli bir süreliğine çalıştıracak işverenlere uygulanacaktır (m.1). Yönerge kapsamına ayırım gözetilmeksizin meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisini faaliyet olarak yürüten bütün istihdam büroları dâhildir. Keza bu büroların söz konusu faaliyetten bir kazanç sağlayıp sağlamadıklarının da bir önemi bulunmamaktadır²⁷⁹. Ayrıca, üye ülkelere, sosyal taraflarla görüşüldükten sonra, mesleki eğitim, yeniden eğitim ve uyum programları gibi alanlarda faaliyet gösteren kamu kurumlarını Yönergenin kapsamı dışında tutabilmelerine yönelik düzenleme yapabilme imkânı tanınmıştır (m.1).

Avrupa Komisyonu, ödünç iş ilişkisi birçok üye ülkenin kendi ulusal mevzuatlarına düzenlendiğinden, sadece asgari şartları belirlemiş ve sosyal taraflar arasındaki tartışmalı konuları açılmıştır. Yönergede, Komisyon, önceden tercih ettiği “geçici işçi” (temporary worker) tabiri yerine, “geçici büro işçisi” (Temporary agency worker) ve “ödünç iş bürosu” (Temporary work agency) tabirlerini kullanmıştır. Böylece, ödünç işçilerin diğer geçici (sürelî) işçiler ile karıştırılma riski önlenmiştir²⁸⁰. Yönergenin tanımlar başlıklı maddesinde işçi, üye ülkelerin ulusal iş hukuku mevzuatı kapsamında işçi olarak korunan kişidir. Meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi ile uğraşan özel istihdam büroları, ödünç işçilerle iş sözleşmesi bağtlayan veya iş ilişkisi içerisinde bulunana gerçek veya tüzel kişilerdir. Ödünç işçi ise, bir iş sözleşmesi veya iş ilişkisi ile büroya bağlı çalışan işçilerdir. Bu işçiler, diğer bir işverenin yanında belirli bir süreliğine iş görme borcunu yerine getirmek üzere büro tarafından işe alınmaktadır²⁸¹.

Yönergede, meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisine ilişkin yasak ve kısıtlamalar da yer almaktadır. Şöyle ki, söz konusu sınırlamalar ve yasaklar, bu türdeki ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilerin korunması, özellikle iş sağlığı ve güvenliği hususuna yönelik olarak ve uygulamanın suiistimalinin önlenmesi amacı ile getirilecektir (m.4/1). Meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisine ilişkin yasak ve kısıtlamalar, özel istihdam bürolarına ilişkin ulusal mevzuatta belirtilen izin, kayıt,

²⁷⁹ Nazlı, s.151.

²⁸⁰ Uşen, **Yeni Düzenlemeler**, s.176.

²⁸¹ Nazlı, s.151.

denetim gibi hususlara yönelik değildir. Üye devletler, sosyal taraflarla birlikte bu sınırlamaların öngörülen gerekçelere uygunluğunu değerlendirdikten sonra, AB Komisyonuna bilgi vermekle yükümlü tutulmuşlardır.

Yönergede, net olarak, ödünç işçilerin ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından “eşit davranma ilkesi” kapsamında olduğu vurgulanmaktadır. Bu doğrultuda, ödünç işçilere, geçici işveren nezdinde ödünç çalışmaları süresince, geçici işveren tarafından aynı işi yapmak üzere doğrudan işe alınmış olsalardı hangi temel çalışma ve istihdam koşullarına sahip olacaklarsa, aynı koşullar sağlanmak zorundadır. (m.5/1). Böylece, AB Komisyonu tarafından bir önceki yönerge önerisinde yaşanan emsal işçi tartışması da çözüme kavuşturulmuştur. Zira Yönergede, ödünç işçilerin geçici (ödünç alan) işverenin işçileri bakımından eşit işlem ilkesinden faydalandırılacağı öngörülmüştür²⁸². Ayrıca, geçici işveren hamilelik ve emzirme dönemindeki annelerin, çocukların ve gençlerin korunması, kadın erkek eşitliği ve cinsiyet, ırk, etnik köken, din ve inanışlar, özürlü olma, yaş ve cinsel tercihlere dayanan her türlü ayrımcılığı önlemeye yönelik olarak ilgili mevzuat, tüzükler, idari hükümler, toplu iş sözleşmeleri ve genel hükümler uyarınca düzenlenen kurallara uymakla sorumlu tutulmuştur.

Diğer taraftan, ödünç işçilerin, geçici işverenin kendi işçilerine sağladığı kantinden yararlanma, yemek servisi, ulaşım, kreş ve benzeri imkânlar ile mesleki eğitim ve ileri eğitim imkânlarından yararlanmaları şart koşulmuştur (m.6/4). Keza üye ülkeler, ödünç işçilerin herhangi bir diğer işveren yanında görevlendirilmedikleri ve özel istihdam bürosunun tasarrufunda kaldığı süreler dâhil olmak üzere, büronun sağladığı kreş ve eğitim imkânlarından yararlanmaları için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür (m.6/5).

Ücret bakımından üye devlete ödünç işçiye eşit davranılmasına yönelik istisna getirebileceği Yönergede düzenlenmiştir. Buna göre üye devlet, ilgili sosyal tarafa danıştıktan sonra, büroya bağlı olarak çalışan ödünç işçinin görevlendirme haricinde de bürodan ücret alması kaydıyla, ücret bakımından söz konusu ilkeye istisna getirebilecektir. Ayrıca, üye devletler, ödünç işçilerin uygun seviyede bir korumadan yararlandırılmaları şartıyla, sosyal taraflara eşit işlem ilkesinin istisnalarını toplu iş

²⁸² Uşen, **Yeni Düzenlemeler**, s.177.

sözleşmesi yoluyla düzenleme görevini getirebileceklerdir (m.5/2 ve 3). Söz konusu istisnalar, AB üyesi ülke mevzuatlarındaki belirgin farklılıklardan ötürü getirilmek zorunda kalınmıştır²⁸³. Söz konusu istisnalar dışında ödünç işçiler ise, ödünç alan işveren tarafından aynı iş için doğrudan işe alınmış olmaları halinde hak edecekleri ücrete hak kazanacaklardır.

Ödünç işçiye sürekli nitelikte bir istihdam imkânı sunmak ve geçici işverenin yanında çalışan diğer işçilerle aynı imkânlardan faydalanmalarını sağlamak için ödünç işçiler geçici işverenin işyerindeki açık kadrolar hakkında bilgilendirilmek zorundadırlar (m.6). Bu bilgilendirme, ödünç işçilerin görev yaptıkları geçici işverenin işyerinde veya bağlı olduğu büronun uygun bir yerinde yapılacak genel bir ilan yoluyla sağlanabilecektir. Keza üye devletler, ödünç işçinin geçici işverenin yanındaki görevi sona erdikten sonra geçici işveren ile iş ilişkisi kurmasını veya iş sözleşmesi yapmasını kısıtlayacak veya yasaklayacak her türlü hükmün geçersiz kılınmasını sağlayacak önlemleri almakla yükümlü tutulmuşlardır. Diğer yandan, bürolarının ödünç işçi gönderme, ödünç işçilerin işe alınması ve mesleki eğitim verilmesine yönelik geçici işverenlere sağlamış oldukları hizmetlerin makul bir şekilde karşılanması ile ilgili hükümler saklı tutulmuştur (m.6/2).

Özel istihdam bürolarının, ödünç işçilerden özellikle geçici işveren tarafından işe alınmaları karşılığında herhangi bir ücret talep etmeleri ilgili hükümde yasaklanmıştır (m.6/3). Ancak, büroların böyle bir durumda geçici işverenden belirli bir ücret talep edebileceğini kabul edilmektedir.

Temsil bakımından ise, ödünç işçiler, bürolarında çalışanları temsil eden organların oluşturulmasında belirlenen eşik değerlerin hesaplanmasında belirtilen sayıya dâhil edilmeleri gerekmektedir (m.7). Böylece, ödünç iş ilişkisine dayalı olarak çalışanlar öncelikle bürolarındaki işçi temsil mekanizmaları yoluyla temsil edileceklerdir²⁸⁴. Ayrıca, üye devletlerin ödünç işçilerin geçici işverenin işyerindeki işçi sayısına dâhil olunmalarını düzenleyebilecekleri de bu madde de yer almaktadır²⁸⁵. grev ve lokavt uygulamaları sırasında geçici işveren tarafından ödünç işçi çalıştırılması

²⁸³ Uşen, **Yeni Düzenlemeler**, s.177.

²⁸⁴ Uşen, **Yeni Düzenlemeler**, s.179.

²⁸⁵ Nazlı, s.153.

hususuna yönelik bir hüküm Yönergede yer almamaktadır. Sadece Yönergenin giriş kısmında, açık bir biçimde greve katılan işçiler yerine ödünç işçilerin çalıştırılmasını yasaklayan ulusal mevzuat hükümlerinin saklı olduğu düzenlenmiştir²⁸⁶.

B. ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜNÜN (ILO) SÖZLEŞME VE TAVSİYE KARARLARI

1. Genel Olarak

AB bünyesinde yer alan birçok ülke, ILO normlarına sadık kalarak ödünç iş ilişkisini yasal olarak düzenleme yoluna gitmiştir. Dolayısıyla ILO'nun Sözleşme ve Tavsiye Kararlarının öncelikle dikkate alınması gerekmektedir. ILO, ulusal devletler ve çalışma hayatında adil çalışma normlarının yerleşmesine ve işçinin korunmasına yönelik önlemlerin geliştirilmesini görev edinmesi doğrultusunda, emek piyasalarının düzenlenmesini ve işe aracılık faaliyetinin yetkili devlet kurumlarınca yerine getirilmesini uygun görmüştür.

ILO, 20.yy hemen başındaki kuruluş tarihinden (1919) itibaren, işe aracılık faaliyetlerinde genel olarak kamu tekeli ilkesini benimsemiştir. Gerçekten işçinin bir meta olmadığı ve özel istihdam bürolarının potansiyel olarak sömürüye eğilimli oldukları ilkesinden hareket ederek, kamu istihdam kurumlarına tekel konumu tanınmasından ve özel istihdam bürolarının yasaklanmasından yana tutum almıştır²⁸⁷.

Öncelikle 1919 tarihli ve 2 sayılı “İşsizlik Hakkındaki Sözleşme”, iş arayanlara parasız hizmet verecek resmi bir istihdam kurumunun kurulmasını ve özel istihdam bürolarının da devlet kontrolünde faaliyet göstermeleri öngörmüştür. Bu sözleşmede devlete resmi istihdam bürosu için yükümlülük getirilmesine rağmen, tekerci bir anlayış söz konusu değildir²⁸⁸. Ancak, bu anlayış aynı yıl kabul edilen 1 sayılı İşsizlik hakkında Tavsiye Kararına yansımamıştır. Söz konusu Tavsiye Kararında, kâr amaçlı çalışan veya herhangi bir ücret talep eden istihdam bürolarının kurulmasını yasaklayan

²⁸⁶ Uşen, **Yeni Düzenlemeler**, s.179.

²⁸⁷ Uşen, s.66.

²⁸⁸ Alpagut, **İstihdam Büroları**, s.9.

önlemlerin alınması gerektiği belirtilmiştir. Böylelikle, istihdam alanında katı devlet tekeli güçlendiren bir anlayış yeniden egemen olmuştur²⁸⁹.

İstihdam alanında söz konusu devlet tekeli ilkesi, 1929 Dünya Ekonomik krizini takıp eden yıllarda kabul edilen 1933 tarihli ve 34 sayılı sözleşme ile 1934 tarihli 42 sayılı tavsiye kararı ile birlikte, bazı işçi kategorileri açısından izin verilen ücretli iş bulma büroları hariç, daha da katı hale gelmiştir²⁹⁰. 34 sayılı sözleşmede, esasen özel istihdam büroları, kazanç amacı olan ve olmayan özel istihdam büroları olarak ikiye ayrılması söz konusudur (m.1-a/b). Bu sözleşmeye hâkim olan esas, ücretli özel istihdam bürolarının belirli bir süre içerisinde kapatılmasıdır²⁹¹.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, 1948 tarihli ve 88 sayılı “İş ve işçi Bulma Servisi Kurulması hakkında Sözleşme” ile birlikte devlete resmi bir iş ve işçi bulma kurumu kurulması yükümlülüğü getirilmiştir. Bu sözleşme Türkiye tarafından 1949 yılında onaylanmıştır. Bu sözleşmede özel istihdam bürolarının kurulmasını doğrudan yasaklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. 88 sayılı sözleşme hükümlerinin tamamlayıcısı olarak hazırlanan 83 sayılı Tavsiye Kararı ise, kamu istihdam kurumu kurulması ile ilgili daha geniş ve ayrıntılı tavsiyeler içermektedir. Bu sözleşmenin sonrasında kabul edilen 1949 tarihli ve 96 sayılı “Ücretli iş Bulma Büroları Hakkındaki Sözleşme” de ise, 34 sayılı sözleşme hükümlerinden daha esnek hükümlere ve üye devletin tercihlerine yer verilmiştir. Şöyle ki, üye ülkelere ücretli istihdam bürolarının kapatılması konusunda karar verme inisiyatifi tanınmıştır²⁹². Türkiye de, bu sözleşmeyi 1951 yılında onaylamıştır. Bu sözleşme uyarınca, kazanç amacıyla faaliyet gösteren istihdam büroları yetkili resmi mercilerin kontrolünde olacak ve bu mercilerden faaliyette bulunmak üzere izin belgesi (lisans) alacaklardır (m.10-a ve b). Böylece, özel istihdam bürolarının da, resmi istihdam kurumlarının izniyle ve denetimi altında faaliyet göstermesine olanak tanımıştır.

Görüldüğü üzere, yukarıda bahsedilen AB düzenlemeleri esasen her iki Dünya savaşının ile aralarında meydana gelen büyük ekonomik krizin etkileri doğrultusunda

²⁸⁹ Alpagut, **İstihdam Büroları**, s.10.

²⁹⁰ Uşen, s.66.

²⁹¹ Alpagut, **İstihdam Büroları**, s.10.

²⁹² Alpagut, **İstihdam Büroları**, s.11.

hazırlanmıştır ve istihdam alanında, genellikle katı bir devlet tekeli anlayışının hâkimiyeti göz çarpmaktadır. Ancak sonraları, özellikle 90'lı yılların başından itibaren, emek ve üretim piyasalarında meydana gelen yapısal değişimler, yeni özel istihdam büroları türlerinin ortaya çıkması ve hızla yaygınlaşması, 96/1949 sayılı Sözleşme hükümlerine dayanan ulusal mevzuat ve yasal düzenlemelerin mevcut ihtiyaçlara cevap veremeyecek hale gelmesi ve tüm değişimlerin artan hızı gibi nedenlerden ötürü ILO bünyesinde özel istihdam bürolarının gelişimi ve işleyişi hakkında gerekli verileri elde edebilmek amacıyla 25 ülkeyi kapsayan detaylı bir araştırma başlatılmıştır²⁹³.

Bu araştırmaların neticesinde elde edilen verilerin tartışılması, özel istihdam bürolarının 1993 yılındaki Konferansı'nın gündemine alınması önerilmiştir. Yönetim Kurulu'nun pek çok üyesi tarafından bu önerinin olumlu karşılanmasına rağmen gerekli sayıda oy sağlanamamıştır. Nihayetinde, Uluslararası Çalışma Konferansı'nın 1994 yılında yapılacak 81. dönem toplantısında özel istihdam büroları sorununun "genel tartışma" konusu olarak gündeme alınması sağlanmıştır²⁹⁴. Sonradan, 85.dönem Konferans toplantısında 17 Haziran 1997 tarihinde 181 sayılı “Özel İstihdam Büroları Hakkındaki Sözleşme” ile 188 sayılı Tavsiye Kararı kabul edilmiştir.

Aşağıda ILO'nun 1949 tarihli 96 sayılı “Ücretli İş Bulma Büroları Hakkındaki Sözleşme” ile 1997 tarihinde 181 sayılı “Özel İstihdam Büroları Hakkındaki Sözleşme” ve 188 sayılı Tavsiye Kararı bölümler halinde incelenecektir.

2. 96/1949 Sayılı Sözleşme

34 sayılı sözleşmeyi tadil eden 96/1949 sayılı “Ücretli İş Bulma Büroları Hakkındaki Sözleşme” 1951 yılında yürürlüğe girmiş olup, 41 üye ülke tarafından onaylanmıştır²⁹⁵. Bu sözleşme ile birlikte, üye ülkelere kazanç amacı takip eden istihdam bürolarının düzene bağlanması ile ilgili seçimlik bir hak tanınarak, özel istihdam bürolarının kendi hukuklarında düzenlenmesine imkân verilmiştir²⁹⁶. Şöyle ki, eğer üye ülkeler söz konusu sözleşmenin ikinci bölümünü onaylarsa, ücretli istihdam

²⁹³ Uşen, s.68.

²⁹⁴ Uşen, s.69.

²⁹⁵ Uşen, s.69.

²⁹⁶ Alpagut, **İstihdam Büroları**, s.11; Nazlı, s.114.

bürolarının aşamalı olarak kaldırılmasını ve kazanç amacı takip etmeyen diğer büroların düzenlenmesini tercih etmiş olacaklardır. Onun yerine sözleşmenin üçüncü kısmını onaylarsa, kazanç amacı takip eden ücretli istihdam bürolarının düzenlenmesini kendi iç hukuklarında yerine getirebileceklerdir.

Aralarında Fransa, Almanya, İtalya ve İsveç'in de bulunduğu 29 ülke devlet tekeli prensibini benimseyen ikinci bölümü onaylamalarına rağmen, İngiltere ve Avusturya gibi liberal sisteme sahip ülkeler üçüncü bölümü bile onaylamamışlardır²⁹⁷. İkinci bölümün onaylayan ülkeler haliyle katı bir devlet tekeli uygulamasını da benimsemiş olmuşlardır. Ancak, üçüncü bölümü onaylayan üye ülkeler resmi istihdam kurumlarının yanı sıra kazanç gayesi güden özel istihdam bürolarının da düzenlenmesi imkânına sahip olmuşlardır. Bu bakımdan, devlet tekeli ilkesinin hâkim olduğu ikinci bölüm, ücretli istihdam bürolarının yasalaşması ile ilgili esas sorunu oluşturmuştur²⁹⁸.

Sözleşmenin ikinci kısmındaki söz konusu büroların kaldırılmasını öngören sürecin uzunluğunun üye devletin resmi makamlarınca belirleneceği hükme bağlanmıştır (m.3/I). Ancak resmi bir kamu istihdam bürosu kurulmadan, söz konusu bürolar kapatılamayacaktır. Bu büroların kapatılmasına kadar olan süreçte nasıl faaliyet gösterecekleri de sözleşmede düzenlenmiştir. Öncelikle, bu bürolar yetkili resmi makamların kontrolü altında yıllık ruhsatname alarak faaliyet göstereceklerdir. Ayrıca, sadece kendilerine resmi makam tarafından uygun görülen tutarlarda harç ve masrafları ilgililerden talep edebileceklerdir (m.4)²⁹⁹. Keza belirli meslek ve sanatlar bakımından yetkili makamın izni ile faaliyet gösterebileceklerine ilişkin 34 sayılı sözleşmede yer alan istisna aynen alınmıştır (m.5).

Sözleşmenin üçüncü kısmı ise kazanç amacı ile faaliyet gösteren büroların düzen içinde faaliyet göstermesine yönelik hükümler içermektedir. Türkiye 08.08.1951 tarihinde üçüncü kısmı onaylamıştır. Ancak, Çalışma Bakanlığının gerekli görmesi halinde üçüncü kısım yerine ikinci kısmın uygulanması söz konusu olabilecektir³⁰⁰. Söz konusu kısımda, hem kazanç amacı ile faaliyet gösteren hem de kazanç amacı gütmeyen

²⁹⁷ Uşen, s.70.

²⁹⁸ Uşen, s.70.

²⁹⁹ Nazlı, s.116.

³⁰⁰ Alpagut, **İstihdam Büroları**, s.12.

bürolara yönelik hükümler yer almaktadır. Kazanç amacı takip eden ücretli iş bulma büroları yetkili makamın kontrolü altında faaliyet gösterecektir (m.10/a). Yetkili makam tarafından belirlenen zamanlarda lisans alacaklardır (m.10/b). Yetkili makam tarafından tespit edilen veya onaylanan tarifieden fazla ücret alamayacaklardır (m.10/c). Bu büroların yabancı ülkeler ile arasında olan işçi temini faaliyetleri yetkili makamın izni ile birlikte, yürürlükteki ulusal mevzuat çerçevesinde mümkün olabilecektir (m.10/d).

Kazanç amacı taşımayan ücretli iş bulma büroları da yetkili makamın izni ve kontrolünde faaliyet gösterecektir (m.11/a). Bu bürolar yetkili makam tarafından belirlenen veya onaylanan tarifieden yüksek ücret alamayacaklardır (m.11/b). Sadece yetkili makam tarafından izin verilirse, yabancı ülkelerle yürürlükteki mevzuat çerçevesinde işçi temini faaliyetinde bulunabileceklerdir (m.11/c). Ayrıca, yetkili makamlar ücretsiz iş bulma bürolarının ücretsiz faaliyet gösterdiklerine ikna olmak için gerekli tedbirleri alabileceklerdir (m.12).

96/1949 sayılı sözleşmede esas olarak işçilerin ve iş arayanların korunması hedef alınmıştır. Ancak, 90'lı yıllarda işçilerin korunması kadar işverenlerin de korunması ve emek piyasasının daha etkin işleyişinin sağlanması gereklilik halini almıştır. Keza sözleşmenin ikinci bölümündeki devlet tekeli prensibini kabul eden ülkelerde resmi istihdam bürolarının gerek iş koşulları ve faaliyet konuları gerekse bütçeleri bakımından işgücü piyasasının ihtiyaçlarını karşılamadığının farkına varılmıştır. Dolayısıyla da bu sözleşmenin tadil edilmesi bir gereklilik olmuştur³⁰¹.

3. 181/1997 Sayılı Sözleşme

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, dünya ekonomi ve siyaset alanında köklü değişimler göze çarpmaya başlamıştır. Özellikle 60'lı yıllarda bu Fordist-Taylorist üretim tarzının ekonomik ve teknolojik gelişmeler karşısında yetersiz kaldığı fark edilmiştir. Bunun sonucunda, 1973 Dünya Petrol Krizi ile birlikte iş hayatında “Post-Fordizm” denilen yeni bir üretim biçimi yaygın hale gelmiştir Keza İkinci Dünya Savaşından sonra küreselleşme de gittikçe hız kazanmıştır.

³⁰¹ Alpagut, **İstihdam Büroları**, s.13; Uşen, s.71.

ILO tarafından özel istihdam bürolarına yönelik olarak yeni bir düzenleme yapılmasını, esasen küreselleşme ile birlikte dünyada değişen ekonomik yapının etkisiyle mevcut katı kuralların yumuşatılması ihtiyacı tetiklemiştir³⁰². Bunun yanı sıra, 1994 yılında Uluslararası Çalışma Konferansı'nda sunulan 6 sayılı Rapor içeriğinde gerekli denetimden yoksun faaliyet göstermekte olan çok sayıdaki özel istihdam bürolarının bir esasa bağlanması ve mevcut fiili durumun bir yasal düzene bağlanması öngörülmüştür³⁰³.

181 sayılı 1997 tarihli “Özel İstihdam Büroları Hakkındaki Sözleşme” esasen bu alandaki en önemli ILO sözleşmesidir. Bu sözleşme ile birlikte istihdam piyasasındaki güncel gelişmeler dikkate alınmıştır. Özellikle, iş piyasasının işleyişinde esnekliğin önem kazanmasına binaen, özel istihdam bürolarının farklı bir nitelik kazandığı dikkate alınarak özel istihdam bürolarının faaliyetleri yeniden düzenlenmiştir³⁰⁴.

181 sayılı sözleşmenin temel amacı, öncelikle iş piyasasının daha işlevli olması, yani işleyişine esneklik getirilmesidir. Bu çerçevede, sözleşmede, özel istihdam bürolarının kurulmasına ve faaliyetlerine olanak tanınması ve bu bürolar tarafından çalıştırılan işçilerin koruması hedeflenmiştir. Dolayısıyla, sözleşmede işçilerin her türlü istismara karşı korunması için onların sendika ve serbest toplu pazarlık haklarının güvence altına alınması göz önünde tutularak özel istihdam bürolarının kuruluş ve faaliyetleri yeniden düzenlenmiştir³⁰⁵.

Sözleşmenin ilk maddesinde özel istihdam büroları, iş ilişkilerine taraf olmaksızın işgücüne ilişkin arz ve talebi birbiriye buluşturmaya yönelik hizmetleri gerçekleştiren, gerçek veya tüzel üçüncü kişilere işçi temini için işçi istihdam eden ve işin yapılmasına nezaret etme, işgücü arz ve talebi ile ilgili bilgileri sağlama gibi iş arama ile ilgili diğer faaliyetlerinden bir veya birkaçını sunan gerçek veya tüzel kişiler

³⁰² Nazlı, s.122.

³⁰³ Uşen, s.73.

³⁰⁴ Uşen, s.74.

³⁰⁵ Tuncay/Savaş, s.70.

olarak tanımlanmıştır (m.1). Böylelikle, özel istihdam büroları ilk kez işveren olarak kabul edilmiştir³⁰⁶.

Bu sözleşme, her tipteki özel istihdam büroları ile tüm işçi kategorilerine (gemi adamları hariç) ayrıca tüm ekonomik sektörler için uygulanacaktır (m.2/2). Ancak, sözleşmeyi onaylayan üye devlet sözleşmenin en çok temsil yeteneğine sahip işçi ve işveren kuruluşlarına danıştıktan sonra bazı işçi grupları veya bazı faaliyet türleri bakımından özel istihdam bürolarının faaliyet alanı dışında tutulmasına veya bunların özel istihdam bürolarına yasaklanmasına karar verebilecektir (m.2/4). Bu hüküm doğrultusunda, birçok AB ülkesinde, özellikle inşaat sektöründe, ödünç iş ilişkisi kurma yasağı uygulanmaktadır³⁰⁷. Diğer taraftan, her üye ülke özel istihdam bürolarının faaliyetini bir lisans veya ruhsatname sistemine bağlayan şartları belirlemekle yükümlü tutulmuştur (m. 3/2).

Üye ülkelere yönelik, özel istihdam büroları tarafından temin edilen işçilerin sendika özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkından yoksun kalmamalarını sağlayacak önlemler alınması şart koşulmuştur (m.4). Keza üye ülkelere işe girişte ayrımcılık yasağına riayet edilmesi yükümlülüğü de getirilmiştir; Şöyle ki, üye ülkeler özel istihdam bürolarının işçilere ırk, renk, cinsiyet, din, politik görüş veya yaş maluliyet gibi ulusal mevzuat tarafından belirlenen hususlara yönelik olarak işçiler arasında bir işe ya da belirli bir mesleğe girişte fırsat ve işlem eşitliği ile ayrımcılık yapılmamasını sağlayacak önlemler alınması zorunluluğu getirilmiştir (m.5/1). Ancak, bu hüküm özel istihdam bürolarının dezavantajlı işçilerin iş arama faaliyetlerinde yardıma ilişkin hizmet veya program getirilmesini önleyecek şekilde yorumlanamayacaktır (m.5/2)³⁰⁸. Diğer taraftan, özel istihdam bürolarının, işçilerden hizmetleri karşılığında, sosyal taraflara danışılarak bu uygulamanın dışında bırakılan işçi kategorileri haricinde, doğrudan veya dolaylı olarak, ücret talep etmeleri de yasaklanmıştır (m.7). Ayrıca çocuk işçilerin özel istihdam bürolarınca kullanılmasının önüne geçilmesini önlemek için gerekli tedbirler üye devletler tarafından yerine getirilecektir (m.9).

³⁰⁶ Nazlı, s.128.

³⁰⁷ Uşen, s.74.

³⁰⁸ Alpagut, **İstihdam Büroları**, s.18.

Sözleşmede geçici çalışma büroları tarafından istihdam edilen işçilerin korunmasına yönelik olarak üye ülkelere bazı yükümlülükler getiren hükümler de bulunmaktadır³⁰⁹. Böylece, her üye ülke ulusal mevzuat ve uygulama ile uyumlu olarak geçici çalışma büroları tarafından istihdam edilen işçilere yeterli koruma sağlamak için gerekli önlemleri alacaktır. Bu önlemler, sendikal örgütlenme özgürlüğü, toplu pazarlık asgari ücret, iş süreleri ve diğer çalışma koşulları, yasal sosyal güvenlik ödenekleri, mesleki eğitim, işçi sağlığı ve iş güvenliği, iş kazası ve meslek hastalığı halinde tazminat, işverenin ödeme gücüyle yaşadığı durumlarda işçi alacaklarının korunması, analık halinde korunma ve yardım, ailenin korunması ve aile ödenekleri olarak belirlenmiştir (m.11).

4. 188/1997 Sayılı Tavsiye Kararı

181 sayılı sözleşmenin uygulanmasına yönelik açıklayıcı hükümler içeren 188 sayılı Tavsiye Kararı, Uluslararası Çalışma Konferansının 03.06.1997 tarihinde Cenevre'de yapılan toplantısında kabul edilmiştir³¹⁰.

Söz konusu Tavsiye Kararının 3.bölümünde 181 sayılı sözleşmede öngörülen özel istihdam büroları ile kamu istihdam büroları arasındaki işbirliğinin geliştirilmesine yönelik bazı kıstaslar yer almaktadır. Bu kıstaslar, iş piyasasının şeffaflığının artırılmasına yönelik ortak bir terminoloji kullanımını, bilgi alışverişi yapılmasını, ortak projeler üretilmesini, kamu ile özel istihdam kurumları arasında belirli faaliyetlerin yürütülmesine yönelik belirli anlaşmalar yapılmasını, personelin mesleki eğitime tabi tutulmasını ve kurumlar arasında düzenli olarak bir danışma mekanizmasının oluşturulması olarak belirlenmiştir³¹¹.

Ödünç işçilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler söz konusu Tavsiye Kararında yer almıştır. Buna göre, ödünç olarak verilmek üzere bürolar tarafından istihdam edilen işçilere işe başlamadan önce iş koşulları hakkında bilgi verilmelidir. Ayrıca, gerekirse çalışma koşullarını belirten yazılı bir iş sözleşmesi yapılmalıdır (m.5). İş sözleşmesinin sona ermesine yönelik olarak bürolar ulusal mevzuatta öngörülen hak

³⁰⁹ Uşen, s.75.

³¹⁰ Uşen, s.76.

³¹¹ Uşen, s.76.

ve yükümlölükler haricinde, geçici işveren tarafından ödünç işçinin işe alınmasına engel olmamalı, işçinin mesleki özgürlüğünü kısıtlamamalı ve başka bir işyeri için çalışmayı kabul eden işçiye ceza vermemelidir (m.15). Ayrıca, grev kararı uygulanan bir işyerinde çalışan işçilerin yerine özel istihdam bürolarına bağılı ödünç işçiler çalıştırılmazlar (m.6).

İKİNCİ BÖLÜM

ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASININ

K OŞULLARI VE TARAFLAR ARSINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER

§3. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASININ KOŞULLARI

I. GENEL OLARAK

Ülkemizde 4857 sayılı İş Kanunu ile ilk defa yasal zemine kavuşan ödünç iş ilişkisi, Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan İş Kanunu Tasarısından bir hayli farklı bir biçimde yasalaşmıştır. Öncelikli olarak belirtmek gerekirse, Tasarıda yer alan “mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi (m.93)” hükmü TBMM’de yapılan görüşmelerde yasalaşmamış ve dolayısıyla mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi hukuki temelden yoksun kalmıştır. Sadece Tasarıda yer alan ve “basit ödünç iş ilişkisini” düzenleyen madde yasalaşmıştır. Bu bakımdan çalışmamızda ilgili hükmün basit ödünç iş ilişkisine yönelik olduğu göz önünde bulundurularak, bu bakımdan hüküm değerlendirilecektir. Ancak, gerekli görülen yerlerde meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisine yönelik açıklamalar da bulunulacaktır.

İş Kanunu madde 7’de yer alan bu düzenleme ile ödünç iş ilişkisinin kurulması belirli koşullara tabi kılınmıştır. Oysaki Bilim Komisyonu tarafından Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına sunulan Tasarıda, bu türde ödünç iş ilişkisini kurulabilmesi hakkında herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Anılan Tasarının 8.maddesine göre; “İşveren, rızasını almak suretiyle başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak verdiğinde ödünç iş ilişkisi kurulmuş olur.” denilerek bu kurumun uygulama alanı bir hayli geniş bir biçimde belirlenmişti. Gerçekten de anılan Tasarı hükmünün gerekçesinde; “Bu halde tarafların ilişkiyi ihtiyaçlarına göre yürütecekleri

asıl olarak kabul edilmiş, hakkın kötüye kullanıldığının ispatı halinde buna ilişkin sonucun doğacağı ve işçinin uygun bir süreden sonra ödünç alan işverenin işçisi olarak işlem görmesi yönünde mahkemenin karar verebileceği düşünülmüştür.”³¹² Ancak, Tasarının TBMM’deki görüşmelerinde bu hüküm değişikliğe uğramıştır. Kabul edilen Değişiklik Önergesiyle madde bugünkü halini almış ve madde “İşveren, devir sırasında yazılı rızasını suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşulu ile başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. (İK m.7/1)” biçimine dönüşmüştür.

Görüldüğü üzere ilgili madde hükmünde, “işçinin devir sırasında yazılı onayı” şartının getirilmiştir. Oysaki Tasarıda bu onayın biçimi ve zamanına ilişkin bir açıklık yer almamaktaydı. Son olarak ödünç iş ilişkisinin kapsamına ilişkin bir sınırlama getirilmiş bulunmaktadır. Buna göre ödünç iş ilişkisi kurulabilmesi için işçinin, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer bir işte çalışması koşulu getirilmiştir. Buna gerekçe olarak da, “madde, ekonominin gereklerine ve mevcut uygulamalara uyumlu hale getirilerek, geçici iş ilişkisinin hangi hallerde ve ne şekilde uygulanacağı belirtilmiştir.” şeklinde bir ifade gösterilmiştir³¹³.

Gerçekten yasa koyucu, nasıl alt işverenlik ilişkisine veya belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasına belirli sınırlamalar getirdiyse aynı şekilde ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesini bazı koşullara bağlamış, bu konuda koruyucu düzenlemeler getirmiştir. Bunu öngörmesindeki temel nedenin, işverenlerin bu tür iş ilişkilerinin kendilerine yüklemiş olduğu yükümlülüklerden dolanma amacı ile ödünç iş ilişkisine başvurmalarının önünü kesmek olduğu düşünülebilir³¹⁴. Aşağıda ödünç iş ilişkisinin geçerli biçimde kurulabilmesini gerektiren koşullar ayrı başlıklar altında incelenecektir.

³¹² MESS, **Tasarı**, s.73.

³¹³ Müjdat Şakar, **Gerekçeli ve İctihatlı İş Kanunu Yorumu**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 6. Basım, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2011, s.141.

³¹⁴ Süzek, s.256.

II. İŞÇİNİN ASIL İŞVEREN İLE ARASINDAKİ İŞ SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN KOŞUL

Her şeyden önce ödünç iş ilişkisinin geçerli bir biçimde kurulabilmesi için işçi ile asıl (ödünç veren) işveren arasında geçerli bir iş sözleşmesi bulunmalıdır (İK m.7/1)³¹⁵. Keza söz konusu iş sözleşmesinin üçüncü kişi (ikinci işveren) yararına kurulmuş olması da söz konusu değildir³¹⁶. Ayrıca, bu sözleşmenin İş Kanununa tabi bir iş sözleşmesi olması gerekir. Diğer bir deyişle, İş Kanunu m.4’de yer alan ve İş Kanunu kapsamı dışında kalan bir iş ilişkisinden kaynaklanan bir ödünç iş ilişkisi, İş Kanunu madde 7 kapsamında olmayacaktır³¹⁷. İş sözleşmesinin türü, ödünç iş ilişkisinin geçerliliği açısından önem taşımamaktadır. Bu bakımdan belirli süreli, kısmi süreli veya diğer başka bir şekilde belirlenmiş bir iş sözleşmesi söz konusu olabilir. Hatta süreksiz bir işe (İK m.10) ilişkin olması bile mümkündür.

Akyiğit’e göre ise, eğer deneme süreli bir iş sözleşmesi söz konusu ise, bu durumda deneme süresi içinde makul olanı asıl işverenin işçiyi kendi işyerinde kendisine bağlı olarak istihdam etmesidir. Ama yine de, işçinin bir başka işverene ödünç olarak verilmesine hukuki bir engel bulunmamaktadır. Eğer işçi ödünç olarak gittiği işverenin yanında asıl işverene yükümlü olduğu işle aynı veya benzer bir işte çalışacaksa; deneme süresinin amacına uygun hareket edildiği sonucuna varılmalıdır. Aksi durumda yani farklı bir işte çalışması durumunda ise, deneme süresinin olumlu bir netice ile sona erdiği kabul edilmelidir. Ayrıca, işçinin ödünç verme süresi deneme süresini aşıyor ise, deneme süresinin yine olumlu olarak neticelendiği söylenebilecektir³¹⁸.

Diğer taraftan, 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamındaki gazeteciler ile 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında yer alan gemi adamları açısından da ödünç iş ilişkisi gündeme gelebilecektir. Ancak, adı geçen Kanunların kapsamına girenler için kurulacak

³¹⁵ Soyer, s.341; Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.88; Osman Güven Çankaya ve Şahin Çil, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Genişletilmiş 2.Basım, Ankara: YETKİN Yayınları, 2009, s.306; Türkmen, s.139.

³¹⁶ Soyer, s.342.

³¹⁷ Akyiğit, **Şerh**, s.374. Yazarın bizce de isabetli bir biçimde belirttiği üzere, böyle bir durumda BK m.320/2 hükmü uygulanmalıdır. Buna göre tarafların anlaşması veya halin gereğinden anlaşılıyorsa işveren işin görülmesini talep hakkını başka bir işverene devredebilecektir.

³¹⁸ Akyiğit, **Şerh**, s.375.

ödünç iş ilişkisinde, İş Kanunu madde 7 uygulama alanı bulmayacaktır. Zira anılan Kanunlarda İş Kanunun 7.maddesine herhangi bir atıfta bulunulmamıştır. Bu bakımdan böyle bir ödünç iş ilişkisinin İş Kanununda belirtilen sınırlamalara tabi olmayacağı savunulmaktadır³¹⁹. Buna göre, İş Kanununda belirtilen yazılı şekil ve yazılı izin şartı ile süre olarak ilişkinin kısıtlanması söz konusu olamayacaktır. Ne var ki, kanaatimizce İş Kanunundaki hükümde yer alan bazı sınırlamaların kıyasen bu tür ödünç iş ilişkilerine de uygulanması mümkündür. Ayrıca, üç tarafın iradelerinin açık ya da örtülü olarak ödünç iş ilişkisinin kurulması yönünde tecelli etmesi ve bu ilişkinin mutlaka geçici bir süreliğine tesisi gerekmektedir, yoksa taraflar arasında iş sözleşmesinin devri düşünülebilir³²⁰.

III. İŞÇİNİN ÖDÜNÇ OLARAK ÇALIŞMASINI ÖNGÖREN İŞVERENLER ARASINDAKİ SÖZLEŞMEYE İLİŞKİN KOŞUL

Ödünç iş ilişkisinin temelinde, işverenler arasında karşılıklı rızaları ile kurulması gereken ve işçinin iş görme borcunu yerine getirmesi bakımından, diğer işverene ödünç olarak geçici bir süreliğine gönderilmesini içeren bir sözleşme bulunmaktadır. İş Kanununun 7.maddesinin 2.fıkrasında “geçici iş ilişkisi.... yazılı olarak yapılır...” denilerek bu sözleşmeye atıf yapılmıştır³²¹. Bu sözleşmeye özellikle Alman Hukuku öğreti ve uygulamasında çeşitli isimler verildiği gözlemlenmektedir. Gerçekten Alman Hukukunda bu hususta birliğin olmadığı söylenebilecektir. Zira yasal düzenlemelerde “ödünç verme sözleşmesi”, “işçi verme sözleşmesi” gibi tabirlere rastlanırken, öğretide “hizmet temini/sağlama sözleşmesi” (Dienstverschaffungsvertrag) veya işçi temin/sağlama sözleşmesi” (Arbeiterverschaffungsvertrag) deyimleri yanı sıra “personel/işçi kirası” tabirleri de kullanılmaktadır³²². AB mevzuatında bu konuda hazırlanan Ancak, Yönerge halini almayan Taslaklarda ise, bu sözleşmeye “verme sözleşmesi” ve “ödünç işçi sözleşmesi” gibi isimler verilmiştir³²³.

³¹⁹ Çankaya/Çil, s.316.

³²⁰ Çankaya/Çil, s.316.

³²¹ Mollamahmutoğlu, s.278.

³²² Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.95.

³²³ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.95. Yazar yeni çalışmalarında da bu tabiri kullanmaktadır: bkz. Ercan Akyiğit, **İş Hukuku**, 8. Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.110.

Türk Hukukunda ise, 4857 sayılı İş Kanunu öncesinde ise öğretide Engin, bu sözleşmeyi “temlik sözleşmesi”³²⁴ olarak adlandırırken Akyiğit ise, “işçi verme sözleşmesi”³²⁵ tabirini tercih etmekteydi. Sonradan 4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte ödünç iş ilişkisinin yasal düzenlemesinde, bu sözleşmeye özel herhangi bir isim verilmemiştir sadece ilgili hükümde “işçinin geçici sözleşmesi” tabiri ile bu sözleşmenin belirtildiği kabul edilmelidir (İK m.7/4)³²⁶. Öğretide ise konuyu inceleyen yazarlar farklı isimlerle sözleşmeyi adlandırmaktadırlar. Caniklioğlu, bu sözleşmeyi Kanundaki ifade ile paralel biçimde “geçici işçi verme sözleşmesi” olarak adlandırmayı uygun bulmuştur³²⁷. Ulucan bu sözleşmeyi, “geçici iş ilişkisi sözleşmesi” olarak adlandırmıştır³²⁸. Aktay/Arıcı/Kaplan’a göre bu sözleşme “geçici iş görme sözleşmesidir”³²⁹. Odaman ise, “ödünç işçi sözleşmesi” tabirini tercih etmiştir³³⁰. Uçum, “geçici işçilik sözleşmesi” tabirini kullanmıştır³³¹. Serin, bu sözleşmeyi “ödünç verme sözleşmesi” olarak adlandırırken³³², Türkmen “işçi devri sözleşmesi”³³³; Uşen ise, “ödünç iş ilişkisi sözleşmesi” tabirini kullanmayı tercih etmiştir³³⁴. Biz ise çalışmamızda bu hukuki ilişkiyi tanımlamak için kullandığımız “ödünç iş ilişkisi” tabiri doğrultusunda, anılan sözleşmeyi “ödünç işçi verme sözleşmesi” olarak isimlendirmeyi tercih ediyoruz. Bu sözleşme genel olarak ise Akyiğit’in ifade ettiği gibi tanımlanabilir:

³²⁴ Murat Engin, **Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren**, İstanbul: BASİSEN Yayınları, Yayın No: 25, 1993, s.113. Yeni yasa döneminde ise, yazar “işçi temini sözleşmesi” tabirini kullanmaktadır; Engin, **Seminer**, s.20.

³²⁵ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.95.

³²⁶ Caniklioğlu, s.128. Yazar, bizce de isabetli olarak, bu tabirle işverenler arasında yapılan ve taraflar arasında ödünç olarak işçi verilmesin esaslarını düzenleyen sözleşmenin ifade edildiğini belirtmektedir. aynı görüşte Mollamahmutoğlu, s.276; aksi görüşte, Arslanoğlu, s.81. Yazara göre bu tabirle ödünç işçi ile onun asıl işvereni arasındaki mevcut iş sözleşmesi kastedilmektedir. Zira ödünç iş ilişkisinin niteliği itibarı ile ödünç işçi ile geçici işvereni arasında yapılmış bağımsız bir iş sözleşmesi mevcut değildir.

³²⁷ Caniklioğlu, s.126 dn.26’da: “...Biz, geçici iş ilişkisiyle bir işverenin diğer bir işverene geçici olarak bir işçi vermesi söz konusu olduğu için, aradaki sözleşmeyi “geçici işçi verme sözleşmesi” olarak adlandırmayı uygun buluyor, “geçici işçi temini sözleşmesi” ifadesinin ise, bu işin meslek olarak yapılmasını akla getirdiği için isabetli olmadığını düşünüyoruz.”, aynı tabiri tercih eden; Mollamahmutoğlu, s.276; Abdurrahman Benli ve Yusuf Yiğit, “**4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları**”, Kamu- İş Dergisi, C.8, S.4, 2006, s.12. Diğer taraftan öğretide “işçi temini sözleşmesini” tercih eden yazarlar da vardır; Engin, **Seminer**, s.20; Arslanoğlu, s.57.

³²⁸ Devrim Ulucan, (Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan), **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 4.Basım, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2010, s.116.

³²⁹ Aktay/Arıcı/Kaplan, s.101.

³³⁰ Odaman, s.94; Günay, s.64.

³³¹ Uçum, s.45.

³³² Serin, s.1069.

³³³ Türkmen, s.142.

³³⁴ Uşen, s.29.

*Bu sözleşmede ödünç veren, kendisine ait ve işe hazır bir işçiyi kararlaştırılan zaman süresince çalışmak üzere ödünç alanın emrine vermeyi üstlenmekte, ödünç alan da ödünç işçi vermenin türüne göre, buna karşılık bir ücret ödemeyi taahhüt etmiş olabileceği gibi böyle bir yükümü bulunmaması da mümkündür*³³⁵.

Gerçekten, ödünç işçi verme sözleşmesi, ödünç iş ilişkisinin türüne göre farklılık göstermekle beraber yukarıdaki tanımlama genel hatlarıyla bu sözleşmeyi ortaya koymaktadır. Bilindiği üzere, İş Kanunu madde 7 kapsamında basit ödünç iş ilişkisi düzenlenmiş, meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisine İş Kanununda yer verilmemiştir. Anılan hükümde ödünç işçi verme sözleşmesinden, “işçinin geçici sözleşmesi” olarak bahsedilmiş ve yazılı biçimde yapılması gerektiği üzerinde durulmuştur (İK m.7/4). İlgili hükümde mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisine yer verilmediğinden dolayısıyla bu hükümde yer alan ve işverenler arasında düzenlenmesi gereken sözleşmenin basit ödünç iş ilişkisine yönelik olduğu şüphesizdir³³⁶.

Ödünç işçi verme sözleşmesi ilgili hüküm uyarınca yazılı bir biçimde yapılmalıdır (İK m.7/2)³³⁷. Yasa koyucu herhangi bir suiistimali engellemek ve zayıf olan işçi tarafını hukuki açıdan güvence altına almak için bu sözleşmenin yazılı yapılmasını öngörmüştür³³⁸. Bize göre, sözleşmenin yazılı bir biçimde yapılması geçerlilik koşuludur³³⁹. Zira Kanunda aksi belirtilmediği takdirde Kanunun öngördüğü şekil geçerlilik şartıdır (Bk m.11/2). Diğer taraftan, sözleşmenin adi yazılı biçimde kurulması kanunen yeterlidir. Yazılı olarak yapılan bu sözleşme en fazla altı aylık bir ödünce yönelik kurulabilir. Ancak, gerekli görülürse işçinin yazılı rızası ile birlikte en fazla iki defa daha yenilenebilecektir (İK m.7/2). Görüldüğü üzere, yasa koyucu bu sözleşmeyi belirli bir süreyle sınırlamıştır. Bundan dolayı bu sözleşmede ödünç iş

³³⁵ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.95.

³³⁶ Caniklioğlu, s.128

³³⁷ Oysaki Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan Tasarıda, böyle bir şart getirilmemiştir. MESS, **Tasarı**, s.73.

³³⁸ Odaman, s.58.

³³⁹ Mollamahmutoğlu, s.277; Arslanoğlu, s.60; aksi görüşte Çankaya/Çil, s.307’da; “*Düşüncemize göre yazılı olarak yapılmamış olması geçerlilik şartı değildir. Ancak, üç tarafı olan bir hukuki ilişkide, yazılı olmayan hallerde ispatın çok esaslı delillere dayandırılması gerekir. Özellikle işçinin rızasının varlığının ikrar ile kanıtlanması gerekir. Geçici iş ilişkisinin yazılı olarak yapılmaması halinde ispat sorununu çözümlerken üç tarafında beyanları dikkate alınmalı, bir tarafın aleyhine önemli sonuçlar doğuruyorsa bunun delilleri titizlikle incelenmelidir.*”

ilişkisinin süresi belirtilmelidir³⁴⁰. Ancak, kanaatimizce eğer süre belirtilmemişse bu sözleşmenin geçersizliği olarak yorumlanmamalı, Kanunda yer alan altı aylık süre için yapıldığı kabul edilmelidir³⁴¹.

Bu sözleşme ödünç olarak verilmesi düşünülen işçinin işvereni ile onu yanında geçici bir süreliğine ödünç olarak çalıştırmayı isteyen diğer bir işveren arasında kurulur³⁴². Ancak, öğretide Ulucan bu sözleşmenin ödünç işçi ile birlikte, üç taraflı olduğu görüşündedir³⁴³. Kanaatimizce de, bu sözleşmenin işçinin asıl işvereni ile onu ödünç olarak çalıştırmak isteyen bir başka işverenle kurulduğunun kabulü gerekir. Her ne kadar yasa koyucu işçinin yazılı rızasını kanunen geçerli bir ödünç iş ilişkisinin kurulması için şart koşmuş ise de, bu sözleşmenin kurulması için işçinin onayına gerek bulunmamaktadır. Zira bu sözleşme ile sadece işçiyi ödünç vermeyi taahhüt eden işveren, diğer işverene karşı borç altına girmektedir. İşçinin onayının bu sözleşmenin kurulmasından sonraki bir aşamada alınması, ödünç iş ilişkisinin geçerli bir biçimde kurulması için gereklidir. İşçinin onayının sonradan alınamaması sonuçlarından, bizzat işverenin kendisinin bu sözleşme çerçevesinde diğer işverene karşı sözleşmesel sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Bu sözleşme iki işverenin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur (BK m.1) ve geçerliliği genel olarak Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir³⁴⁴. Dolayısıyla uygun düştüğü ölçüde Borçlar Kanunu hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, taraflar bu sözleşmeyi geciktirici şarta bağlı olarak kurabilir,³⁴⁵ cezai şart öngörebilirler. Bu sözleşmenin içeriğini belirlemede taraflar serbestiye sahiptirler. Bu sözleşmede taraflar arasındaki ödünç işçi verilmesine dair düzenlemelerin yanı sıra ödünç işçiye ait hak ve yükümlülükler de yer alabilir. Bu sözleşme ile birlikte ödünç veren işveren, diğer işverene karşı kendine ait bir işçinin sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca çalışmak üzere ödünç alan işverenin emrine

³⁴⁰ Serin, s.1069; Benli/Yiğit, s.13.

³⁴¹ Mollamahmutoğlu, s.280; Benli/Yiğit, s.13.

³⁴² Akyiğit, **Şerh**, s.377; Caniklioğlu, s.128; Ekmekçi, s.103; Serin, s.1069; Arslanoğlu, s.60; Odaman, s.93.

³⁴³ Ulucan, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.116.

³⁴⁴ Serin, s.1069.

³⁴⁵ Arslanoğlu, s.62. Yazar bizce de isabetli olarak işçinin rızasının alınması şartına bağlı olarak “ödünç işçi verme sözleşmesi” kurulmasının, yükümlülük altına giren ödünç veren işverenin zarara uğramasını engelleyici bir yöntem olabileceğini belirtmektedir.

vermeyi taahhüt etmektedir. Bu kapsamda taraflar ismen belirli bir işçinin veya sözleşmede aranan özellikleri taşıyan herhangi bir işçinin (örneğin belirli bir mesleki uzmanlık, yaş sınırı gibi) verilmesi hususunu belirlemekte serbestîye sahiptirler³⁴⁶. Eğer, taraflar sözleşmede ödünç iş ilişkisine konu olacak işçinin niteliklerini özel olarak belirlememiş iseler, ödünç veren işverenin ortalama bir işçiyi ödünç olarak verme borcu altına girdiği kabul edilmelidir³⁴⁷. Bu yönüyle ödünç veren işveren bir “nevi borcu” altına girmektedir³⁴⁸.

Bunun dışında ödünç alan işverene, memnun kalmadığı işçinin bir başkasıyla değiştirilmesini talep hakkı da sözleşmede kararlaştırılabilir³⁴⁹. Hatta kanaatimizce bu hususa ilişkin taraflar ödünç işçi verme sözleşmesinde işçinin seçimine yönelik olarak seçimlik hak veren bir düzenleme de kararlaştırabilirler. Ödünç işçi verme sözleşmesinin birden fazla işçiyi içerir bir biçimde kurulmasında bize göre yasal bir engel bulunmamaktadır³⁵⁰. Ne var ki, öğretilde bazı yazarlar aksi görüştedir³⁵¹. Böyle bir olasılık, her bir işçi için ayrı bir ödünç iş ilişkisinin mevcut olduğunun kabulü ile kanımızca çelişmemektedir.

Ödünç işçi verme sözleşmesinde, işçinin çalışacağı işin niteliği ile çalışacağı işyeri de belirtilmelidir. Zira ödünç iş ilişkisinde, işçinin belli ve geçici bir süre ile başka bir işverenin yanında çalışması söz konusudur. Bu bakımdan, söz konusu sözleşmede bu tür hususların açık olarak belirlenmesi gerekir. Özellikle, işçinin eğer aynı grup içinde bir şirkete gönderilecekse yapmakta olduğu işten farklı bir işte ödünç olarak çalışması kanunen mümkün olduğu göz önüne alındığında (İK m.7/1), ödünç işçinin çalışacağı işin türü de açıkça belirlenmelidir. Ayrıca, ödünç iş ilişkisi esasen

³⁴⁶ Akyiğit, **Şerh**, s.377; Odaman, s.95.

³⁴⁷ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.97; Odaman, s.95.

³⁴⁸ Türkmen, s.143.

³⁴⁹ Akyiğit, **Şerh**, s.378. Ayrıca öğretilde bazı yazarlar, ödünç veren işverenin de sözleşmede böyle bir hakkın öngörülmemesi halinde bile daha önce gönderdiği işçiyi çağırıp bir başkasını gönderebileceği görüşündedir: Odaman, s.95; İbrahim Aydın, **İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s.190. Ancak, Akyiğit’e göre, böyle bir koşul sözleşmeden çıkarılamıyor ise, ödünç veren işverenin gönderdiği işçiyi geri çağırması ve başka bir işçiyi göndermesi mümkün görülmemelidir. Bkz.Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.100.

³⁵⁰ Arslanoğlu, s.67; Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.210.

³⁵¹ Ulucan, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.116’da; “...*Bu nedenlerle geçici iş ilişkisinin kurulması bireysel bir işlemdir ve niteliği gereği topluca uygulama alanı bulmaz, geçici iş ilişkisi kurabilmek için her işçi ile ayrı sözleşme yapılması gerekir.*” ; Odaman s.85

işçinin diğer işveren yanında tam süre ile ödünç olarak çalışmasına dayanmakla beraber, sözleşmede işçinin kısmi süreli çalışma veya çağrı üzerine çalışma biçiminde de ödünç olarak verilmesi öngörülebilir³⁵². Bu bakımdan bu hususa ilişkin, ilerideki muhtemel uyuşmazlıkların önlenmesi açısından, ödünç iş ve işyerine ilişkin bilgilerin ödünç işçi verme sözleşmesinde yer alması gerektiği kanaatindeyiz. Daha önce de belirttiğimiz üzere, söz konusu sözleşmede, tarafların ekonomik bir menfaat karşılığında (ücret gibi), işçinin ödünç olarak verilmesini kararlaştırabilmeleri konusunda öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, basit ödünç iş ilişkisi anlamında bu ilişkinin karşılıksız olması gerekmektedir³⁵³. Bizim de katıldığımız, diğer bir görüşe göre ise, bu hususa yönelik hukuki bir engel bulunmamaktadır³⁵⁴.

IV. İŞÇİNİN GEÇİCİ OLARAK ÇALIŞACAĞI İŞE İLİŞKİN KOŞUL

İş Kanunda, ödünç iş ilişkisinin kurulmasına yönelik bazı sınırlamalar getirilmiştir. Yasa koyucu, kural olarak, ödünç işçinin ödünç olarak verileceği işin yapmakta olduğu işle benzer olmasını şart koşmuş, ayrıca bu hükmün istisnasını da öngörmüştür. Buna göre, eğer işçi holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerine ödünç olarak veriliyor ise, o takdirde ödünç olarak çalışacağı işin asıl işi ile benzer olmasına gerek bulunmamaktadır (İK m.7/1)³⁵⁵.

Öncelikle, ilk olasılıkla yani işçinin halihazırda yapmakta olduğu iş ile benzer olan bir işe ödünç olarak verilmesi şartını irdeleyecek olursak, bu hususa ilişkin öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, yasa koyucunun “benzer işlere” yönelik olarak, işçinin ödünç olarak çalışılabileceğini düzenlemesi yerinde olmuştur³⁵⁶. Bu görüşe göre, iş hayatında sıkça rastlanan muvazaalı alt işverenlik uygulamasının benzeri bir örneğinin ödünç iş ilişkisinde yaşanmasının önüne geçilmek istenmiştir³⁵⁷. Keza

³⁵² Tuncay, **Sempozyum**, s.127; Ömer Ekmekçi, “4857 sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi” **LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 2, Nisan-Mayıs-Haziran, 2004, s.372; Serin, s.1074.

³⁵³ Odaman, s.24.

³⁵⁴ Akyiğit, **Şerh**, s.39; Serin, s.1069;

³⁵⁵ Mollamahmutoğlu, s.277; Şakar, s.71; Ekmekçi, s.106; Odaman, s.20.

³⁵⁶ Çankaya/Çil, s.309.

³⁵⁷ Çankaya/Çil, s.309; Odaman, s.21.

ödünç iş ilişkisinin meslek edinilmiş bir biçimde yapılmasının da yasa koyucu tarafından bu sınırlama ile önlenmek istendiği de düşünülebilir³⁵⁸.

Bizimde katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, benzer işlerde çalışma koşulu uygulamada birçok uyuşmazlıklara sebep olabilecek bir anlam içermektedir. Öncelikle, bu ifade ile birlikte ödünç iş ilişkisinin kapsamı bir hayli genişletilmiş olmaktadır. Böylece, işçilerin ödünç olarak değişik işverenler yanında değişik bölgelerde çalışmasının yolu açılmış olmaktadır³⁵⁹. Bu durum ise, zaten suiistimallere yol açabilecek olan bu hukuki kurumun, bir hayli tartışmalı hale gelmesine yol açmıştır. Gerçekten, her ne kadar meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi düzenlenmemiş olsa da, bu hüküm ile kötü niyetli işverenlerin emek ticaretine başvurmalarını cesaretlendiren bir tutum almalarının önü açılmıştır. Şöyle ki, işverenler bu hükümdeki genişlikten yararlanarak, işçilerini çeşitli sebepler ile başka bir işverene ödünç olarak gönderebileceklerdir. Hatta, kötü niyetli işverenlerin, işçilerini cezalandırmak maksadıyla, mevcut işyerine uzak olan başka bölgelerdeki işverenlerin yanına ödünç olarak göndermesi de imkan dahilindedir. Hâlbuki kanaatimizce, işçilerin ödünç olarak gönderilmesi münhasıran holding veya aynı şirketler topluluğu içerisinde ödünç olarak verilmeleri ile sınırlı kalmalıydı. Böylece, ödünç iş ilişkisinin kapsamı dar tutularak, bu yöndeki suiistimaller engellenmiş olacaktı.

Diğer taraftan, benzer iş ifadesi açıklıktan uzaktır³⁶⁰. Gerçekten, benzer iş ifadesinin neyi içerdiği sorusunun cevabının çözümü basit değildir. Arslanoğlu tarafından verilen bir örneğe göre, eğer işçi bilgisayar uzmanı olarak çalışıyor ise, madde hükmü doğrultusunda bir bilgisayar fabrikasına ödünç olarak verilmesi mümkün olabilecektir. Yazar ayrıca, iş kolu esasının kıstas alınmasının yararlı olabileceğini anacak net uygulamanın yargı kararlarından oluşan içtihatlar sayesinde sağlanabileceğini eklemektedir³⁶¹. Çankaya/Çil ise bu hükmün öncelikle dar bir biçimde yorumlanmaması gerektiğini belirtmektedir. Bu bakımdan işçinin sürekli olmamak kaydı ile benzer işler dışında da ödünç olarak verilmesi mümkün görülmelidir. Ayrıca, işçinin asıl işverenin yanında yaptığı ve sonradan geçici işverenin yanında yapacağı işin

³⁵⁸ Ekmekçi, s.106.

³⁵⁹ Şakar, **İş Kanunu Yorumu**, s.143.

³⁶⁰ Arslanoğlu, s.82.

³⁶¹ Arslanoğlu, s.82.

içeriği iyi belirlenmeli ve bu hususa yönelik her türlü delil dikkate alınmalıdır³⁶². Odaman bu hususta ödünç işçinin, kendisiyle aynı kategoride olan geçici işverenin kendi işçilerinin yapmak zorunda bulundukları işi yapmasının beklenmesinin yol gösterici bir kıstas olduğu görüşündedir³⁶³.

Ekmekçi ise, benzerlik ifadesinin somut olayın özellikleri çerçevesinde yasa dışı işçi temininin önlenmesi amacına yönelik olarak yorumlanması gerektiği kanaatindedir. Dolayısıyla, asıl işverenin yanında gerçek bir çalışması olan bir işçinin, bir başka işverenin yanında fiilen çalışmak üzere verilmesinde bu amacın gerçekleştiği kabul edilmelidir. Aksine bir yorum kanuna aykırı bir sınırlama teşkil edecektir. Ayrıca, ödünç iş ilişkisinin işten çıkarılması söz konusu olan işçilerin ödünç olarak verilmesi vasıtasıyla, feshin önlenmesine hizmet eden bir işlevi bulunmaktadır. Böyle bir yorum tarzı ise, ödünç iş ilişkisinin feshe karşı koruma sağlayan işlevini zayıflatacaktır³⁶⁴.

Holding veya aynı şirketler topluluğunda çalışan işçinin aynı holding veya topluluk içinde olmak kaydı ile başka bir işyerine ödünç olarak verilmesi halinde ise yukarıda zikredilen benzer iş sınırlamasının olmayacağı ilgili hükümdeki ifadeden çıkarılmaktadır³⁶⁵. Öğretide Serin holding veya aynı topluluk içinde ödünç verilme halinde benzer iş sınırlamasının yasa koyucu tarafından tercih edilmemesinin yerinde olmadığı görüşündedir³⁶⁶. Belki de, yasa koyucunun bu tür ödünç iş ilişkisine yönelik olarak söz konusu sınırlamayı uygun görmemesi, bu tür ödünçlerin amacının farklılığı ile açıklanabilir. İş hayatında sıkça özellikle holding içi ödünç verilmesine rastlanılmaktadır. Özellikle işçilerin değişik pozisyonlarda görev alması ile birlikte deneyim kazanması ve şirketler arası koordinasyon hedeflenmektedir. İş Kanunu gerekçesinde, vasıflı işgücünü karşılama veya üst kademe yöneticilerinin yetiştirilmesine yönelik olarak, aynı şirket topluluğu veya holding içinde işçinin ödünç olarak verilmesinin yaygın olduğuna dikkat çekilmektedir³⁶⁷. Bu bakımdan aralarında sermaye yapısı ve yönetim alanında benzerlikleri olan ve ortak bir hedef doğrultusunda

³⁶² Çankaya/Çil, s.310.

³⁶³ Odaman, s.105.

³⁶⁴ Ekmekçi, s.106.

³⁶⁵ Mollamahmutoğlu, s.277

³⁶⁶ Serin, s.1073.

³⁶⁷ TİSK, **Gerekçe**, s.84.

faaliyet gösteren bu gibi oluşumlarda, işçinin bu oluşum bünyesinde farklı bir şirkete ödünç olarak verilmesinin esaslarının düzenlenmesinin son derece yararlı olduğu söylenebilecektir³⁶⁸.

Hükümde yer alan holding ve aynı şirketler topluluğu olarak tabir edilen oluşumlardan ne anlaşılması gerektiği ise, Türk Ticaret Kanunu kapsamında ele alınabilecek bir husustur. Holding hukuki bir terimdir. Uygulamada tröst, konzern, kartel gibi diğer ifadeler de kullanılmaktadır. Bu tabirle pazarlama, hammadde sağlanması gibi hususlara yönelik birleşmeler ifade edilmektedir. Ülkemizde genellikle anonim ortaklıklar alanında rastlanmaktadır. Bu ortaklıklarda hâkim olan bir ana ortaklık ve hâkimiyet altında bulunan bir veya birden fazla yavru ortaklık bulunmaktadır. Ana ortaklık ile diğerleri ayrı birer tüzel kişilik olarak teşekkül etmektedirler³⁶⁹. Türk Ticaret Kanununda holding şirketler, gayesi esas olarak başka işletmelere iştirak olan şirketler olarak tanımlanmıştır (TTK m.466/3). Söz konusu holding şirketler faaliyet konusu itibariyle başka şirketlerin hisselerine iştirak eden şirketler olmaktadır ancak faaliyet konusunun sadece başka şirketlere iştirak etmekle sınırlı kalmaması da mümkündür³⁷⁰. Ana ortaklığın diğer yavru ortaklığın hisselerine sahip olması ve/veya yönetim kurulunda kendine tabi olan yöneticiler bulundurması holding ilişkisi olarak nitelenmektedir³⁷¹.

Ödünç iş ilişkisinde ise ayrı tüzel kişiliğe sahip holding şirketin kendi işçisini holding bünyesi içinde başka bir şirkete geçici olarak verebilmesi için holding şirketin faaliyet alanının ya sadece başka şirketlere iştiraktan ibaret olması veya ödünç iş ilişkisi kuracağı şirketin hisselerinin çoğunluğuna sahip olması gerekir. Keza holding bünyesinde bulunan iki şirketin ödünç iş ilişkisi kurması durumunda da holding üst yapısının her iki şirketin üst yönetimine sahip olacak biçimde hisse çoğunluğuna sahip olması gerekir³⁷².

³⁶⁸ Çankaya/Çil, s.309.

³⁶⁹ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Güncelleştirilmiş 12. Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s.234-235.

³⁷⁰ Arslanoğlu, s.75.

³⁷¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.234.

³⁷² Arslanoğlu, s.75.

Aynı şirketler topluluğu ise, hem yönetim ve işleyiş hem de sermayenin kullanılması açısından birbiriyle bağlantılı ve her biri farklı tüzel kişiliklere sahip şirketleri ifade etmektedir³⁷³.

Öğretide bu konuyla ilgili olarak tartışılan bir hususa değinilmesinde yarar bulunmaktadır. İlgili hükümde yukarıda bahsettiğimiz üzere, ödünç işçinin daha önceden çalıştığı iş ile tamamen ayrı bir işe yönelik olarak ödünç verilmesi aynı holding veya bağlı şirket topluluğuna yönelik olarak kanunen uygun bulunmuştur (İK m.7/1). Böyle bir durumda, ödünç işçinin bağtlandığı iş sözleşmesi kapsamında üstlendiği işten tamamen farklı bir işte çalışması söz konusu olacaktır. Öğretide bizimde katıldığımız görüşe göre, ödünç işçinin holding bünyesinde veya aynı topluluk içinde ödünç verilmesi halinde, eğer öncekinden farklı bir işi yapacak ise İş Kanunu madde 22 çerçevesinde ayrıca yazılı onayının alınması gerekmektedir³⁷⁴. Gerçekten geçici bir süreliğine de olsa işçinin yapacağı işin değişikliğe uğraması iş sözleşmesinde esaslı bir değişiklik olarak görülmelidir.

V. İŞÇİNİN ONAYINA İLİŞKİN KOŞUL

Ödünç iş ilişkisinin geçerli bir biçimde kurulabilmesi için ödünç verilmek istenen işçinin onayı şarttır³⁷⁵. Zira ödünç iş ilişkisi üç taraflı bir hukuki ilişkidir ve işverenlerin bu hukuki işleme ilişkin iradeleri yanında işçinin de fiili anlamda rızası alınmalıdır. Ödünç iş ilişkisi yasal düzenlemeye kavuşmadan önce, konuyu inceleyen yazarlar işçinin onayının alınmasını gerekli görmüşlerdir³⁷⁶. O dönemde Ekonomi'nin belirttiği üzere, işçinin kendi işvereni haricinde başka bir işveren yanında çalıştırılması halin icabı olarak görülemeyeceğinden (BK m.320), işçinin mutlaka bu ilişkiye yönelik onayı alınmalıdır³⁷⁷. 4857 sayılı İş Kanununda bu esas açıklığa kavuşturulmuş ve geçerli bir ödünç iş ilişkisi kurulabilmesi için işçinin “devir sırasında yazılı onayının

³⁷³ Arslanoğlu, s.75.

³⁷⁴ Mollamahmutoğlu, s.278; Caniklioğlu, s.131; Odaman, s.252.

³⁷⁵ Soyer, s.342; Ekonomi, s.190; Şakar, **İş Kanunu Yorumu**, s.141; Akyiğit, **Şerh**, s.376; Mollamahmutoğlu, s.276.

³⁷⁶ Soyer, s.342; Ekonomi, s.190; Engin, **Ödünç**, s.342.

³⁷⁷ Ekonomi, s.190.

alınması” (İK m.7/1) yasa koyucu tarafından şart görülmüştür.³⁷⁸. Kanundaki devir ifadesi, işçinin veya iş sözleşmesinin başka bir işverene devri olarak düşünülmemelidir. Buradaki devir sözü ile birlikte, ödünç işçiyi istihdam eden asıl işverenin, işi talep hakkını diğer bir işverene temlik etmesi ifade edilmiştir³⁷⁹.

Görüldüğü üzere, yasa koyucu işverene, işçinin rızası alınmaksızın, ödünç iş ilişkisine başvurabilme olanağı tanımamıştır. İşçi işverenin ödünç iş teklifini kabul etmezse, işveren işçinin iş sözleşmesini bu açıdan haklı veya geçerli nedene dayanarak, fesih yoluna başvuramayacaktır³⁸⁰. Nitekim Yüksek Mahkeme de kararlarında bu hususu vurgulamaktadır³⁸¹. Ayrıca, işçi öneriyi kabul etmezse, işverenin onu ödünç olarak çalışmaya zorlaması durumu ortaya çıkabilir. Böyle bir olasılıkta işçi çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle (İK m.24/II-f) iş sözleşmesini derhal fesih imkânına sahiptir³⁸². Bunun yanı sıra işverenin, böyle bir uygulamada ısrar etmesi veya örneğin işçinin çalışmak için işyerine sokulmaması gibi zorlayıcı yöntemlere başvurması duruma göre işveren tarafından işçinin iş sözleşmesini haksız bir biçimde fesih edildiği sonucunu doğurabilir³⁸³.Yüksek Mahkemenin bu görüş doğrultusunda kararları mevcuttur³⁸⁴. Ancak, öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, fiili

³⁷⁸ İşçinin holding bünyesinde ya da aynı gruba ait şirketlerden birinden diğerine geçici olarak gönderilmesi, Ancak, devir anında işçinin rızasının alınması ile mümkün olabilir. İşverence işçinin başka bir işverene ait işyerinde daimi olarak görevlendirme yönündeki irade açıklaması ise, hizmet akdi devrini sağlamaya yönelik bir girişim olarak ele alınmalıdır. Gerek geçici iş ilişkisinde, gerek hizmet akdi devrinde işçinin rızası olmaksızın belirtilen üçlü ilişkilerin kurulması mümkün olmaz. **Y.9HD, 26.12.2006, 2006/30168 E., 2006/34624 K.**, Şakar, **İş Kanunu Yorumu**, s.154.

³⁷⁹ Fevzi Şahlanan, “**Genel Hükümler ve Temel Kavramlar**”, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na ilişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı içinde (25-38) İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003, s.38; Ulucan,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.116; Caniklioğlu, s.126.

³⁸⁰ Ekmekçi, **Hükümler**, s.371, Ulucan,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.116; Arslanoğlu, s.62; Serin, s.1073; Benli/Yiğit, s.10.

³⁸¹ Gerek geçici iş ilişkisinde, gerek hizmet akdinin devrinde işçinin rızası olmaksızın belirtilen üçlü ilişkilerin kurulması mümkün olmaz. Somut olayda davacı işçi diğer işverene ait işyerinde görevlendirmeyi kabul etmemiş ve iş sözleşmesi bu nedenle işverence feshedilmiştir. İşçinin geçici iş ilişkisi veya hizmet akdi devrine zorlanması düşünülemeyeceğine göre işverence yapılan feshin haklı bir nedene dayanmadığı sonucuna varılmalıdır. **Y.9HD, 26.12.2006, 2006/30168 E., 2006/34624 K.**, Akyiğit, **Şerh**, s.423.

³⁸² Çankaya/Çil, s.308; Akyiğit, **Şerh**, s.375.

³⁸³ Çankaya/Çil, s.308.

³⁸⁴ Davacının davalıya ait turistik tesis işyerinde 01.01.1991 tarihinden 1995 yılı başına kadar çalıştığı bu çalışması devam ederken davalı işveren tarafından bir başka şirkete ait işe verilmek istendiği, davacının ise eski işyerinde çalışmayı sürdürdüğü böylece davalı tarafından iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. İş Hukukunda işverenin kendisine ait olmayan bir başka işyerine işçiyi nakil yetkisi yoktur, işverenin bu tür eylemi haksız fesih niteliğindedir. Bu durumda haksız fesih nedeni ile davacı işçi ihbar ve kıdem tazminatı ile birlikte gerçekleşen yıllık ücretli izin parasına da hak kazanır. Yazılı şeklide

uygulamalarda işçinin işini kaybetme korkusu ile, ödünç olarak verilmeye rıza vermemesi bir hayli zor gözükmemektedir³⁸⁵. Gerçekten her ne kadar ülkemizde, haksız veya geçersiz fesih halinde işçinin işe iade prosedürü bulunmasına rağmen, bu sistemin tüm işçileri kapsamaması ve beklenen caydırıcılıktan uzak olması nedeniyle, işçiler genellikle işverenlerin haksız uygulamalarına tahammül göstermektedir. Bu durumun, işsizliğin büyük bir sorun olduğu ülkemizde, bir hayli vahim bir hal aldığı gözlemlenmektedir.

Diğer taraftan öğretide Arslanoğlu, işverenlerin ileride ödünç işçinin onayının bulunmaması nedeni ile ödünç iş ilişkisinin kurulamaması ihtimaline karşın, işverenlerin ödünç işçi verme sözleşmesinin hüküm doğurmasını ödünç olarak verilmek istenen işçinin onayı şeklinde bir geciktirici şarta bağlanmasını önermektedir. Böylece, işverenlerin bu onayın elde edilmemesinden doğabilecek zararları önlenmiş olabilecektir³⁸⁶.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, ödünç iş ilişkisi işçinin rızası olmadan kurulamaz. Bu bakımdan, eğer işveren işçiyi ödünç olarak başka bir işverene göndermekte ısrar ederse somut olayın özelliklerine göre durum işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik (İK m.22) veya işverenin feshi olarak kabul edilmelidir³⁸⁷. Şöyle ki, bilindiği üzere Türk Hukuk sisteminde işverenin iş güvencesine tabi olan bir işçiyi çıkarması için geçerli veya haklı bir neden dayanması zorunluluğu getirilmiştir (İK m.18). Yasa koyucu belirsiz süre ile çalışan işçilerin eskiden olduğu gibi nedensiz bir biçimde iş sözleşmelerinin sonlandırılmasını önlemek istemiştir. Ancak, işverenlerin çoğu zaman zorunluluklardan dolayı da işçi çıkarmaya başvurdukları bilinen bir gerçektir. Böyle bir olasılık halinde ödünç iş ilişkisine başvurulması işveren tarafından iş sözleşmesinin devam etmesi için alınacak bir tedbir halini alabilir. Diğer bir deyişle ödünç iş ilişkisi kimi zaman, iş güvencesi sisteminin temelini teşkil eden “feshin son çare olması (ultima ratio)” ilkesinin uygulanmasını sağlayan araçlardan biridir. Feshin son çare olması (ultima ratio) ilkesi, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için,

bu isteklerin reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir. **Y.9HD, 07.07.1997, 1997/10276 E., 1997/13882 K.**, Akyiğit, **Şerh**, s.410.

³⁸⁵ Şakar, s.71; aynı yazar, **İş Kanunu Yorumu**, s.143.

³⁸⁶ Arslanoğlu, s.62.

³⁸⁷ Çankaya/Çil, s.308.

işçinin daha kötü koşullarda da olsa çalıştırılabilme olanağının kalmamasını, bu nedenle son çare olarak fesih yoluna başvurulmasını ifade eder³⁸⁸.

İş Kanununun ilgili madde gerekçesinde son çare ilkesinin uygulanması bağlamında feshe alternatif önlemlere örnek olarak, fazla çalışmaların kaldırılması, işçinin rızası ile çalışma süresinin kısaltılması ve bunun için mümkün olduğunca esnek çalışma ilişkilerinin getirilmesi önerilmektedir³⁸⁹. Eğer işveren böyle bir durumda işçiye geçici olarak ödünç olarak çalışmasını önermiş ancak, işçi bu öneriyi kabul etmemiş ise işveren, İK m.22 uyarınca sözleşmenin feshi yoluna gidebilir. Anılan hükme göre, işçi işverenin esaslı değişiklik önerisini altı işgünü içinde yazılı olarak kabul etmez ise işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenini olduğunu yazılı olarak açıklamak suretiyle, bildirim sürelerine uyarak iş sözleşmesini feshedebilecektir (İK m.22).

İşveren işçinin ödünç olarak gönderilmesini istemekte makul ve objektif bir neden gösterebilirse, yapılacak değişiklik feshi geçerli hale gelebilecektir³⁹⁰. Yüksek Mahkemenin bir kararında, işverenin bu prosedüre uygun hareket etmeden yaptığı fesih geçersiz sayılmıştır³⁹¹.

³⁸⁸ Başterzi, s.58.

³⁸⁹ TISK, **Gerekçe**, s.93.

³⁹⁰ Süzek, s.624. Bu hususta Ulucan,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.116’da: “Örneğin, iş sözleşmesi ile çalışan bir avukatın bir dönem yoğun olan davaların sona ermesi ile iş konusu kalmadığı için geçerli nedenle iş sözleşmesi feshedilecek iken, ileride başka davalarla karşılaşma olasılığı olan işveren fesih yoluna gitmek yerine, avukata geçici iş ilişkisi kurarak başka bir işverenin yanında çalışmayı önerebilir. İşçi konumundaki avukat bu öneriyi kabul etmez ise bu bir fesih nedeni olmaz. Ancak, işveren gerçekten davaların tamamlanması nedeni ile artık bir avukata gereksinimi kalmadığını kanıtlarsa geçerli bir fesih nedeninin varlığını kabul etmek gerekir.”

³⁹¹ İşçinin başka bir işveren yanında çalıştırılmasını öngören 4857 sayılı İş Kanunu’nun 7.maddesi uyarınca geçici iş ilişkisinde, keza hizmet akdi devrinde işçinin rızası aranmaktadır. Aynı yasanın 22.maddesi uyarınca çalışma şartlarında esaslı değişiklik, yazılı yapılmak şartı ile işçinin kabulüne bağlı tutulmuştur. Ayrıca, yasanın 92/son maddesinde, iş müfettişlerince tutulan tutanakların aksi sabit oluncaya kadar geçerli olacağı belirtilmiştir. Somut olayda, davalı işveren işçisi olarak zabıta hizmetinde çalışan işini alan diğer bir şirket işçisi olarak Belediye işyerinde çalışması istenmiştir. Bu değişiklik çalışma koşullarında esaslı değişikliktir. Yazılı yapılmadığından ve davacının kabulü olmadığından 4857 sayılı İş Kanunu’nun 22.maddesine aykırı bir işlem söz konusudur. Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre, davacının devamsızlık yapmadığı, çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmediği, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiği ve feshin belirtilen gerekçelerle geçersiz nedene dayandığı anlaşıldığından davanın kabulü gerekir. Yazılı şekilde reddi hatalı bulunmuştur. **Y.9HD, 12.0.2007, 2006/35805 E., 2007/6303 K., Çankaya/Çil, s.347.**

Onay konusuna yönelik diğer önemli husus ise, işçinin onayının ne zaman alınması gerektiğidir. Ödünç iş ilişkisinin yasal düzenlemeye kavuşmasından önce, öğretide işçinin ödünce yönelik rızasının önceden veya sonrasında iş sözleşmesinde genel bir iş koşulu olarak yer alabileceği belirtilmekteydi³⁹². 4857 sayılı İş Kanunu ise daha farklı bir düzenlemeyi esas almıştır. Buna göre, ilgili hükümdeki açık ifade hiçbir şüpheye yer bırakmayacak biçimde bu iznin “devir sırasında” (İK m.7/1) alınmasını öngörmektedir. Dolayısıyla bu yasal düzenlemeden önce öğretide ödünç iş ilişkisinde işçinin ödünce yönelik rızasının önceden örneğin iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile alınabileceği yönündeki görüş³⁹³, bu yeni yasal düzenleme karşısında geçerliliğini kaybetmiştir. Bu bakımdan, işçinin onayının ödünç iş ilişkisinin kurulması aşamasından önce alınması halinde bu onay geçersizdir³⁹⁴.

Yüksek Mahkeme de Kanundaki düzenleme doğrultusunda rızanın önceden alınmasını yeterli bulmamaktadır³⁹⁵. Gerçekten işçinin belirsiz bir süre için ve bilinmeyen bir ödünç alan işveren yanında çalışmak için baştan ödünç iş ilişkisine izin vermesi makul gözükmemektedir. Dolayısıyla işçi önüne gelen ödünç iş önerisine rızasını münferiden sırf bu ödünç önerisine yönelik yazılı biçimde açıklamalıdır³⁹⁶. Diğer taraftan öğretide bizimde katıldığımız görüş doğrultusunda bu ilişkinin sözlü onay ile kurulmuş olması veya önceden işçinin onayı bulunmaksızın kurulması halinde

³⁹² Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.90.

³⁹³ Akyiğit, **Şerh**, s.375.

³⁹⁴ Ulucan, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.116; Aktay/Arıcı/Kaplan, s.100; Şakar, s.71; Uçum, s.45; Süzek, 257; Tuncay, **Sempozyum**, s.138; Ekmekçi, s.107; Çankaya/Çil, s.307.; Emin Zeytinoğlu, **“Türk İş Hukukunda Geçici İş İlişkisi”**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, Nisan 2004, s.124; Serin, s.1074; aksi görüşte, Mollamahmutoğlu, s.277. Yazara göre, önceden işçinin rızasının alınması halinde de ödünç iş ilişkisi sonradan geçerli bir biçimde kurulabilir.

³⁹⁵ Davacının davalıya ait işyerinde çalışırken yapılan 1.1.2002 tarihli iş sözleşmesi gereğince İstanbul’dan Adıyaman’daki başka bir şirket işyerine geçici olarak gönderilmek istendiği, bu isteği kabul etmeyen davacının iş sözleşmesinin davalı tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının geçici de olsa işverene ait olamayan benzer konuda faaliyet gösteren başka bir şirkete ait başka bir ilde çalıştırılmak istenmesi karşısında davacının buna muvafakat etmemesi halinde iş sözleşmesindeki hükme değer verilmesi mümkün değildir. Başka bir anlatımla, Ödünç İş İlişkisi kurulması için davacı işçinin görevlendirme esnasında açıkça muvafakat şartı aranmalıdır. Bu durumda, ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin kabulü gerekirken reddi hatalıdır....” **Y.9HD, 05.07.2006, 2006/777 E., 2006/19958 K., Çankaya/Çil**, s.356.

³⁹⁶ Akyiğit, **Şerh**, s.375.

sonradan alınacak yazılı izin (icazet) ile baştan itibaren geçerli bir ödünç iş ilişkisi kurulduğu kabul edilmelidir³⁹⁷.

Arslanoğlu'na göre, işverenler arasında yapılan ödünç işçi verme sözleşmesinde, işçinin bu sözleşmeye göre devri öngörüldüğünden, işçinin rızasının bu tarih itibarıyla yazılı olarak alınması mümkündür. İşçinin yazılı rızası ödünç işçi verme sözleşmesini yapılırken alınıyorsa ödünç olarak gideceği işe ilişkin bilgiler kendisine açık bir biçimde sunulmalıdır³⁹⁸. Eğer söz konusu sözleşme, ileriki bir tarihte hüküm doğurmak üzere taraflar arasında bağitlanmıssa, işçinin fiilen ödünç olarak çalışmaya başlayacağı tarihten objektif iyi niyet kurallarına göre belirlenen nitelikte kısa bir süre öncesinde yazılı rızasının alınması gerekmektedir. Zira işçinin hukuki iradesinin yönünü farklılaştıracak biçimde bazı çalışma şartlarında değişiklik olabilir³⁹⁹.

İşçinin ödünç iş ilişkisine yönelik rızasının yazılı olması Kanunun tarafından öngörülmüştür (İK m.7/1). Bu bakımdan, işçinin onayının yazılı bir biçimde alınması, öğretide bir görüşe göre geçerlilik koşuludur⁴⁰⁰. Diğer bir görüşe göre ise, söz konusu onayın şekli ispat koşuludur⁴⁰¹. Kanaatimizce işçinin onayı, yazılı bir biçimde, belirli bir ödünce yönelik olarak alınmalıdır. Böylece, işçinin ödünç iş ilişkisine yönelik onayını içeren yazılı irade beyanının sadece belirli bir ödünç iş ilişkisinin kurulmasına yönelik ve bağımsız olarak oluşması, ayrıca devir sırasında alınması, söz konusu hukuki ilişkinin geçerli bir biçimde kurulmuş sayılması için bir geçerlilik koşulu olmaktadır⁴⁰². Ancak, eklemek gerekirse, bazı hallerde işçi yazılı onayı almadığı halde ses çıkarmadan uzun bir süre ödünç olarak çalıştıktan sonra bu ilişkinin geçersizliğini ileri sürmesi duruma göre hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi gündeme gelebilecektir. Keza işçinin yazılı onayı olmadığı halde bir başka işverenin yanında ödünç olarak çalışması

³⁹⁷ Çankaya/Çil, s.307.

³⁹⁸ Arslanoğlu s.61.

³⁹⁹ Arslanoğlu s.62.

⁴⁰⁰ Mollamahmutoğlu, s.277; Arslanoğlu, s.60; Benli/Yiğit, s.9 dn.28; Kanundaki hükmün ispat şekli olduğu görüşünde; Çankaya/Çil, s.307; Akyiğit, **Şerh**, s.376. Yazara göre, kanundaki hükmü geçerlilik koşulu olarak yorumlamak her ne kadar doğru gözükse de, bu durum sert bir yorum olarak kabul edilmelidir. Zira işverene yazılı biçime uymamanın cezası olarak İş Kanununda para cezası (İK m.99/a) öngörülmüştür.

⁴⁰¹ Çankaya/Çil, s.307; Akyiğit, **Şerh**, s.376. Yazara göre, kanundaki hükmü geçerlilik koşulu olarak yorumlamak her ne kadar doğru gözükse de, bu durum sert bir yorum olarak kabul edilmelidir. Zira işverene yazılı biçime uymamanın cezası olarak İş Kanununda para cezası (İK m.99/a) öngörülmüştür.

⁴⁰² Arslanoğlu, s.60.

halinde işverenin böyle bir ilişkinin mevcut olmadığını iddia etmesi de aynı biçimde hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecektir. Yüksek Mahkeme de işçinin onayının yazılı bir biçimde alınmasının gerekli olduğu görüşündedir⁴⁰³.

Kanundaki “yazılı şekil” ile işçinin kendisini ödünç olarak geçici bir süreliğine alan işverenin yanında çalışmayı kabul ettiğini içeren ve imzasını taşıyan bir belge biçiminde düzenlenmesi kastedilmektedir. Bu belge asıl (ödünç veren) işverene hitaben “basit/adi yazılı şekil” biçiminde hazırlanması kâfidir⁴⁰⁴. Keza taraflar bu belgeyi elektronik ortamda ve elektronik imza yolu ile (BK m.14) veya Noter kanalı ile hazırlayabilirler. İşçi bu onayı kendisi, kanuni temsilcisi veya bu hususta özel yetkisi bulunan vekili aracılığı ile verebilir. Ancak, öğretide isabetli olarak belirtildiği üzere işçinin üyesi olduğu sendikanın bu yönde bir yetkisi bulunmamaktadır⁴⁰⁵. İşçinin kanunen geçerli bir biçimde alınan rızasına rağmen sonradan ödünç iş ilişkisinden cayması halinde bu durum asıl işverene karşı işçinin iş görme borcuna aykırı davrandığı anlamına geleceğinden, işçinin bu nedenle iş sözleşmesi haklı nedene dayanarak(İK m.25/II f.h) fesih edilebilir veya işverenin zararının tazmini gündeme gelebilir⁴⁰⁶.

VI. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN SÜRESİNE İLİŞKİN KOŞUL

Ödünç iş ilişkisinin henüz yasalaşmadığı dönemde ödünç iş ilişkisinin belirli bir süre ile sınırlandırılması konusunda öğretide çeşitli fikirler ileri sürülmekteydi. O dönemde öğretide hâkim görüş bu ilişkinin belirli bir süre ile sınırlandırılması yönündeydi⁴⁰⁷. Bu görüşe göre işçinin uzunca bir süre ödünç alan işverenin yanında çalışması ve hala ödünç veren işverenin işçisi olarak sayılması bu kurumun amacı ile bağdaşamamakta ve hukuki güvenlik fikrine aykırı olmaktadır⁴⁰⁸. Akyiğit bu sürenin

⁴⁰³ Dosya içeriğine göre davacı işçi davalı Belediyede fen işleri müdürlüğünde bilgisayar operatörü olarak çalışırken işverence Urla Tapu Sicil Müdürlüğünde 3 ay süreyle görevlendirilmiştir. Davacının geçici olarak görevlendirildiği işyeri davalıya ait değildir. İşçinin başka bir işverene ait işyerinde geçici olarak çalışabilmesi için 4857 sayılı iş kanunun 7. Maddesinde düzenlenen geçici iş ilişkisinin kurulması gerekir. Anılan hükme göre geçici iş ilişkisinin kurulabilmesi için işçinin yazılı izninin alınması şarttır. Davacı işçi bu yönde izninin olmadığını 23.0.2005 tarihli dilekçesiyle açıklamıştır. İşçinin geçici görevlendirmeyi kabul etmediğinden bahisle işverence iş sözleşmesinin feshi de geçerli nedeni oluşturmaz.” **Y.9HD, 17.01.2006, 2005/38395 E., 2006/21 K.**, Çankaya/Çil, s.362.

⁴⁰⁴ Akyiğit, **Şerh**, s.376.

⁴⁰⁵ Çankaya/Çil, s.306.

⁴⁰⁶ Mollamahmutoğlu, s.277.

⁴⁰⁷ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.104; Demircioğlu/Engin, s.40; Engin, **Ödünç**, s.351.

⁴⁰⁸ Demircioğlu/Engin, s.40.

sınırının, kıdem tazminatına hak kazandıracak asgari süre olan bir yıl olarak öngörülmesini o dönemde önermekteydi⁴⁰⁹. Engin ise, ödünç işçinin geçici bir süre için çalışmasının ödünç iş ilişkisinin temel özelliği olduğunu belirterek, ödünç işçinin çalışmasının geçiciliğinin ölçüsü olarak, işçinin geçici işveren yanında objektif olarak devam etmesi gereken süre olmasını önermekteydi⁴¹⁰. O dönemde, öğretide İnce tarafından savunulan bir diğer görüşe göre ise, ödünç iş ilişkisinin esasen geçici bir süreliğine işgücü temini karşılamaının yanı sıra, uzmanlaşmış işçi kullanımı, kendi personel kadrolarını büyütmek gibi amaçları da bulunmaktadır. Bu bakımdan, ödünç iş ilişkisini belirli bir süre ile sınırlamak isabetli olamayabilir. Keza ödünç işçi açısından da bir kayıp söz konusu olamayacaktır. Diğer taraftan, ödünç iş ilişkisi belirli bir süreye bağlanırsa, işçinin asıl işvereni belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi istihdam edip oları ödünç verme yoluna gidebilecektir. Böylece, ödünç iş ilişkisi sona erince ödünç verilen işçilerin iş sözleşmesi de sona erecek ve işçilerin herhangi bir kıdem ve ihbar tazminatı talep hakkı olmayacaktır⁴¹¹.

4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte ödünç iş ilişkisine azami bir süre getirilmiştir. Şöyle ki, ödünç iş ilişkisi ilk başta altı ayı geçmemek üzere kurulabilecektir. Ayrıca, gerekli görülürse, iki kere daha yenilenebilecektir. (İK m.7/2). Böylece, ödünç iş ilişkisi ilk başta en fazla altı aylık bir süre için kurulabilecek sonradan ise, en fazla altı aylık bir süre kaydıyla, iki defa daha yenilenebilecektir. Dolayısıyla, ödünç iş ilişkisi, İş Kanununa göre, azami on sekiz aylık bir süre için kurulabilecektir⁴¹². Görüldüğü üzere yasa koyucu ödünç iş ilişkisini belirli bir süre ile sınırlandırmak istemiştir. Gerçekten ödünç iş ilişkisinin İş Kanununda öncelikli düzenlenme amacı, işletmenin arızı veya özel hallerde ortaya çıkan geçici işgücü ihtiyacının karşılanmasıdır. Örneğin bir siparişin yetiştirilmesi, mevsimlik işler vb. gibi. Yoksa tarafların işletmenin sürekli

⁴⁰⁹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.103 vd. Yazara göre işçinin ödünç alan işveren yanındaki çalışması kıdem tazminatının temelinde yer alan ödüllendirmeyi gerektirecek bir zaman dilimini kapsamamalıdır. Aksi durumda ortada bir “iş aracılığı faaliyeti” olduğu kabul edilmelidir. Aynı görüşte Demircioğlu/Engin, s.40.

⁴¹⁰ Engin, **Ödünç**, s.353-354.

⁴¹¹ Ergun İnce, **“Ödünç İş İlişkisi”**, Peryön Dergisi, Kış-2002, s.45.

⁴¹² Akyiğit, **Şerh**, s.379; Şakar, **İş Kanunu Yorumu**, s.141; Süzek, s.257; Ekmekçi, **Hükümler**, s.371; Arslanoğlu, s.58; Serin, s.1074.

faaliyetlerinde ucuz işgücü çalıştırma yöntemi olarak bu kuruma başvurmaları yasa koyucu tarafından arzu edilmemiştir⁴¹³.

İş Kanununa yönelik Tasarıda ise, ödünç iş ilişkisine yönelik herhangi bir süre sınırı yer almamaktaydı. Tasarının gerekçesinde; Geçici olan ödünç iş ilişkisi için bir sınır konulmadığı, tarafların ilişkiyi ihtiyaçlarına göre yürüteceklerinin asıl olarak kabul edildiği, hakkın kötüye kullanıldığıının ispatı halinde buna ilişkin sonucun doğacağı ve işçinin uygun bir süreden sonra ödünç alan işverenin işçisi olarak işlem görmesi yönünde mahkemelerin karar verebileceğinin düşünüldüğü ifade edilmiştir⁴¹⁴. Öğretide de bu sınırın isabetli olmadığını ileri süren görüşler mevcuttur. Örneğin, Büyüksulu'ya göre, Kanunda öngörülen süre sınırı Avrupa birliği ülkelerinde getirilen süre sınırının çok altındadır⁴¹⁵. Keza çoğu Avrupa ülkesinde de süre sınırı bulunmamaktadır (örneğin İsviçre, Almanya). Gerçekten ödünç iş ilişkisine yönelik AB mevzuatında da, herhangi bir süre sınırı bulunmamaktadır⁴¹⁶.

Biz ise, Türk Hukuku açısından getirilen süre sınırının isabetli olduğu düşüncesindeyiz. Öğretide kabul gören, azami 18 aylık bir sürenin bu kurumun amacına uygun olduğu düşüncesine katılmaktayız⁴¹⁷. Zira Kanundaki mevcut düzenlemede yer alan ödünç iş ilişkisinin amacının belirli ve geçici bir süre için diğer bir işverenin işgücü ihtiyacını karşılamak olduğu sonucuna varılmalıdır⁴¹⁸. Kanundaki bu düzenleme karşısında ödünç işçi verme sözleşmesinde, ödünç iş ilişkisinin süresi belirtilmelidir⁴¹⁹. Ancak, kanaatimizce eğer süre belirtilmemişse, Kanunda yer alan altı aylık süre için yapıldığı kabul edilmelidir⁴²⁰. Sözleşmede süre belirtilmekle birlikte kanunda öngörülen azami sürenin üzerinde belirlenmiş olması halinde ise, süreye ilişkin şartın

⁴¹³ Ekmekçi, **Hükümler**, s.371; Engin, **Seminer**, s.21; aynı görüşte Odaman, s.55. Yazar “meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi” Yasada yer alamadığından bu düzenlemenin yerinde olduğu görüşündedir; Serin, s.1074.

⁴¹⁴ MESS, **Tasarı**, s.73.

⁴¹⁵ Büyüksulu, s.67.

⁴¹⁶ Akyiğit, **Şerh**, s.376.

⁴¹⁷ Tuncay, **Sempozyum**, s.142 vd; Odaman, s.55; Zeytinoğlu, s.124.

⁴¹⁸ Odaman, s.55.

⁴¹⁹ Serin, s.1069.

⁴²⁰ Mollamahmutoğlu, s.280; Benli/Yiğit, s.13.

geçersizliğinin kabul edilmesi (BK, m.20) ve sürenin Kanundaki azami süre olarak görülmesi gerekmektedir⁴²¹.

Eğer taraflar ödünç iş ilişkisi için altı aylık sürenin altında bir süre belirlemişler ise, örneğin üç aylık bir ödünç süresi gibi, sonradan kaç defa ve ne kadar süre ölçüsünde mevcut ödünç iş ilişkisini yenilenebileceği öğretide tartışmalı bir husustur. Akyiğit'e göre, eğer ilk ödünç süresi altı aydan daha az bir süre olarak kararlaştırılmış ise, taraflar altı aylık yenileme süresini ve on sekiz aylık azami ödünç süresi limitini aşmamak kaydıyla diledikleri kadar ve diledikleri ölçüde, ödünç iş ilişkisini yenileyebileceklerdir⁴²². Böylece, ilk ödünç süresi örneğin üç ay olarak kararlaştırılmış ise, sonradan mevcut ödünç iş ilişkisini tarafların altı ay ve sonrasında altı ay olmak üzere iki defa yenileyebilme imkânlarının bulunmasının yanı sıra, üçer aylık olmak üzere en fazla beş defa daha mevcut ödünç iş ilişkisini yenileyebilme imkânları da mevcut bulunmaktadır.

Kanaatimizce İş Kanunundaki ifade açıkça, mevcut ödünçün en fazla iki kere yenilenebileceğini belirttiğinden, yenilemenin iki defadan fazla yapılabilmesi mümkün değildir⁴²³. Keza taraflar kanuni azami sınır olan “altı aylık süreyi” (İK m.7/2) aşmadan altı ay veya daha az bir süre için bu yenilemeyi yapabilirler⁴²⁴. Ayrıca, eğer yenileme süresi 6 aydan fazla kararlaştırılmış ise 6 aydan uzun olan kısmı geçersizdir Ancak, henüz yenileme sayısı dolmamış ise, bu durumda kararlaştırılan fazla miktar diğer bir yenileme süresi biçiminde yorumlanabilir (tahvil)⁴²⁵.

Bu arada üzerinde durulması gereken husus yenilemenin biçimidir. Öğretide çoğunluk görüşü işçinin yenileme hususunda rızasının yazılı bir biçimde alınmasının gerekli olmadığı sözlü rızasının yeterli olduğu hatta yenilemenin zımnen bile gerçekleşebileceğini savunmaktadırlar⁴²⁶. Biz ise, işçinin rızasının ödünç iş ilişkisinin kurulmasına yönelik olarak, kanunen yazılı şekle tabi olması (İK m.7/2) nedeniyle,

⁴²¹ Mollamahmutoğlu, s.280; Benli/Yiğit, s.13.

⁴²² Akyiğit, **Şerh**, s.379.

⁴²³ Ekmekçi, **Hükümler**, s.371; Odaman, s.53; Zeytinoğlu, s.124; s.371 aksi görüşte Akyiğit, **Şerh**, s.380. Yazara göre, uzatımların en fazla iki kere olabileceğini savunmak her zaman isabetli gözükmemeyebilir. Zira önemli olan, 18 aylık azami sürenin aşılması olmalıdır.

⁴²⁴ Zeytinoğlu, s.124.

⁴²⁵ Akyiğit, **Şerh**, s.376.

⁴²⁶ Akyiğit, **Şerh**, s.376; Çankaya/Çil, s.312; Odaman, s.53.

ödünç iş ilişkisinin yenilenmesine yönelik olarak ödünç işçinin rızasının da “yazılı” biçimde alınması gerekli olduğu düşüncesindeyiz. Bu bakımdan, söz konusu rızanın yazılı bir biçimde alınması geçerlilik koşulu olarak kabul edilmelidir.

Diğer taraftan, işçi tarafından söz konusu yenilemeye ilişkin onayın alınacağı zaman da tartışılması gereken bir husustur. Gerçekten ödünç iş ilişkisine işçi tarafından verilen yazılı onayda ilişkinin süresi, yenilenmesi hakkında kayıtlar olabilir. Öğretide, bu hususa ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Ekmekçi işçinin rızasının her bir yenilenme döneminde ayrı ayrı aranması gerektiği görüşündedir. Yazara göre, eğer işçinin daha ilk başta yenileme için rıza vermesi geçerli görülürse, o zaman yasa koyucunun yenileme şeklinde bir düzenleme getirmesinin bir anlamı kalmayacaktır. Zira kendisi böyle bir düzenleme getirmeyip, sadece azami süreyi tayin etmesi yeterli olurdu⁴²⁷. Odaman’a göre; daha ilk baştan tek seferde on sekiz aylık bir süre için izin alınamaz ve böyle bir ilişki kurulamaz. Ancak, taraflar ilk seferde altı aylık azami sınırı aşmadan ödünç iş ilişkisinin süresinin yanı sıra yenileme süresini ve adedini belirleyebilirler⁴²⁸. Çankaya/Çil’e göre ise; eğer aksi sözleşmeden anlaşılmıyorsa işçinin bir defa verdiği izin diğer iki yenileme süresi içinde geçerli olabilir. Ancak, hiç şüphesiz, işçinin vereceği izinde bir defa yenilenebileceğini veya hiçbir zaman yenilenemeyeceği beyan etmişse bu dikkate alınmalıdır⁴²⁹.

Mollamahmutoğlu bu hususa yönelik olarak ise öncelikle yenilenme tabiri ile aslında mevcut ödünç iş ilişkisinin süresinin uzatılmasının ifade edildiğini belirtmektedir. Yazara göre, ödünç iş ilişkisi kurulurken işçinin ilişkinin uzatılmasına yönelik yazılı olarak rıza vermesinin kabul edilebileceği, aksi halde her bir uzatıma yönelik olarak işçinin ayrıca rızasının alınması Kanunun amacı gereği kabul edilmeli olduğu görüşündedir⁴³⁰. Arslanoğlu ise, ilk baştan itibaren dönemler açısından işçinin rızasının alınması suretiyle on sekiz aylık ödünç iş ilişkisi tek seferde kurulamayacağı görüşündedir. Yazar ayrıca, ödünç iş ilişkisinin kendiliğinden uzatılamayacağını, bilakis

⁴²⁷ Ekmekçi, **Hükümler**, s.372; işçinin rızasının her bir yenileme döneminde ayrıca alınması gerektiği yönünde Fevzi Demir “**4857 Sayılı İş Kanunu’nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri**” MERCEK Dergisi, C.8, S.31, Temmuz 2003, s.99.

⁴²⁸ Odaman, s.53.

⁴²⁹ Çankaya/Çil, s.312.

⁴³⁰ Mollamahmutoğlu, s.280.

tarafların ve işçinin tekrardan iradeleriyle yeni bir hukuki ilişkinin kurulmasının söz konusu olduğunu ileri sürmektedir. Bu bakımdan işçinin rızası ayrıca, alınmalıdır⁴³¹.

Kanaatimizce işçinin ilk baştan yani ödünç iş ilişkisinin kurulması sırasında ödünç iş ilişkisinin yenilenmesine yazılı onayı mevcut olsa bile bu dikkate alınmamalıdır. Zira yasa koyucu nasılsa işçinin ödünç iş ilişkisine rızasını “devir anında” aramış ise, işçinin ödünç iş ilişkisinin yenilenmesine dair rızasının da ilk kararlaştırılan sürenin dolmasını müteakip alınması gereklidir. Söz konusu onay, her bir yenilenme için ayrı olarak alınmalı ve içeriğinde yenilenme süresinin açıkça belirli olması gerekir⁴³². Ayrıca, tarafların ödünç iş ilişkisinin yenilenmesine Kanundaki ifade ile “gerektiği zaman” başvurabilecekleri kabul edilmiştir. Ancak, Kanunda bu tür gerekliliklerin içeriği belirlenmediğinden taraflarla ilgili hukuki nedenlerden dolayı uzatım olabileceği gibi bu nedenler haricinde başka bir sebepten dolayı da ödünç iş ilişkisi yenilenebilecektir⁴³³.

Ödünç iş ilişkisinin kısmi süreli kurulması halinde, azami sürenin aşılp aşılmadığı, tam süreli bir ödünç iş ilişkisi kurulmuş gibi değerlendirilip hesaplanacaktır. Süreye ilişkin sınırlama aynı işverenle kurulacak ödünç iş ilişkisi içindir. Bu süre dolduktan sonra işçinin başka bir işveren ile ödünç iş ilişkisi içine girmesine yasal bir engel bulunmamaktadır⁴³⁴. Öğretide tartışmalı olan husus ise, aynı işveren yanında değişik fasıllarla ödünç olarak çalışan işçinin durumudur. Öncelikle belirtmek gerekirse, İş Kanunundaki azami sınır olan on sekiz aylık sürenin aynı işveren yanındaki kesintisiz ödünç süresince aşılmaması gerektiği kabul edilmelidir⁴³⁵. Eğer işçi aralıklı olarak aynı işveren yanında ödünç olarak çalışmışsa ve bu sürelerin toplamı on sekiz ayı geçse bile, bu durumun kanuni sürenin ihlali olarak yorumlanamayacağı

⁴³¹ Arslanoğlu, s.63.

⁴³² Ekmekçi, **Hükümler**, s.371; Demir, s.99.

⁴³³ Arslanoğlu, s.63; Odaman, s.53. Bu hususta Ekmekçi, **Hükümler**, s.372’de: “Geçici iş ilişkisinin altı aydan sonra yenilenebilmesi için, bunu gerektiren bir ihtiyacın ortaya konulup kanıtlanmasına da gerek yoktur. Bu konuda ek koşul, işçinin bu yenilenmeye rıza göstermesi ve yenilemenin süresidir. Maddenin II. Fıkrasındaki “...gerektiğinde...” sözcüğünün anlamı, tarafların bunu gerekli görmesidir, yoksa yenilemeyi gerektiren objektif bir nedenin ortaya konulması değil.”

⁴³⁴ Ekmekçi, **Hükümler**, s.371; Serin, s.1074.

⁴³⁵ Akyiğit, **Şerh**, s.380.

öğretide savunulmaktadır⁴³⁶. Bunun yanı sıra yasal sürenin sonunda, ödünç işçi asıl işverenin yanına dönmüş ancak sonradan aynı işverene ödünç olarak verilmiş olabilir. Öğretide eğer yenilemelerle birlikte on sekiz aylık süre aynı işverenin yanında kesintisiz olarak geçirilmiş ise “makul bir süre” geçtikten sonra aynı işçinin tekrardan aynı işverene ödünç olarak verilmesinde kanuni bir engelin bulunmadığını savunan görüşler mevcuttur⁴³⁷. Diğer taraftan, öğretide bu konuya katı yaklaşan görüşler de bulunmaktadır⁴³⁸. Bu görüşe göre, Kanunda öngörülen bu sınır mutlak emredici niteliktedir. Aksinin kabulü halinde yasal sürenin bitiminden sonra işçinin asıl işverenin yanında belirli bir süre çalışıp tekrardan aynı ödünç alana gönderilmesi söz konusu olur. Bu durumda yasadaki üst sınırın hiçbir anlamı kalmayacaktır⁴³⁹.

Kanaatimizce bu hususta her bir olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki, eğer işçi uzun aralıklarla aynı işverene ödünç olarak veriliyor ise bu durumda, olaya şüpheyile yaklaşmak gerekir düşüncesindeyiz. Bu yüzden, eğer taraflar bu ilişkide samimi iseler, ortada gerçekten ödünç iş ilişkisinin kurulmasını gerektiren bir durum varsa; ödünç iş ilişkisine tekrardan başvurulabilir. Bunun yanı sıra, eğer taraflar muvazaalı bir ilişki içinde iseler, farzı misal niyetleri ucuz işgücü temini, yasadışı iş aracılığı ise böyle bir durumda kanuna karşı hile mevcut olacağından kurulan ilişki batıl olacaktır. Bu bakımdan eğer yenilemelerle birlikte on sekiz aylık azami süre dolduktan sonra da, halin icabından dolayı aynı işverenle tekrardan yeni bir ödünç iş ilişkisine başvurulmasına kanuni bir engelin bulunmadığı düşüncesindeyiz.

⁴³⁶ Akyiğit, **Şerh**, s.380’de: “Örneğin işçi (A), (B) ’ye 2003’te 4 ay, 2005’te 6 ay, 2006’da 4 ay, 2007’de 6 ay ve 2008’de 6 ay olmak üzere toplam 26 ay ödünç verilse, azami sürenin aşıldığından söz edilemez. Zira bu süreler kesintili biçimde geçmiştir. Bu yüzden ki azami sürenin aynı ödünç alan yanında kesintisiz bir ödünçle geçmesini aramak isabetli olanıdır.”

⁴³⁷ Akyiğit, **Şerh**, s.381. Yazara göre iki ödünç arasındaki makul süre olarak önceki ödünçün süresinin çeyreği (1/4) kadar bir sürenin geçmesi halinde ayrı iki ödünç iş ilişkisinden bahsedilebilecektir. Odaman, s.56. Yazar iki ödünç ilişkisi arasındaki makul süre olarak, İş Kanunundaki altı aylık süre ölçütü olarak alınmasını savunmaktadır. Mollamahmutoğlu, s.279.

⁴³⁸ Çankaya/Çil, s.313; Engin, **Seminer**, s.24. Yazar bu gibi durumlarda kanuna karşı hilenin mevcut olabileceğini belirtmektedir.

⁴³⁹ Çankaya/Çil, s.313.

VII. TOPLU İŞÇİ ÇIKARMA HALİNDE ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASI

Ödünç iş ilişkisi bakımından önem arz eden önemli bir husus, toplu işçi çıkarılmaya gidilen işyerinde çıkarılan işçilerin yerine ödünç iş ilişkisi kapsamında işçilerin istihdam edilip edilemeyeceğidir. Zira ödünç iş ilişkisinin, yukarıda da çeşitli defalar bahsettiğimiz üzere, muvazaalı veya kanuna karşı hile teşkil eden durumlarda başvurulmasını önlemek için yasa koyucu bazı yasal düzenlemeler getirmek zorunda kalmıştır. Gerçekten yasa koyucunun ödünç iş ilişkisini belirli şartların gerçekleşmesine bağlı olarak ve belirli durumdaki işçiler açısından öngörmesi bu tür önlemler arasında bulunmaktadır. Bu doğrultuda, İş Kanunu uyarınca, toplu işçi çıkarılan işyerinde çıkarma tarihinden altı ay içinde, sadece toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlere ilişkin olarak, ödünç iş ilişkisi kurulamayacaktır (İK m.7/6).

Toplu işçi çıkarma, kavramsal anlamda, belirli sayıda işçinin aynı işten çıkarma kararının uygulanması doğrultusunda ekonomik nitelikteki aynı nedenle işçi çıkartılması olarak tanımlanabilir⁴⁴⁰. Hukukumuz açısından ise, toplu işçi çıkarma, ILO’nun 158 sayılı sözleşmesi ve AB’nin 75/129 ile 98/59 sayılı Yönergelerindeki kıstaslar doğrultusunda 4857 sayılı İş Kanunu madde 29’da yeniden düzenlenmiştir⁴⁴¹.

Söz konusu hüküm uyarınca, işveren en az otuz gün önceden yazılı olarak işyeri sendika temsilcilerine, Bölge Çalışma Müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirmek şartıyla, ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri nedeniyle toplu işçi çıkarma yoluna başvurabilecektir (İK m.29/1). Kanuni anlamda toplu işçi çıkarmanın meydana gelebilmesi için, kanunen belirli oranlarda sayıda işçi çıkarılması (İK m.29/2) şarttır. Bu doğrultuda, Toplu işçi çıkarma, bir aylık yasal süre içinde kalmak şartı ile aynı veya farklı tarihlerde kanunen belirli oranlardaki işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi ile meydana gelebilir (İK m.29/2). Anılan hükümde yer alan toplu işçi çıkarma kapsamında yapılan fesihler, İş Kanunu madde 17’ye dayanan süreli fesihlerdir. Ancak, burada işveren bu fesih için İş Kanununda belirtilen “işletme işyeri veya işin gerekleri” (İK m.29/2) şartına dayanmalıdır. Aksi

⁴⁴⁰ Mollamahmutoğlu, s.775.

⁴⁴¹ Çelik, s.269; Süzek, s.555; Mollamahmutoğlu, s.776.

halde yapılan fesih geçersiz olacaktır. Görüldüğü üzere, bu hükümde yer alan fesih sebepleri ile iş güvencesine tabi olan işçiler uygulanacak fesih sebepleri ile özdeştir (İK m.18/1)⁴⁴².

İşverenin toplu işçi çıkarma uygulamasından otuz gün önce işyeri sendika temsilcilerine, Bölge Çalışma Müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna yapacağı bildirimin içeriğinde işçi çıkarmanın sebepleri, bundan etkilenecek işçi sayısı ve grupları ile işe son verme işlemlerinin hangi zaman diliminde gerçekleşeceğine ilişkin bilgilerin bulunması kanunen zorunludur (İK m.29/3). Söz konusu fesih bildirimleri, işverenin toplu işçi çıkarma isteğini Bölge Çalışma Müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra hüküm doğurur (İK m.29/5). Bu doğrultuda, ödünç iş ilişkisini düzenleyen hükümde getirilmiş bulunan “altı aylık yasak süresinin” başlangıcı çıkarma tarihinden itibaren başlayacağından (İK m.7/son), burada kastedilenin toplu işten çıkarmanın hüküm doğurmasından sonraki altı ay olduğu kabul edilmelidir⁴⁴³.

Diğer taraftan, işveren toplu iş çıkarmanın gerçekleştiği tarihten itibaren altı ay içinde yeni işçi almak isterse, niteliği uygun olanları tekrar işe çağıracaktır (İK m.29/6). İşte bu hükme uygun olarak, bu altı aylık süre için ödünç iş ilişkisi kurulması kanunen yasaklanmıştır. Böylelikle, toplu işçi çıkarma kurumunun, işverenler tarafından, ödünç iş ilişkisi hükümlerine dayanarak, kötüye kullanılması yasa koyucu tarafından engellenmiş bulunmaktadır⁴⁴⁴. Bunun haricinde, toplu işçi çıkarılmaya gidilen işyerinde daha önceden ödünç iş ilişkisi ile çalışan işçiler mevcut ise, bunlara ilişkin ödünçlerinde aynı süre için uzatılamaması gerektiği kabul edilmelidir⁴⁴⁵.

Toplu işçi çıkarma yoluna başvuran işverene ait işyerinde, sadece toplu işçi çıkarmanın konusunu oluşturan işlerde ödünç iş ilişkisi kurulamayacağı kabul edilmelidir. Böylece, bu kapsam dışında kalan işlere yönelik olarak ödünç iş ilişkisi kurulabilecek veya mevcut olan uzatılabilecektir⁴⁴⁶. Önemle belirtmek gerekirse, toplu işçi çıkarma sayılmayan geçerli ya da haklı nedene dayalı işten çıkarmalarda, işveren

⁴⁴² Süzek, s.555.

⁴⁴³ Arslanoğlu, s.68.

⁴⁴⁴ Odaman, s.48.

⁴⁴⁵ Arslanoğlu, s.68.

⁴⁴⁶ Arslanoğlu, s.68.

çıkardığı işçi yerine ödünç iş ilişkisi kapsamında ödünç işçi çalıştırmasına yasal bir engel bulunmamaktadır⁴⁴⁷.

Kanunda belirtilen yasağa rağmen, toplu işçi çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde ödünç iş ilişkisi kurulursa, ödünç iş ilişkisi baştan itibaren geçersiz sayılması gerekecektir. Bunun sonucu olarak, söz konusu işçiler baştan itibaren geçici işverenin işçisi olarak işleme tabi olacaklardır⁴⁴⁸. Ayrıca, yapılan denetimler sonucu işverenin toplu işçi çıkarma tarihinden itibaren altı ay geçmeden, anılan nitelikteki bir işte ödünç işçi çalıştırdığı tespit edildiğinde işveren hakkında idari para cezası uygulanacaktır (İK m.99-a)⁴⁴⁹.

§ 4. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN TARAFLARI VE ARALARINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER

I. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN TARAFLARI

A. GENEL OLARAK

Çalışmamızın ilk başında belirttiğimiz üzere ödünç iş ilişkisi birden çok hukuki ilişkiyi içeren “üç taraflı” veya “üç köşeli” karmaşık bir ilişkidir⁴⁵⁰. Bu bakımdan ödünç iş ilişkisi klasik iş ilişkisi diyebileceğimiz bir tarafını işverenin diğer tarafını işçinin oluşturduğu iş ilişkisinden, bu kişilere başka bir işverenin daha dâhil olması ile ayrılmaktadır. Böylece, ödünç iş ilişkisinde özellikle tarafların hak ve borçları belirlenirken bu kişilerin, özellikle de işveren sıfatına sahip kişilerin birbirinden ayrılmasını sağlayacak şekilde ifade edilmesi gerekmektedir⁴⁵¹. Bilindiği üzere, bizim “ödünç iş ilişkisi” olarak adlandırmayı uygun bulduğumuz bu hukuki kurum, İş Kanunu madde 7’de “geçici iş ilişkisi” olarak ifade edilmiştir. Anılan hükümde, yasa koyucu işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işvereni ile ödünç iş ilişkisine konu olan işçi için özel bir tabir kullanmadan sadece “işveren” ve “işçi” olarak adlandırmıştır. İşçiye çalışması için geçici olarak ödünç alan işveren için ise, genel olarak hükümde “geçici iş

⁴⁴⁷ Demir, s.100; Caniklioğlu/Canbolat, s.12

⁴⁴⁸ Uçum, s.45-46; Odaman, s.48.

⁴⁴⁹ Caniklioğlu/Canbolat, s.11.

⁴⁵⁰ Akyiğit, **Şerh**, s.388; Türkmen, s.138.

⁴⁵¹ Caniklioğlu, s.123.

ilişkisi kurulan işveren” tabiri tercih edilmesine rağmen tutarsız biçimde anılan hükmün 5.fıkrasında “işçiyi geçici olarak devralan işveren” ibaresine yer verilmiştir.

Hâlbuki 4857 sayılı Kanun Tasarısında, bu hukuki kurumun ödünç iş ilişkisi olarak tanımlanması doğrultusunda; işçisini geçici olarak başka bir işverenin yanında çalışması için veren işveren “ödünç veren” (Verleiher), işçinin geçici bir süreliğine çalıştığı işveren “ödünç alan” (Entleiher), işçi ise “ödünç işçi” (Leiharbeitnehmer-Leiharbeiter) olarak adlandırılmıştı. Böylelikle tarafların hukuki konumları doğru biçimde oturduğu gibi kişilerin ifadesinde kavram kargaşası da önlenmiş bulunacaktı. Öğretide haklı biçimde Tasarının bu isabetli terminolojik yaklaşımının yasalaşmamış olması eleştiriye uğramaktadır⁴⁵².

Kanunun bu isabetsiz düzenlemesinin haricinde de öğretide bu hususta farklı tabirlerin tercih edildiği göze çarpmaktadır. Örneğin Akyiğit, işveren ibaresini kullanmadan “ödünç veren”-“ödünç alan”-“ödünç işçi” olarak bu üç ayrı hukuki süjeyi tanımlamaktadır⁴⁵³. Çelik, işverenleri devralan ve devreden işveren olarak adlandırmaktadır⁴⁵⁴. Süzek ise, işçiyi geçici olarak çalıştıran işvereni “geçici işveren”⁴⁵⁵ olarak adlandırırken diğerleri için özel bir ibare kullanmamaktadır⁴⁵⁶. Caniklioğlu, işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işvereni “asıl işveren”, diğer işvereni “geçici işveren”, işçiyi ise “geçici işçi” olarak adlandırmıştır⁴⁵⁷. Ekmekçi ise, Caniklioğlu’ndan farklı olarak işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işvereni, “sürekli işveren”, olarak adlandırmaktadır⁴⁵⁸. Bu hususta son olarak Engin ise, işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işvereni “asıl işveren”, diğer işvereni “geçici işçi çalıştıran işveren”, işçiyi ise “geçici işçi” olarak ifade etmiştir⁴⁵⁹.

⁴⁵² Caniklioğlu, s.124.

⁴⁵³ Akyiğit, **Şerh**, s.389 vd. Aynı tabiri tercih eden diğer yazarlar mevcuttur: Serin, s.1067 vd.; Odaman, s.81 vd.; Günay, s.51 vd.; Arslanoğlu ise işveren ibaresi ile birlikte kullanmaktadır, Arslanoğlu, s.56 vd.

⁴⁵⁴ Çelik, s.105.

⁴⁵⁵ Öğretide çoğu yazar bu ibareyi tercih etmektedir: Mollamahmutoğlu, s.275 vd.; Caniklioğlu, s.121 vd.; Tuncay, **Sempozyum**, s.142 vd; Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, **İş Kanunu Şerhi CİLT I**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2.Basım, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2008, s.215; Hakan Keser, “İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişisine Yansıması”, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, S.9, Ocak-Şubat-Mart, 2006, s.68 vd.

⁴⁵⁶ Süzek, s.258 vd.

⁴⁵⁷ Caniklioğlu, s.125.

⁴⁵⁸ Ekmekçi, s.101 vd; aynı yazar, **Hükümler**, s.367 vd.

⁴⁵⁹ Engin, **Seminer**, s.23 vd.

Biz ise çalışmamızda işçinin iş sözleşmesi ile bağlı bulunduğu ve aslen iş görme edimini bizzat kendisine karşı yerine getirdiği işvereni ifade etmek için “asıl işveren” tabirini kullanacağız. İşçiyi ödünç iş ilişkisi kapsamında, geçici bir süreliğine yanında çalıştıran diğer işvereni ise, “geçici işveren” olarak adlandıracaktır. Ödünç iş ilişkisine konu olan işçiyi ise, “ödünç işçi” olarak belirtmeyi uygun buluyoruz.

B. ASIL İŞVEREN

İş Kanununda sadece işveren olarak tabir edilen (İK m.7/3), bizim ise asıl işveren diye tabir ettiğimiz işveren, kendi işçisini iş görme borcunu yerine getirmesi için, başka bir işverenin yanına ve ona tabi olarak, geçici bir süreliğine veren kişidir⁴⁶⁰. Bu bakımdan işçinin ödünce yönelik rızasının alınması yeterli görülmeyip, işçinin fiilen ve hukuken başka bir işverene ödünç verilmesi de gerekmektedir⁴⁶¹. Asıl işverenin, ödünç iş ilişkisi sırasında da işçinin tek hukuki işvereni niteliğini devam ettirmesi söz konusudur⁴⁶². Zira asıl işveren iş ve işçi bulmaya aracılık etmeksizin, kendi işçisini ödünç olarak başka bir işverenin işyerine çalışmaya göndermektedir. Keza ödünç işçi ile aralarındaki iş sözleşmesi de bu süreçte kesintisiz devam etmektedir (İK m.7/1).

Bir kimsenin ödünç iş ilişkisinde taraf olabilmesi için öncelikli olarak, işveren sıfatını haiz olması gerekir. İş Kanununun ilgili hükmüne göre, işçi çalıştıran gerçek/tüzel kişiye veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denilmektedir (İK m.2/1). Bu tanım doğrultusunda asıl işveren gerçek veya tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan bir kurum veya kuruluş olabilir. Tüzel kişi işverenin bir özel hukuk tüzel kişisi (dernek, şirket, vakıf, belediye vs.) veya kamu hukuku tüzel kişisi (KİT, üniversite, belediye vs.) olması mümkündür. Ayrıca, tüzel kişiliği olmayan ama işçi çalıştıran örneğin bakanlıklar gibi kamu kurumları veya adi şirketler gibi özel hukuk kuruluşları da işveren sayılırlar⁴⁶³.

Ülkemizde henüz yasalaşmayan meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisinde ise, asıl işveren tarafını çoğunlukla özel istihdam büroları oluşturmaktadır. Öğretide bu

⁴⁶⁰ Akyiğit, **Şerh**, s.389.

⁴⁶¹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.84; Serin, s.1067.

⁴⁶² Akyiğit, **Şerh**, s.389; Türkmen, s.136.

⁴⁶³ Süzek, s.132.

bürolara “geçici çalışma bürosu”⁴⁶⁴, “ödünç emek bürosu”⁴⁶⁵ gibi farklı isimler verildiği gözlemlenmektedir. Ayrıca, bu tür ödünç iş ilişkisinin yasal bir düzenlemeye kavuşmadığından uygulamada yasa dışı bir biçimde bu faaliyetlerde bulunan şirketlere “bordro şirketi” tabiri tercih edilmektedir⁴⁶⁶.

Bir kimsenin İş Kanunu anlamında ödünç iş ilişkisine taraf olabilmesi anılan kanun kapsamında bir işyerinin ve burada çalıştırmak üzere iş sözleşmesi ile işe aldığı işçilerinin bulunması gerekir. Eğer ortada İş Kanunun aradığı anlamda bir işveren mevcut değil ise ödünç iş ilişkisi Borçlar Kanunu hükümleri kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin, elli veya daha az işçi çalıştırılan tarım ve orman işleri İş Kanunu kapsamı dışındadır (İK m.5/b). Ancak, yukarıdaki istisna haricinde, çalıştırdığı ve ödünç olarak verdiği işçilerin sayısı bu ilişkinin geçerli olarak kurulması açısından önem arz etmemektedir⁴⁶⁷. Kanaatimizce, bu bağlamda asıl işverenin tek bir işçisi olması ve bunu ödünç olarak vermesi de mümkündür.

Böylece, bu tür bir iş ilişkisinde işveren her ne kadar işçide çalıştırsa ve işyeri de olsa İş Kanunu kapsamında bir ödünç iş ilişkisi mevcut olmayacaktır. Aynı şekilde, 5953 sayılı Basın İş Kanunu ile 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında yer alan işverenler açısından da ödünç iş ilişkisi gündeme gelebilecektir. Söz konusu Kanunların kapsamına girenler için kurulacak ödünç iş ilişkisinde, İş Kanunu madde 7 uygulama alanı bulmayacaktır⁴⁶⁸. Zira anılan Kanunlarda İş Kanununun 7.maddesine herhangi bir atıfta bulunulmamıştır. Böylelikle, İş Kanunu çerçevesinde işveren sıfatını haiz olan ve başkasına ödünç olarak işçi veren kimse, ödünç iş ilişkisi anlamında asıl işveren olacaktır.

Önemle belirtmek gerekirse, bir işverenin birden fazla işyeri bulunması mümkün olduğu gibi eğer işveren tüzel kişi ise bunun bir holding şirketi olması da mümkündür ki zaten İş Kanunundaki ödünç iş ilişkisine yönelik düzenlemede esasen holding şirketlerini yakından ilgilendirmektedir (İK m.7/1). İşte böyle bir olasılık ortaya

⁴⁶⁴ Alpagut, s.263; Tuncay/Savaş, s.74.

⁴⁶⁵ Uşen, s.12.

⁴⁶⁶ Ulucan, **Karar İncelemesi**, s.151; Nazlı, s.228.

⁴⁶⁷ Akyiğit, **Şerh**, s.389.

⁴⁶⁸ Akyiğit, **Şerh**, s.389.

çıkarsa, asıl işveren açısından ödünç iş ilişkisinin esasını teşkil eden iş ilişkisi önem arz edecektir. Örneğin bir holding şirketi basın ve gıda sektörlerinde faaliyet gösteriyor ise, gıda sektöründe faaliyet gösteren şirketinden, diğer başka bir şirketine İş Kanunu anlamında ödünç olarak işçi vermesi söz konusu olabilecektir. Böyle bir ödünç iş ilişkisi, İş Kanunu kapsamında değerlendirilecektir. Yüksek Mahkeme ise, İş Kanunu kapsamındaki ödünç iş ilişkisinin uygulanma kapsamını geniş tutma eğilimi göstermektedir⁴⁶⁹.

Son olarak belirtmek gerekirse “zincirleme ödünç” (Kettenverleih) mümkün görülmemelidir⁴⁷⁰. Böylece bir işverenin diğer bir işverenden ödünç olarak aldığı işçiyi başka bir işverene ödünç olarak devretmesi geçerli olamayacaktır. Eğer yine de uygulanırsa böyle bir durumda ilk ödünç ilişkisinin sona erdiği ve başka bir işverenle yeni bir ödünç ilişkisinin kurulduğu kabul edilmelidir⁴⁷¹.

C. GEÇİCİ İŞVEREN

Diğer işverenden ödünç iş ilişkisi kapsamında, bir bedel karşılığında veya bedelsiz geçici bir süre için işçi alıp bunu kendi yanında çalıştıran işvereni biz “geçici işveren” olarak adlandırıyoruz⁴⁷². Geçici işveren niteliğinin kazanılması için öncelikle ortada bir işverenin bulunması zorunludur. Bir kişinin veya kurumun işveren sıfatına sahip olup olmadığı da, aynen asıl işveren tanımında belirttiğimiz gibi, İş Kanunu hükümleri doğrultusunda belirlenmelidir (İK m.2/1). Bu bakımdan, aynen asıl işveren için yaptığımız açıklamalar bu konuya yönelik olarak da belirleyici olacaktır. Keza geçici işverenin kendine ait başka işçilerinin bulunması hususu burada çözümlenmesi gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle geçici işverenin sadece ödünç işçi çalıştırması acaba mümkün görülebilir mi sorusu gündeme gelebilecektir. Öğretide, geçici işverenin kendine ait başka işçilerinin bulunmasının

⁴⁶⁹ Davacı davalılara ait işyerinde Basın İş Yasası’na tabi olarak çalışırken iş sözleşmesinin geçerli bir neden olmadan feshedildiğini belirterek 5953 sayılı yasanın 6.maddesi uyarınca feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Dosya içeriğine ve kayıtlara göre ilk dönem davalı (X) A.Ş. için çalışan davacının sonraki dönem ve askerlik sonrası (Y) A.Ş. işyerinde çalıştığı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının aynı gruba bağlı şirketlere muhabirlik yapması, diğer şirketlerin de işvereni olduğunu göstermez. Şirketler arasında geçici iş ilişkisi kurulmuş olabilir. **Y.9HD, 19.06.2006, 2006/14773 E., 2006/17530 K.**, Çankaya/Çil, s.357.

⁴⁷⁰ Akyiğit, **Şerh**, s.389; aynı yazar, **Ödünç İş İlişkisi**, s.85.

⁴⁷¹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.85.

⁴⁷² Akyiğit, **Şerh**, s.390.

kanuni bir zorunluluk olmadığı savunulmaktadır⁴⁷³. Bize göre, geçici işverenin, ödünç iş ilişkisi kurulmadan önce, işveren sıfatını kazanması gerekmektedir. Bunun için de yanında çalışan en azından bir işçisi olmalıdır.

Diğer yandan öğretide, geçici işverenin mutlaka İş Kanunu kapsamı dâhilinde faaliyet göstermesinin gerekip gerekmediği tartışmalı bir husustur. Bir görüşe göre İş Hukuku kapsamında işveren niteliğine sahip olabilecek her gerçek/tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşların, hatta kamu kuruluşlarının geçici işveren olarak kabulü mümkündür⁴⁷⁴. Diğer görüşe göre ise, geçici işverenin mutlaka İş Kanununa tabi olması gerekmemektedir..⁴⁷⁵. Kanaatimizce, geçici işverenin İş Kanununa tabi olması önem arz etmektedir. Ödünç iş ilişkisine ilişkin konulan hükmün düzenlenme amacı göz önünde tutulursa, yasa koyucunun bu ilişkiyi gayet sınırlayıcı biçimde belirli özel durumlara münhasıran hasretme eğilimi gösterdiği göze çarpmaktadır. Hükmün gerekçesinde de belirtildiği gibi daha çok şirketler arası gündeme gelebilecek bu ilişkide biz diğer tarafında, İş Kanununa tabi olan bir işveren olması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira ilgili madde hükmünde yer aldığı üzere holding bünyesi içinde veya şirketler grubu içerisinde bir şirketten diğerine ödünç işçi transferi gündeme gelebilecektir (İK m.7). Böylelikle, geçici işverenin genellikle bir tüzel kişi olması doğrultusunda kamu veya özel hukuk tüzel kişisi olmasının bir önemi olmayacaktır.

Geçici işveren sıfatının asıl işverenle ödünç işçi verme sözleşmesinin yapılıp, sözleşmede belirtilen işçi veya işçilerin o kişinin yanında çalışmaya başlaması ile kazanılacağı kanaatindeyiz. Ayrıca, işyerinin devri veya mirasçılara intikali (İK m.6-BK m.179) ile birlikte geçici işveren sıfatı işyerini devralana veya murislere geçecektir⁴⁷⁶. Ancak, tarafların aksini kararlaştırmaları mümkündür.

D. ÖDÜNÇ İŞÇİ

Ödünç işçi, iş sözleşmesi ile bağlı bulunduğu işvereni (asıl işveren) tarafından kendisinin yazılı onayı ile geçici bir zaman dilimi için iş görme edimini bir başka

⁴⁷³ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.47; aynı yazar, **Şerh**, s.71; Odaman, s.29.

⁴⁷⁴ Türkmen, s.136; Serin, s.1068.

⁴⁷⁵ Akyiğit, **Şerh**, s.390.

⁴⁷⁶ Serin, s.1068.

işverenin (geçici işveren) yanında ve gözetiminde yerine getirmek için verilen işçidir⁴⁷⁷. Bir kişinin “ödünç işçi” olarak kabulünde ön koşul, o kişinin İş Kanunu kapsamında işçi olarak kabul edilmesidir. Buna göre bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi denilmektedir (İK m.2). İşçi sıfatının kazanılması bir iş sözleşmesinin varlığına bağlı olduğundan, öncelikli olarak taraflar arasında serbest iradeleri ile kurulmuş bulunan sözleşmesel bir ilişkinin bulunması zorunludur⁴⁷⁸. Bundan dolayı, kamu hukukuna dayanan yükümlülüklerden (cezaevi çalışmaları vs.) doğan çalışma ilişkilerinde serbest iradenin varlığı söz konusu olmadığından işçi niteliğinin kazanılması söz konusu değildir. Ayrıca, kural olarak aile içi yardımlaşmaları çerçevesinde yapılan işlerde işçi sıfatı kazandırmaz Ancak, tarafların aralarında iş sözleşmesi yapmalarına yasal bir engel bulunmamaktadır. İşçi sıfatının kazanılmasında yapılan işin niteliği de önem taşımamaktadır. Böylece, bir kişinin işçi olarak kabulü için bedenen veya fikren çalışması mümkündür.

İşverenin bir kamu kuruluşu hatta tüzel kişiliği olamayan bir kurum veya kuruluş olması önemli değildir, yeter ki arada geçerli bir iş sözleşmesi bulunsun. Ancak, KİT ve diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini yerine getirmekle görevlendirilmiş olan memurlar (AY 128/1-2) ödünç iş ilişkisine konu edilemezler. Keza çıraklar ve stajyerler de ödünç iş ilişkisine konu olmazlar. Zira çıraklar, Mesleki Eğitim Kanunu uyarınca öğrenci statüsünde olup, işyerinde çalışan işçi sayısına dâhil olunmazlar (m.11). Aynı şekilde işyerindeki uygulamaları izleyip mesleki bilgilerini geliştiren stajyerler de, ne işçi ne çırak sayılırlar dolayısıyla ödünç iş ilişkisine konu olamazlar.

II. TARAFLAR ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER

A. GENEL OLARAK

Yukarıda tanımlanan üç ayrı süjenin birbiriyle olan hukuki ilişkilerin genel anlamda ödünç iş ilişkisini meydana getirdiği söylenebilecektir. Bu bakımdan taraflar arasındaki hukuki ilişkilerin ayrı ayrı irdelenmesi ve hukuki esaslarının ortaya konması ödünç iş ilişkisinin hukuki niteliğinin tam anlamıyla oraya konulabilmesi için büyük

⁴⁷⁷ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.85; Engin, **Atipik**, s.118; Serin; s.1067.

⁴⁷⁸ Süzek, s.121.

önem arz etmektedir. Öğretide isabetli olarak belirtildiği üzere ödünç iş ilişkisinde iş sözleşmelerin özgü “*intuitus personae*” ilkesiyle birlikte bağımlılık unsurunun yeniden gözden geçirilmesini gerektiren bir hukuki ilişkiler sarmalı bulunmaktadır⁴⁷⁹. Gerçekten ödünç iş ilişkisinde bu üç ayrı hukuki ilişki kendi aralarında bir bütünü oluşturmaktadır. Ödünç iş ilişkisinde sağlıklı bir yapı açısından bu üç ayrı hukuki ilişkinin sağlam bir şekilde kurulmuş ve hali hazırda devam etmesi gerekmektedir. Ödünç iş ilişkisinin ilk ayağını ödünç işçi ile asıl işveren arasında yapılması gerekli bulunan bir “iş sözleşmesi” yer almaktadır. Daha sonradan, ödünç iş ilişkisinin temelini teşkil eden ve ilişkinin doğumu açısından asıl işveren ve geçici işveren arasında mutlaka yapılması gereken “ödünç işçi verme sözleşmesi” ilişkinin ikinci ayağını oluşturmaktadır. Son olarak ödünç iş ilişkisinin fiilen hayata geçirilmesi kapsamında ödünç işçi ile geçici işveren arasındaki fiili ilişki göze çarpmaktadır. Zaten ödünç iş ilişkisinde en problemli alanı bu son durum oluşturmaktadır. Şimdi sırası ile bu hukuki ilişkileri irdelemeye geçebiliriz;

B. ÖDÜNÇ İŞÇİ İLE ASIL İŞVEREN ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

Asıl işveren ile ödünç işçi arasındaki hukuki ilişki İş Kanununa göre geçerli bir iş sözleşmesinin varlığıdır. Bu iş sözleşmesinin varlığı ödünç iş ilişkinin geçerli olarak kurulmasında bir ön koşul teşkil etmektedir. Eğer böyle bir iş sözleşmesi yok veya kanunen geçerli değil ise o zaman ortada ödünç iş ilişkisi olmadığı gibi bir iş aracılığı faaliyeti akla gelebilir⁴⁸⁰. Ödünç iş ilişkisinin dayanağını oluşturan iş sözleşmesinin kuruluşu genel olarak İş Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümlerinde belirtilmiştir. Buna göre, sözleşmenin kuruluşu için öncelikli olarak tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarının mevcudiyeti şarttır (BK m.1).

Taraflar bu irade beyanını bizzat yapabilecekleri gibi yasal temsilcileri aracılığı ile de yapabilirler. Ayrıca, İş Kanunu bu konuda bazı sınırlamalar getirmiş on beş yaşını bitirmemiş çocukların çalıştırılmasını yasaklamış on beş ile on sekiz yaş (dâhil olmak üzere) çocukların sadece yasal temsilcilerinin onayı ile çalıştırılabileceklerini hükme bağlamıştır (İK m.71). Keza tarafların iş sözleşmelerini yapmaları özel olarak bir şekle

⁴⁷⁹ Arslanoğlu s.56.

⁴⁸⁰ Akyiğit, **Şerh**, s.383; Serin, s.1064; Odaman, s.81.

tabi tutulmamış (İK m.8), Ancak, belirli süreli iş sözleşmelerinde Kanun yazılı şekil şartını aramıştır (İK m.11).

Tarafların yukarıdaki sayılan genel koşullara uymak kaydı ile yaptıkları bir iş sözleşmesi, ödünç iş ilişkisinin doğumu için yeterli bir ön koşulu sağlayacaktır. Bu bağlamda, tarafların belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi yapmış olmalarının bir önemi yoktur⁴⁸¹. Gerçekten yasa koyucu böyle bir ayrım öngörmemiştir. Ancak, burada tartışılması gereken bir hususu belirtmekte yarar görmekteyiz. Şöyle ki, bilindiği üzere İş Kanunu uyarınca tarafların esasen iş sözleşmesini belirsiz bir süre için kararlaştırmaları esas alınmıştır. Hatta tarafların belirli süreli iş sözleşmesi yapması için belirli süreli bir iş, belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya konması gibi objektif koşulların şart olması (İK m.11/1), işçinin ödünç olarak başka bir işverene verilmesine herhangi bir engel teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz.

Diğer taraftan öğretide bir görüşe göre belirli süreli iş sözleşmesinin ödünç iş ilişkisi süresiyle sınırlı olarak yapılabilmesi mümkün değildir⁴⁸². Böyle bir olasılıkta Akyiğit'e göre ya iş aracılığının varlığı ya da belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli olarak kurulduğu kabul edilmelidir. Yazar ortada bir iş aracılığının mevcut olduğunun kabulünün daha mantıklı görüldüğünü savunmaktadır. Böylece iş sözleşmesi ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında kurulmuş kabul edilecektir⁴⁸³. Kanaatimizce iş sözleşmesinin süresinin ödünç iş ilişkisi süresi ile sınırlı olarak kurulması anlamında bir yasal bir engel bulunmamaktadır. Böylece, örneğin, altı aylık belirli bir sözleşme ile bir şirkette işe başlayan bir işçi hemen altı aylık bir ödünç iş ilişkisine konu olması bize mümkün gözükmemektedir. Ancak, burada tarafların belirli süreli iş sözleşmesini yapmasını gerektiren ayrı objektif bir neden bulunmalıdır. Eğer muvazaalı bir ilişki mevcut ise bunun tespiti halinde yasa dışı bir iş aracılığı faaliyeti söz konusu olacağı bizce de mantıklı gözükmemektedir. Bunun yanı sıra, tarafların belirsiz süreli iş sözleşmesi yaparak ödünç iş ilişkisi süresiyle sınırlayabilme imkânları da mevcuttur. Şöyle ki, işçinin asıl işvereni iş sözleşmesini sona erdirmek için süreli fesih

⁴⁸¹ Akyiğit, **Şerh**, s.374; Odaman, s.87; Kılıçoğlu/Şenocak, s.216.

⁴⁸² Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.94; Odaman, s.87.

⁴⁸³ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.94; Odaman, s.87.

yoluna başvurulabilir. Böylece, bu fesih bildirim önelinin sonunu ödünç işçi verme sözleşmesinin sonuna denk getirebilir⁴⁸⁴.

Asıl işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesi ödünç iş ilişkisi süresince devam etmektedir. Dolayısıyla aralarındaki iş sözleşmesinin kısmi süreli veya tam süreli olması veya diğer atipik bir iş sözleşmesine dayanmasının da önemi bulunmamaktadır⁴⁸⁵. Böylelikle eğer ödünç işçi tam süreli bir iş sözleşmesi ile çalışıyor ise hafta da belli bir süre için ödünç verilip geri kalan süre zarfında asıl işveren yanında çalışmasına devam edebileceği gibi, diğer atipik bir iş ilişkisinde örneğin çağrı üzerine çalışmada iş görme borcunu hem asıl hem de geçici işverene getirmesinde yasal bir engel bulunmamaktadır. Zira ödünç işçi açısından ortada tek bir iş görme borcu mevcuttur ve bu borç geçici işverene sunulduğunda asıl işverene karşı da ifa edilmiş sayılacaktır⁴⁸⁶.

Eğer meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi söz konusu ise, iş sözleşmesi işçi ödünç verilmek üzere kurulmuş olduğundan, böyle bir durumda esasen ödünç olarak çalışmak isteyen işçi ile ödünç veren işveren arasında “çerçeve iş sözleşmesi” (Rahmenarbeitsvertrag) denilen ve ödünç işçinin hangi şartlarla çalışacağı hakkında hükümler içeren bir sözleşme yapılmaktadır⁴⁸⁷. Görüldüğü üzere, çerçeve sözleşmesinde işçiye, onu ödünç olarak çalıştırmak isteyen işverenin yanında çalışması bakımından herhangi bir yükümlülük öngörülmemektedir. Önemle belirtmek gerekirse, meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisinde, ödünç veren işveren ki bu özel istihdam bürosudur, işçi temini faaliyetini meslek edinmiştir⁴⁸⁸. Sonradan büro, ödünç işçi çalıştırmak isteyen işverene, işçinin özelliklerini bildirdikten sonra işçinin bu işveren yanında ödünç olarak çalışmayı kabul etmesi ile birlikte ödünç işçi ile büro arasında bir “iş sözleşmesi” kurulmaktadır⁴⁸⁹. Meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisinde genellikle işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılması söz konusu olmaktadır⁴⁹⁰. Büro ile ödünç işçi arasında iş ilişkisi vardır. Ancak, ödünç işçi fiilen büroda hizmet

⁴⁸⁴ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.94; Odaman, s.88.

⁴⁸⁵ Akyiğit, **Şerh**, s.391; Odaman, s.81; Kılıçoğlu/Şenocak, s.216.

⁴⁸⁶ Akyiğit, **Şerh**, s.391.

⁴⁸⁷ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.90.

⁴⁸⁸ Alpagut, s.263.

⁴⁸⁹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.90.

⁴⁹⁰ Nazlı, s.239.

edimini yerine getirmemektedir. Ödünç işçinin yasal veya asıl işvereni bürodur. İşçi ödünç iş ilişkisi sona erince büroya geri döner.

Meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisinde, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Öncelikle, bu tür ödünç iş ilişkisinde de yukarıda bahsettiğimiz üzere bir iş sözleşmesi bulunmakla beraber, sözleşme yapılırken veya sonraki bir zamanda işçinin başka bir işveren ödünç olarak verilebileceği kaydı konulmaktadır. Bu sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesinde, üçüncü kişiye işin ifasını talep hakkını içerip içermediğinin belirlenmesi önem arz etmektedir⁴⁹¹. Şöyle ki, eğer geçici işverene böyle bir talep hakkı tanınmış ise, “tam üçüncü şahıs yararına sözleşme” (Echter Vertrag Zugunsten Dritte) söz konusudur (BK m.111). Eğer bu hak, geçici işverene tanınmamış ise, o zaman taraflar arasında “eksik üçüncü yararına sözleşme” (Unechter Vertrag Zugunsten Dritte) (BK m.111) gündeme gelecektir. Ödünç işçi ile büro arasındaki tam üçüncü şahıs yararına niteliğindeki iş sözleşmesi ile birlikte diğer işveren işçiye karşı iş görme edimi üzerindeki talep hakkının bizzat sahibi olacaktır. Eğer bu durumun aksi bir içiminde, diğer işverene işin görülmesini isteme hakkı tanınmamış ise eksik üçüncü yararına sözleşme söz konusu olacaktır⁴⁹².

C. ASIL İŞVEREN İLE GEÇİCİ İŞVEREN ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

Ödünç iş ilişkisinde asıl işveren ile geçici işveren arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmaktadır. Gerçekten ödünç iş ilişkisinin her iki türünde de iki işveren arasında bir sözleşme yapılmaktadır. Bu sözleşme ile birlikte işveren kendisi yanında çalışan işçisini geçici bir süreliğine iş görme edimini ifa etmesine yönelik olarak başka bir işverene ödünç olarak vermektedir. 4857 sayılı İş Kanununun ilgili hükmünde (İK m.7/2), çalışmamızın yukarı ki bölümünde incelediğimiz üzere⁴⁹³, bu sözleşmeye atıf yapılmıştır. Biz işverenler arasında ödünç iş ilişkisinin temelini teşkil eden bu sözleşmeyi “ödünç işçi verme sözleşmesi” olarak adlandırmaktayız. İş Kanununda bu sözleşmenin yazılı bir biçimde ve altı aylık bir süre için taraflar arasında

⁴⁹¹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.90; Türkmen, s.140.

⁴⁹² Türkmen, s.141.

⁴⁹³ Bkz, yukarıda, §3, III.

bağıtlanabileceği belirtilmektedir (İK m.7/2). Genel olarak Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olan bu sözleşmeye yönelik olarak, İş Kanununda başka bir açık düzenleme yer almamaktadır.

Taraflar arasındaki hukuki ilişki anılan bu sözleşmeden doğmaktadır. Bu bakımdan, söz konusu sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Öğretide bu sözleşmenin hukuki niteliğine dair, çeşitli fikirler ileri sürülmüştür⁴⁹⁴; Öğretide en fazla kabul gören görüşe göre, ödünç iş ilişkisinde işverenler arasındaki hukuki ilişki alacağın temlik hükümlerine (BK m.162) dayanmaktadır⁴⁹⁵. Bu görüş uyarınca, işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işveren, başka bir işverene geçici bir süreliğine o işçiyi ödünç olarak vererek, işin ifasını isteme hakkını ve yönetim hakkını o işverene temlik etmektedir. Ancak, alacağın temlikinde borçlunun rızası gerekmemektedir (BK m.162/2). Öte yandan, işverenin işin görülmesini isteme hakkını başka bir işverene devri, sadece işçinin onayı ile mümkün olabilir⁴⁹⁶. Zira işverenin işin görülmesini talep hakkını, halin icabından anlaşılmadığı veya sözleşmede kararlaştırılmadığı takdirde, başka bir işverene kendiliğinden devretmesi mümkün değildir (BK m.320/2). Gerçekten halin icabı kapsamına işyerinin devri veya işverenin kişiliğinde değişiklik dâhil olmasına rağmen, işçinin başka bir işverenin yanında ödünç olarak çalışması bu kapsamda düşünülemez. Dolayısıyla, mutlaka işçinin rızası bulunmalıdır⁴⁹⁷.

Diğer taraftan, bu görüşü savunan yazarlar arasında tam bir birlik sağlanamadığı görülmektedir. Örneğin, alacağın temlikinin geçerli bir biçimde kurulabilmesi için mutlaka yazılı yapılması gerekmektedir (BK m.163/1). Soyer'e göre ise, şekil şartı iş hayatında güvenliğin korunması, irade beyanlarının kolaylıkla ispat edilmesi için getirilmiştir. İşçinin başka bir işverenin hizmetinde çalışması ise sadece bu ilişkide olanları ilgilendirmektedir. Ayrıca, işçinin rızası baştan beri gerekeceğinden, işçi iş görme borcunu kime karşı yerine getireceğini bilecektir. Dolayısıyla, şekil şartı

⁴⁹⁴ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.107.

⁴⁹⁵ Soyer, s.342; Ekonomi, s.190; Engin, **Ödünç**, s.342; Demircioğlu/Engin, s.36; Süzek, **Türler**, s.32; Odaman, s.32; Türkmen, s.147.

⁴⁹⁶ Soyer, s.342; Ekonomi, s.190; Engin, **Ödünç**, s.342.

⁴⁹⁷ Ekonomi, s.190; Engin, **Ödünç**, s.342.

ile öngörülen amacın bu hukuki ilişki açısından bir önemi bulunmamaktadır⁴⁹⁸. Engin ise, işçinin korunması açısından, ödünç iş ilişkisine yönelik temlikin yazılı olmasını savunmaktadır. Yazara göre, işçilik alacaklarından ve iş kazasından doğan uyuşmazlıklarda, öncelikle asıl işveren ile işçiyi ödünç olarak devralan işverenin kim olduklarının tespit edilmesi önem arz etmektedir⁴⁹⁹. 4857 sayılı İş Kanununda bu ilişkinin yazılı bir biçimde kurulabileceği belirtilip (İK m.7/2), yazarın görüşüne paralel bir düzenleme getirilmiş bulunmaktadır.

Buna karşılık öğretide bazı yazarlar, burada kendine özgü (sui generis) bir alacağın temliki bulunduğunu belirtmektedirler⁵⁰⁰. Zira her ne kadar ödünç iş ilişkisinde işveren işin görülmesini isteme hakkını başka bir işverene sözleşme ile temlik etmesine rağmen, söz konusu temlik klasik anlamdaki temlik ilişkisinden büyük farklılıklar da içermektedir⁵⁰¹. Şöyle ki, alacağın temlikinde alacak, devreden kişiden devralana intikal ettiğinden bir tasarruf işlemi niteliğindedir⁵⁰². Keza alacağın temliki, devralanın malvarlığında bir artış sağladığı için ayrıca bir kazandırıcı işlem niteliğindedir. Bu bakımdan, temlikten sonra alacaklı artık sahip olmadığı söz konusu alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunamayacaktır. Dolayısıyla, alacağı tahsil edemez, borçluyu ibra edemez ve söz konusu alacağı başka bir kimseye temlik edemez. Buna karşılık, söz konusu alacak hakkı daimi olarak devralana geçmektedir ve böylelikle alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olacaktır⁵⁰³. Görüldüğü üzere, kural olarak ani edimli borç ilişkileri bakımından getirilmiş bu hükmün, sürekli borç ilişkisi doğuran iş sözleşmesine tatbik edilmesi zor gözükmektedir⁵⁰⁴. Gerçekten ödünç iş ilişkisinde işin ifasının isteme hakkının belirli bir süreliğine başka bir işverene geçmesi, bu kişinin işveren sıfatı kazanması anlamına gelmeyecektir. Zira ödünç iş ilişkisi çalışma hayatının bazı

⁴⁹⁸ Soyer, s.343-344.

⁴⁹⁹ Engin, **Ödünç**, s.343.

⁵⁰⁰ Süzek, **Türler**, s.32; Odaman, s.32.

⁵⁰¹ Odaman, s.32.

⁵⁰² Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8.Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s.922; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Düzeltilmiş 12.Basım, Beta Yayıncılık, 2010, s.1180.

⁵⁰³ Oğuzman/Öz, s.936; Eren, s.1190.

⁵⁰⁴ Engin, **Atipik**, s.120.

ihtiyaçları nedeniyle getirilmiş bir hukuki kurumdur. Diğeri bir ifadeyle, ödünç iş ilişkisinin amacı ödünç alana işveren sıfatını kazandırmak değıldir⁵⁰⁵.

Bu konuya ilişkin savunulan bir diğeri görüş ise “temsil” grřdr⁵⁰⁶. Bu görüşün temelinde, geçici işverenin, asıl işverenin temsilcisi olarak hareket etmesi anlayışı bulunmaktadır. Bu görüş ilk kez Alman İmparatorluk İş Mahkemesi tarafından dile getirilmiş olmakla beraber, günümüzde savunulmayan bir görüştür. Bu görüş kapsamında, işverenler arası hukuki ilişkide bir “yerine geçme” veya “ikame” (Substitution, Ersatzman) olgusu bulunabileceğı belirtilmiştir. Keza bu bağlamda işverenler arasındaki hukuki ilişkiyi vekâlet unsurları içeren kendine özgü bir sözleşme olarak niteleyen görüşler de bulunmaktadır⁵⁰⁷. Alman Hukukunda, Heinze tarafından, dile getirilen bir diğeri görüş ise “akde katılma” olarak ifade edilmiřtir⁵⁰⁸. Bu görüşün iki dayanak noktası bulunmaktadır. Bunlardan ilki, geçici işveren, ödünç işçi ile kendi işvereni arasında bulunan iş sözleşmesi ile bağlantılı hale getirilmelidir. İkindisi ise, ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasındaki ilişkide bunların birbirine karşı bazı taleplere sahip olması zorunlu olarak görülmelidir. Bunları sağlayacak imkân ise, iş sözleşmesinin tekliğı uyarınca “akde katılma” (Vertragsbeitritt) olacaktır. Akde katılma, iki kişinin arasında mevcut bir sözleşmeye üçüncü bir kişinin dâhil olmasıdır. Bunun için borçlunun rızası şarttır. İşçinin kendi işverenine bu hukuki ilişkiye onay verdiğini açıklaması, aynı zamanda ödünç işverene akde bir başkasını dâhil edebilmesine imkân tanınması şeklinde yorumlanacaktır. Böylelikle, işçiye karşı diğeri iki işveren birlikte borçlu ve birlikte alacaklı sıfatına sahip olacaklardır. Ayrıca, her bir işveren işçiye karşı talimat verme ve işin ifasını isteme hakkına sahip olacaktır. Ödünç iş ilişkisinin zamanla sınırlı olduğu göz önüne alındığında akde katılmanın da süre itibari ile sınırlı olacağı sonucuna varılacaktır.

Ödünç veren ve ödünç alan arasındaki hukuki ilişkiyi iş ilişkisinin blnebilirliğı ve işveren statüsünün bölünmesinden hareket eden “akdin kısmen

⁵⁰⁵ Odaman, s.33.

⁵⁰⁶ Akyiğit, **dn İş İlişkisi**, s.108.

⁵⁰⁷ Akyiğit, **dn İş İlişkisi**, s.108.

⁵⁰⁸ M. Heinze, “**Rechtsprobleme Des Sog Echten Leiharbeitsverhaeltnisses**”, ZfA, 1976, s.183. Aktaran: Akyiğit, **dn İş İlişkisi**, s.109.

yüklenilmesi” (partielle Vertragsübernahme) görüşü de mevcuttur⁵⁰⁹. Bu görüş uyarınca, her iki işveren arasındaki hukuki ilişki alacağın temliki ve borcun yüklenilmesi ile açıklanabilecek bir durum değildir. Zira gerek alacağın temlikinde gerekse borcun yüklenilmesinde münferit hak ve borçların devri söz konusu olmaktadır. Ayrıca, bu tür durumlarda bir taraf değişikliği söz konusu iken, işveren konumunun bölünmesinin söz konusu olduğu ödünç iş ilişkisinde her iki işveren de birlikte varlığını sürdürmektedir. Böylece, işçiyi gözetim ve ücretin ödenmesi gibi borçlardan yeni işveren de sorumlu olacaktır.

Özellikle meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisine yönelik olarak, işverenler arasında işçinin kiralanmasına yönelik bir kira sözleşmesi bulunduğu yönünde görüşler Alman Hukukunda savunulmuştur. Bu görüşe göre “kiralık iş ilişkisi” (Mietarbeitsverhältnis) tabiri, karşılıklılık esasına dayanması nedeni ile tercih edilmiştir⁵¹⁰. Keza bu doğrultuda hukuki ilişkiyi personel kiralama (Personal-Leasing) olarak da niteleyen görüşler de bulunmaktadır⁵¹¹.

Yukarıdaki görüşleri dikkatlice inceleyecek olursak, bu görüşlerin, Türk hukukunda düzenlendiği şekliyle, ödünç iş ilişkisindeki işverenler arasındaki hukuki ilişkiyi bütünüyle açıklamaktan uzak oldukları bizce kabul edilmelidir. Gerçekten öncelikle, alacağın temliki hükümlerinin ödünç iş ilişkisine uygulanması yukarıda da bahsettiğimiz üzere bizce zorlama bir çözümdür. Özellikle, ödünç iş ilişkisinin geçici bir süreliğine kurulduğu düşünülürse, ödünç işçi çalışması bitince asıl işverenin yanına geri dönecektir. Bu durumun bir “geri temlik” (Zurückzession) sayılması halinde ise yeniden yazılı bir şekilde kurulması gerekecektir⁵¹². Keza alacağın temliki bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Böylece, alacağı devreden kişi alacaklı sıfatını kaybedecektir. Ancak, ödünç iş ilişkisinde ödünç işçinin asıl işvereni ile olan iş sözleşmesi ödünç süresinde devam etmektedir (İK m.7/1). Ayrıca, ödünç işçinin bir başka işçi ile değiştirilmesinin sözleşmede kabul edildiği durumlarda, bunun alacağın temliki ile açıklanması zor gözükmektedir. En önemlisi ise, geçici işverenin ödünç işçi üzerinde belirli ölçüde yönetim hakkına sahip olduğu kanunen öngörülmüştür (İK m.7/1). Ayrıca

⁵⁰⁹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.109.

⁵¹⁰ Türkmen, s.131.

⁵¹¹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.110.

⁵¹² Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.114.

geçici işveren ödenmeyen ücretinden, gözetim borcundan ve sosyal sigorta primlerinden asıl işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur (İK m.7/3). Oysaki alacağın temliki ise münferit bir hakkın devrini içermektedir. Bu hakka bağlı bazı fer'i hakların da geçeceği kabul edilse bile, yönetim hakkının ve gözetim borucunun bu kapsamda yer alması mantıklı gözükmemektedir⁵¹³.

Kanaatimizce ödünç iş ilişkisinde işverenler arasındaki hukuki ilişki kendine özgü (sui generis) bir borç sözleşmesinden kaynaklanmaktadır⁵¹⁴. Zira yukarıdaki görüşlerin hiçbirisi tam anlamıyla bu hukuki ilişkiyi açıklayamamaktadır. İş Kanunundaki ödünç iş ilişkisine yönelik hüküm, genel olarak bu ilişkinin çerçevesini çizmektedir. Bu bakımdan, bu sözleşme ile birlikte asıl işverenin yanında çalışan işçisi geçici bir süreliğine başka bir işverenin yanında ödünç olarak çalışması ve çalışması bitince asıl işverenin yanına dönmesi amaç edinilmiştir. Geçici işveren ise, bu süreçte işin görülmesini talep hakkına ve bu hususla bağlantılı olarak ödünç işçiye belirli ölçüler dâhilinde emir ve talimat verme hakkına sahip olacaktır. Ayrıca, ödünç işçiye yönelik iş sağlığı ve güvenliğine yönelik eğitim ve tedbirleri de sağlamakla yükümlüdür (İK m.7/1). Böylelikle, geçici işverene bir takım hak ve yetkiler kanunen sağlanmış iken, aynı şekilde bazı borçların da kanunen yükletilmiş olduğu göze çarpmaktadır. Zira geçici işverenin ödünç işçinin ödenmeyen ücretinden, gözetim borcundan ve sosyal sigorta primlerinden asıl işveren ile birlikte sorumlu tutulmasının düzenlenmesi ile birlikte, asıl işverenin ödünç işçiye karşı yükümlülüklerinin devam ettiği de açıklığa kavuşturulmuştur (İK m.7/3). Bu arada, asıl işverenin ödünç işçi üzerinde özellikle yönetim hakkına dayanan, örneğin yıllık ücretli izin gibi, bir takım yetkileri de hiç şüphesiz devam etmektedir.

Diğer taraftan, asıl işverenin söz konusu sözleşme ile birlikte geçici işverene karşı, ödünç işçinin kararlaştırılan zamanda ödünç olarak çalışmasını taahhüt borcu altına girdiği kabul edilmelidir⁵¹⁵. Gerçekten bu sözleşmenin yapılmasında en önemli

⁵¹³ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.116.

⁵¹⁴ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.117; Türkmen, s.143; Aydın, **Sosyal Temas**, s.191; Serin, s.1071.

⁵¹⁵ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.98; Türkmen, s.143; Odaman, s.96.

etken, söz konusu işçi devrine yönelik hukuki ilişkinin çerçevesini düzenlemek ve söz konusu devri güvence altına almaktır⁵¹⁶.

Öğretide Türkmen, asıl işverenin böyle bir taahhüt altına girmesinin üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümleri (BK m.110) ile açıklanabileceği görüşünü savunmuştur⁵¹⁷.Yazara göre asıl işveren işçinin ödünç işçi verme sözleşmesinde belirtilen zamanda geçici işverenin işyerinde çalışmasını taahhüt borcu altına girdiğinden, belirtilen zamanda işçinin ödünç olarak çalışmaya başlamamasından dolayı sorumlu tutulabilecektir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümleri uyarınca, üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse, bu taahhüdün üçüncü kişi tarafından yerine getirilmemesi halinde, karşı tarafın zararını tazminle sorumlu tutulmuştur (BK m.110/1). Böylece, işçinin asıl işverenin, geçici işverenin bu durumdan doğan zararını tazmini gündeme gelebilecektir. Bu sözleşmede, fiili taahhüt edilen üçüncü kişi taraf bulunmamaktadır. Üçüncü kişi, bu sözleşmeden dolayı bir borç altına girmeyecektir⁵¹⁸. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt hakkında, öğretide garanti sözleşmesinin özel bir türü olduğu görüşü hâkimdir⁵¹⁹. Garanti sözleşmesi ile bir taraf diğerine, onun için gerçekleştirilecek kendisinin sorumlu olmadığı bir riskten doğabilecek zararın tamamını veya bir kısmını gidermeyi yüklenmektedir⁵²⁰.

Öğretide Odaman da, ödünç işçi verme sözleşmesi vasıtasıyla iş görme ediminin geçici işverenin işyerinde, ödünç işçi tarafından yerine getirilmesine yönelik garanti verildiği görüşündedir⁵²¹. Yazara göre bu sözleşmede, iş görme borcunun yerine getirileceği taahhüt edildiğinden, garanti sözleşmesinin özel bir türü söz konusudur. Ancak önemle belirtmek gerekirse, eğer aksi ödünç işçi verme sözleşmesinde kararlaştırılmamış ise, asıl işveren kural olarak ödünç işçinin iş görme edimini yerine getirmemesinden veya eksik yerine getirmesinden sorumlu değildir⁵²². Zira asıl işveren

⁵¹⁶ Odaman, s.96.

⁵¹⁷ Türkmen, s.144.

⁵¹⁸ Oğuzman/Öz, s.804; Sevgi Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s.30.

⁵¹⁹ Oğuzman/Öz, s.801; Kayak, s.30.

⁵²⁰ Oğuzman/Öz, s.800.

⁵²¹ Odaman, s.97.

⁵²² Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.98; Türkmen, s.143; Odaman, s.95.

işin ifasını üstlenmemekte, sadece kararlaştırılan zamanda işçinin ödünç olarak verilmesini üstlenmektedir.

D. ÖDÜNÇ İŞÇİ İLE GEÇİCİ İŞVEREN ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

Ödünç iş ilişkisinde, asıl işverenin, kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçisini belli ve geçici bir süreliğine başka bir işverene devretmesi söz konusudur. Böyle bir devir sonucunda geçici işveren ile ödünç işçi arasında bir hukuki ilişki doğmaktadır. Ödünç iş ilişkisinin en önemli aşamasını ve en problemli alanını ödünç işçi ile geçici işveren arasındaki söz konusu ilişki oluşturmaktadır. Gerçekten yukarıda belirttiğimiz üzere, asıl işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesi bu süreçte kesintisiz devam etmektedir. Ayrıca, bu süreçte geçici işveren ile ödünç işçi arasında bir takım hak ve yükümlülükler kanunen öngörülmüştür. Bu kapsamda bir defa ödünç işçinin iş görme borcunu geçici işverene karşı yerine getirmesi söz konusu olmakla beraber (İK m.7/1), geçici işverenin de gözetim ve ücretin ödenmesinden sorumluluğu kanunen öngörülmüştür (İK m.7/3). Dolayısıyla, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin bütün yönleriyle netlik kazandırılması önem arz etmektedir.

Özellikle Alman Hukuku öğretisinde, genel olarak taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği konusunda iki farklı eğilim göze çarpmaktadır. Birinci eğilime göre taraflar arasında bir iş sözleşmesi ilişkisi bulunmaktadır. İkinci eğilime göre ise, taraflar arasında bu türden bir hukuki ilişki bulunmamaktadır⁵²³. Bu görüşleri ayrı olarak inceleyecek olursak; ilk eğilime göre, taraflar arasındaki hukuki ilişki sözleşmesel niteliktedir. Bu bakımdan bir iş sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabulü yerinde olacaktır. Öncelikle belirtmek gerekirse, taraflar arasında bir iş sözleşmesi olduğunu savunan anlayış kabul görmemiştir. Diğer taraftan, taraflar arasında ayrı bir iş sözleşmesi ilişkisi olduğunu savunan görüş de kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Buna göre, bu görüşte olanların bir kısmı aradaki ilişkinin tek bir iş sözleşmesi veya iş ilişkisi olduğu kanaatini taşımaktadırlar. Tek bir iş sözleşmesinin var olduğunu savunanlar, asıl işveren ile geçici işveren arasındaki hukuki ilişkinin iş aracılığı veya sözleşmeye katılma ile açıklanabileceğini belirtmektedirler. Bu doğrultuda, eğer asıl işverenin bir iş

⁵²³ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.120.

aracılığı yaptığı kabul edilirse, kendisi ilişkiden çıktığının kabulü ile diğer taraflar arasında yeni oluşan bir iş sözleşmesinin varlığının kabulü zorunlu olmaktadır⁵²⁴. Sözleşmeye katılma halinde ise, asıl işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesine geçici işverenin de dâhil olması söz konusu olmaktadır.

Diğer taraftan, çifte iş ilişkisi (Doppelarbeitsverhaeltnis) anlayışında olanlar ise, önceki iş sözleşmesi sabit kalmakla beraber geçici işveren ve ödünç işçi arasında yeni bir iş sözleşmesi ilişkisinin daha mevcut olacağını savunmaktadırlar. Bu anlayışın temelini Alman hukukçusu Nikisch tarafından savunulan, katılma teorisi teşkil etmektedir. Buna göre, çifte iş ilişkisi taraftarlarının dayanak noktası işçinin geçici bir süreliğine başka bir işverenin işyeri organizasyonuna katılmasıdır. Bu bakımdan, bu görüşü savunan yazarlara göre, işçinin kendisini ödünç olarak çalıştıran işverenin işyerine katılması ile birlikte, zımnen de olsa, aralarında bir iş ilişkisi oluşmaktadır⁵²⁵.

Yukarıda bahsedilen anlayış eskiden savunulan ve kabul görmemiş bir anlayış olarak kalmıştır. İkinci eğilim olan ve günümüzde hemen hemen bütün ülke hukuk sistemlerinde baskın olarak savunulan görüşe göre ise, ödünç iş ilişkisinin hangi türü olursa olsun ödünç işçi ile geçici işveren arasında bir iş sözleşmesi ilişkisi bulunmamaktadır⁵²⁶. Bu doğrultuda, 4857 sayılı İş Kanununda, ödünç iş ilişkisi kurulması için, geçici işveren ile ödünç işçi arasında ayrı bir iş sözleşmesi yapılması gerekli görülmemiştir. Söz konusu bu ilişki, asıl işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanacak olması nedeniyle sözleşmeden kaynaklanan bir görünüm taşımaktadır. Kural olarak, ödünç işçinin geçici işverene karşı yerine getireceği iş görme borcu, asıl işveren ile ödünç işçi arasında yapılmış olan iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. İşçinin ödünç olarak diğer işverene devredilmesi ile birlikte işin görülmesine ilişkin bir takım hak ve yükümlülükler de ödünç iş ilişkisinde uygulama alanı bulacaktır⁵²⁷. Ödünç olarak verilen işçi her ne kadar iş görme edimini onu devralan işverene karşı yerine getirirse de, kendi asıl işvereni ile iş sözleşmesi bu

⁵²⁴ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.120.

⁵²⁵ A. Nikisch, **“Arbeitsrecht”**, Bd. I, 3.Auflage, Tübingen, 1961, s.242. Aktaran: Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.120.

⁵²⁶ Soyer, s.341; Ekonomi, s.190; Narmanlıoğlu, s.203; Mollamahmutoğlu, s.283; Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.121; Caniklioğlu, s.126.

⁵²⁷ Odaman, s.91.

süreçte kesintisiz devam etmektedir. Bu bakımdan, Türk İş Hukuku öğretisinde de, gerek 4857 sayılı İş Kanunu öncesinde gerekse bu Kanunun kabulü ile birlikte öğretilen taraflar arasında “İş Hukuku karakterli akit benzeri (quasi contractus) bir hukuki ilişki’nin” mevcut olduğu kabul edilmektedir⁵²⁸.

Öğretilen Arslanoğlu, geçici işverenle ödünç işçi arasındaki ilişkiye yönelik olarak, taraflar arasında yeni bir iş sözleşmesinin yapılmasının gerekli olup olmadığını tartışılması gerektiğini ancak yasal düzenleme ile böyle bir sözleşme yapılmasının gerekli görülmediğini belirtmektedir. Yazara göre, ödünç iş ilişkisini oluşturan unsurlardan biri olan bu hukuksal ilişki, mevcut iş sözleşmesinin hükümlerinin bu ilişkiye uygulanmasından dolayı sözleşmeden kaynaklanan bir görünüm arz etmektedir. Bu doğrultuda, ödünç işçinin geçici işveren yanında çalışması iş sözleşmesinden kaynaklanan bir borç olacak ve mevcut iş sözleşmesi tarafları genişletilerek aynı zamanda her iki işveren için de uygulanabilecektir⁵²⁹.

Öte yandan, İş Kanunu madde 7 fıkra 4 son cümlesinde; “işçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır.” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bazı bakımlardan muğlak olan bu ifade, öğretilen bazı tartışmalı hususların belirmesine neden olmuştur. Şöyle ki, bir defa “işçinin geçici sözleşmesi” ile kastedilen sözleşmenin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Öğretilen bizimde katıldığımız görüşe göre, bu ifade, geçici işveren ile asıl işveren arasında yapılan, ödünç işçi vermenin esaslarını içeren, ödünç işçi verme sözleşmesini belirtmektedir⁵³⁰.

Arslanoğlu ise bu hususa yönelik farklı düşünmektedir. Yazara göre, bu ifade ile belirtilen ödünç işçi ile asıl işveren arasındaki iş sözleşmesidir. Zira ödünç iş ilişkisinin niteliği itibarıyla ödünç işçi ile geçici işveren arasında sözleşmesel bir ilişkinin mevcudiyetine rağmen bağımsız ayrı bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Ödünç iş ilişkisinin temelini mevcut iş sözleşmesi oluşturmaktadır, bu bakımdan iş

⁵²⁸ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.123; aynı yazar, **Şerh**, s.372; Süzek, **Türler**, s.32; Mollamahmutoğlu, s.283; Tuncay, **Eleştiri**, s.57; Caniklioğlu, s.127; Türkmen, s.144; Serin, s.1072; Odaman, s.90.

⁵²⁹ Arslanoğlu, s.57-58.

⁵³⁰ Mollamahmutoğlu, s.276; Caniklioğlu, s.128.

sözleşmesinde aksine bir hüküm yok ise, İş Kanunundaki düzenlemeler esas alınacaktır⁵³¹. Önemle belirtmek gerekirse, bu hüküm ile birlikte İş Kanunundaki emredici hükümlerin uygulama olanağının ortadan kalkması düşünülemez. Diğer bir ifadeyle, belirtilen sözleşmede söz konusu emredici hükümlere aykırı hükümlerin olması halinde, emredici hükümler uygulanacaktır.

İlgili hükümde tartışmalı olan bir diğer husus ise “İş Kanununda yer alan diğer hak ve yükümlülükler” ifadesinin hangi hak ve yükümlülükleri kapsadığı meselesidir. Gerçekten bu kapsamda işçinin feshe bağlı haklarının (tazminat hakları), iş görmekten kaçınma, çalışmadığı halde ücretini talep etmesi gibi diğer birçok hakkın akla gelmesi söz konusudur⁵³². Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, maddedeki bu ifadenin iş sözleşmesinin varlığına bağlı olarak ortaya çıkan bütün hak ve yükümlülükleri kapsamaması düşünülemez, çünkü bazı hak ve yükümlülüklerin varlığı sıkı sıkıya iş sözleşmesinin varlığına bağlıdır⁵³³. Keza ödünç iş ilişkisinde iş ilişkisi benzeri bir durum söz konusu olduğundan, maddedeki ifadenin, işin görülmesi ve buna bağlı haklarla sınırlı olarak algılanmasının yerinde olacağı kabul edilmelidir⁵³⁴. Bu doğrultuda, özellikle çalışma koşullarına ilişkin hükümler bu ilişkiye uygulanabilecektir. Örneğin, ödünç işçi verme sözleşmesinde aksi bir düzenleme yok ise, fazla çalışma yapılması için ödünç işçinin onayı alınması gerekecektir.

Öğretide savunulan diğer görüşe göre ise, bu maddede yer alan ifadenin iş sözleşmesinden doğan ve ilgili hükümde düzenlenmiş olan ücret ödeme ve gözetim borcu haricinde diğer hak ve yükümlülükleri kapsadığı savunulmaktadır⁵³⁵. Bu görüşe göre, hüküm geniş yorumlanmalıdır ve aksi ödünç işçi verme sözleşmesinde belirtilmediği sürece, diğer yükümlülükler açısından da sorumluluk söz konusu olacaktır.

Yukarıda belirttiğimiz hüküm ile bağlantılı olarak en tartışmalı husus, feshe bağlı haklara ilişkin olmaktadır. Özellikle, kıdem, iş güvencesi, ihbar gibi İş Hukukuna

⁵³¹ Arslanoğlu, s.81.

⁵³² Caniklioğlu, s.128.

⁵³³ Mollamahmutoğlu, s.286; Caniklioğlu, s.129; Ekmekçi, **Hükümler**, s.375; Odaman, s.269.

⁵³⁴ Caniklioğlu, s.129.

⁵³⁵ Ulucan,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.118; Serin, s.1077.

ilişkin tazminatlardan geçici işverenin sorumlu olup olmaması bir hayli önem arz etmektedir. Öğretide bir görüşe göre, geçici işveren bu tür tazminatlardan kural olarak sorumludur. Ancak, bunun aksinin ödünç işçi verme sözleşmesinde kararlaştırılması mümkündür⁵³⁶. Öte yandan öğretide hâkim görüşe göre ise, ödünç iş ilişkisinde iş sözleşmesini fesih hakkı bulunmayan geçici işverenin feshe bağlı tazminatlardan sorumlu tutulması mümkün görülmez⁵³⁷. Keza ödünç iş ilişkisine yönelik ilgili Kanun hükmünde, alt işverenlik ilişkisini düzenleyen hükümde olduğu gibi, bu hususa yönelik açık bir düzenleme yer almamaktadır. Yüksek Mahkeme de, bizim katıldığımız görüş doğrultusunda hüküm vermektedir⁵³⁸.

Geçici işveren ile ödünç işçi ile arasında sözleşmesel bir ilişkisi olmadığı halde, ödünç işçi karşısında işveren konumuna benzer bir konuma sahiptir. Nitekim yasa koyucu ödünç işçinin devrinin söz konusu olduğu ödünç işçi verme sözleşmesinde, iş sözleşmesine ait bazı unsurların geçici ve belirli süreliğine geçici işverene devredilmesini düzenlemektedir. Buna göre, geçici işveren kanunen iş görülmesini talep hakkına sahip olmaktadır (İK m.7/1). Zaten kendisinin bu hakkı ödünç iş ilişkisinin temelini teşkil etmektedir ve bizzat kendi hakkını kullanmaktadır⁵³⁹. Keza ödünç işçi işin görülmesinin talep hakkının geçici işverene devrine onay vermesiyle birlikte, geçici işverenin işyerinde onun emir ve talimatlarına uygun olarak ifa ve sadakat yükümlülüğü altına girmektedir⁵⁴⁰. Bunun yanı sıra, geçici işverenin ödünç işçiye karşı gözetim ve ücretin ödenmemesine ilişkin yasal yükümlülükleri bulunmamaktadır.

Aydınlı'ya göre, ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi, geçici işverenin yanında çalışmaya başlamasıyla birlikte onunla sosyal temasa geçmektedir. Tarafların sosyal temasa geçmesi ile birlikte edimden bağımsız bir borç ilişkisi kurulmuş olacaktır.

⁵³⁶ Süzek, s.263; Tuncay, **Sempozyum**, s.141.

⁵³⁷ Caniklioğlu, s.129; Çankaya/Çil, s.322; Ekmekçi, **Hükümler**, s.375; Algun Çifter ve Özge Demir, **"4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisinin Hükümleri ve Sonuçları"**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, Yıl:6, Sayı:12, Güz 2007, s.12; Odaman, s.269.

⁵³⁸ Dosyadaki bilgi ve belgelerden özellikle SSK kayıtları ve Banka kayıtlarından davacının davalı S.. Dijital İletişim AŞ işçisi olarak filen G... P.. Genel Merkezi işyerinde çalıştığı ve şirket tarafından iş akdinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davalı G... P... Genel Başkanlığı ödünç işçi çalıştıran olduğundan hüküm altına alınan ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağından sorumlu değildir. Bu itibarla bu tazminat ve alacaklar yönünden davalı P.... Başkanlığı aleyhine açılan davanın reddi gerekir iken yanlış değerlendirme ile karar verilmesi hatalıdır. **Y.9HD, 24.01.2006, 2005/28487E., 2006/1187 K., Çankaya/Çil s.361.**

⁵³⁹ Caniklioğlu, s.130.

⁵⁴⁰ Mollamahmutoğlu, s.283.

Ödünç işçinin geçici işveren yanında çalışmaya başlaması ise iki işverenin arasında bağtlatdığı ödünç işçi verme sözleşmesinden ve işçinin bu anlaşmaya yönelik kendi rızasından kaynaklanmaktadır. İşçinin edim yükümlülüğünü geçici olarak ödünç verildiği işverene karşı yerine getirmesi ise asıl işveren ile aralarında bulunan iş sözleşmesinin bir gereği olmaktadır⁵⁴¹. Başbuğ'a göre de, ödünç iş ilişkisinde geçici işverenin, ödünç işçiye karşı aralarındaki iş ilişkisi benzeri hukuki ilişkiden kaynaklanan, edim yükümlülüğünden bağımsız, ücretin ve sosyal sigorta primlerinin ödenmesine yönelik sorumluluğu ile koruma ve gözetme borcu bulunmaktadır (İK m.7/3)⁵⁴².

⁵⁴¹ Aydın, **Sosyal Temas**, s.194.

⁵⁴² Başbuğ, s.14.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNDE TARAFLAR ARASINDAKİ HAK VE BORÇLAR

§. 5 BİREYSEL İŞ HUKUKU BAKIMINDAN TARAFLAR ARASINDAKİ HAK VE BORÇLAR

I. GENEL OLARAK

Ödünç iş ilişkisinin bu kapsamda en dikkat çeken özelliği asıl işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin, ödünç iş ilişkisi süresince devam etmesi olarak belirtilebilecektir (İK m.7/1). Bunun sonucunda, ödünç işçi asıl işverenin işçisi olmaya devam etmektedir⁵⁴³. Ödünç işçinin asıl işverenin işçisi olarak kalmaya devam etmesinden dolayı bir takım sonuçlar söz konusudur. Öncelikle, ödünç işçi İş Kanunu uygulamalarında asıl işverenin işyerindeki işçi sayısına dâhil olacaktır⁵⁴⁴. Özellikle işe iade davalarında, dava husumeti açısından, ödünç işçi tarafından açılan davalar ödünç işçinin geçici işverenine değil asıl işverenine karşı yöneltilmelidir⁵⁴⁵. Yüksek Mahkemede kararlarında bu hususu belirtmektedir⁵⁴⁶.

Ödünç işçinin asıl işverenine karşı olan iş sözleşmesinden kaynaklanan hak ve borçları bu süreçte kesintisiz devam etmektedir⁵⁴⁷. Ödünç işçinin özellikle asıl işverenine karşı sadakat ve itaat yükümlülüğü devam etmektedir. Keza aynı şekilde ödünç işçinin asıl işverenine karşı iş sözleşmesinden doğan bir takım hakları bulunmaktadır. Diğer taraftan, ödünç işçi geçici işverenin işyeri organizasyonuna geçici

⁵⁴³ Çankaya/Çil, s.319.

⁵⁴⁴ Çankaya/Çil, s.325; ayrıca bu hususa ilişkin bir Yargıtay kararına göre: İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süresiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç (geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar.Y.9HD, 21.04.2008, 2007/30769E., 2008/9217 K., Çankaya/Çil s.341.

⁵⁴⁵ Çankaya/Çil, s.328.

⁵⁴⁶ Dosya içeriğine ve kayıtlara göre ilk dönem davalı N...AŞ işyerinde çalışan davacının sonraki dönem ve askerlik sonrası M...AŞ işyerinde çalıştığı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının aynı gruba bağlı şirketlerde muhabirlik yapması, diğer şirketlerinde işvereni olduğunu göstermez. Şirketler arasında geçici iş ilişkisi kurulmuş olabilir. Mahkemece her iki işveren hakkında feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi hatalıdır. Davanın son işveren olan davalı M...AŞ yönünden kabulü, diğer davalı hakkında ise husumetten reddi gerekir.Y.9HD, 19.06.2006, 2006/14773E., 2006/17530 K., Çankaya/Çil s.357.

⁵⁴⁷ Caniklioğlu, s.129.

bir süre dâhil olmasının neticesinde, işçinin korunması ilkesi doğrultusunda, geçici işverene bazı yükümlülükler getirilmesi mecburidir⁵⁴⁸. Gerçekten ödünç iş ilişkisinin üçlü yapısı ve iki ayrı işverenin mevcut olmasından dolayı, yasa koyucu isabetli bir biçimde her iki işvereni ödünç işçiye karşı ücretin ödenmesinden ve gözetim borcundan birlikte sorumlu tutma yoluna gitmiştir (İK m.7/3).

Aşağıda alt başlıklar halinde tarafların İş Hukuku kapsamında birbirlerine karşı olan yükümlülüklerini alt başlıklar altında izah etmeye çalışacağız

II. ÖDÜNÇ İŞÇİNİN İŞVERENLERE KARŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. İŞ GÖRME BORCU

1. Genel Olarak

İş görme borcu iş sözleşmesinden kaynaklanan ve işçiye yüklenmiş bulunan en temel edimdir⁵⁴⁹. Ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçi iş sözleşmesi ile asıl işverene karşı üstlenmiş olduğu iş görme borcunu kendi işverene değil, bir başka işveren olan ve ödünç iş ilişkisine taraf olan geçici işverene karşı ifa etme yükümlülüğü altına girmektedir⁵⁵⁰. Nitekim bu husus ilgili hükümde şu şekilde belirtilmiştir: “Bu halde iş sözleşmesi devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur” (İK m.7/1). Böylece, ödünç işçi iş sözleşmesinden kaynaklanan asli edimi olan iş görme borcunu bizzat geçici işverene karşı, onun işyerinde yerine getirecektir.

Hemen belirtelim ki, ödünç iş ilişkisinde işçinin iş görme borcunun ikiye bölünmesi ve işçinin bu süreçte her iki işverene karşı iş görme borcunu yerine getirmesi söz konusu değildir⁵⁵¹. Gerçekten, ödünç işçi, iş sözleşmesi asıl işvereni ile devam etmekle beraber, sadece belirli bir süreyle mevcut iş sözleşmesi kapsamındaki iş görme

⁵⁴⁸ Caniklioğlu, s.127.

⁵⁴⁹ Çelik, s.130; Süzek, s.293; Mollamahmutoğlu, s.437; Narmanlıoğlu, s.196.

⁵⁵⁰ Süzek, s.258; Caniklioğlu, s.130; Mollamahmutoğlu, s.283; Ekmekçi, **Hükümler**, s. 375; Odaman, s.102; Serin, s.1077; Arslanoğlu, s.80.

⁵⁵¹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.125; aynı yazar, **Şerh**, s.391; Şakar, s.71; Odaman, s.102; Kılıçoğlu/Şenocak, s.221.

edimini geçici işverene karşı yerine getirecektir⁵⁵². Ödünç iş ilişkisinde, öğretide bizimde katıldığımız görüş uyarınca geçici işverene işin ifasının talep hakkının devredildiği kabul edilmelidir⁵⁵³. Zaten ilgili hükmün gerekçesinde de aynı sonuca varılmıştır⁵⁵⁴. Ayrıca, ödünç iş ilişkisini kurulması ile birlikte, geçici işveren ödünç işçiden iş görme borcunun kendine yönelik biçimde yerine getirilmesini isteme hakkına kendiliğinden sahip olmaktadır⁵⁵⁵. Ödünç iş ilişkisinde, geçici işveren işin görülmesini talep hakkı bakımından bizzat kendi hakkını kullanmaktadır⁵⁵⁶. Keza ödünç işçi de bu süreçte iş görme borcunu, geçici işveren nam ve hesabına yerine getirmektedir⁵⁵⁷. Bu husus, ödünç iş ilişkisini eser sözleşmesinden ayıran en önemli unsurdur. Diğer bir deyişle, eğer işçi kendi işverenin diğer bir işverenle bağtladığı eser sözleşmesi kapsamında, iş görme borcunu kendi işvereni nam ve hesabına yerine getiriyor ise o zaman ortada bir ödünç iş ilişkisinin varlığından söz edilemeyecektir⁵⁵⁸.

Öğretide, bu hususa yönelik olarak, farklı düşünen yazarlar da mevcuttur. Örneğin Odaman'a göre, işin ifasını talep hakkının kullanılması yetkisinden ziyade bizzat asıl işverene ait olan alacak hakkının devredilmesi söz konusudur⁵⁵⁹. Akyiğit ise, ödünç işçi verme sözleşmesi ile birlikte geçici işverene işin ifasını isteme hakkının devrinin mümkün olduğunu kabul etmekle beraber, bunun zorunlu bir unsur olmadığını belirtmektedir⁵⁶⁰. Yazara göre, ödünç işçiden işin ifasını isteme hakkı, o işçinin asıl işverenine aittir. Ancak, taraflar anlaşarak bu hakkın kendini veya kullanım yetkisini beli bir süre için geçici işverene devredebileceklerdir.

Son olarak belirtmek gerekirse, ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçinin iş görme borcuna aykırı bir harekette bulunması asıl işverenine karşı da iş görme borcunun ihlali

⁵⁵² Şakar, s.71.

⁵⁵³ Süzek, s.295; Caniklioğlu, s.130; Ekmekçi, **Hükümler**, s.375; Aktay/Arıcı/Kaplan, s.101; Cevdet İlhan Günay, **İş Kanunu Şerhi**, Genişletilmiş 3.Basım, Ankara: YETKİN Yayınları., 2009, s.337; Hakan Keser, “İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansımaları”, **LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S.9, Ocak-Şubat-Mart 2006, s.68.

⁵⁵⁴ TİSK, **Gerekçe**, s.85.

⁵⁵⁵ Caniklioğlu, s.130.

⁵⁵⁶ Caniklioğlu, s.130.

⁵⁵⁷ Ulucan,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.117; Caniklioğlu, s.130.

⁵⁵⁸ Soyer, s.339; Ekmekçi, **Hükümler**, s.367; Ulucan,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.117.

⁵⁵⁹ Odaman, s.103.

⁵⁶⁰ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.99.

anlamına gelecektir⁵⁶¹. Gerçekten ortada tek bir iş görme borcu söz konusu olduğundan, bu borcun geçici işverene karşı gereği gibi ifa edilmemesi, ödünç işçiyi, aralarında iş sözleşmesi ilişkisi bulunan asıl işverene karşı da sorumlu kılacaktır. Bu bakımdan, asıl işveren böyle bir nedene dayanarak, ödünç işçi ile arasındaki, iş sözleşmesini feshedebilecektir (İK m.25/II f.h). Keza asıl işveren, ödünç işçiye karşı ödemezlik defini (BK m.81) ileri sürüp, ücretini ödemekten kaçınabilir. Ayrıca, bu konuya ilişkin bir disiplin suçu söz konusu ise, ödünç işçiye iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinde yer alan disiplin cezasını uygulayabilir⁵⁶².

2. İş Görme Borcunun Kapsamı

Ödünç işçinin iş görme borcu kapsamında, geçici işverene karşı yerine getirmekle sorumlu olduğu işin içeriği ve kapsamı kural olarak işçi ile onun asıl işvereni arasında kurulmuş bulunan bireysel veya toplu iş sözleşmesi dayanak alınarak belirlenecektir⁵⁶³. Bu bağlamda, ödünç işçi verme sözleşmesi kapsamında da ödünç işçinin yapacağı işin türü, içeriğinin ve kapsamının açıkça belirlenmesi bu konuda doğabilecek uyuşmazlıkların önlenmesinde etkili olacaktır⁵⁶⁴.

İş Kanununda ödünç işçinin holding ve ye aynı şirketler topluluğundaki işverenler arasında ödünç verilmesi durumunda, yapacağı işin iş sözleşmesindeki işle benzer olması şart koşulmamış, ancak, diğer işverenler arasında kurulacak ödünç iş ilişkisinde yapacağı işin önceki işiyle benzer olması yasa koyucu tarafından şart görülmüştür (İK m.7/1). Kanundaki bu ifade tereddüt yaratmakla beraber; öğretide de isabetli olarak belirtildiği üzere işçi kural olarak holding veya şirket topluluğunda ödünç verilmesi halinde de iş sözleşmesi ile yükümlü olduğu işi yapmakla yükümlüdür. Sadece işçinin, İş Kanunu madde 22’de yer alan prosedüre uygun olarak yazılı biçimde kabul etmesiyle öncekinden farklı bir işte çalışması mümkün olabilecektir⁵⁶⁵.

Ödünç işçinin, ödünç olarak çalışmaya başlamasından sonra yapacağı işin değiştirilmesi söz konusu olursa, bunun belirli şartlar halinde kabulü mümkün

⁵⁶¹ Caniklioğlu, s.131.

⁵⁶² Süzek, s.299.

⁵⁶³ Akyiğit, s.121; Caniklioğlu, s.130; Odaman, s.104; Arslanoğlu, s.80.

⁵⁶⁴ Akyiğit, **Şerh**, s.378; Arslanoğlu, s.80; Odaman, s.104.

⁵⁶⁵ Akyiğit, **Şerh**, s.378; Mollamahmutoğlu, s.278; Caniklioğlu, s.131.

olabilecektir. Öncelikle, ödünç işçi verme sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme var ise, ödünç işçi ve onun asıl işverenin onayı bulunacağı için istisnai bazı durumlar için kabul edilebilecektir⁵⁶⁶. Şöyle ki, yapılacak iş değişikliği işçinin durumuna uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir. İşçinin sonradan çalıştırılmak istendiği iş daha ağır olabileceği gibi, işçi başka bir haklı nedene dayanarak çalışmaktan kaçınabilecektir. Bunu yanı sıra, ödünç işçi usulen İş Kanunu madde 22'deki şekle uygun olarak onayının alınması yerine olacaktır. İşçinin kabul etmemesi halinde, işverenler aralarında anlaşarak başka bir işçinin ödünç olarak gönderilmesini kararlaştırabilirler. Ancak, ödünç işçinin böyle bir haklı nedene dayanarak veya geçerli olarak onayı alınmadığı için yeni önerilen işten kaçınması, asıl işvereni açısından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine gerekçe olmaması gerekir⁵⁶⁷.

Ödünç işçi de geçici işverene karşı iş görme borcunu ifa ederken kural olarak kendisi ifayla yükümlü olduğu gibi, işini özenle ve sadakatle yerine getirmekle yükümlüdür⁵⁶⁸. İşçinin özen borcu bağımsız bir borç olmayıp, kural olarak iş görme borcu kapsamında yer alan bir borçtur (BK m.321)⁵⁶⁹. Ayrıca, işçi, aksi kararlaştırılmadıkça ve hal icabından anlaşılmadıkça, işi kendi yapmakla yükümlüdür (BK m.320/1). Bu bakımdan, ödünç işçi de durumun gerektirdiği ölçüde yardımcı şahıs kullanabilme imkânına sahiptir.

Ödünç iş ilişkisinde iş görme borcu açısından bir diğer önemli husus, ödünç işçinin çalışacağı işyerinin belirlenmesidir. Kural olarak, ödünç işçi fiilen görev yaptığı işyerinden ayrılarak geçici işverenin işyerinde çalışması şarttır, aksi halde yani işçinin aynı işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde akla bir işyeri devri veya alt işverenlik ilişkisi gelebilir⁵⁷⁰. Ödünç iş ilişkisinde işçinin iş görme edimini ifa edeceği yerin ödünç işçi verme sözleşmesinde açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır⁵⁷¹. Böylece geçici işveren işçiyi başka bir işyerinde çalıştıramayacaktır. Özellikle bu husus geçici işverenin

⁵⁶⁶ Akyiğit, **Şerh**, s.378; Odaman, s.106.

⁵⁶⁷ Odaman, s.107.

⁵⁶⁸ Caniklioğlu, s.141.

⁵⁶⁹ Akyiğit, s.123; Süzek, s.297.

⁵⁷⁰ Çankaya/Çil, s.310; aksi görüşte Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.126. Yazar bazı durumlarda işçinin ödünç olarak verilmesine rağmen, kendi işverenin yanında veya hiçbir işverene ait olmayan bir yerde çalışmasının mümkün olabileceği görüşündedir.

⁵⁷¹ Akyiğit, **Şerh**, s.378; Odaman, s.107; Serin, s.1070.

birden çok işyerine sahip olması halinde önem arz etmektedir. Zira ödünç işçinin, ödünç işçi verme sözleşmesinde somut olarak belirlenmiş işyerinden başka bir yerde çalıştırılması mümkün olmayacaktır⁵⁷². Ayrıca, bu sözleşmede geçici işverenin ödünç işçinin işyerini değiştirebileceği hususu da düzenlenmiş olabilir⁵⁷³.

Sözleşmede açıkça belirli bir yer kararlaştırılmamış ise o zaman ne olacaktır? Bu soruya öğretilde Odaman ikili bir ayrıma gidilerek çözüm bulunulmasını önermiştir⁵⁷⁴. Yazara göre, eğer ödünç işçinin çalışmasının istendiği işyeri, ödünç işçinin halen yaptığı işle ilgili ise ve ödünç işçinin rızası da varsa o zaman bir sorun çıkmayacaktır. Aksi durumda, yani ödünç işçinin çalıştırılmak istendiği işyerinde ödünç işçinin önceki işiyle benzerlik göstermeyen bir işi faaliyet olarak yerine getiriliyorsa, o zaman işçinin o işyerine gönderilmesi söz konusu olamaz. Zira ilgili hükümde ödünç işçinin yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması söz konusu olabilecektir (İK m.7/1). Akyiğit ise, eğer geçici işverenin birden çok işyeri var ise, bunlardan hangisinde ödünç işçinin çalıştırılacağına ödünç işçi verme sözleşmesinin yorumuna bağlı olduğu görüşündedir⁵⁷⁵.

Ödünç işçi verme sözleşmesinde belirli bir işyeri kararlaştırılmamış ise, ödünç işçi geçici işverenin herhangi bir işyerinde çalıştırılabilme imkânı mevcut olmalıdır. Ancak, bu hak dürüstlük kuralı kapsamında kullanılmalıdır. Kanaatimizce ödünç iş ilişkisini düzenleyen İş Kanunu hükmü bu hususta yol gösterici düzenlemeler getirmektedir. Öncelikle, işçinin ödünç iş ilişkisine rızası devir anında alınacağından işçi ödünç işçi verme sözleşmesinin inceleyecek ve orada açıklık olmaması halinde açık bir işyeri belirlenmesini talep edebilecektir. Ancak, işçi bu aşamada bu talebi iletmemiş ve sözleşmede de bu hususta açıklık yok ise, bizce işçinin sonradan istemediği bir işyerinde çalışması hukuken zorunlu görülmemelidir. Zira ödünç işçinin işi göreceği işyerinin tespiti ödünç iş ilişkisinin esaslı bir unsurudur. Bu bakımdan bu yerin açıkça tespit edilmediği hallerde, işçi lehine yorum yapılarak işçinin onayı bulunmadan çalışmama hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Aynı şekilde, sonradan ödünç işçinin ödünç iş ilişkisi sürecinde geçici işverenin yanında çalıştığı işyerinin de değiştirilmesi

⁵⁷² Odaman, s.108.

⁵⁷³ Odaman, s.139.

⁵⁷⁴ Odaman, s.108.

⁵⁷⁵ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.126.

gündeme gelebilecektir. Böyle bir durumda, işçinin onayı ile birlikte, onun asıl işverenin onayı da alınmalıdır⁵⁷⁶. Diğer taraftan, Yüksek mahkemeye göre; iş sözleşmesinde bu hususa ilişki özel bir düzenleme yok ise, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde işçinin çalıştığı işyerini değiştirme imkânı mevcuttur⁵⁷⁷.

Ödünç işçinin çalışma süreleri bakımından ise, esasen ödünç işçi verme sözleşmesindeki bu hususa ait düzenlemeler belirleyici olacaktır⁵⁷⁸. Öğretide Odaman'a göre, bu sözleşmede getirilen düzenlemelerin ödünç işçinin onayı olmadan, daha önceden işçi ile onun asıl işvereni arasındaki çalışma sürelerinden daha olumsuz şartlar getirmesi mümkün değildir⁵⁷⁹. Ayrıca, eğer ödünç işçi verme sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme yer almıyor ise o zaman öğretide bir görüşe göre, iş sözleşmesinin çalışma sürelerine ilişkin hükümleri devreye girecektir. Eğer iş sözleşmesinde de bu yönde bir düzenleme yoksa o zaman çalışma sürelerine ilişkin kanun hükümleri devreye girecektir⁵⁸⁰. Bir diğer görüş ise ödünç işçi verme sözleşmesinde herhangi bir açıklık olmadığı hallerde, geçici işverenin işyerindeki çalışma sürelerinin geçerli olacağı yönündedir⁵⁸¹. Bize göre ise, ödünç işçinin aynı bölümde çalıştığı diğer işçilerden farklı bir düzenlemeye tâbi tutulmaması gerekmektedir. Bu bakımdan, ödünç işçi, kararlaştırılan en fazla çalışma süresi doğrultusunda, geçici işverenin işyerinde uygulanan çalışma süresi düzenine tabi olmalıdır⁵⁸². Ayrıca, söz konusu kapsamı ihlal etmemek kaydı ile dürüstlük kuralı çerçevesinde, geçici işverene bir takım tek yanlı değişikliklere başvurabilme imkânı tanınmalıdır⁵⁸³.

Ödünç iş ilişkisi, ödünç işçi açısından esasen tam süreli çalışma esasına dayanmaktadır. Ancak, ödünç işçinin kısmi süreli çalışmasında yasal bir engel bulunmamaktadır. Bu bakımdan, ödünç işçinin geçici işverene karşı iş görme borcunu, haftanın belirli günlerinde veya saatlerinde ya da işveren ihtiyaç duyduğu zaman

⁵⁷⁶ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.101; Odaman, s.108.

⁵⁷⁷ Davalı işverenin yönetim hakkı çerçevesinde işçinin çalışacağı yerleri işçilerin önceki durumunu esaslı bir şekilde değiştirmek veya çalışma şartlarını ağırlaştırmamak koşuluyla belirlemek ve düzenlemek yetkisi vardır. **Y.9HD, 30.10.1997, 1997/14191 E., 1997/18211 K.**, Odaman, s.139,dn. 307.

⁵⁷⁸ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.126; Odaman, s.109; Serin, s.1070.

⁵⁷⁹ Odaman, s.109.

⁵⁸⁰ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.127.

⁵⁸¹ Serin, s.1070; Odaman, s.108.

⁵⁸² Caniklioğlu, s.140.

⁵⁸³ Odaman, s.108.

çağırmasında yasal bir engel yoktur⁵⁸⁴. Ayrıca, ödünç işçi kısmi süreli birden çok işverene ödünç olarak verilebileceği gibi, ödünç iş ilişkisi haricinde kendi işvereni yanında da çalışmasını devam ettirebilecektir⁵⁸⁵.

Gerekli olan hallerde ödünç işçinin fazla çalışma da yapması söz konusu olabilir⁵⁸⁶. Fazla çalışma veya daha doğru bir ifade ile fazla saatlerle çalışma (İK m.41/5) bir üst kavram olarak hem fazla çalışmayı hem de fazla sürelerle çalışmayı içermektedir⁵⁸⁷. Gerçekten, 4857 sayılı İş Kanununda, yasal çalışma süresi ile taraflarca kararlaştırılan çalışma süresinin aşılması arasında ayırım yapılmış ve her iki durum farklı terimlerle ifade edilmiştir. Buna göre, yasal haftalık azami çalışma süresi olan 45 saati aşan (İK m.63) çalışmalar fazla çalışma, yasal çalışma süresinin altında kararlaştırılan süreyi aşan ve kanuni azami süre olan 45 saate kadarki çalışmalar fazla sürelerle çalışma olarak tanımlanmıştır⁵⁸⁸. Ödünç işçinin fazla saatlerle çalışma yapması için öncelikle, ödünç işçi verme sözleşmesine bu yönde bir hüküm konulabilmesinin yanı sıra, ödünç işçinin geçici işverene karşı olan sadakat borcu da bunu gerektirmektedir⁵⁸⁹.

Ödünç işçi verme sözleşmesinde ödünç işçinin fazla saatlerle çalışma yapacağına dair bir açıklık yok ise, Kanundaki düzenlemeye uygun olarak ödünç işçinin onayının alınması gerekecektir (İK m.41/7). Zira İş Kanunu'nun ilgili hükmü uyarınca, ödünç işçi verme sözleşmesinden aksi anlaşılmıyor ise, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin Kanunda yer alan düzenlemeler geçici işveren ile olan ödünç iş ilişkisine de uygulanacaktır (İK m.7/4). Bu doğrultuda, bayram ve tatil günlerinde ödünç işçinin çalıştırılabilmesi için ödünç işçinin onayı alınmalıdır (İK m.44). Ancak, bu hususlar ödünç işçi verme sözleşmesinde düzenlenmiş ve ödünç işçinin onayı alınmış ise ayrıca yeniden alınmasına gerek bulunmamaktadır⁵⁹⁰. Diğer taraftan, ödünç işçi bakımından, ödünç işçi verme sözleşmesinde, hak ve yükümlülüklerin kısmen veya tamamen değişmesi mümkün olabileceğinden (İK m.7/4), sözleşmeye örneğin, ödünç

⁵⁸⁴ Ekmekçi, s.108; Akyiğt, **Şerh**, s.391; Arslanoğlu, s.79; Odaman, s.110.

⁵⁸⁵ Arslanoğlu, s.79; Odaman, s.110

⁵⁸⁶ Serin, s.1070; Odaman, s.110; İnce, s.46.

⁵⁸⁷ Nurşen Caniklioğlu, **"4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri"**, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları) içinde(149-199), Bodrum: Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, 2005, s.165.

⁵⁸⁸ Caniklioğlu, **Çalışma Süreleri**, s.165.

⁵⁸⁹ Serin, s.1070; Odaman, s.110; Arslanoğlu, s.82.

⁵⁹⁰ Caniklioğlu, s.129.

işçinin fazla çalışma yapmayacağına dair bir kayıt konabilir. Şöyle ki, bu kayıtlar Kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamalıdır aksi halde geçersiz sayılacaktır⁵⁹¹.

Ödünç işçinin hafta tatili ya da yıllık ücretli izin gibi hak kazanmak için belirli bir süre çalışmasının ya da kıdeminin arandığı durumlarda geçici işveren yanında çalışmış olduğu süreler de göz önüne alınacaktır⁵⁹². Keza işçinin iş görme borcunu ödünç alan işverenin işyerinde yerine getiriyor olması, İş Kanununda çalışma karşılığı olarak işçiye tanınan hakların doğması ya da kullanılması için öngörülen sürelerin kesintiye uğramasına neden olmayacaktır. İzin, kıdem tazminatı, deneme, ihbar ve iş güvencesi sürelerinin hesaplanmasında geçici işverenin işyerindeki çalışma süreleri de dikkate alınacaktır⁵⁹³. Gerçekten de, ödünç işçinin iş sözleşmesi bu süreçte devam etmekte, ödünç işçi iş görme borcunu yerine getirmektedir. Sadece iş görme borcunu ifa ettiği kişi değişmekte, söz konusu borç arasında iş sözleşmesi bulunan asıl işverene karşı değil, geçici işverene karşı yerine getirilmektedir.

B. SADAKAT BORCU

1. Genel Olarak

İş sözleşmesinde, bilindiği üzere, taraflar arasında “bağımlılık ilişkisine” dayanan sürekli bir borç ilişkisi doğmaktadır. Keza taraflar arasındaki güven ilişkisi de diğer sözleşmelere nazaran daha büyük bir önem arz etmektedir. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin zorunlu unsuru olan bağımlılık ilişkisinin, taraflar arasında karşılıklı bir sadakat bağının varlığı bakımından, belirleyici bir unsur olduğu kabul edilmektedir⁵⁹⁴. Gerçekten, iş sözleşmesi maddi değerli edimler haricinde, işçi ile işveren arasındaki kişisel ilişkileri de içermektedir. Sadakat borcu ise, bu kişisel ilişkiden kaynaklanan en belirgin örneği teşkil etmektedir⁵⁹⁵.

Sadakat borcu esasen İş Hukukuna özgü bir kavram olmayıp, ahlaki temele dayanmaktadır. Sadakat borcu hukuka aktarılan bir kavram olarak, çeşitli sözleşme

⁵⁹¹ Arslanoğlu, s.82.

⁵⁹² Ekmekçi, **Hükümler**, s.377; Serin, s.1078.

⁵⁹³ Arslanoğlu, s.83

⁵⁹⁴ Arzu Arslan Ertürk, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2010, s.68.

⁵⁹⁵ Çelik, s.135; Süzek, s.303,

tiplerinde geniş bir uygulama alanı bulmuştur⁵⁹⁶. Özellikle, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme tipleri bakımından, sadakat borcu temel nitelikte bir borç olarak belirmektedir. Bu bakımdan, sadakat borcunun tanımı genel olarak bütün borç ilişkileri açısından geçerlidir. Sadakat borcu, kavramsal açıdan İlk olarak Almanya da “Topluluk İlişkisi” (Gemeinschaftsverhältnis) düşüncesiyle tanımlanmıştır. Buna göre, topluluk ilişkisinde kişiler hiç şüphesiz bağımlılık ilişkisi içerisindeyler. Böylece, her bir fert diğer kişilerin menfaatine zarar vermekten kaçınacağı gibi, bu kapsamda üzerine düşen yükümlülükleri de yerine getirecektir. Topluluğu oluşturan kişilerin, diğerlerinin menfaatlerini koruması ve buna zarar verecek her türlü davranıştan kaçınması genel olarak sadakat borcu olarak tanımlanmaktadır⁵⁹⁷.

İş sözleşmesi bakımından ise, gerek işverenin işçiye gerekse işçinin işverene karşı sadakat borcu bulunmaktadır. Bu doğrultuda işverenin işçiye gözetme borcunu, işçinin ise işverenin ve işyerinin çıkarlarını koruma, işverene ekonomik, ticari veya mesleki bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma borcunu içermektedir⁵⁹⁸. İşçinin işverene karşı olan sadakat borcunun tanımı, öğretide ilk kez, Hueck tarafından yapılmıştır. Yazar ve onu izleyen öğretiye göre işçinin sadakat borcu; işverenin korunmaya değer menfaatlerini var gücüyle savunmasını, işyerinin veya işletmenin büyümesi için kendisini var gücüyle ortaya koymasını, işverene veya işyerine zarar verecek her türlü zarardan kaçınmasını içermektedir⁵⁹⁹.

Ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçi açısından sadakat borcunun hem kendi asıl işverene karşı hem de ödünç iş ilişkisi kurulan geçici işverene karşı devam ettiğinin kabulü gerekmektedir⁶⁰⁰. Ödünç iş ilişkisinde, belli ve geçici süreliğine bir başka işverenin yanında çalışan işçinin, kendi asıl işverene karşı olan sadakat borcu aralarındaki iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır⁶⁰¹. Zira ödünç işçi, ödünç iş ilişkisi sona erdikten sonra ödünç veren işveren yanına dönmektedir. Bu durumda ödünç veren

⁵⁹⁶ Ertürk, s.7.

⁵⁹⁷ Ertürk, s.13.

⁵⁹⁸ Süzek, s.303.

⁵⁹⁹ Alfred Hueck, **Der Treugedanke im Modernen Privatrecht**, München, 1947, s.19. Aktaran: Ertürk, s.141.

⁶⁰⁰ Çelik, s.106; Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.131; Süzek, s.259; Caniklioğlu, s.142; Ekmekçi, **Hükümler**, s.377; Ertürk, s.191; Demir, s.99; Odaman, s.113; Keser, s.68; Serin, s.1077; Benli/Yiğit, s.18.

⁶⁰¹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.131; Ertürk, s.191.

işveren işçinin bir başka işverenin yanında çalıştığını bildiği için işçinin bir başka işte çalışması sadakat borcuna aykırılık oluşturmaz⁶⁰². Ödünç işçinin geçici işverene karşı olan sadakat borcu, esasen aralarındaki iş hukuku karakterli hukuki ilişkiden kaynaklanmaktadır⁶⁰³. Böylelikle, ödünç olarak verilen işçinin sadakat borcunun “çifte sadakat borcu” (Doppelte Treupflicht) niteliğinde olduğu söylenebilecektir⁶⁰⁴.

2. Sadakat Borcunun Kapsamı

Sadakat borcu esasen iş görme borcu ile bağlantılı ve onunla iç içe geçmiş niteliktedir. Sadakat borcunun işçinin bazı hareketleri yapması (olumlu/pozitif) ve bazı hareketlerden kaçınması (olumsuz/negatif) şeklinde ortaya çıkan iki yanı bulunmaktadır⁶⁰⁵. Sadakat borcunun olumlu yanında, işin işverenin yararına uygun olarak yürütülmesi gelmektedir. Örneğin, işçinin işverene zarar verebilecek olayları bildirmesi de bu kapsamdadır. Olumsuz yanını ise işverene zarar verebilecek hareketlerden kaçınmak oluşturmaktadır. İş Kanunu ilgili hükmüne göre; “işçinin, işverenin güveninin kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları” (İK m.25/II f.e), işçinin işverene karşı olan sadakat borcuna aykırılık hallerini oluşturmaktadır. Ancak, bu örnekler sınırlayıcı olmadığından başka bazı durumlar da aykırılık teşkil edebilecektir.

Ödünç işçinin asıl işverene karşı, sadakat borcunun içeriğinde yer alan sır saklama borcu da ödünç iş ilişkisi boyunca devam eder⁶⁰⁶. Keza ödünç işçinin geçici işverene karşı da, iş hukuku karakterli bir hukuki ilişki içinde bulunduğu için, sır saklama borcu bulunmaktadır⁶⁰⁷. İşçi her ne şekilde öğrenirse öğrensin, işe ve işletmeye ilişkin olup saklanması zorunlu bilgileri üçüncü kişilere açıklamamakla yükümlüdür. Bu doğrultuda, meslek sırrı olarak da adlandırılan, işveren veya işletmeye ilişkin ticari

⁶⁰² Odaman, s.113.

⁶⁰³ Akyigit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.132; Ertürk, s.195; Aydın, **Sosyal Temas**, s.194; Odaman, s.115.

⁶⁰⁴ Akyigit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.132.

⁶⁰⁵ Çelik, s.135; Ertürk, s.148.

⁶⁰⁶ Çelik, s.106; Süzek, s.259; Ertürk, s.192; Odaman, s.114.

⁶⁰⁷ Çelik, s.106; Süzek, s.259; Caniklioğlu, s.142; Aktay/Arıcı/Kaplan, s.102; Ertürk, s.195; Odaman, s.118.

bilgiler (üretim yöntem süreçleri, müşteri listeleri vs.), işverenin kişisel ya da mali durumuna ilişkin bilgiler bu borcun kapsamındadır⁶⁰⁸.

Gerçekten, işçinin geçici bir süre için başka bir işverene hizmet edimini yerine getirmesi, iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işverenin meslek sırlarının açıklanmasını gerektirmeyecektir. Ancak, eklemek gerekirse ödünç işçinin ödünç iş ilişkisi sürecinde geçici işverenden elde ettiği meslek sırlarını da hukuka aykırı olarak diğer kişilere ifşa etmesi de mümkündür⁶⁰⁹. Bu bağlamda tartışmalı olan nokta ise, ödünç işçinin geçici işverene karşı olan sır saklama borcunun, onun asıl işverenine bilgi vermesini engelleyip engellemeyeceğidir. Alman öğretisinde, bu hususa yönelik olarak, ödünç işçinin asıl işverenini bilgilendirmesinin kural olarak engellenmemesi gerektiği savunulmaktadır⁶¹⁰. Bu görüşe göre, asıl işveren kendi işçisini geçici işverenin yanında güvendiği kişi olarak yerleştirmektedir. Böylece, asıl işveren ile ödünç verilecek işçi arasındaki güven ilişkisi, işçinin geçici işverene karşı olan sır saklama borcunu asıl işveren yönünden kaldıracaktır. Öte yandan bizimde katıldığımız diğer görüş uyarınca, asıl işveren ile ödünç işçi arasındaki güven ilişkisinin ödünç işçinin sır saklama borcunu bertaraf ettiği kabul edilemez. Zira ödünç işçinin geçici işverene ödünç olarak verilmesi sonucunda geçici işveren ile ödünç işçi arasında bir güven ilişkisi doğmaktadır. Bu durumun başka bir güven ilişkisi ile ortadan kaldırılması mümkün görülmemelidir⁶¹¹

Ödünç işçinin asıl işverene karşı olan sır saklama borcuna aykırılık halinde, işveren İş Kanunu madde 25/II fıkra (e) hükmüne dayanarak, iş sözleşmesinin derhal feshedebilecektir. Öte yandan, ödünç işçinin geçici işverene karşı bu yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, geçici işveren asıl işverenden ödünç işçinin değiştirilmesini talep edebilir veya koşulları var ise aralarındaki ödünç iş ilişkisini sona erdirebilir⁶¹². Ödünç işçinin, geçici işverene karşı sadakat borcunu ihlal etmesi halinde de, iş sözleşmesini haklı neden ile fesih hakkı (İK m.25/II f.e) bulunmakla beraber, bu hak sadece ödünç

⁶⁰⁸ Süzek, s.304; Mollamahmutoğlu, s.455; Narmanlıoğlu, s.206; ayrıntılı olarak bkz.Ertürk, s.285 vd.

⁶⁰⁹ Odaman, s.117.

⁶¹⁰ Alfred Hueck ve Hans Carl Nipperdey, **Lehrbuch Des Arbeitsrechts**, 7. Neubearbeitete Auflage, Berlin und Frankfurt a M. 1963, s.524. Aktaran: Ertürk, s.196.

⁶¹¹ Ertürk, s.196.

⁶¹² Odaman, s.117.

işçinin asıl işvereni tarafından kullanılabilecektir⁶¹³. Zira ödünç iş ilişkisi süresince, sadece ödünç işçi ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi kesintisiz devam etmektedir, dolayısıyla söz konusu hakkın kullanımı münhasıran kendisine ait olacaktır.

Ödünç işçinin, sadakat borcu kapsamında, her iki işverene karşı rekabet etmeme borcu da bulunmaktadır⁶¹⁴. Zira işçinin emeğini işverene sunması ve onun yönetiminde bulunması, kendi işvereni ile rekabetten kaçınmasını gerektirmektedir. Ayrıca, geçici işverene karşı da ödünç iş ilişkisinin iş hukuku karakterli bir ilişki olması sebebi ile bu yükümlülüğü bulunmaktadır. Öğretide Akyiğit tarafından tartışılan bir görüşe göre ise, eğer ödünç işçi özellikle kısmi süreli olarak ödünç verilmiş ise, onu aynı iş kolunda ödünç olarak çalıştırmak için alan işveren rekabet yasağından vazgeçmiş sayılmalıdır. Zira ödünç işçinin, asıl işverenin yanında aynı işi yaptığını bilmektedir ve ödünç işçinin asıl işvereni bakımından korunacak haklı bir çıkar bulunmamaktadır. Ancak, taraflar arasında aksi yönde bir anlaşma yapılabilir⁶¹⁵. Bu borcun kapsamına ödünç işçinin işverene rakip bir işin yapılmamasının yanı sıra, işletme konusu aynı olan başka bir işyerinde çalışması da bu borca aykırılık teşkil edecektir⁶¹⁶.

İş sözleşmesinin devamı boyunca sadakat borcu kapsamında yer alan bu yükümlülük, iş sözleşmesinin bitiminden sonra da işçi ile onun işvereni arasında devam edebileceği taraflarca kararlaştırılabilir⁶¹⁷. Şöyle ki, taraflarca yazılı olarak yapılan bir rekabet yasağı sözleşmesi olacaktır (BK m.350). Bu sözleşmede, işçinin kendi adına işverenle rekabet edecek bir iş yapmaması veya rakip bir müessesede çalışmaması veya böyle bir müessese ile ortak olarak veya başka bir sıfatla ilgili olmaması yer alabilir (BK m.348). Belirtmek gerekir ki, rekabet etmeme taahhüdü sadece işçinin, işverenin müşteri çevresine veya iş ve üretim sırlarına ait bilgileri kullanarak işverene önemli bir

⁶¹³ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.201; Süzek, s.262; Ekmekçi, **Hükümler**, s.375; Engin, **Üçlü İlişkiler**, s.25.

⁶¹⁴ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.133; Caniklioğlu, s.142; Serin, s.1077; Odaman, s.124.

⁶¹⁵ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.133; aksi görüşte Odaman, s.128. Yazara göre, geçici işveren açısından, onun ödünç işçinin sonradan kendi işverenine dönecek olmasını bilmesi, rekabet yasağından vazgeçtiği anlamına gelmeyebilir. Bu nedenle, geçici işveren ödünç işçiden rekabet etmeme borcuna uygun hareket etmesini talep etme hakkından vazgeçmediğini göstermek için ödünç işçi verme sözleşmesine kendi işyeri haricinde başka bir işverene ödünç olarak çalışamayacağına ilişkin bir hüküm eklenmesini talep edebilir.

⁶¹⁶ Narmanlıoğlu, s.207; Odaman, s.125.

⁶¹⁷ Mollamahmutoğlu, s.460; Narmanlıoğlu, s.208; Süzek, s.305.

zarar verebilme ihtimalinin bulunduğu diğer bir ifadeyle işverenin korunmaya değer bir menfaatinin bulunduğu hallerde geçerli olacaktır (BK m.348/2). Ayrıca, getirilen rekabet yasağı belirli bir yer ve iş türü ile sınırlanmalı yani işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye sokmamalıdır (BK m.349). Öncelikle belirtmek gerekirse, ödünç işçi ile asıl işvereni arasında çalışma ilişkisinin sonrasına yönelik bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir⁶¹⁸. Bu sözleşmenin ödünç iş ilişkisi açısından önem arz eden noktası asıl işverenin işçisini ödünç olarak başka bir işverene vermesinin, onun artık korunmaya değer bir menfaatinin kalmaması olarak yorumlanamayacağı hususudur.

Gerçekten, eğer aksi durumun kabulü söz konusu olsaydı, ödünç işçinin, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra, geçici işverenin yanında çalışamayacağına ilişkin bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılması mümkün olamayacaktı. Bu bakımdan, haklı bir çıkar var ise böyle bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir⁶¹⁹. Keza rekabet yasağı sözleşmesinin ödünç iş ilişkisinin bitiminden sonrası için geçici işveren ile ödünç işçi arasında hüküm ifade etmesinin kararlaştırılabileceği de öğretide kabul edilmektedir⁶²⁰. Ancak, öğretide böyle bir sözleşme yapılırken Borçlar Kanunu ilgili hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Zira ödünç işçi ile geçici işveren arasında bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır⁶²¹. Diğer taraftan, taraflar sözleşmenin içeriğini sözleşme serbestisi kapsamında belirleyebilirler. Bu sözleşmede, ödünç işçinin başka bir işverene ödünç olarak gitmeyeceği hususunda taahhüdü yer alacaktır. Ayrıca, ödünç işçi ödünç iş ilişkisi sona erdikten sonra, tekrardan kendi asıl işverenin yanına döneceği ve kural olarak geçici işverenin yanındaki işe benzer bir işte çalışacağından, sözleşmeye asıl işverenin yanında çalışmasını engelleyecek bir kayıt konulması geçersiz sayılmalıdır. Zira bu durum geçici işveren tarafından önceden beri bilinmektedir⁶²².

⁶¹⁸ Odaman s.131.

⁶¹⁹ Odaman, s.132.

⁶²⁰ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.133; Caniklioğlu, s.142; Odaman, s.134.

⁶²¹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.133; Caniklioğlu, s.142; Odaman, s.134.

⁶²² Caniklioğlu, s.142.

C. İTAAT BORCU

1. Genel Olarak

İş sözleşmesinde işçinin ve işverenin birbirine karşı olan hak ve borçları bulunmaktadır. İş sözleşmesinin niteliği gereği bu borç işçi açısından iş görme borcu olmakla birlikte, bu borcun etkin olarak fiiliyata geçirilmesi işverenin bir takım hak ve yetkilerle donatılmasını gerekli kılmaktadır. Gerçekten, işverenin işyerindeki iş organizasyonunu sağlıklı bir biçimde işletebilmesi için bir takım müdahalelerde bulunması ve düzenlemeler getirmesi gerekmektedir. İşverenin vereceği talimatlarla işin yürütülmesini ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına “yönetim hakkı” denilmektedir⁶²³. Doğrudan doğruya iş sözleşmesinden kaynaklanan işverenin yönetim hakkının karşısında işçinin itaat borcu yani işverenin talimatlarına uyma borcu yer almaktadır⁶²⁴. Gerçekten, işçi işverenin yönetim hakkına dayanarak verdiği emir ve talimatlar uyması iş sözleşmesinde yer alana bağımlılık unsurunu bir gereğidir.

Ödünç iş ilişkisi açısından ise İş Kanunu madde 7 fıkra 1 uyarınca; geçici işverenin, ödünç işçiye emir ve talimat verme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Gerçekten, bu düzenleme ödünç işçinin iş görme edimini geçici işverene karşı yerine getirmesine yönelik hüküm ile bağlantılıdır (İK m.7/1). Zira işin görülmesini talep hakkı, işverenin işin görülmesine yönelik yönetim hakkı (emir ve talimat verme hakkı) ile bir bütün oluşturmaktadır⁶²⁵. Bu nedenle, ödünç iş ilişkisinde, işin görülmesini isteme hakkı ile birlikte, yönetim hakkı da geçici işverene geçmektedir⁶²⁶. Geçici işverenin, ödünç işçiye karşı emir ve talimat verme yetkisine yani yönetim hakkına sahip olması, ödünç iş ilişkisinin en temel ve belirleyici unsurlarından birisini oluşturmaktadır⁶²⁷.

⁶²³ Narmanlıoğlu, s.199; Süzek, s.72; Aktay/Arıcı/Kaplan, s.53; Mollamahmutoğlu, s.72.

⁶²⁴ Çelik, s.133; Narmanlıoğlu, s.199; Süzek, s.73.

⁶²⁵ Süzek, **Türler**, s.32; Engin, **Atipik**, s.120; Caniklioğlu, s.139; Günay, **Şerh**, s.338; Odaman, s.137; Demircioğlu/Engin, s.36; Keser, s.69; Serin, s.1076; Benli/Yiğit, s.19.

⁶²⁶ Süzek, s.259; Engin, **Atipik**, s.120; Kılıçoğlu/Şenocak, s.223; Odaman, s.137.

⁶²⁷ Caniklioğlu, s.139.

2. İtaat Borcunun Kapsamı

İşverenin emir ve talimatlarına karşılık gelen işçinin itaat (uyma) borcunun kapsamı iki kısımda incelenebilir⁶²⁸; İlk kısım, işyerinde yapılan işin nerede, ne zaman, nasıl yapılacağını düzenleyen; diğer bir deyişle işin görülmesine yönelik olanlardır. Örneğin, günlük çalışma sürelerinin başlangıç ve bitişlerine, ara dinlenmelerinin uygulanmasına veya kullanılacak araç ve gereçlere ilişkin talimatlar bu kapsamdadır. Diğer kısım ise, işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin olanlardır. Bu tür talimatlar, doğrudan işin görülmesine yönelik olmayan, ancak işyerinde belli bir düzenin ve güvenliğin sağlanmasına yönelik olanlardır. Örneğin, işyerine giriş ve çıkışlarda uygulanacak kurallar, yemekhane veya diğer tesislerin kullanımına ilişkin kurallar, kaza veya yangın halinde izlenmesi gereken yöntemlere yönelik talimatlar bu kapsama girmektedir. İşverenin işin görülmesine yönelik talimatlarına işçinin uyma borcu, iş görme borcunun kapsamında yer alır. Diğer taraftan, işçinin işyerindeki davranışlarını yönlendiren talimatların bu borcun kapsamında yer almadığı ancak bağımsız bir nitelikte itaat borcu hükmünde olduğu kabul edilmelidir⁶²⁹.

İşverenin yönetim hakkının sınırlarını ve çerçevesini, genel olarak İş Hukuku mevzuatı, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, dürüstlük kuralı, örf ve adet kuralları ile işyerinin ihtiyaçları ve sözleşmenin konusunu oluşturan iş belirlemektedir⁶³⁰. İşçinin, bu niteliklere uygun düşmeyen emir ve talimatlara uyma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, hukuka uygun olanlara karşı işçi uymak zorundadır; aksi halde yerine göre tazminat, disiplin cezası veya iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi (İK m.25/II-h) gibi hukuki müeyyidelerle karşı karşıya gelebilecektir⁶³¹.

Ödünç iş ilişkisinde hem asıl hem de geçici işverenin, ödünç işçiye emir ve talimat verme hakkı bulunmakla beraber; bu hakkın kapsamı her iki işveren açısından farklılık içermektedir. Gerçekten, bu süreçte ödünç işçi iş görme borcunu geçici işverene getirmekle beraber, iş sözleşmesi kendi işvereni ile devam etmektedir. Bu nedenle asıl işverenin yönetim hakkının özellikle belirli hususlar açısından devam

⁶²⁸ Süzek, s.72.

⁶²⁹ Süzek, s.76; Mollamahmutoğlu, s.448.

⁶³⁰ Aktay/Arıcı/Kaplan, s.53; Süzek, s.76; Mollamahmutoğlu, s.74.

⁶³¹ Süzek, s.301; Mollamahmutoğlu, s.450.

ettiğinin kabulü gerekmektedir⁶³². Örneğin 03.03.2004 tarihli Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin ilgili hükmü uyarınca, ödünç iş ilişkisi ile çalışan işçilerin yıllık ücretli izinleri hakkında, eğer ödünç işçi verme sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmuyorsa yönetmelik hükümleri geçerli olacaktır (m.14). Bu bakımdan, asıl işverenin yıllık ücretli izin hakkının kullanılması gibi konular için yönetim hakkı devam etmektedir⁶³³. Keza öğretide Odaman'ın isabetle belirttiği gibi, geçici işverenin, ödünç işçinin bazı olumsuz davranışlarını asıl işverene bildirmesi neticesinde; asıl işverenin, ödünç işçiyi uyarması ve bazı talimatlar vermesi gündeme gelebilecektir⁶³⁴.

Ödünç işçi bu süreçte geçici işverenin işyerinde çalıştığı için, asıl işverenin doğrudan işin görülmesine yönelik talimatlar verme yetkisi bulunmamaktadır⁶³⁵. Öğretide Arslanoğlu, ödünç işçinin iş görme borcu bakımından, geçici işverenin talimatlarına ve işyerinin düzenine uyması gerekliliğinden dolayı asıl işverenin yönetim hakkının belirtilen hususlar dâhilinde kısmen askıda olduğunu savunmaktadır. Askıda bulunan bu tür yetkilere yönelik ise, geçici işverenin ödünç iş ilişkisinin sözleşmesel karakteri sebebi ile bağımsız bir yönetim yetkisi bulunmaktadır⁶³⁶.

Geçici işveren açısından ise, onun ödünç işçi üzerindeki yönetim hakkı iş görme ediminin yerine getirilmesini somutlaştıran bir araç niteliğindedir⁶³⁷. Gerçekten bu husus ödünç iş ilişkisinin olmazsa olmaz koşullarından birisidir ve onu diğer benzer hukuki kurumlardan; özellikle alt işverenlik ilişkisinden ayıran çok önemli bir kıstas niteliğindedir⁶³⁸. Geçici işverenin sahip olduğu yönetim hakkı, işin görülmesine yönelik olanların yanı sıra işyerinin güvenliği ve düzenine yönelik olan emir ve talimatları da kapsamaktadır⁶³⁹. Bu bağlamda, ödünç işçi aralarında kararlaştırılan çalışma süresi çerçevesinde, geçici işverenin işyerinde uygulanmakta olan çalışma süresi düzenine

⁶³² Çelik, s.105; Akyiğit, s.109; Mollamahmutoğlu, s.285; Süzek, s.259; Caniklioğlu, s.140; Kılıçoğlu/Şenocak, s.223; Odaman, s.134; Türkmen, s.138; Benli/Yiğit, s.20;

⁶³³ Çelik, s.105; Süzek, s.259; Akyiğit, s.109; Caniklioğlu, s.140; Kılıçoğlu/Şenocak, s.223; Odaman, s.135.

⁶³⁴ Odaman, s.135.

⁶³⁵ Akyiğit, s.109; Kılıçoğlu/Şenocak, s.222; Türkmen, s.138; Odaman, s.135.

⁶³⁶ Arslanoğlu, s.86.

⁶³⁷ Caniklioğlu, s.140.

⁶³⁸ Odaman, s.136.

⁶³⁹ Süzek, **Türler**, 32; Caniklioğlu, s.140; Akyiğit, s.109; Günay, **Şerh**, s.338; Mollamahmutoğlu, s.285; Kılıçoğlu/Şenocak, s.223.

uyacaktır⁶⁴⁰. Ayrıca, ödünç işçi, geçici işverenin işyerine giriş-çıkış düzenine, sigara yasağına vs. yönelik talimatlarına da uyma yükümlülüğü altındadır⁶⁴¹.

Geçici işveren emir ve talimat hakkını kullanırken, işçinin asıl işverenin yönetim hakkının sınırları esas alınacaktır⁶⁴². Gerçekten, nasıl asıl işverenin yönetim hakkı yukarıda belirttiğimiz üzere genel olarak İş Hukuku mevzuatı, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, dürüstlük kuralı, örf ve adet kuralları ile işyerinin ihtiyaçları ve sözleşmenin konusunu oluşturan iş kapsamında sınırlı olduğu gibi, aynı şekilde geçici işverenin yönetim hakkı da bu sınırlara tabi olacaktır. Ödünç işçi verme sözleşmesinde de bu hususa ilişkin özel düzenlemeler yer alabilecektir⁶⁴³. Gerçekten, ödünç işçinin hak ve yükümlülüklerine ilişkin, ödünç işçi verme sözleşmesinde yapılan düzenlemeler var ise, onlar dikkate alınacaktır (İK m.7/4). Böylece, işin görülmesine ilişkin farklı düzenlemeler, ödünç işçinin onayı ile birlikte, ödünç işçi verme sözleşmesinde yer alabilecektir⁶⁴⁴. Örneğin, bu sözleşmede ödünç işçinin bayram veya genel tatil günlerinde çalışacağına ilişkin bir hüküm olabilir (İK m.44). Tam tersi biçimde sınırlayıcı bir düzenleme de yer alabilir. Örneğin, ödünç işçinin gece çalışması veya fazla çalışma yapmayacağına dair bir düzenleme var ise bu geçerli olacaktır⁶⁴⁵. Ancak, sözleşmede yer alan bu kayıtlar bakımından da, Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka ve adaba aykırı olmaması gerekliliği bulunmaktadır.

Öte yandan, öğretide de tartışmalı olan bir önemli husus ise, geçici işverenin, asıl işverenin yönetim hakkının sınırlarını aşan talimatlar vermesi halinde ne olacaktır. Bir görüşe göre, bu durum iş sözleşmesinin koşullarının esaslı bir şekilde değişikliği anlamına gelmektedir⁶⁴⁶. 1475 sayılı mülga İş Kanunu döneminde Engin tarafından, dile getirilen bu görüşe göre; bu esaslı değişiklik çalışma şartlarının esaslı tarzda

⁶⁴⁰ Caniklioğlu, s.140.

⁶⁴¹ Süzek, **Türler**, 32; Caniklioğlu, s.140.

⁶⁴² Soyer, s.346; Çelik, s.105; Çankaya/Çil, s.323; Mollamahmutoğlu, s.285; Caniklioğlu, s.139; Günay, **Şerh**, s.338; Engin, **Atipik**, s.120;

⁶⁴³ Odaman, s.137.

⁶⁴⁴ Caniklioğlu, s.129.

⁶⁴⁵ Çankaya/Çil, s.323; Arslanoğlu, s.82.

⁶⁴⁶ Engin, **Ödünç**, s.344; Çankaya/Çil, s.323; Günay, **Şerh**, s.338; Çifter/Demir, s.11.

değiştirilmesine dayanarak (1475 sayılı eski İK m.16/II f.e) sözleşmenin işçi açısından haklı nedenle feshine yol açacaktır⁶⁴⁷.

4857 sayılı İş Kanunu döneminde de Çankaya/Çil'e göre, bu sınırların dışına çıkan talimatlar, iş koşullarının esaslı şekilde değişmesine yol açtığından işçinin sözleşmeyi derhal fesih hakkı bulunmaktadır⁶⁴⁸. Keza Günay'a göre de, yönetim hakkının sınırlarını aşan talimatlar iş koşullarında esaslı bir değişikliğe yol açarsa; ödünç işçinin, iş sözleşmesini çalışma koşullarının uygulanmamasına dayanarak (İK m.24/II-f), derhal fesih hakkı bulunmaktadır⁶⁴⁹. Caniklioğlu ise, böyle bir durumda, mevcut olayın özelliği de göz önüne alınarak, ödünç işçinin öncelikle olarak asıl işverenine iletmesini, eğer onun tarafından gerekli önlem alınmaz ise; iş sözleşmesinin feshinin söz konusu olabileceğini savunmaktadır⁶⁵⁰.

Mollamahmutoğlu'na göre ise, geçici işverenin yönetim hakkını kötüye kullanmasının, tarafı bulunmadığı iş sözleşmesine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır⁶⁵¹. Yazara göre, diğer bir deyişle şimdiki İş Kanununda yer alan, çalışma koşullarının değişikliği (İK m.22) ödünç iş ilişkisine uygulanamaz. Zira söz konusu İş Kanunu madde 22 hükmü, iş sözleşmesi ve aynı nitelikte kaynaklardan oluşan çalışma koşullarında değişikliği düzenlemektedir. Bu bakımdan bu hükmün ödünç iş ilişkisine uygulanabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, ödünç işçinin hak ve yükümlülüklerine ilişkin İş Kanunu hükümlerinin uygulanabileceğine dair maddenin ilgili fıkrası (İK m.7/4), madde 22'de yer alan yasal düzenlemeyi kapsayacak şekilde genişletilebilmesi mümkün değildir. Ödünç işçinin yapması gereken ise, kendi işverenine bu sorunu iletip, onun buna ilişkin tavrı doğrultusunda hareket etmek olmalıdır. Böylece, artık bu süreçten sonra değişiklik feshine ilişkin hükümlerin devreye girmesi mümkün olabilecektir.

Kanaatimizce ödünç işçinin iş sözleşmesini, bu sözleşmenin tarafı olmayan geçici işverenin fiillerinden dolayı hemen feshedebilmesi zor gözükmektedir. Şöyle

⁶⁴⁷ Engin, **Ödünç**, s.344.

⁶⁴⁸ Çankaya/Çil, s.323.

⁶⁴⁹ Günay, **Şerh**, s.338.

⁶⁵⁰ Caniklioğlu, s.139-140, dn.80.

⁶⁵¹ Mollamahmutoğlu, s.286.

ki, öncelikle belirtmek gerekirse, ödünç iş ilişkisinin üçlü yapısının doğal bir sonucu olarak, dürüstlük kuralı gereğince asıl işverenin diğer işverenin böyle bir fiilinden haberdar edilmesi gerekmektedir. Asıl işverenin söz konusu talimatı öğrendikten sonra yanlışlıkta ısrar etmesi halinde ödünç işçinin iş sözleşmesini feshi söz konusu olabilir. Ancak, öncelikle ödünç işçi böyle bir talimatı yerine getirmekten kaçınabileceği hakkı bulunduğu kabul edilmelidir. Yönetim hakkının sınırları dışında kalan talimatlara uymayan işçiye herhangi bir yaptırım uygulanmayacaktır⁶⁵². Böyle bir durumda, asıl işverenin bu nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetmesi haksız ve geçersiz fesih niteliğinde olacaktır.

Ödünç işçinin itaat borcuna aykırı davranmasının sonuçları ise her iki işveren açısından farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, ödünç işçinin asıl işverene karşı olan itaat borcu iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, bu yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi, öncelikli olarak, ödünç işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine gerekçe olacaktır. Bu bakımdan ödünç işçinin gerek geçici gerek ise asıl işverene karşı itaat borcuna aykırı hareket etmesi halinde asıl işverenin iş sözleşmesini derhal feshedebilmesi mümkündür. Ayrıca, İş Kanunu madde 26 uyarınca iş sözleşmesini fesheden tarafın tazminat hakkının saklı olduğu belirtildiğinden, asıl işverenin tazminat isteme hakkı da saklıdır. Bunun yanı sıra asıl işverenin, ödünç işçiye bu fiili nedeni ile disiplin cezası vermesi de mümkündür⁶⁵³. Ödünç işçinin geçici işverene karşı itaat borcuna aykırı davranması halinde ise, aralarında iş sözleşmesi bulunmadığından geçici işveren tarafından iş sözleşmesinin feshi söz konusu olmayacaktır⁶⁵⁴. Gerçekten iş sözleşmesinin tarafı olmayan bir kişinin iş sözleşmesini fesih yetkisi bulunmadığı sonucuna varılmalıdır. Ancak, ödünç işveren ödünç işçinin bir başka işçi ile değiştirilmesini isteyebilir. Böyle bir durumda, ödünç işçinin iş sözleşmesinin fesih ile sona erdirilme yetkisi münhasıran ödünç işçinin asıl işverenine ait olacaktır⁶⁵⁵.

Öğretide bu konuya ilişkin tartışmalı husus ise, ödünç işverenin, ödünç işçiye yönelik disiplin cezası verme yetkisinin bulunup bulunmadığı hususudur. Öğretideki

⁶⁵² Süzek, s.78.

⁶⁵³ Odaman, s.141.

⁶⁵⁴ Odaman, s.142.

⁶⁵⁵ Odaman, s.142.

baskın görüşe göre geçici işverenin disiplin cezası verme yetkisi bulunmamaktadır⁶⁵⁶. Ancak, bir diğer görüşe göre ise işyerindeki çalışma düzeninin korunması ve diğer işçiler ile ödünç işçi arasında ayırım yapılmaması açısından, cezayı gerektiren bir davranış var ise disiplin cezası gündeme gelebilecektir⁶⁵⁷. Bize göre de, geçici işverenin disiplin cezası verme yetkisi bulunmamaktadır. Öncelikle, kendisi iş sözleşmesinin tarafı olmadığından, her ne kadar yönetim yetkisi ödünç iş ilişkisinin süresi ile sınırlı olarak kendisine geçmiş olsa da, bazı hususlarda asıl işverenin yönetim yetkisi devam etmektedir. Bu kapsamda, disiplin cezası verme yetkisi de asıl işverene ait olmalıdır. Zira disiplin cezaları hem kapsam olarak genişler hem de işçinin işten çıkarılmasına kadar varabilmektedir. Bu bakımdan, bu yetki işçinin asıl işverene ait olmalıdır. Ancak kanaatimizce, örneğin sigara içme yasağına uyulmaması gibi istisnai durumlarla sınırlı olarak, uyarı gibi hafif disiplin cezası vermesi söz konusu olabilir.

III. İŞVERENLERİN ÖDÜNÇ İŞÇİYE KARŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. ÜCRET ÖDEME BORCU

1. Genel Olarak

İş sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olup sözleşmenin taraflarını oluşturan işçi ve işveren bakımından çeşitli edim yükümlülükleri söz konusudur. İş sözleşmesinde işçinin asli edim borcu iş görme, işverenin asli edim borcu ise ücret ödeme borcudur⁶⁵⁸. Ücret, iş sözleşmesinin kurucu unsuru olup ücret karşılığı olmaksızın yapılan çalışmanın iş sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 55.maddesinin 1.fıkrasında “ücret, emeğin karşılığıdır” şeklinde ifade edilmiştir. Borçlar Kanunu’nda ücretin doğrudan bir tanımı yapılmamış ise de, 313.maddesinde yapılan hizmet akdinin tanımından, ücretin yapılan hizmet karşılığı olduğu şeklinde ifade edildiğini söylemek mümkündür. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 32.maddesinin birinci fıkrasında ücretin tanımı şöyle yapılmıştır: “*Genel*

⁶⁵⁶ Mollamahmutoğlu, s.287; Caniklioğlu, s.140.

⁶⁵⁷ Odaman, s.142.

⁶⁵⁸ Çelik, s.140; Süzek, s.307; Mollamahmutoğlu, s.461; Aktay/Arıcı/Kaplan, s.129; Narmanlioğlu, s.129.

anlamda ücret bir kimseye bir İş Karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır”. Türkiye’nin de onayladığı ILO’nun 95 sayılı sözleşmesi⁶⁵⁹ ücreti ayrıca tanımlamış ve güvence altına almıştır. Anılan sözleşmeye göre; ücret yapılan veya yapılacak olan bir iş için veyahut görülen veya görülecek bir iş için yazılı veya sözlü iş sözleşmesi gereğince bir işveren tarafından bir işçiye her ne nam altında ve hangi hesaplama şekli ile olursa olsun ödenmesi gereken ve nakden değerlendirilmesi kabil olup karşılıklı anlaşma veya ulusal mevzuatla tespit edilen bedel veya kazançtır. Diğer bir ifade ile ücret; işçinin gördüğü işin karşılığı olarak işveren tarafından işçiye sağlanan para ve aynı ödemelerden meydana gelen bir gelir, olarak tanımlanabilir.

Ücretin üç unsura sahip olduğu görülür⁶⁶⁰; Birinci kurucu unsur; ücretin çalışma karşılığı olmasıdır. Temel kural bu olmakla birlikte, İş Hukuku mevzuatımızda işverenin temerrüdü (BK m.325), işin ifasında geçici imkânsızlık (BK m.328, İK m.48) ve ifayı kabulde geçici imkânsızlık (İK m.24/III, 25/III, 40) hallerinde işçi fiilen çalışmamasına rağmen işveren ücret ödemekle yükümlü tutulmuştur. Yine hafta tatillerinde (İK.m.46), ulusal bayram ve genel tatil günlerinde (İK.m.47) ve yıllık ücretli izinlerde (İK.m.57) bir çalışma karşılığı olmaksızın ücret ödeneceği İş Kanunu’nda düzenlenmiştir. Buna sosyal ücret denmektedir⁶⁶¹. Ücretin ikinci kurucu unsuru, nakdi bir ödeme olmasıdır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 32.maddesinde ücretin tanımı yapılırken açıkça belli bir miktar para olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, ücretin aynı olarak ödenmesi mümkün değildir. Ancak aşağıda da belirttiğimiz üzere, adı geçen “temel ücret” haricinde diğer ücret ekleri veya diğer bir ifadeyle ücret dışında işçiye sağlanan yan menfaatlerin aynı olarak ödenmesi mümkündür (İK m.17/Son). Ücretin üçüncü unsuru, ise periyodik (dönemsel) olarak ödenmesidir. Bu son unsur, pozitif hukuka göre kurucu değil bir bakıma ücreti karakterize eden bir unsur olarak belirtilmektedir⁶⁶². Öte yandan taraflar, asgari ücretin (İK m.39) altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler.

⁶⁵⁹ RG. 28.10.1960, 10641.

⁶⁶⁰ Mollamahmutoğlu, s.463.

⁶⁶¹ Süzek, s.307.

⁶⁶² Mollamahmutoğlu, s.463.

4857 sayılı İş Kanunu öncesinde de öğretide, ödünç iş ilişkisi süresince, ücret ödeme borcunun işçinin asıl işvereni üzerinde olduğu savunulmaktaydı⁶⁶³. Bu görüşe uygun olarak, İş Kanunu madde 7 fıkra 3 uyarınca, ödünç iş ilişkisi süresince ücret ödeme yükümlülüğünün işveren açısından devam ettiği belirtilmiştir. Buradaki işveren ibaresinin işçinin asıl işverenini ifade ettiği kabul edilmelidir⁶⁶⁴. Zira ödünç iş ilişkisinde ise, yukarıda genel olarak tanımını ve içeriğini belirlediğimiz ücret borcunun yerine getirilmesi kural olarak işçinin asıl işverenine ait olması gerekmektedir. Keza ödünç işçi ile aralarındaki iş sözleşmesi bu süreçte devam etmektedir. Bu cümlenin devamında, ödünç iş ilişkisi kurulan işverenin (geçici işveren), işçinin kendi yanında çalıştığı süre zarfında ödenmeyen ücretinden, asıl işveren ile birlikte sorumlu olduğu açıklığa kavuşturulmuştur (İK m7/3). Görüldüğü üzere, geçici işverenin ödünç işçinin ücretine ilişkin sorumluluğu, ancak ödünç işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda söz konusu olacaktır⁶⁶⁵. Bu düzenleme ile birlikte ödünç işçi özel bir güvenceye kavuşmuştur⁶⁶⁶. Zira ödünç işçi ödenmeyen ücret alacağı için her iki işverene başvurma hakkına sahiptir. Ayrıca, söz konusu ödenmeyen ücret alacağı bakımından, işverenlerin sorumluluğu birlikte (müteselsil) sorumluluk şeklinde cereyan etmektedir⁶⁶⁷.

İş Kanunu uyarınca ödünç işçiye ücretinin asıl işveren tarafından ödeneceğine ilişkin hüküm ücreti ödeyecek kişinin belirlenmesi açısından emredici nitelikte değildir⁶⁶⁸. Gerçekten, ücretin ödenmesini düzenleyen, İş Kanunu madde 32 uyarınca da, işçinin ücretinin işveren harici üçüncü şahıslar tarafından da ödenebileceği hükme bağlanmıştır. Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan Tasarının 8-a maddesi uyarınca, ödünç işçinin rızası ile birlikte ücretin geçici işveren tarafından üstlenebileceği yer almaktaydı⁶⁶⁹. Ancak bu Tasarı hükmü İş Kanununda yer almadığından dolayı, ücretin geçici işveren tarafından ödenmesinde herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır. Böylece, geçici işverenin ödemesine yönelik olarak işçinin rızası önemli arz

⁶⁶³ Ekonomi, s.191; Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.142; Engin, **Ödünç**, s.345.

⁶⁶⁴ Caniklioğlu, s.132; Odaman, s.149; Serin, s.1075.

⁶⁶⁵ Kılıçoğlu/Şenocak, s.216; Odaman, s.150; Çifter/Demir, s.8.

⁶⁶⁶ Caniklioğlu, s.135; Odaman, s.151; Serin, s.1075..

⁶⁶⁷ Süzek, s.260; Mollamahmutoğlu, s.284; Caniklioğlu, s.135; Demir, s.99; Arslanoğlu, s.87;

⁶⁶⁸ Süzek, s.260; Caniklioğlu, s.135; Ekmekçi, **Hükümler**, s.375; Demircioğlu/Engin, s.38.

⁶⁶⁹ MESS, **Tasarı**, s.76.

etmemektedir⁶⁷⁰. Ne var ki öğretide, ücretin geçici işveren tarafından ödenebilmesi için ödünç işçinin rızasının şart olduğunu savunan görüşler mevcuttur⁶⁷¹.

Ücretin ödenmemesi halinde ödünç işçinin her iki işvereni sorumlu tutabilmesi (İK m.7/3) veya onlara karşı dava açabilmesine ilişkin olan hüküm ise, emredici nitelikte bir hükmüdür⁶⁷². Dolayısıyla, işverenlerin aksi yönde bir anlaşmaya varmaları ödünç işçi açısından, kendisi bu anlaşmayı kabul etse bile, hüküm ifade etmeyecektir⁶⁷³. Sadece, işverenler arası iç ilişkide, asıl işveren ödeme yaptığı miktarı geçici işverene fatura edebilecektir⁶⁷⁴. Bu hususta son olarak belirtmek gerekirse, geçici işverenin sorumluluğu, ödünç işçinin ödünç olarak çalıştığı süre zarfında doğan ücret alacağının ödenmemesi ile sınırlıdır⁶⁷⁵. Diğer bir ifade ile geçici işverenin, ödünç işçinin asıl işverenin yanında olan çalışmasından tahakkuk eden ücret alacağından, herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır⁶⁷⁶.

2. Ücret Ödeme Borcunun Kapsamı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 32.maddesinde ücretin tanımı “genel anlamda” yapılmıştır. Bu nedenle, iş Hukukumuz bakımından “çıplak ücret”, “temel ücret”, “kök ücret”, “asıl ücret”, “giydirilmemiş ücret” denilince anlaşılması gereken ücret, kanuni tanımdaki ücrettir⁶⁷⁷. Öğretide bu ücrete “genel anlamda ücret” ya da “dar anlamda ücret” de denilmektedir⁶⁷⁸. Dar anlamda (temel) ücret kavramına ikramiye, prim ve diğer sosyal yardımlar gibi ödemeler dâhil değildir⁶⁷⁹. İşçiye dar anlamda (asıl, temel, çıplak, kök) ücret yanında, ikramiye, prim ve sosyal yardım gibi adlarla yapılan ek ödemeler de olabilir.

⁶⁷⁰ Mollamahmutoğlu, s.281. Yazara göre, ödünç işçinin böyle bir onayı vermemesi hakkın kötüye kullanımı teşkil edebilecektir, yeter ki hukuken korunan önemli bir çıkarı olmasın; Caniklioğlu, s.135; Odaman, s.151; Serin, s.1075; Çifter/Demir, s.8..

⁶⁷¹ Ekonomi, s.191; Süzek, **Türler**, s.32; Demir, **Bireysel**, s.108; Arslanoğlu, s.89.

⁶⁷² Süzek, s.260; Caniklioğlu, s.133; Kılıçoğlu/Şenocak, s.216.

⁶⁷³ Ekmekçi, **Hükümler**, s.375; Caniklioğlu, s.133; Ulucan,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.118; Serin, s.1077.

⁶⁷⁴ Odaman, s.149; Ulucan,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.118.

⁶⁷⁵ Kılıçoğlu/Şenocak, s.216; Odaman, s.150.

⁶⁷⁶ Serin, s.1075.

⁶⁷⁷ Mollamahmutoğlu, s.462; Süzek, s.308.

⁶⁷⁸ Narmanlıoğlu, s.215.

⁶⁷⁹ Süzek, s.308.

Nitekim İş Kanunumuzun 32.maddesinin 5.fıkrasında “iş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur” denilmek suretiyle, temel ücret kavramı genişletilmiştir. Uygulamada “giydirilmiş ücret” ile kastedilen, geniş anlamda ücrettir⁶⁸⁰. Geniş anlamda ücrete, asıl ücretle birlikte fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, prim, ikramiye, yiyecek, içecek, giyim, barındırma, ısındırma ve aydınlatma şeklinde nakdi veya aynı olarak yapılan ödemeler de dâhildir. Asıl ücrete ilaveten, aynı veya nakdi olarak yapılan ödemeler öğretide “ücret ekleri” ya da “ücretin tamamlayıcıları” olarak adlandırılmaktadır. Bu ödemeler işin, işyerinin özelliğinden kaynaklanabileceği gibi, yasa ile sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile işçiye sağlanmış olabilecektir⁶⁸¹.

Ücretin para ile kararlaştırılmasını ve ödenmesini düzenleyen İş Kanunu’nun 31.maddesinin 1.fıkrası, sadece dar anlamda ücrete ilişkindir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 17/son ve 32/5.maddeleri ile 1475 sayılı İş Kanunu’nun yürürlükteki 14.maddesi asıl ücrete ilaveten yapılan ödemelerin aynı de olabileceklerini düzenlemiştir. Önemli olan, ücret ekinin para ile değerlendirilebilecek nitelikte olmasıdır. Kaynağı ne olursa olsun ücret ekleri, geniş anlamda ücret içinde yer aldıklarından, kanunda aksi belirtilmedikçe, asıl ücrete ilişkin hükümlere tabidir. Genel olarak ücret ekleri, iş hayatında sıkça karşılaşılan ikramiye, prim, komisyon, bahşiş, kâr payı, bayram harçlığı, kömür yardımı, kira, giyim yardımı, ulaşım ücreti, yemek yardımı gibi ödemelerdir.

Ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçiye ödenecek ücretin miktarı, kapsamı ve ücretle ilgili diğer hususlar açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Zira burada ödünç işçiye ücret ödeyebilecek iki ayrı işveren bulunmaktadır. Hemen belirtmek gerekirse, ödünç işçi sadece tek bir işverenden ücret alacaktır. Diğer bir ifadeyle, ödünç işçinin mevcut durum itibarıyla her iki işverenden aynı nitelikte ücret veya sosyal yardım alabilmesi mümkün olmamalıdır⁶⁸². Ödünç iş ilişkisini düzenleyen hükümde ücretin ödeme şekli, yeri ve zamanına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, genel hükümler

⁶⁸⁰ Mollamahmutoğlu, s.464; Süzek, s.308.

⁶⁸¹ Narmanlıoğlu, s.224.

⁶⁸² Arslanoğlu, s.84.

bu hususta belirleyici olacaktır⁶⁸³. Ancak, en makul olanı tarafların bu belirtilen hususları ödünç işçi verme sözleşmesinde düzenlemeleri olacaktır.

Öğretide Odaman'a göre, ödünç işçi verme sözleşmesi ile iş sözleşmesi hükümlerinden daha ağır şartlar getirilemeyecektir. Dolayısıyla, iş sözleşmesinde ödünç işçi için belirlenmiş olan ücret miktarından daha az miktarda ücret ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi açısından belirlenemeyecektir⁶⁸⁴. Diğer taraftan Akyiğit'e göre ise, ödünç işçiye ödenecek ücret asgari ücretin altında olmamak kaydı ile iş veya toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılabilir, eğer böyle bir anlaşma yok ise o işkolundaki âdete göre tayin olunur, o da yok ise yasal asgari ücret uygulanır⁶⁸⁵. Kanaatimize göre, tarafların iş sözleşmesinde belirlenen hususlarda değişiklik yapmaları, Kanunun emredici hükümlerine aykırılık bulunmaması kaydıyla, her zaman için mümkündür. Bu kapsamda, ödünç işçinin iş sözleşmesinde belirlenen ücret miktarından daha fazla veya daha az bir miktarda ücret alacağının kararlaştırılabilmesi mümkün görülmelidir. Ancak, ödünç işçinin alacağı ücret miktarının açık olarak ödünç işçi verme sözleşmesinde belirtilmemiş ise, ücret miktarın iş sözleşmesinde belirlenen miktardan daha az olmaması bizce gerekmektedir. Zira işçinin onayı olmadan aleyhine bir durum yaratılması mümkün değildir.

Ödünç iş ilişkisinde, işverenlerin müteselsil sorumluluğu sadece asıl (temel) ücrete ilişkin bulunmamaktadır⁶⁸⁶. Gerçekten, ücret geniş anlamda düşünülürse; asıl ücrete birçok yan ödemeler eklenmektedir. Bu doğrultuda ödünç iş ilişkisine yönelik inceleme yapılacak olursa, bu diğer ödemelerden hangi işverenin sorumlu olduğu belirlenmesi gereken bir husustur. Yukarıda belirttiğimiz üzere, işçi bazen çalışmadığı bir zaman dilimine ait ücrete hak kazanabilmektedir. Sosyal ücret denen bu ücret türü için, ödünç iş ilişkisine yönelik bir gruplandırma yapılmalıdır. Şöyle ki, öğretide kabul edildiği üzere, ödünç iş ilişkisi süresince doğan, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin ödenmesine yönelik her iki işveren de müteselsilen sorumlu olmalıdır⁶⁸⁷. Ne

⁶⁸³ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.144; Odaman, s.153.

⁶⁸⁴ Odaman, s.159.

⁶⁸⁵ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.145.

⁶⁸⁶ Ekonomi, **Mesleki**, s.241; Caniklioğlu, s.133.

⁶⁸⁷ Süzek, s.260; Çankaya/Çil, s.321; Caniklioğlu, s.133; Ekmekçi, **Hükümler**, s.373; Odaman, s.165; Serin, s.1075,

var ki Yüksek Mahkeme, ödünç iş ilişkisi süresince doğan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin ödenmesinden münhasıran geçici işverenin sorumlu olduğuna kararlarında hükmetmektedir⁶⁸⁸.

Öte yandan, İş Kanunu madde 40 uyarınca ödünç işçiye çalışmadığı halde en çok bir haftaya kadar yarım ücret ödenmesi gerekebilir. Anılan hüküm uyarınca işçiye (İK m.25/III) veya işyerine (İK m.24/III) ilişkin zorlayıcı sebepler nedeni ile işçi iş görme edimini yerine getiremez ise, sosyal ücret niteliğinde bu ödeme yasa tarafından öngörülmüştür. Söz konusu zorlayıcı sebepler ödünç iş ilişkisi sırasında meydana gelirse, anılan sebepler kendi işyerine ilişkin olacağı için geçici işveren bu ücretin ödenmesinden sorumlu olacaktır⁶⁸⁹. Ancak, böyle bir olasılıkta, ödünç işçi verme sözleşmesine ödünç işçinin ücretinin tam olarak ödeneceği veya asıl işverenin işyerine dönüp orada çalışmaya devam etmesi konusunda hüküm konulmuş ise hiç şüphesiz bu hüküm dikkate alınmalıdır.

Ödünç iş ilişkisinde, geçici işveren, kendinden kaynaklanan sebeplerden dolayı ödünç işçinin usulüne uygun önerilen iş görme edimini kabulden kaçınabilir (BK m.325). Böyle bir durumda ise işçinin asıl işvereni mütemerrit sayılacaktır⁶⁹⁰. Zira iş sözleşmesi onunla ödünç işçi arasında devam etmektedir. Ödünç işçi, bu süreçte kanunen çalışmadığı halde ücrete hak kazanacağından (BK m.325), bu ücretin ödenmesi asıl işverene ait olmakla beraber, geçici işverenin de bu ücretin ödenmemesinden dolayı sorumluluğu devam eder (İK m.7/3)⁶⁹¹. Ayrıca, işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çalışacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler çalışma süresinden sayılacaktır (İK m.66/I-c).

Ödünç iş ilişkisi süresince, ödünç işçi hastalanırsa veya başka bir mazur görülebilecek mazereti var ise, normal bir iş ilişkisinde olduğu gibi ücretini

⁶⁸⁸ Davacı SSK kayıtlarında S.. D... İ... A.Ş.'den sigortalı gözükmeye rağmen fiilen G.. P... de ödünç işçi olarak çalışmış mesaisini G... P... 'ye harcamıştır. Bu nedenle fazla mesai ve Ulusal Bayram genel tatil ücretlerinden fiilen çalıştığı G... P... Genel Başkanlığı sorumludur. Bu nedenle mahkemece yazılı şekilde bu iki işçilik alacağının da davalılardan müstereken müteselsilen tahsiline karar verilmesi hatalıdır. **Y.9HD, 24.10.2005, 2005/ 6180E., 2005/34134 K., Çankaya/Çil, s.366.**

⁶⁸⁹ Caniklioğlu, s.129; Odaman, s.163.

⁶⁹⁰ Odaman, s.171.

⁶⁹¹ Kılıçoğlu/Şenocak, s.216.

alabilecektir⁶⁹². Gerçekten, İş Kanunu madde 49 fıkra 4 uyarınca, aylık ücretle çalışan işçinin aylığı, bu işçi hasta, izinli veya başka nedenle mazeretli oldukları zaman dahi tam olarak ödenecektir. Diğer taraftan, işyerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, belli şartlar altında gerekli işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemi alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir (İK.m.83/1). Ödünç işçinin İş Kanunu madde 83 uyarınca çalışmaktan kaçınması durumunda, her ne kadar mevcut iş sözleşmesi askıya alınmış olsa da, işçinin ücret ve diğer haklarının saklı olduğu belirtildiğinden (İK m.83/4), işçi bu süre içinde çalışmamasına rağmen ücrete hak kazanacaktır. Ödünç iş ilişkisinde, bu ücretin ödenmesinden ve diğer hakların yerine getirilmesinden her iki işveren müteselsilen sorumlu olacaktır⁶⁹³.

Yıllık ücretli izne çıkma tarihinin somut olarak bizzat işçinin işvereni belirler (İK m.56). Keza taraflarca iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile de bu tarihin kararlaştırılabilmesi mümkündür. Böyle durumlarda işçi, olağanüstü bir durum yok ise, belirlenen tarihte izne çıkabilecektir. Ödünç iş ilişkisinde ise, iznin kullanım zamanını kural olarak ödünç işçinin asıl işvereni belirleyecektir. Böylece, asıl işveren ödünç iş ilişkisi süresinde ödünç işçiye bu izni kullandırabilir. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin 14. maddesine göre ise, ödünç işçi verme sözleşmesinde, buna yönelik somut bir düzenleme var ise bu dikkate alınacaktır, aksi takdirde yönetmelik hükümleri uygulanacaktır. Bu bakımdan bu hususta yetkinin geçici işverene geçtiği ve ödünç işçinin bu izni geçici işverenin yanında kullanabileceği kararlaştırılabilir⁶⁹⁴. Ödünç iş ilişkisi sırasında ödünç işçinin yıllık ücretli izin kullanması halinde hiç şüphesiz söz konusu ödünç işçi için ödünç iş ilişkisi askıda kalacaktır. Bu bakımdan, dürüstlük kuralı gereğince geçici işverenin yıllık ücretli izin kullanılmasına onay vermesini veya ödünç işçinin bu izni bu ilişkinin bitiminden sonra kullanmasını belirlemek en makul olanıdır⁶⁹⁵.

Ödünç işçinin ücretli izine çıkması halinde yasal yıllık izin ücretinin ödenmesinden (İK m.57) kural olarak asıl işveren sorumlu olmalıdır., Ancak, ödünç iş

⁶⁹² Odaman, s.164.

⁶⁹³ Caniklioğlu, s.135.

⁶⁹⁴ Süzek, s.776.

⁶⁹⁵ Odaman, s.167.

ilişkisi süresine ilişkin ödenmeyen izin ücreti açısından, geçici işverenin de asıl işveren ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeyiz⁶⁹⁶. Yüksek Mahkeme ise ödünç iş ilişkisinde yıllık ücretli izin ücretinin ödenmesine yönelik olarak, ödünç işçinin asıl işvereni sorumlu tutmaktadır⁶⁹⁷. Keza ödünç iş ilişkisi devam ederken iş sözleşmesi herhangi bir şekilde sona ererse, kullanılmayan ücretli izin dönemlerine ait ücretin ödenmesi gerekir (İK m.59). Bu bakımdan, kanaatimizce geçici işveren de, ödünç işçinin kendisinde çalıştığı süre ile sınırlı olarak bu ücretin ödenmesinden asıl işveren ile birlikte sorumlu olmalıdır.

Bunların yanı sıra, ödünç iş ilişkisi kurulmadan önce işçiye ücret olarak ödenen nakdi miktarlar ve gayri nakdi yardımlar mevcut iş sözleşmesi devam ettiği için ödünç iş ilişkisinin niteliğine uygun düştüğü oranda devam edecektir⁶⁹⁸. Böylece, işçinin iş sözleşmesinde yer alan ikramiye, gıda yardımı, yemek parası gibi ücret eklerinin ödenmesinden her iki işveren birlikte sorumlu olacaktır⁶⁹⁹. Öğretide bir görüşe göre, geçici işverenin işçilerinin, iyi ve disiplinli çalışmaları karşılığında hak kazandığı ikramiye, prim gibi başarıya dayalı ödemelerden, ödünç işçi de şartları yerine getirmiş ise yararlanabilmelidir⁷⁰⁰. Zira işyeri barışının sağlanması ve eşit davranma ilkesi bunu gerektirmektedir⁷⁰¹. Böylece, geçici işverenin toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile kararlaştırılan ödemelerinin yanı sıra kendisince tek tarafı olarak sağlanan ödemeler “işyeri uygulaması” haline gelirse ödünç işçinin, diğer şartlarında uygun olması ile birlikte, talep hakkı doğabilecektir.

⁶⁹⁶ Kılıçoğlu/Şenocak, s.218; değişik görüşte Odaman, s.168. Yazara göre, geçici işverenin onayı olmadan asıl işveren tarafından ücretli iznin verilmesi halinde geçici işverenin bu izin ücretini ödemesini beklemek hakkaniyete aykırı olacağından, bu ihtimal için ödünç iş ilişkisinin bitimi beklenmelidir. Ancak geçici işveren ödünç işçi verme sözleşmesinde bu izni kullandırabileceğini belirtmişse o zaman bir sorun yoktur.

⁶⁹⁷ Davacı ile davalı arasında hizmet akdi kurulduğu, davacının davalı lojmanda oturduğu ücret ve primlerinin davalı tarafından ödendiği hususunda ihtilaf yoktur. Davalının işçisi olan davacının ödünç iş ilişkisiyle dava dışı Ulaştırma bakanlığında çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle dava konusu ücretli izin alacağından işveren davalı genel müdürlük sorumludur. Mahkemenin yazılı şekilde davayı reddetmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. **Y.9HD, 21.10.2004, 204/7545 E., 2004/23792 K., Çankaya/Çil, s.371.**

⁶⁹⁸ Arslanoğlu, s.83.

⁶⁹⁹ Caniklioğlu, s.133.

⁷⁰⁰ Engin, **Atipik**, s.121;;Günay, **Şerh**, s.341; Odaman, s.160; Mollamahmutoğlu, s.285.

⁷⁰¹ Odaman, s.160 vd.

Diğer taraftan öğretide iştirak ettiğimiz baskın görüşe göre ise, geçici işverenin işyerinde uygulanan ücret, ikramiye, prim gibi ödemeler açısından ödünç işçiye karşı bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁷⁰². Zira ödünç işçi ile geçici işveren arasında bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, geçici işverenin işyerindeki toplu iş sözleşmesi veya diğer işçileri ile arasındaki iş sözleşmesinin ödünç işçiye böyle bir talep hakkı tanımadığı kabul edilmelidir. Ancak, ödünç işçi zaten geçici işverenin işyerinde yol veya yemek yardımı gibi sosyal yardımlardan yararlanıyor ise, ücrette mükerrerlik durumu doğmaması için bu ödemelerin yapılmasını asıl işverenden isteyememesi gerekmektedir⁷⁰³.

Ödünç iş ilişkisinde önem arz eden diğer bir husus ise, ödünç işçinin fazla çalışma yapması halinde ödenmesi gereken fazla saatlerle çalışma ücretinin sorumluluğunun hangi işverene ait olduğudur. Yüksek Mahkeme kararlarında yukarıda bahsettiğimiz ücret ekleri ve fazla saatlerle çalışma ücretinin ödenmesi hususuna yönelik olarak, geçici işverenin sorumlu olduğu yönünde görüş bildirmektedir⁷⁰⁴. Öğretide ise bu hususa ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, ödünç işçinin fazla çalışma ücretinin ödenmesinden geçici işveren sorumludur⁷⁰⁵. Bu görüşe göre ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçinin fazla saatlerle çalışma talebinde bulunabilecek olan işveren, geçici işveren olabileceğinden, buna ilişkin ücretin ödenmesinden sorumlu olması gereken de bu işveren olacaktır. Ancak, öğretide bizimde katıldığımız baskın görüş ise, asıl işverenin ücret ödeme borcunun fazla saatlerle çalışma ücretini de içerdiğini, ayrıca de bu tür ücretin ödenmemesinden geçici işverenin, asıl işveren ile birlikte sorumlu olacağını kabul etmektedir (İK m.7/3)⁷⁰⁶. Gerçekten, Kanunun ilgili hükmünün asıl işverenin bu tür ücrete ilişkin sorumluluğunu da içerdiği kabul

⁷⁰² Çelik, s.106; Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.145, yazara göre bu tür ödemelerden ödünç işçi yararlanamaz ise de bunun aksinin taraflarca kararlaştırılabilmesi mümkündür; Caniklioğlu, s.141; Ekmekçi, **Hükümler**, s.377;

⁷⁰³ Ekmekçi, **Hükümler**, s.373-374; Serin, s.1075.

⁷⁰⁴ Davacının Davalı Kurum personeli olduğu, geçici olarak Devlet Bakanlığında çalıştırıldığı bu sırada fazla çalışma yaptığı, genel tatil ve hafta tatillerinde çalıştırıldığı ve bu çalışmaların ilgili Bakanlık tarafından yaptırıldığı anlaşıldığından, dava konusu alacakların dava dışı Bakanlıktan istenmesi gerekir. Bu nedenle davalıya karşı açılan davanın husumet nedeniyle reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olduğundan hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir. **Y.9HD, 21.10.2004, 204/7545 E., 2004/23792 K.**, Çankaya/Çil, s.371.

⁷⁰⁵ Odaman, s.231-232;

⁷⁰⁶ Mollamahmutoğlu, s.285; Süzek, s.260; Caniklioğlu, s.133; Çankaya/Çil, s.320; Ekmekçi, **Hükümler**, s.373; Çifter/Demir, s.9; Serin, s.1075

edilmelidir⁷⁰⁷. Keza ödünç işçi verme sözleşmesinde aksi yönde hüküm olmasına rağmen (İK m.7/4), ödünç işçinin geçici işveren fazla saatlerle çalışma yapması halinde dahi bu tür ücret bakımından sorumlu olması gerektiği kabul edilmelidir. Böylece, ödünç işçinin kendi asıl işvereninden, her ne şekilde doğarsa doğsun işçilik alacaklarını alması gerektiği gibi, ödünç işçinin aleyhine kullanabilecek bir durum engellenmiş olacaktır⁷⁰⁸.

Belirtelim ki, işverenlerin ödünç işçinin ücretinin ödenmesine yönelik hüküm, hukuki sorumluluğa ilişkindir. Ödünç işçinin ücretinin ödenmemesinden doğan cezai sorumluluk münhasıran işçinin asıl işverenine aittir⁷⁰⁹. Ücret ödeme yükümlülüğü asıl işverene ait olduğu için ücretin kasten eksik ödenmesi veya hiç ödenmemesi durumunda işverenin ödemesi gereken idari para cezası asıl işverene ait olacaktır (İK m.102-a). Keza ücret ödeme yükümlülüğü ücrete bağlı yan yükümlülükleri de kapsamaktadır. Bu nedenle, örneğin ücret hesap pusulası verme (İK m.37) yükümlülüğü de asıl işverene ait olmaktadır⁷¹⁰. Böylelikle, Ücret hesap pusulası düzenleme yükümlülüğü asıl işverene ait oldundan dolayı, bu belgenin düzenlenmemesinden doğan cezai sorumluluk da asıl işverene ait olmaktadır (İK m.102-b).

Ayrıca, asıl işverenin ücret ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde ödünç işçinin, yasal koşulları sağlamak kaydı ile (İK m.34) çalışmaktan kaçınma hakkının bulunduğu düşüncesindeyiz⁷¹¹. Zira ödünç işçinin haklarına ilişkin İş Kanunundaki düzenlemeler ödünç iş ilişkisinde de geçerlidir (İK m.7/4). 4857 sayılı İş Kanunu öncesinde öğretide Soyer, ödünç işçinin böyle bir durumda ödemezlik define (Bk m.81) dayanarak iş görmekten kaçınabileceğini savunmaktaydı⁷¹². İş Kanunu'nda çalışmaktan kaçınma hakkı; işçinin ödenmesi gereken bir ücret alacağının mevcut olması, işverence ücretin ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde ödenmemesi,

⁷⁰⁷ Bu hususa ilişkin Caniklioğlu, s.133'de: "Böyle bir durum, asıl işverenin, geçici işçinin, geçici işveren yanında çalışma süresini takip etmesini ve buna göre ödeme yapmasını gerekli kılar. Fakat Kanunun açık hükmü karşısında asıl işverenin fazla saatlerle çalışma ücretinden sorumlu olmadığını kabul etmek de mümkün değildir."

⁷⁰⁸ Çankaya/Çil, s.320.

⁷⁰⁹ Caniklioğlu, s.134; Ekmekçi, **Hükümler**, s.375; Çifter/Demir, s.8; Serin, s.1075.

⁷¹⁰ Caniklioğlu, s.134; Ekmekçi, **Hükümler**, s.373; Serin, s.1075.

⁷¹¹ Süzek, s.260; Caniklioğlu, s.132; Ekmekçi, **Hükümler**, s.378; Çankaya/Çil, s.325; Kılıçoğlu/Şenocak, s.217; Çifter/Demir, s.14.

⁷¹² Soyer, s.344.

ödememenin mücbir nedene dayanmaması, iş görme borcunu yerine getirmemenin işçinin kişisel kararına dayanması gibi koşulların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçinin bu hakkı kullanabilmesi için asıl işverenin bu ücreti ödememesi yeterlidir. Ödünç işçinin geçici işverene başvurma zorunluluğu bulunmamakla beraber kendisinin ödemeyi teklif etmesi ile birlikte artık ödünç işçi bu yola başvuramayacaktır⁷¹³.

B. GÖZETME BORCU

1. Genel Olarak

İş sözleşmesinin kurulması ile birlikte işçi ile işveren arasında genellikle uzun bir süreye dayanan kişisel bir ilişki kurulmaktadır. Sürekli bir borç ilişkisine dayanan iş sözleşmesi, tarafların birbirlerine karşı olan borçlarını sağlıklı bir biçimde ifa etmelerini hiç şüphesiz gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda işçi iş ve işyerine ilişkin zarar verici davranışlardan kaçınmakla sorumludur. Buna karşılık işveren de, işçinin iyiliği ve çıkarları doğrultusunda, onun vücut bütünlüğünü, sağlığını korumak ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. İşverenin bu borcunun kapsamı işin niteliğine, teknolojik gelişmeler sonucunda işin riskinin artması ya da azalmasına bağlı olarak değişmektedir. İşverenin işçiyi koruma borcu olarak da isimlendirilen “gözetme borcu” işçinin “sadakat borcunun” karşılığını oluşturmaktadır⁷¹⁴.

İşverenin işçiyi gözetme borcu geniş kapsamlı bir borçtur. İşverenin işçinin hayatını işyeri tehlikelerine karşı koruması, diğer bir ifade ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması dar anlamda işçiyi gözetme borcunu oluşturmaktadır. İşçinin kişisel bilgilerinin veya eşyalarının korunması; çalışma belgesi verilmesi (İK m.28), mesleki itibar, özel hayat gibi değerlerin korunması geniş anlamda gözetme borcunu teşkil etmektedir⁷¹⁵.

⁷¹³ Kılıçoğlu/Şenocak, s.217.

⁷¹⁴ Süzek, s.346; Mollamahmutoğlu, s.529; Ertürk, s.175; Keser, s.70.

⁷¹⁵ Keser, s.70.

İş hukukunda işçinin korunması ve gözetilmesi, kamu ve özel hukuk boyutuyla, iki kısımdan oluşmaktadır⁷¹⁶. Kamu hukuku kapsamına, işyerinde sağlıklı ve güvenli çalışma ortamının yaratılması ve korunmasına ilişkin düzenlemeler girmektedir. Özel hukuk boyutunda ise, işçiyi gözetme borcu ve bu borcun ihlali neticesinde işçinin uğradığı zarara ilişkin sorumluluk yer almaktadır. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin mevzuat çok geniş olmakla beraber, öncelikli kaynağını Anayasamızda herkese tanınmış bulunana yaşama, sağlık ve beden bütünlüğünün korunmasında bulmaktadır (m.17). Bu hükmün, işyeri ve daha genel olarak çalışma ortamına uygulanması iş sağlığı ve güvenliği hakkını doğurmuştur⁷¹⁷.

Bu doğrultuda, işverenler, İş Kanunu ile getirilen düzenleme ile birlikte işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almakla, araç ve geçleri noksansız bulundurmakla yükümlü tutulmuşlardır (İK m.77/1). Ayrıca, işverenlere bu tür önlemlerin korunması ve denetlenmesi ile işçilerin bu tür işyeri risklerine karşı eğitimi ve bilgilendirilmesine yönelik bazı yükümlülükler de öngörülmüştür (İK m.71/2). Keza Borçlar Kanunu madde 332’de, işverenin işçiyi işin görülmesi esnasında maruz kalabileceği işyeri risklerine karşı koruma borcu ve bundan doğan sorumluluğu düzenlenmiştir. Söz konusu madde uyarınca, işveren iş sözleşmesinin niteliğine ve işin özelliğine göre hakkaniyet kuralları gereğince işçinin işin görülmesi esnasında maruz kalabileceği risklere karşı gerekli tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur.

Ödünç iş ilişkisinde ise bilindiği üzere, ödünç işçi, iş görme edimini tamamen yabancı başka bir işverenin işyeri organizasyonuna dâhil olarak yerine getirmektedir. Bu nedenle klasik iş ilişkisinde işçinin işverene ait olan bu gözetme yükümlülüğü geçici bir süreliğine başka bir işverene geçmektedir. Dolayısıyla, bu işveren artık, ödünç işçiyi de ilgilendiren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerin alınmasına yönelik yükümlülüklerden sorumlu tutulmalıdır⁷¹⁸. Gerçekten, İş Kanunu geçici işverenin bu tür yükümlülüklerine ilişkin somut düzenlemeler getirmiştir. Öncelikle belirtmek gerekirse, Kanunda geçici işveren ödünç işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi

⁷¹⁶ Caniklioğlu, s.135.

⁷¹⁷ Süzek, s.789.

⁷¹⁸ Caniklioğlu, s.135.

vermekle yükümlü tutulmuştur (İK m.7/1, c.3). Maddedeki bu ifadenin, ödünç işçinin sağlık ve güvenliğine yönelik gerekli önlemlerin alınması ve bu önlemlere uyulmasının sağlanmasını kapsadığı yönünde anlaşılması yerinde olacaktır⁷¹⁹.

Diğer taraftan, ilgili hükmün devamında, geçici işveren, ödünç işçinin kendisinde çalıştığı süreyle sınırlı olarak işçiyi gözetme borcundan asıl işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur (İK m.7/3). Öğretide bir görüşe göre, gözetim borcu bu süreçte esasen geçici işverene ait olmalıdır⁷²⁰. Zira ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi geçici işverenin işyeri organizasyonuna dâhil olduğu gibi, geçici işveren gerek bu risklere yönelik tedbirlerin alınmasında gerekse bu risklerin önlenmesine yönelik emir ve talimat verilmesinde doğrudan yetkili sıfatını taşımaktadır. Geçici işverenin yanı sıra asıl işverenin de bu gözetim borcundan kanunen sorumlu tutulması bize göre yerinde olmuştur. Öğretide çoğunluk görüşü, gerek 4857 sayılı İş Kanunu öncesinde⁷²¹, gerekse yeni Kanun döneminde bu yöndedir⁷²². Gerçekten, Kanun özellikle işçiyi gözetim borcunun özel hukuku boyutunda ortaya çıkan zarar sorumluluğu açısından, işverenler arasında müteselsil sorumluluk öngörmüş ve bu yöndeki tartışmaları sona erdirmiştir⁷²³.

Ödünç iş ilişkisi kapsamında, geçici işverenin ödünç işçiyi koruma ve gözetme yükümlüğünün hukuki niteliği konusunda farklı görüşler savunulmuştur. Bu görüşlerden ilki “sosyal temas” görüşüdür. Bu görüş uyarınca, ödünç iş ilişkisinin kurulmasıyla birlikte, sosyal temas sonucu işçinin maddi ve manevi varlığı geçici işverenin hâkimiyet alanına girmektedir. Dolayısıyla ödünç işçi maddi ve manevi

⁷¹⁹ Caniklioğlu, s.135; Ekmekçi, **Hükümler**, s.378.

⁷²⁰ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.190; Tuncay, **Eleştiri**, s.70-71; Günay, **Şerh**, s.338; Çifte/Demir, s.13; İbrahim Aydın, **“İşverenin İşyerinde “Çalışan” İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”**, Çimento İşveren Dergisi, C.19, S.4, Temmuz 2005, s.24; Keser, s.80; Ekmekçi, **Hükümler**, s.376. Yazara göre, maddeden anlaşılması gereken, bu süreçte gözetim borcunun esasen geçici işverene ait olduğu ve asıl işverenin, geçici işverenin almadığı önlemlerden doğan zarardan birlikte sorumlu olduğu şeklinde olmalıdır.

⁷²¹ Engin, **Atipik**, s.121; Demircioğlu/Engin, s.37.

⁷²² Süzek, 261; Şahlanan, s.44; Mollamahmutoğlu, s.284; Caniklioğlu, s.138; Odaman, s.179.

⁷²³ Caniklioğlu, s.138’de: “.... Bu konuda geçici iş ilişkisinin temelinde yatan üçlü iş ilişkisi çerçevesinde işçinin iş görme edimin ifa edeceği yeri belirleme hakkının genelde asıl işverende olduğu hususu göz ardı edilmemelidir. İşverenin, işçisini geçici olarak göndereceği işyerinin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri bakımından gerekli niteliklere sahip olup olmadığını da bilmesi gerekir. Ayrıca, asıl işveren ile işçi arasında bir iş sözleşmesi bulunmakta, bu sözleşme ilişkisi gereğince işverenin işçiyi gözetme borcu geçici iş ilişkisi sırasında da hala varlığını muhafaza etmektedir. Bu nedenlerle, geçici iş ilişkisi çerçevesinde çalıştırılan işçiyi gözetme borcundan, geçici işveren yanında asıl işverenin de sorumlu tutulması, İş Hukukunun koruyucu niteliği ile örtüşen bir yaklaşım olacaktır.”

varlığının korunmasını, Medeni Kanunun 2.maddesinde yer alan dürüstlük kuralı doğrultusunda geçici işverenden isteyebilecektir⁷²⁴.

Söz konusu sorumluluğun niteliği konusunda savunulan ikinci görüş ise “amaç” görüşüdür. Bu görüşe göre; taraflar ödünç iş ilişkisi ile yeni bir iş sözleşmesi kurulmasını amaçlamamaktadır. Bu ilişki içinde geçici işverenin amacı, işçinin emeğinden yararlanmak, işçinin amacı da emeğini geçici bir süreyle başka bir işverene vermek olarak nitelenebilir⁷²⁵. Bu amacın yerine getirilmesine yönelik geçici işveren talimat verme ve işin ifasını isteme hakkına sahiptir. Bu bakımdan, bu süreçte, geçici işveren ödünç işçiye sanki kendi işçisi gibi davranmakta ve ödünç işçi de sanki kendi işvereni gibi iş görme edimini ona karşı sunmaktadır⁷²⁶. Diğer bir ifadeyle, geçici işveren, ödünç iş ilişkisi süresince, işçiyi istihdam eden işveren niteliğinde olduğu için ödünç işçinin çalıştığı iş ve işyeri ile ilgili olarak işçiyi koruma yükümlülüğü hayatın olağan akışı ve dürüstlük kuralı gereğince kendisine ait olacaktır⁷²⁷.

Öğretide bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise, sosyal temas görüşüne benzeyen, ”koruma” görüşüdür⁷²⁸. Bu görüş uyarınca, ödünç iş ilişkisi içinde işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü Medeni ve Borçlar Hukukundan kaynaklanan bir yükümlüktür. Borçlar Hukukunda yer alan koruma (genel davranış yükümlülüğü) bu görüşün dayanak noktasını teşkil etmektedir. Söz konusu yükümlülüklerin sözleşmeden kaynaklanması zorunlu değildir. Gerçekten, tarafların sözleşme öncesi görüşmesi veya bir sosyal temas haline geçmeleri ile birlikte, tarafların edim yükümlüklerinden bağımsız olarak bir borç ilişkisinin ortaya çıktığı kabul edilmelidir⁷²⁹. Ayrıca, bu türde bir ilişki dürüstlük kuralı (MK m.2/1) ve dolayısıyla güven ilkesinden de kaynaklanabilir. Böylelikle, eğer kişi bir başkasından özel bir koruma bekliyorsa ve bunu beklemekte haklı ise kişinin bu güveninin korunması gerekir. Dolayısıyla, ödünç iş ilişkisi içinde de, geçici işveren ile ödünç işçi arasında bir sözleşme ilişkisi

⁷²⁴ Aydın, **Kaçınma Hakkı**, s.21; aynı yazar, “İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım”, Kamu- İş Dergisi, C.8, S.1, 2005, s.11; Keser, s.85.

⁷²⁵ Keser, s.85.

⁷²⁶ Akyigit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.155; Aydın, **Kaçınma Hakkı**, s.9; Keser, s.85.

⁷²⁷ Akyigit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.155; Aydın, **Kaçınma Hakkı**, s.9.

⁷²⁸ Soyer, s.347; Süzek, **Türler**, s.32-33; Caniklioğlu, s.138; Engin, **Atipik**, s.121; Günay, **Şerh**, s.338; Odaman, s.179; Keser, s.85; Aydın, **Kaçınma Hakkı**, s.9; Demircioğlu/Engin, s.36-37.

⁷²⁹ Süzek, **Türler**, s.32-33.

bulunmadığı halde geçici işveren, anılan yükümlülükler uyarınca ödünç işçiyi korumak ve gözetmekle yükümlüdür. Kanunda yer alan gözetim borcu (İK m.7/1) ve kapsamında yer alan eğitim ve koruma önlemlerinin (İK m.7/3) esasen koruma ve sosyal temas görüşü ile örtüştüğü gözükmemektedir. Sonuç olarak Kanunun yerinde olarak yasal düzenlemesi ile birlikte bu tür yükümlülükler yasal bir statüye kavuşmuş ve her iki işverenin işçiyi gözetim borcundan kanundan doğan sorumluluğu gündeme gelmiştir⁷³⁰.

2. Gözetme Borcunun Kapsamı

İş Kanunu ile getirilen düzenleme ile birlikte, işveren işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almakla, araç ve gereçleri noksansız bulundurmakla yükümlü tutulmuştur (İK m.77/1). Bu genel kural doğrultusunda ödünç iş ilişkisinde her iki işveren gözetim borcundan müteselsilen sorumlu tutulmuştur (İK m.7/3). Bu tür önlemlerin kapsamı ise teoride ve pratikte kazanılan bilgilere göre devamlı değişime uğramakla beraber, işçinin vücut bütünlüğü ve ruh sağlığının korunmasına yönelik gerekli her türlü önlemi içerdiği kabul edilmektedir⁷³¹. Ancak, pek tabii ki işyerinin ekonomik, teknik ve mali özellikleri bu tedbirlerin belirlenmesinde önemli bir rol oynayacaktır⁷³². Ayrıca, genel hayat tecrübeleri ve hakkaniyet ölçüsü dayanak olarak değerlendirilmelidir. Fakat işverenin bu tedbirlerden haberdar olmaması onu sorumluluktan kurtarmaz. Keza eğer işçinin sağlığı açısından elzem ise yüksek maliyet oranları nedeniyle tedbirlerin uygulanamaması mazeret teşkil etmeyecektir⁷³³. İşverenin alabileceği tedbirlere örnek olarak işyerinde gerekli tesisatın kurulması, gerekli koruyucu araç ve gereçlerin sağlanması gösterilebilir.

Bu hükmün bir diğer önemli sonucu ise artık asıl işverenin gözetim borcundan doğan sorumluluğunu (İK m.7/3), daha sağlam bir hukuki zemine yerleştirmesidir. Gerçekten, bu hüküm uyarınca ödünç iş ilişkisi kurulmadan önce asıl işveren diğer işverenin işyeri hakkında bilgi sahibi olacak ve herhangi bir olumsuzluk ile karşılaşarsa, işçini ödünç olarak göndermeyecektir. Zira aksi halde bunun sonuçlarından kendisi de

⁷³⁰ Mollamahmutoğlu, s.284; Keser, s.86.

⁷³¹ Kılıçoğlu/Şenocak,s.224; Süzek, s.349; Mollamahmutoğlu, s.969; Narmanlıoğlu,s.247.

⁷³² Kılıçoğlu/Şenocak,s.224; Keser, s.71.

⁷³³ Süzek, s.797; Kılıçoğlu/Şenocak,s.224.

sorumlu olacaktır⁷³⁴. Son olarak belirtmek gerekirse, geçici işverenin bu bilgilendirme yükümlülüğünü eksik veya yanlış yerine getirmesi halinde bile asıl işverenin gözetim borcundan dolayı sorumluluğu devam edecektir (İK m.7/3)⁷³⁵.

Bu hükümlerle bağlantılı olarak, yasa koyucu ödünç işçilerin korunmasına yönelik hükümler içeren “Geçici veya Belirli Süreli işlerde İş Sağlığı ve Güvenliği hakkında Yönetmelik”⁷³⁶ çıkarmıştır. Anılan Yönetmelikte, ödünç işçilerin geçici işverenin yanında çalışan işçilerle aynı tür koruma sağlanmasını amaçlanmıştır (m.1). Bu amaç doğrultusunda, geçici işveren kendi işçilerine sağladığı aynı düzeyde korumayı ödünç işçiye sağlayacaktır. Örneğin, koruyucu donanımlara kolayca erişimini sağlayacaktır (m.4). Ayrıca, işin gerektirdiği durumlarda özel sağlık gözetimi ile sorumlu tutulmuştur (m.7). Yönetmeliğin ilgili hükmünde asıl işveren işin görülmesine ilişkin koşullardan geçici işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur (m.10). Bundan başka, işverenler arasında bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin özel bir hüküm bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca, geçici işveren, işçiler temin edilmeden önce, yapılacak işin gerektirdiği mesleki bilgi ve yetenek ile işin özellikleri hakkında gerekli bilgiyi asıl işverene vermekle yükümlüdür (m.9/a). Asıl işveren de elde ettiği bilgileri ilgili işçilere aktarmakla yükümlü tutulmuştur (m.9/b). Böylelikle, taraflarca iş sağlığı ve güvenliği bakımından işin niteliklerine uygun işçilerin seçilmesine yönelik bir tedbir öngörülmüştür⁷³⁷. Keza bu hükme uygun olarak gerekli şekilde bilgilendirilmeyen işçi, bu yüzden maruz kaldığı zararı sorumlu işverenden genel hükümlere göre tazmin yoluna başvurabilir⁷³⁸.

Geçici işverenin, ödünç işçiye yönelik iş sağlığı ve güvenliği eğitimi vermesine ilişkin (İK m.7/1) esaslar ise, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”⁷³⁹ içerisinde yer almaktadır. Yönetmelikte geçici işverenin ödünç işçilere gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimi vermekle yükümlü olduğu teyit edilmiştir (m.4). Bu eğitimler işçilere herhangi bir mali yük getirmeyecektir

⁷³⁴ Keser, s.82.

⁷³⁵ Keser, s.82.

⁷³⁶ RG. 15.05.2004, 25463.

⁷³⁷ Caniklioğlu, s.137.

⁷³⁸ Keser, s.79.

⁷³⁹ RG. 07.04.2004, 25426.

(m.6). İşverenler, çalışanların yaptığı veya yapacağı işle ilgili bilgisinin olmaması, eksik olması ya da mevcut bilgisinin yetersiz kalması gibi hususları dikkate alarak işe başlamadan önce, çalışma yer veya iş değişikliğinde, iş ekipmanlarının değişmesi halinde ve yeni teknoloji uygulamalarında, çalışanların belirli eğitim programlarından geçmelerini sağlayacaktır (m.10). Ayrıca, bireysel seviye analizi yapılarak işçinin eğitim öncesi seviyesi ve alması gereken eğitimler tespit edilir (m.12). Eğitim, değişen ve yeni ortaya çıkan risklere uygun olarak yenilenir ve gerektiğinde periyodik olarak tekrarlanır (m.10/son). Verilen eğitimin sonunda bir ölçme ve değerlendirme yapılır. Değerlendirme sonuçlarına göre eğitimin etkin olup olmadığı belirlenerek yeni eğitime ihtiyaç duyulup duyulmadığına karar verilir (m.16). Belirtmek gerekirse, işyerlerinde düzenlenen eğitimler belgelendirildikten sonra çalışanların özlük dosyalarında saklanmaları gerekmektedir (m.17). Böylece uygulamalar denetlenebilecektir.

3. Gözetme Borcuna Aykırılığın Sonuçları

a. Genel Olarak

İş ilişkisinde işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırı davranmasının iki önemli sonucu ortaya çıkmaktadır. Öncelikle işveren bakımından kamu ve özel hukuk yaptırımları gündeme gelebilecektir⁷⁴⁰. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kurallara aykırılığın yaptırımları genel olarak İş Kanununda düzenlenmiştir. Bunlardan ilki işin durdurulması veya işyerinin kapatılmasıdır (İK m.79). İlgili hüküm uyarınca, komisyon tarafından işçilerin yaşamı için tehlikeli bir durum tespit edilirse tehlikenin niteliğine göre iş tamamen ya da kısmen durdurulacak veya işyerinin kapatılmasına karar verilecektir. Ancak, işveren işin durdurulması ya da işyerinin kapatılması nedeniyle işsiz kalan işçilere ücretlerini ödemek ya da ücretlerinde düşme meydana gelmemek şartıyla durumlarına uygun bir işte çalıştırmak zorundadır (İK m.79/Son). Bu bakımdan, böyle bir olasılıkta, geçici işverenin ödünç işçiyi başka bir işte çalıştırması mümkündür. Şöyle ki, asıl işverenin yanında yaptığı işe ve başlangıçta verdiği onaya uygun başka bir işte çalıştırabilecektir. Böylece ödünç iş ilişkisi devam edecek ve bir sorun doğmayacaktır⁷⁴¹. Ödünç iş ilişkisinde işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırı hareket

⁷⁴⁰ Keser, s.86.

⁷⁴¹ Keser, s.99.

etmesinin bir diğ er önemli sonucu  d n   işçinin  ahsına ilişkin bazı hakları kullanmasında görülmektedir. Gerçekten İ  Kanunu işçiye bu hususa ilişkin bazı haklar sağlamıştır. Bu hakların uygun olduğu ölçüde  d n   işçi tarafından kullanılması gerekebilir.

İ  iyi gözetme borcuna aykırılık nedeni ile işverenin cezai sorumluluğu da gündeme gelebilecektir. İ  Kanununda bu hususa ilişkin idari para cezası öngörülmüştür ( K m.105). Ayrıca,  d n   i  ilişkisine ilişkin esaslara aykırı davranan işveren veya vekiline de idari para cezası gündeme gelebilecektir ( K m.99/a).  d n   i  ilişkisinde bu idari para cezalarının hangi işverene karşı hüküm ifade edeceği önemli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. İdari para cezaları da hiç şüphesiz cezai nitelik taşıdığından, genel olarak Ceza Hukukundaki ilkelere uygun olarak düzenlenmeleri gerekmektedir. Gerçekten, her ne kadar idari para cezaları etkilerini suçlunun malvarlığında doğursa da, aynı zamanda bir ceza olması nedeniyle, cezalara ilişkin eşitlik, genellik ve kanunilik özelliklerinin idari para cezalarında da bulunması gerekir⁷⁴². Bu doğrultuda, cezaların ki iselliği ilkesi de idari para cezalarında geçerliliğini korumaktadır⁷⁴³.

 d n   i  ilişkisinde bu para cezasından sorumlu olan işverenin belirlenmesinde cezaların ki iselliği ilkesi uygulamasına yönelik yol gösterici bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Şöyle ki, geçici işveren iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlü olduğu için ( K m.7/1), bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde idari para cezasından ( K m.99/a) sorumlu olan geçici i verendir⁷⁴⁴. Diğer taraftan gerekli i  sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırılık hallerinde söz konusu olan idari para cezalarına ilişkin h k m ( K m.105/c) hangi işverene karşı tatbik edileceği hususunda ilk akla gelen kişi hiç şüphesiz geçici i verendir. Gerçekten söz konusu y k ml l  kler  d n   işçinin fiilen çalıştığı işyerine ait olduğundan, bu y k ml l  ğe aykırı hareketlerden doğan idari para cezasının muhatabı geçici işveren olacaktır. Cezai

⁷⁴² Nur en Caniklioğlu ve Talat Canbolat, “4857 Sayılı İ  Kanununda Para Cezasına Bağlanan Y k ml l  kler ve Bu para Cezalarının  zellikleri”, Kamu- İ  Dergisi, C.7, S.3, 2004, s.4.

⁷⁴³ Caniklioğlu/Canbolat, s.4; Ekmekçi, **Hükümler**, s.382; Keser, s.103.

⁷⁴⁴ Keser, s.103.

sorumluluğun kişiselliği ilkesi doğrultusunda, iş sözleşmesinin tarafı olan asıl işverenin bu cezadan müteselsil sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁷⁴⁵.

b. Ödünç İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

İş Kanununun 83. maddesine göre, işyerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, belli şartlar altında gerekli işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemi alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir (İK.m.83/1). Vücut bütünlüğüne yönelen tehlike karşısında işçinin iş görmekten kaçınması hukuka uygun bir fiil olarak kabul edildiğinden işçinin iş sözleşmesi bu nedenle feshedilemeyecektir.

Adı geçen hükümde düzenlenen iş görmekten kaçınma hakkı, işçinin yasamı ve sağlığını hedef alan ciddi ve yakın bir tehlike karşısında, önlem alınıncaya kadar iş görmekten kaçınmasını hukuka uygun gören ve dolayısıyla sözleşmenin ihlaline yol açmayan kanundan doğan bir haktır. Eğer işçi hayati, acil ve yakın bir tehlikenin varlığını hissederse hemen iş sağlığı güvenliği kuruluna onun bulunmadığı yerlerde işveren veya vekiline başvuruda bulunup durumun tespitini istemelidir. Kurula talepte bulunması halinde kurul aynı gün toplanarak karar verir ve bu bir tutanakla tespit edilir, karar yazılı olarak işçiye bildirilir eğer işveren veya vekillere karşı talepte bulunmuşsa onlar da yazılı olarak cevap vermekte zorundadırlar (İK.m.83/2). Hükümde geçen kurul tabiri İş Kanunu madde 80’de tanımlanmıştır. Buna göre bu kanuna göre sanayiden sayılan, devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde her işveren bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmakla yükümlüdür (İK m.80/1).

Ödünç iş ilişkisinde de, sözü edilen kaçınma hakkının, gerekli hallerde ödünç işçi tarafından kullanılabileceği öğretide kabul edilmektedir⁷⁴⁶. Ödünç işçi böyle bir durumun varlığı halinde, geçici işverenin işyerindeki kurula başvuruda bulunup, yukarıda belirtilen prosedüre uygun olarak çalışmaktan kaçınabilir. Eğer böyle bir kurul

⁷⁴⁵ Keser, s.103.

⁷⁴⁶ Süzek, s.261; Caniklioğlu, s.132; Çankaya/Çil, s.325; Aydın, **Kaçınma Hakkı**, s.25; Keser, s.90; Odaman, s.201.

yok ise, doğrudan geçici işverene veya vekiline başvuruda bulunacaktır⁷⁴⁷. Ancak, ödünç işçinin bu süreçte kendi işverenini, sadakat borcu kapsamında, bilgilendirmesi gerekmektedir⁷⁴⁸. Böylelikle, asıl işverenin kendine düşen gerekli önlemleri alması mümkün olacaktır.

c. Ödünç İşçinin İş Sözleşmesini Feshetme Hakkı

İş ilişkisinde yukarıda açıklamaya çalıştığımız iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması ile birlikte, işçinin kanunen tanınmış belirli imkânları arasında iş sözleşmesinin feshi de yer almaktadır. Gerçekten iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin talebine rağmen ilgili önlemlerin alınmaması halinde işçi sağlık sebeplerine dayanarak (İK m.24/I) iş sözleşmesini altı iş günü içerisinde fesih yoluna başvurabilecektir (İK m.83/5). Öğretide haklı olarak bu hükmün düzenleniş biçimi eleştirilmektedir⁷⁴⁹.

Nitekim Bilim Kurulu tasarısında hüküm şöyle düzenlenmişti: “iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmayan işyerlerinde, işçiler çalışma şartlarının uygulanmaması sebebiyle bu Kanunun 26. maddesinin II.bendinin e fıkrasına (şimdi 24/II-f) uygun olarak belirli veya belirsiz süreli hizmet akitlerini derhal feshedebilir (m.85)”⁷⁵⁰. Bize göre de, işçinin mutlaka bu hükümdeki yöneme uyarak iş sözleşmesini feshetmesine gerek bulunmamaktadır. İşçi isterse çalışma şartlarının uygulanmamasına dayanarak (İK m.24/II-f) iş sözleşmesini derhal feshedebilir⁷⁵¹. Zira emredici bir kural olan İş Kanunu madde 24/II, f hükmünün uygulama olanağının ortadan kalkması düşünülemez. Ayrıca, işçi lehine yorum ilkesi de bu sonuca varmayı gerekli kılmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekirse, işçi bu hükme dayanarak iş sözleşmesini fesih yoluna giderse; işçi İş Kanunu madde 26 fıkra 2 doğrultusunda tazminat da talep

⁷⁴⁷ Caniklioğlu, s.132; Çankaya/Çil, s.325; Odaman, s.201.

⁷⁴⁸ Caniklioğlu, s.132.

⁷⁴⁹ Süzek, s.822; Mollamahmutoğlu, s.977.

⁷⁵⁰ MESS, **Tasarı**, s.102.

⁷⁵¹ Süzek, s.821; Eyrenci,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.283; Akyiğit, **Şerh**, s.2109; Keser, s.92.

edemeyecektir. Zira bu tazminatın talep edilebilmesi için feshin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık sebebi ile yapılması gerekir (İK m.24/II)⁷⁵².

Diğer taraftan ödünç iş ilişkisinde durum biraz daha karışıklık arz etmektedir. Şöyle ki, öncelikle ödünç işçi ile geçici işveren arasında bir iş sözleşmesi bulunmadığı için, fesih beyanının yöneltilmesi gereken kişi asıl işveren olacaktır. Bu bakımdan, asıl işverene karşı bu nedene dayanarak bir fesih beyanı yapılması konusunda öğretide çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Odaman'a göre, ödünç işçinin, geçici işverenin böyle bir eylemi yüzünden iş sözleşmesini haklı nedenle fesih yoluna gidebilmesi mümkün değildir. Ödünç işçi böyle bir durumda çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir. Böylece ödünç işçi asıl işverenden kendisine tekrar bir iş verilmesini, aksi halde çalışmadan ücretini talep edebilecektir⁷⁵³.

Aydınlı ise, bu hususta farklı düşünmektedir. Yazar, ödünç iş ilişkisinde işverenlerin ödünç işçiyi gözetme borundan kanunen müteselsil bir biçimde sorumlu olduklarından (İK m.7/3) hareketle, bu borcun ihlali halinde ikisinden birine ödünç işçinin talepte bulunabileceğini belirtmektedir. Bu bakımdan, geçici işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemin alınmaması nedeniyle, işverenler arasındaki müteselsil borçluluğun bir gereği olarak, ödünç işçi iş sözleşmesinin feshini asıl işverene karşı yöneltebilecektir⁷⁵⁴. Keser bu hususa yönelik olarak ödünç iş ilişkisinde temel amaçlardan birinin iş sözleşmesinin devamını sağlamak olduğunu, bu yüzden işçinin geçici bir süre ile ödünç verildiğini belirtmektedir. Bunun sonucu olarak ise, böyle bir fesih sebebi ortaya çıkmış ise öncelikli olarak ödünç iş ilişkisi bitirilmesini asıl işverenden ödünç işçinin talep edebileceğini savunmaktadır. Bu talebin kabul edilmemesi halinde ise, ödünç işçinin haklı sebep ile iş sözleşmesini feshi söz konusu olabilecektir. Böylece, ödünç işçi asıl işverene yönelik olarak iş sözleşmesini devam etmesi için bir olanak sağlamış olacaktır⁷⁵⁵.

Kanaatimizce ödünç işçinin geçici işverenin işyerindeki iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bir durum nedeni ile iş sözleşmesini feshi belirli şartlar dâhilinde

⁷⁵² Süzek, s.821; Eyrenci,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.283; Odaman, s.203.

⁷⁵³ Odaman, s.203.

⁷⁵⁴ Aydınlı, **Kaçınma Hakkı**, s.26.

⁷⁵⁵ Keser, s.93.

mümkün görülmelidir. İleride iş sözleşmesinin feshi bölümünde belirteceğimiz üzere⁷⁵⁶, ödünç işçinin geçici işverenden kaynaklanan sebeplerden dolayı iş sözleşmesini fesih yoluna başvurabileceği öğretide kabul görmektedir⁷⁵⁷. Ancak, ödünç işçi söz konusu fesih beyanını kendi işverenine yöneltecektir. Bu doğrultuda, geçici işverenin işyerinde yukarıda belirtilen iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine aykırı bir durum ortaya çıkarsa ödünç işçi gerek çalışma şartlarının uygulanmamasına (İK m.24/II-f) dayanarak, gerek ilgili hükümde belirtilen fesih yoluna (İK m.83/5) başvurarak iş sözleşmesini sonlandırabilir.

Gerçekten işverenlerin gözetme borcundan müteselsilen sorumlu tutulması da bu görüşü destekler niteliktedir (İK m.7/3). Ancak, ödünç işçi bu fesih yoluna başvurmadan önce, aralarındaki sadakat borcu gereğince, asıl işvereni ivedilikle bu durumdan haberdar etmeli ve onun bu husustaki tutumunu beklemelidir. Zira asıl işverenin ödünç işçiyi geri çağırması imkân dâhilindedir. Eğer asıl işveren talebe rağmen gerekli müdahaleyi yapmaz ise, ödünç işçinin bu aşamada fesih yoluna başvurması onun lehine olacaktır. Keza ödünç işçinin kurul kararını beklemesi de feshin geçerli sayılmasının ispatında büyük bir etken olacaktır, aksi halde acele yapılan bir fesih haksız bir fesih olarak değerlendirilebilir. Böyle bir olasılık halinde, risk ödünç işçinin üzerinde olacaktır.

d. Ödünç İşçinin Tazminat Talep Etme Hakkı

İş sözleşmesi ilişkisi içinde genel olarak işverenin gözetim borunca aykırı hareketleri nedeni ile işçinin zarar görmesi halinde bu zararın tazmin edilmesi gerekliliği doğmaktadır. İş Kanunda bu hususu doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmaması nedeni ile öğreti ve Yüksek Mahkeme içtihatlarında bu sorumluluğun dayanağı ve kapsamı yönünde farklı görüşlere rastlanmaktadır. Eğer iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçi sigortalı ise kendisine gerekli sağlık yardımları yapılacak (SSGSSK m.63) ve gerekli görülürse geçici ve sürekli iş göremezlik ödenekleri (SSGSSK m.18-19) bağlanacaktır. Ayrıca, işçinin ölümü halinde belirli koşullarla hak sahiplerine gelir de bağlanacağı hükme bağlanmıştır (SSGSSK m.32 vd.).

⁷⁵⁶ Bkz, ileride § 8, I, D, 3, b.

⁷⁵⁷ Süzek, s.262; Ekmekçi, **Hükümler**, s.378.

Fakat sözü edilen bu ödenekler götürü nitelikte olduğundan, gerçek zarar çoğu zaman karşılanmayabilir.

Öğretide de, işçinin veya ölümü halinde hak sahiplerinin karşılanmayan bu tür zararların tazmini için dava yoluna başvuruyla kabul edilmektedir⁷⁵⁸. Söz konusu bu tür davalarda işverenin hukuki sorumluluğun dayandığı esas ise tartışmalı olmakla beraber, bizim de katıldığımız baskın görüş bunun bir kusur sorumluluğu (BK m.96) olduğu şeklindedir⁷⁵⁹. Böylece işveren kusurun her derecesinden sorumlu tutulacak ve kusurun değerlendirilmesinde, sorumluluk derecesi aynı durumdaki makul sorumluluk sahibi ve dikkatli bir işveren esas alınarak objektif bir ölçüye göre tayin edilecektir. Ne var ki, Yüksek Mahkeme yerleşik içtihatlarında işverenin sorumluluğunu risk esasına dayanan kusursuz sorumluluk olarak kabul etmektedir⁷⁶⁰.

Ödünç iş ilişkisinde de ödünç işçinin yukarıda bahsedilen durumlardan biriyle karşılaşması mümkündür. Böyle bir durumda ödünç işçinin maddi, manevi tazminat talebi ve ölümü halinde ilgili kişiler, bu tazminatların yanı sıra destekten yoksun kalma tazminatı talep hakkı doğabilecektir. Öte yandan, ödünç iş ilişkisinde iki ayrı işveren olmasından dolayı, işverenlerin hukuki sorumluluğu daha bir karmaşık yapıya bürünmüştür. Şöyle ki, bir defa her iki işveren ödünç işçiyi gözetme borcundan kanunen müteselsilen sorumlu tutulmuştur (İK m.7/3). Dolayısıyla artık, her iki işverenin de sözü geçen tazminatların karşılanmasına yönelik olarak birlikte sorumlu olduklarının kabulü kanuni bir zorunluluktur⁷⁶¹. Bu bakımdan, ödünç işçi işverenlerden birine veya her ikisine birden söz konusu tazminat davasını yöneltebilecektir. Ne var ki, her iki işveren açısından söz konusu sorumlulukların kaynağı farklılık arz etmektedir⁷⁶². Gerçekten ödünç işçi ile asıl işvereni arasında bir iş sözleşmesi bulunmaktadır. Bu yüzden, asıl işverenin söz konusu borcu yerine getirmemesi, kusur sorumluluğu çerçevesinde, öncelikle sözleşmeye aykırılık (BK m.96) teşkil edecektir. Ancak, geçici işveren ile

⁷⁵⁸ Süzek, s.350; Aktay/Arıcı/Kaplan, s.180; Eyrenci,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.281.

⁷⁵⁹ Süzek, s.320, Eyrenci,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.281; Keser, s.94.

⁷⁶⁰ Burada işverenin iş kazalarından sorumluluğu, akdi bir sorumluluk olarak tehlike (risk) nazariyesine dayalı kusursuz sorumluluğu da içerir. Zira işveren iş akdiyle, işçisini iş ve işyeri tehlikelerine karşı korumayı taahhüt ettiği gibi, önlenmesi mümkün olmayan tehlikelerden doğacak zararları da taahhüt etmiş sayılır. **Y.21HD, 23.01.1996, 1995/7235 E., 1996/122 K.**, Süzek, s.353.

⁷⁶¹ Caniklioğlu, s.138; Ekmekçi, **Hükümler**, s.378; Odaman, s.207.

⁷⁶² Odaman, s.207.

ödünç işçi arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmadığı için, bu işverenin hukuki sorumluluğunu kaynağı konusunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür;

Akyiğit geçici işverenin işçiyi gözetim borcuna aykırı davranışının, onun işçiye karşı sözleşmesel sorumluluğunu beraberinde getireceği görüşündedir⁷⁶³. Odaman'a göre ise, geçici işverenin sorumluluğu haksız fiil sorumluluğuna dayanmaktadır (BK m.41 vd.). Zira geçici işverenin bu hareketi iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin davranış kurallarını ihlal etmesi anlamındadır. Söz konusu normların uygulanması Kamu Hukuku yaptırımları ile devlet tarafından sağlanmaktadır. Bu nedenle, bu tür bir ihlal haksız fiil niteliğindedir⁷⁶⁴.

Aydınlı'ya göre ise, geçici işverenin sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğuna dayandığının kabulü mümkün görülmelidir. Ancak, yazar geçici işverenle ödünç işçi arasındaki çalışma ilişkisini sözleşme derecesinde değerlendirerek, sosyal temastan doğan edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisinin taraflar arasında mevcut olduğunu savunmaktadır. Böylece, geçici işverenin gözetme borcuna ilişkin hukuki sorumluluğu sözleşmesel sorumluluğa dayanacaktır⁷⁶⁵. Kanaatimizce geçici işverenin gözetme borcuna ilişkin hukuki sorumluluğu bizzat Kanun hükmünden kaynaklanmaktadır (İK m.7/3). Ancak, özel olarak geçici işverenin sorumluluğunu sözleşmesel sorumluluğa dayandırmak ödünç işçi için daha lehine bir durumdur⁷⁶⁶. Şöyle ki, ödünç işçi haksız fiil hükümlerine başvuracak olursa davranışın hukuka aykırı olduğunu ve zararı ispatla yükümlü olacaktır (BK m.41/2). Ayrıca, davanın zamanaşımı açısından bir ve on yıllık süreler söz konusudur (BK m.60/1). Oysaki sözleşmesel sorumluluk bakımından, haksız fiil sorumluluğunun tam tersine, borçlu borcun ifa edilmemesinde kusuru bulunmadığını ispatla yükümlüdür (BK m.96). Ayrıca böyle bir durumda zamanaşımı süresi on yıldır (BK m.125).

Diğer taraftan öğretide tartışılan bir diğer önemli husus ise gözetme borcunun esasen hangi işverene ait olduğu meselesidir. Gerçekten alınması gerekli olan önlemlerin hangi işveren tarafından alınması gerektiği hususu, açılacak davada kusurun

⁷⁶³ Akyiğit, **Şerh**, s.394.

⁷⁶⁴ Odaman, s.208.

⁷⁶⁵ Aydınlı, **Sosyal Temas**, s.199; aynı yazar, **Kaçınma Hakkı**, s.26.

⁷⁶⁶ Aydınlı, **Sosyal Temas**, s.198.

belirlenmesi açısından önemlidir⁷⁶⁷. Öğretide Ekmekçi'ye göre, geçici işverenin işyerinde önlem alma yükümlülüğün geçici işverene ait olduğunu, dolayısıyla gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı veya hangi önlemlerin alınması gerektiği geçici işverenin işyerine göre belirlenmelidir⁷⁶⁸. Günay ise asıl işverenin hukuki sorumluluğu sadece işçisini başka bir işyerine göndermekte bir kusuru olması halinde mümkün olmalıdır, diğer hallerde geçici işveren sorumlu tutulmalıdır görüşündedir⁷⁶⁹.

Biz ise, işverenlerin her ikisinin müteselsilsen sorumluluğunu desteklemekle beraber, Ekmekçi'ye bu yönde katılarak, alınacak önlemlerin veya bu tür önlemlerin bulunup bulunmadığının tespitinde geçici işverenin işyerinin esas alınmasının yerinde olduğu kanaatini taşımaktayız. Gerçekten hayatın olağan akışına göre, bu hususa ilişkin bir kusurun ispatına yönelik, geçici işverenin işyeri değerlendirilmesi gerekmektedir. Öte yandan, tazminat davasının sadece asıl işverene yönelik açılması halinde, geçici işverenin böyle bir kusuru sabit görülürse, asıl işverenin hukuki sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Sadece diğer işverene rücu ederse, iç ilişkilerinde kendisinin kusursuzluğunun ispatı işine yarayacaktır. Zira tazminatın tamamını veya bir kısmını ödeyen bir müteselsil sorumlunun diğerlerine rücu edip edemeyeceği, edebileceksene ne oranda rücu edebileceği hâkimin takdirine bırakılmıştır (BK m.50/1). Hâkim takdir yetkisini kullanırken bütün şartları ve özellikle her bir borçlunun olaydaki kusur ve etki derecesini göz önünde tutacaktır⁷⁷⁰. Keza işverenler kendi aralarında tazminatın ödenmesinden kimin sorumlu olacağını dair bir anlaşma yapmış da olabilirler. Ancak, böyle bir anlaşma ödünç işçi açısından hüküm ifade etmeyecektir⁷⁷¹.

C. EŞİT DAVRANMA BORCU

1. Genel Olarak

İşverenin iş sözleşmesinden doğan bir diğer önemli borcunu, eşit davranma borcu teşkil etmektedir. Bu borcun dayanağını oluşturan eşitlik ilkesi ise adalet ve hakkaniyet düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten hukukun en temel ilkesi olan

⁷⁶⁷ Keser, s.97.

⁷⁶⁸ Ekmekçi, **Hükümler**, s.376; Keser, s.97.

⁷⁶⁹ Günay, **Şerh**, s.338.

⁷⁷⁰ Oğuzman /Öz, s.709.

⁷⁷¹ Caniklioğlu, s.139.

eşitlik, adalet düşüncesi ile bir tutulmakta ve adalet eşitliği olarak isimlendirilmektedir⁷⁷².

Anayasamızın 10.maddesi eşitlik ilkesinin en önemli pozitif dayanağıdır. Bu hüküm uyarınca, herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir (m.10). Böylece, bu hüküm ile birlikte ayrımcılık yasağı ve genel anlamda eşit davranma borcu güvence altına alınmıştır⁷⁷³. İş ilişkilerinde de yukarıda anılan sebeplere dayalı olarak, ayrımcılık yapılamayacağı ilgili hükümle güvence altına alınmıştır. Buna göre, iş ilişkilerinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayanarak ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır (İK m.5/1). Keza İş Hukuku öğretisinde ilgili hükümde açıkça zikredilemese bile, işverenin işçiye karşı genel anlamda eşit davranma borcu altında olduğu belirtilmektedir⁷⁷⁴.

Eşit davranma borcu genel olarak nispi (göreceli) nitelikte bir işveren borcudur⁷⁷⁵. Gerçekten işverenin bu borcu mutlak olarak uygulaması gereken sınırlı durumlar haricinde, göreceli niteliğini muhafaza etmektedir. Bu bakımdan işveren, iş sözleşmesinin kişisel ilkesi (intuitus personae) doğrultusunda, farklı işçiler arasında işe alma, ücret ve işe son verme gibi hususlarda nispi bir eşit davranma borcu altındadır⁷⁷⁶. Diğer bir ifadeyle, bu borç aynı nitelikteki veya benzer durumdaki işçiler için söz konusudur. Böylece, işveren gerek işçinin uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere gerekse çalışkanlık, yetenek gibi sübjektif nedenlere dayanıp farklı işlemde bulanabilecektir⁷⁷⁷.

2. Eşit Davranma Borcunun Kapsamı

Eşit davranma borcunun kapsamında öncelikle, ücret ve ücret ekleri bakımından işçiler arasında ayrımcılık yapılmaması meselesi önemli bir yer

⁷⁷² A. Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, 1.Basım, İstanbul: Fakülteler Matbaası 1982, s.10; Süzek, s.397.

⁷⁷³ Süzek, s.397.

⁷⁷⁴ Süzek, s.400; Narmanlıoğlu, s.248; Tuncay, **Eşit Davranma**, s.25; Mollamahmutoğlu, s.536.

⁷⁷⁵ Çelik, s.180; Süzek, s.401; Narmanlıoğlu, s.248; Tuncay, **Eşit Davranma**, s.25; Mollamahmutoğlu, s.537.

⁷⁷⁶ Mollamahmutoğlu, s.537.

⁷⁷⁷ Çelik, s.180; Tuncay, **Eşit Davranma**, s.25; Narmanlıoğlu, s.248; Süzek, s.401.

tutmaktadır. Gerçekten yukarıda bahsedildiği üzere ayrımcılığı haklı kılan haklı bir neden olmadığı sürece, işverenin işçiler arasında farklı işlem yapması eşit işlem yapma borcuna aykırılık oluşturur. Ödünç iş ilişkisinde işverenlerin eşit davranma borcu ve bunun içeriği tartışmaya açık bir konu teşkil etmektedir. Öncelikle, ödünç işçiyi ödünç olarak gönderen asıl işverenin eşit davranma yükümlülüğünün devam ettiği kabul edilmelidir⁷⁷⁸. Bu bakımdan, ödünç iş ilişkisinin kurulması işçiyi maddi açıdan daha olumsuz duruma düşürmemelidir. Ayrıca, asıl işveren ödünç iş ilişkisini bahane ederek gerek ücret gerekse ikramiye, sosyal yardım gibi ücret eklerinden ödünç işçiyi mahrum bırakamaz⁷⁷⁹. Gerçekten işçinin ödünç olarak başka bir işverene gönderilmesi onunla diğer işçiler arasında bir ayırım yapılmasına neden olamaz. Dolayısıyla, işçinin ödünç olarak verilmesi onun ücret ve diğer hakları bakımından diğer işçilere karşı daha olumsuz duruma düşmesine neden olmamalıdır⁷⁸⁰.

Ödünç iş ilişkisi süresince geçici işverenin de, özellikle bazı hususlar açısından, ödünç işçiye karşı eşit davranma yükümlülüğü altında bulunduğu öğretide genel olarak kabul edilmektedir⁷⁸¹. Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için ön koşul olan iş sözleşmesi ile çalışma şartının geniş şekilde yorumlanması yerinde olacaktır⁷⁸². Zira yukarıda belirttiğimiz üzere, ödünç iş ilişkisinde geçici işveren ile ödünç işçi arasında iş ilişkisi benzeri bir hukuki ilişki olduğu kabul edilmektedir⁷⁸³. Bunun yanı sıra işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin İş Kanunundaki düzenlemeler geçici işverenle olan ilişkisine de uygulanacağından (İK m.7/4), ödünç iş ilişkisinin niteliğinin elverdiği ölçüde eşit davranma ilkesini düzenleyen hükümden (İK m.5), ödünç işçinin yararlanabilmesi mümkün olabilecektir⁷⁸⁴.

Geçici işverenin, özellikle işyeri düzenine ve güvenliğine ilişkin emir ve talimatlarına yönelik olarak, kendi işçileri ile ödünç işçiler arasında farklı işlemde

⁷⁷⁸ Çelik, s.106; Süzek, s.262; Caniklioğlu, s.140.

⁷⁷⁹ Çelik, s.106; Süzek, s.262; Caniklioğlu, s.141.

⁷⁸⁰ Caniklioğlu, s.141.

⁷⁸¹ Çelik, s.106; Süzek, s.262; Caniklioğlu, s.140; Kılıçoğlu/Şenocak, s.225; Mollamahmutoğlu, s.284; Odaman, s.213; Benli/Yiğit, s.22.

⁷⁸² Mollamahmuoğlu, s.285; Odaman, s.213.

⁷⁸³ Bkz, yukarıda § 4, II, D.

⁷⁸⁴ Mollamahmutoğlu, s.285.

bulunması söz konusu edilmemelidir⁷⁸⁵. Gerçekten özellikle geçici işverenin yönetim hakkı kapsamında yer alan işyeri giriş çıkış kuralları, işin dağıtımı gibi hususlarda haklı olmayan sebeplerle farklı uygulamalar yapması mümkün değildir. Böylece, işlerin eşit durumda olan işçilere eşit olarak paylaştırılması gerekir. Örneğin, özellikle zahmetli ve yorucu olan, hazırlama, temizleme gibi işler devamlı ödünç işçilere veriliyorsa, bu durum hakkaniyete aykırı bir durum teşkil edecektir. Zira bu tür işlerin nöbetleşe yapılması esastır⁷⁸⁶. Keza yukarıda belirttiğimiz üzere⁷⁸⁷, iş sağlığı ve güvenliği konusunda çıkarılmış olan Yönetmelikte, geçici işverene kendi işçileri ve ödünç işçiler arasında iş sağlığı ve güvenliği hükümleri açısından eşit davranma yükümlülüğü getirilmiştir (m.4). Böylelikle, geçici işveren ödünç işçiler de dâhil olmak üzere bütün işçilere bu bakımdan eşit koruma sağlamakla sorumlu tutulmuştur⁷⁸⁸. Yönetmelikte ilgili hükümde özellikle kişisel koruyucu donanımlara erişim açısından farklı uygulamada bulunamayacağı vurgulanarak (m.4), ödünç işçinin vücut sağlığı ve hayatının iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı korunmasında geçici işverenin gerekli özeni göstermesi gerekli tutulmuştur.

Diğer taraftan, geçici işverenin ücret ve benzeri parasal haklar bakımından, ödünç işçiye karşı eşit davranma borcu bulunmadığı kabul edilmelidir⁷⁸⁹. Zira ödünç işçi ile geçici işveren açısından bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Bu yüzden bu tür ücret, ikramiye ve sosyal yardımlar bakımından ödünç işçiye eşit işlemde bulunmaya mecbur tutulamayacaktır. Ancak, taraflar arasında bu durumun aksinin kararlaştırılması da mümkündür. Nitekim Akyiğit, ödünç işçi verme sözleşmesinde veya geçici işverenin dâhil olduğu toplu iş sözleşmesinde, ödünç işçiler için bu hususlarda eşit davranma borcu getirilebileceğini belirtmektedir. Yazar ayrıca, geçici işverenin

⁷⁸⁵ Çelik, s.107; Süzek, s.262; Caniklioğlu, s.141; Odaman, s.220; Benli/Yiğit, s.23.

⁷⁸⁶ Odaman, s.220.

⁷⁸⁷ Bkz, yukarıda § 5, III, B, 2.

⁷⁸⁸ Caniklioğlu, s.141; Çankaya/Çil, s.324; Odaman, s.223.

⁷⁸⁹ Çelik, s.106; Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.158; Caniklioğlu, s.141; Ekmekçi, **Hükümler**, s.377; Çankaya/Çil, s.322.

işçilerini korumak amacıyla da bu türde düzenlemelerin getirilebileceğini ve cezai şarta bağlanabileceğini de eklemektedir⁷⁹⁰.

Öğretide bu hususa ilişkin azınlık görüşüne göre ise, İş Kanunun 5.maddesinin geniş yorumlanması ile birlikte, ödünç işçi ikramiye, prim gibi parasal haklar bakımından geçici işverenin işçileri ile birlikte değerlendirilmelidir. Böylece, eğer koşulları gerçekleşmiş ise ödünç işçi bu tür ödemeleri talep edebilecektir (İK m.5/6)⁷⁹¹.

Bu konuyla bağlantılı bir diğer tartışmalı husus ise, geçici işverenin ödünç işçilere yönelik iş güvenliği tedbirlerinde ayrımcılık yapması halinde ayrımcılık tazminatı istenip istenemeyeceğidir (İK m.5/6). Öğretide, bizce de isabetli olarak ödünç işçinin bu tazminatı talep etmesi gerektiği belirtilmiştir, Gerçekten aksi halde ödünç işçinin bir hak kaybına uğraması ihtimal dâhilindedir. Keza geçici işveren iş sağlığı ve güvenliği bakımından eşit davranma yükümlülüğü altındadır⁷⁹². Öte yandan başka bir görüşe göre ise, geçici işverenin gerekli tedbirleri alama yükümlülüğüne rağmen belirtilen tazminattan sorumlu olmayacağı savunulmaktadır. Böyle bir durumda bu görüş uyarınca, işin durması veya diğer kanuni tedbirler (İK m.83) söz konusu olacaktır⁷⁹³.

§ 6. TOPLU İŞ HUKUKU BAKIMINDAN TARAFLAR ARASINDAKİ HAK VE BORÇLAR

I. GENEL OLARAK

Toplu iş hukuku açısından, ödünç işçinin yararlanabileceği haklarının belirlenmesine yönelik olarak hangi işverene bağlı olduğunun tespit edilmesi büyük önem arz etmektedir. Gerçekten ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi geçici olarak başka bir işveren bağlı olarak iş görme edimini yerine getirmektedir. Ancak, bu süreçte ödünç işçinin sendikaya üyeliği söz konusu olabilir veya daha önceden bir sendikaya üye olmuşsa bu üyeliğin ödünç iş ilişkisi süresince devam edip etmediği tartışılmalıdır.

⁷⁹⁰ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.158, dn.612; aynı yazar, **Şerh**, s.393, yazar Alman Hukukunda artık iş koşulları, özellikle de ücret bakımından, işverenin daimi işçileri ile ödünç işçileri arasından eşit davranma yükümlülüğünün getirildiğini belirtmektedir.

⁷⁹¹ Mollamahmutoğlu, s.285; Engin, **Atipik**, s.121; Odaman, s.217.

⁷⁹² Odaman, s.223.

⁷⁹³ Çankaya/Çil, s.325.

Ayrıca, ödünç işçinin hangi toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği ve ödünç işçinin bir toplu iş uyuşmazlığı çıktığında anayasal hakkı olan grev hakkını kullanabilmesi hususu da çözüme kavuşturulmalıdır. Aşağıda bu hususlar üzerinde durulacaktır.

II. ÖDÜNÇ İŞÇİNİN SENDİKA ÜYELİĞİ

2821 sayılı Sendikalar Kanununun 22.maddesine göre, sendikaya üye olmak serbesttir. Hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz. İşçi veya işverenler aynı zamanda ve aynı işkolunda birden çok sendikaya üye olamazlar. Birden çok sendikaya üye olunması halinde, sonraki üyelikler geçersizdir. Bir işyerindeki işçiler yardımcı işte çalışanlar bile ancak işyerinin bağlı olduğu işkolunda kurulu sendikaya üye olabilirler (SK m.22/1). Sendika ile üye arasındaki karşılıklı hak ve borç meydana getiren hukuki ilişkiye sendika üyeliği denilmektedir. Sendika üyeliği niteliği sıkı sıkıya kişiye bağlı bir hak olup sendikaya girmekle kazanılır. Sendika üyeliğinin kişiye sıkı sıkıya bağlı olma niteliğinin iki yönü vardır. Bunlardan birincisi, sendikaya hiçbir baskı altında kalmadan serbestçe üye olabilmek yani pozitif sendika özgürlüğü, diğeri de serbestçe üyelikten ayrılmak veya üye olmamak üzere negatif sendika özgürlüğüdür⁷⁹⁴.

Sendikalar Kanunumuzda, meslek veya işyeri seviyesinde sendika kurulması yasaklanmış (SK m.3/3) ve işkolu esasına göre sendika kurulması benimsenmiştir (SK m.3/1). Bu doğrultuda, sendikalara işkolu esasına dayalı üyelik söz konusu olabilecektir. Bunun için işçinin çalıştığı işyerinin hangi iş oluna girdiğinin saptanması gerekir (SK m.4). Ödünç iş ilişkisinde işçi, iş görme borcunu geçici işverenin işyerinde yerine getirmesine rağmen ödünç veren işveren ile arasındaki iş sözleşmesi devam etmektedir. Dolayısıyla, ödünç işçi, sadece iş sözleşmesi ile bağlı bulunduğu asıl işverenin dâhil bulunduğu işkolunda kurulacak olan sendikanın kuruluşuna katılabilecek, o işkolunda kurulu olan sendikanın üyesi olabilecek veya böyle bir sendikanın üyesi ise o sendika ile ilişkilerini sürdürebilecektir⁷⁹⁵. Keza eğer ödünç iş ilişkisi devam ederken ödünç işçi bir sendikaya üye olursa, bu bildirimin geçici işverene

⁷⁹⁴ Çelik, s. 402-404; Aktay/Arıcı/Kaplan, s.356.

⁷⁹⁵ Akyiğit, **Şerh**, s.396; Çelik, s.108; Aktay/Arıcı/Kaplan, s.102; Süzek, s.264; Caniklioğlu, s.143, Ekmekçi, **Hükümler**, s.378; Kılıçoğlu/Şenocak, s.226; Serin, s.1079

yapılması yeteli olmayacaktır. Bu bildirimin hüküm ifade etmesi için toplu iş sözleşmesinin tarafı olan asıl işverene yapılması gerekir⁷⁹⁶.

Ödünç işçinin sendika temsilcisi olup olamayacağı hususu tartışmalıdır. Anılan Kanunun ilgili hükmünde sendika temsilcisinin işyerinde çalışan sendika üyeleri arasından seçileceği belirtilmektedir (SK m.34). Bir görüşe göre, ödünç işçi sendika temsilcisi olabilmesine bir engel bulunmamaktadır⁷⁹⁷. Ekmekçi'ye göre, madde uyarınca o işyerinin işçisi olmak yeterli olduğundan, ödünç işçinin sendika temsilcisi olabilmesine engel yoktur. Zira ödünç işçinin belli ve geçici süreyle başka bir işyerinde çalışmasının bu açıdan bir önemi bulunmamaktadır⁷⁹⁸. Odaman'a göre ise, maddedeki ifadeden anlaşılması gereken fiilen çalışmak olduğundan, işçi geçici işverenin aynı işkolunda faaliyette bulunan işyerinde sendika temsilcisi olabilir. Keza yazar ödünç işçinin halen kendisini atayan sendikanın da üyesi bulunması zorunlu olduğundan, ödünç işçinin üyesi bulunduğu sendikanın geçici işverenin işyerinde toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisinin kesinleşmiş olması da gerektiğini de eklemektedir⁷⁹⁹.

Bize göre ise, işçinin sendika temsilcisi olabilmek için Kanunda aranan en önemli husus o işyerinde hizmet sözleşmesiyle çalışmasıdır. Gerçekten tek başına fiili çalışmak olgusu temsilcilik için yeterli görülmemeli, hizmet sözleşmesi ile bağlı olmak şartı aranmalıdır. Keza işçi ödünç verilmese dahi hasta vs. olsa bile hizmet sözleşmesinin devamı olgusuna bakarak onun bağlı olduğu işverenin işyerinde temsilci olarak atanabileceği kabul edilmektedir⁸⁰⁰. Bu bağlamda, ödünç işçinin sendika işyeri temsilcisi atanırken hangi işyerinin işçisi sayılacağı da önem arz etmektedir. Zira Kanunda, atanacak temsilcisi sayısı o işyerindeki işçi sayısı ile orantılı olarak sınırlandırılmıştır (SK m.34/1) Kanaatimizce, ödünç işçinin hizmet sözleşmesiyle bağlı olduğu asıl işverenin işyerindeki işçi sayısına dâhil edilmesi gerekmektedir⁸⁰¹.

⁷⁹⁶ Çankaya/Çil, s.316; Odaman, s.62; Kılıçoğlu/Şenocak, s.226.

⁷⁹⁷ Ekmekçi, **Hükümler**, s.379; Odaman, s.64; Kılıçoğlu/Şenocak, s.226.

⁷⁹⁸ Ekmekçi, **Hükümler**, s.379.

⁷⁹⁹ Odaman, s.64.

⁸⁰⁰ Akyiğit, **Şerh**, s.397.

⁸⁰¹ Akyiğit, **Şerh**, s.397. Diğer taraftan Odaman'a göre ise, ödünç işçi geçici işverenin işyerindeki işçi sayısına dâhil edilebilir, zira kendisinin zaten geçici işverenin işyerinde sendika temsilcisi olabilmesi kanunen mümkündür, bkz. Odaman, s. 65.

Ödünç işçinin sendikal faaliyetlerde bulunmasının engellenmesi veya bu nedenle sözleşmesinin feshedilmesi halinde doğabilecek sendikal tazminatın ödenmesine yönelik sorumluluğun (SK m.31/6), asıl işverene ait olduğu kabul edilmelidir⁸⁰². Gerçekten ödünç işçinin iş sözleşmesini asıl işveren feshedebilir ve ödünç işçi sendikal faaliyetini kural olarak asıl işverenin işyerinde sürdürebilir.

III. ÖDÜNÇ İŞÇİNİN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMASI

Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu uyarınca; hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşme, toplu iş sözleşmesi, olarak tanımlanmıştır (TSGLK m.2/1). Ayrıca, toplu iş sözleşmeleri tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de ihtiva edebilir (TSGLK m.2/2). Toplu iş sözleşmesi, kural olarak iki kısımdan oluşmaktadır. İlk kısım, sözleşmenin normatif (düzenleyici) kısmı olarak adlandırılmaktadır. Normatif kısım toplu iş sözleşmesinin zorunlu kısmıdır ve iş sözleşmesinin düzenlenmesine ilişkin hükümler içermektedir (TSGLK m.2/1)⁸⁰³. İkinci kısım ise, borç doğurucu kısım olarak adlandırılmıştır ve bulunması zorunlu değildir. Bu kısım tarafların hak ve borçların, uygulanması ile denetimine ilişkin hükümler içermektedir (TSGLK m.2/2).

Bir sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi kazanması için kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu (tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolu hariç) kaydetmesi gerekmektedir (TSGLK m.12/1). Ayrıca işçi sendikasının toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin yarısından fazlasını kendi üyesi bulundurması da şarttır (TSGLK m.12/1).

Görüldüğü üzere sendikanın işçi sayısı yetki açısından büyük önem arz etmektedir. Bu bakımdan, işçinin çalıştığı işyerinin iyi belirlenmesi gerekir. Zira ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi geçici işverenin işyerinde çalışmakla beraber, esasen asıl

⁸⁰² Çankaya/Çil, s.318; Kılıçoğlu/Şenocak, s.226.

⁸⁰³ Çelik, s.509; Aktay/Arıcı/Kaplan, s.424.

işverene iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışmaktadır. Dolayısıyla, ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi, bu yetkinin belirlenmesine yönelik olarak, asıl işverenin işyerindeki işçi sayısına dâhil edilmelidir⁸⁰⁴. Ayrıca, ödünç işçinin kural olarak yararlanabileceği toplu iş sözleşmesi asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi olacaktır⁸⁰⁵. Gerçekten bir işçinin işyerinde yürürlükte bulunan bir toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi için öncelikle o işyerinin hukuki anlamda işçisi olması gerekmektedir⁸⁰⁶.

Ödünç işçi her ne kadar iş görme edimini geçici bir süreliğine başka bir işyerinde yerine getirirse de, asıl işverenin işçisi olmaya devam etmektedir. Bu yüzden, ödünç işçi geçici işverenin işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden, bazı istisnalar haricinde, yararlanamayacaktır⁸⁰⁷. Öğretide, ödünç işçinin, yönetim hakkına, işin düzenlenmesi ile iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin; geçici işverenin işyerinde geçerli olan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, lehine olanlarından faydalanabileceği kabul edilmektedir⁸⁰⁸. Ayrıca, ödünç işçi sigara içme yasağı, yemek paydosu, ara dinlenmesi, çalışmanın başlangıç ve bitişini düzenleyen hükümlere de tabi olacaktır⁸⁰⁹. Ancak, bu yararlanma teknik veya hukuki anlamda bir yararlanma olarak nitelenmemelidir⁸¹⁰. Keza geçici işverenin yönetim hakkını genişleten veya iş sözleşmesine göre ödünç işçinin aleyhine olan hükümler ödünç işçiye uygulanmayacaktır⁸¹¹.

Öğretide bazı yazarlarca, yukarıda sayılan istisnalar dışında bazı toplu iş sözleşme hükümlerinin de ödünç işçiye uygulanacağı belirtilmişse de⁸¹², biz bu görüşlere iştirak etmemekteyiz. Örneğin, Demir işverenin fesih ve ceza verme yetkisini sınırlandıran disiplin kurulu hükümlerinin ödünç iş ilişkisine uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁸¹³. Engin ise, yönetim hakkı ile doğrudan ilgili olan fazla çalışma ücreti,

⁸⁰⁴ Süzek, s.264; Akyiğit, **Şerh**, s.398; Caniklioğlu, s.143; Ekmekçi, **Hükümler**, s.378; Çankaya/Çil, s.318; Serin, s.1079; Odaman, s.66; Kılıçoğlu/Şenocak, s.227.

⁸⁰⁵ Çelik, s.108; Akyiğit, **Şerh**, s.398; Süzek, s.264; Aktay/Arıcı/Kaplan, s.102; Kılıçoğlu/Şenocak, s.227; Caniklioğlu, s.143; Çankaya/Çil, s.317; Odaman, s.66.

⁸⁰⁶ Akyiğit, **Şerh**, s.400.

⁸⁰⁷ Çelik, s.108; Süzek, s.264; Aktay/Arıcı/Kaplan, s.102; Akyiğit, **Şerh**, s.400; Caniklioğlu, s.143; Günay, **Şerh**, s.341; Engin, **Seminer**, s.23; Serin, s.1079; Odaman, s.66.

⁸⁰⁸ Süzek, s.264; Akyiğit, **Şerh**, s.400; Aktay/Arıcı/Kaplan, s.102; Caniklioğlu, s.143; Engin, **Seminer**, s.23; Günay, **Şerh**, s.341; Kılıçoğlu/Şenocak, s.227; Odaman, s.66.

⁸⁰⁹ Akyiğit, **Şerh**, s.400; Caniklioğlu, s.143; Odaman, s.66.

⁸¹⁰ Akyiğit, **Şerh**, s.400.

⁸¹¹ Süzek, s.264.

⁸¹² Engin, **Atipik**, s.122;

⁸¹³ Demir, s.100.

prim ve ikramiyelerden ödünç işçinin yararlanacağı görüşündedir⁸¹⁴. Ancak öğretide bizim de katıldığımız görüş uyarınca, geçici işverenin işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde yer alan, disiplin kuruluna ilişkin hükümler ödünç işçiye uygulanmaz. Zira geçici işverenin ödünç işçiye disiplin cezası vermesi söz konusu değildir⁸¹⁵. Geçici işverenin işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde yer alan, ücret ve ücret ekleri bakımından da, öğretide katıldığımız görüş uyarınca, geçici işverenin ödünç işçiye karşı herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁸¹⁶. Gerçekten ödünç işçi ile geçici işveren arasında bir iş sözleşmesi olmadığından (TSGLK m.2/1), onun işyerindeki toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün değildir. Dolayısıyla, bu toplu iş sözleşmesi ile getirilen ücret veya ücret ekleri ödünç işçiye uygulanamaz⁸¹⁷. Ayrıca, ödünç işçi geçici işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesine üyelik, dayanışma aidatı ödeyerek veya yazılı onay gibi yöntemlerle yararlanamayacağı gibi, oraya teşmil edilen toplu iş sözleşmesinden de yararlanamaz⁸¹⁸.

IV. ÖDÜNÇ İŞÇİNİN GREV VE LOKAVT AÇISINDAN HUKUKİ DURUMU

Toplu iş ilişkilerinde uyuşmazlıkların barışçı yöntemlerin çözülmesinin yanında, kolektif baskı yollarına da başvurulabilmesi imkânı da kanunen sağlanmış bulunmaktadır. Bu doğrultuda, uyuşmazlıklarının mücadeleci araçlarla çözümüne ilişkin olarak Türk Toplu İş Hukuku esasen grev ve lokavt sistemini benimsemiştir (TSGLK m.25/26). Öncelikle Anayasamızın grev hakkı ve lokavt başlığı altında (m.54), işçilerin grev hakkına sahip olduğu ve işverenin de lokavta başvurmasının yasayla düzenleneceği belirtilmiştir. Grev, işçilerin topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmaları olarak tanımlanabilir (TSGLK m.25/1). Lokavt ise, işyerinde faaliyetin tamamen durmasına sebep olacak tarzda, işveren veya işveren vekili tarafından kendi teşebbüsü

⁸¹⁴ Engin, **Atipik**, s.122; Günay, **Şerh**, s.341; Demircioğlu, s.33.

⁸¹⁵ Caniklioğlu, s.143; Ekmekçi, **Hükümler**, s.378.

⁸¹⁶ Bkz, yukarıda § 5, III, A, 2.

⁸¹⁷ Süzek, s.264.

⁸¹⁸ Akyiğit, **Şerh**, s.400.

ile veya bir işveren kuruluşunun verdiği karara uyarak işçilerin topluca işten uzaklaştırılmasıdır (TSGLK m.26/1).

Grev veya lokavt halinde ödünç işçinin durumu, bu tür uygulamaların hangi işverenin işyerinde uygulanacağını belirlenmesi ile yakından ilgili olacaktır. Şöyle ki, geçici işveren grev ve lokavt aşamasına gelen bir toplu iş uyuşmazlığın tarafı ise, ödünç işçi, kural olarak, grev ve lokavtın uygulanması sırasında geçici işverenin işyerinde çalıştırılmaz (İK m.7/5). Ancak, ödünç işçi kanuni grev ve lokavta katılamayacak işçi kadrosu içinde ise (TSGLK m.39/1), bu süreçte geçici işverenin işyerinde çalışmasına devam edecektir (İK m.7/5). Gerçekten, üretim veya satışa yönelik olmamak kaydı ile niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını; işyeri güvenliğinin, makine ve demirbaş eşyasının, gereçlerinin, hammadde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını; hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlayacak sayıda işçi kanuni grev ve lokavt sırasında çalışmaya, işveren de bunları çalıştırmaya mecburdur (TSGLK m.39/1). Öte yandan, yasa dışı bir grev söz konusu ise (TSGLK m.25/3), greve katılanların iş sözleşmeleri askıda kalmayacağından, onların işinde ödünç işçi çalışabilir⁸¹⁹.

Görüldüğü üzere, bu hüküm ile birlikte, ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılması yasa koyucu tarafından haklı bir biçimde önlenmek istenmiştir⁸²⁰. Anılan hüküm, grev kısıcılığını engellemeye yönelik getirilmiştir⁸²¹. Gerçekten geçici işverenin işyerinde yapılan greve ödünç işçinin katılamaması gerekmektedir. Zira grev toplu iş sözleşmesi düzenine bağlı bir iş mücadelesi aracı olduğu için ödünç işçinin aralarında iş sözleşmesi bulunmayan başka bir işverenin işyerinde yapılan greve katılması hukuken mümkün değildir⁸²². Greve katılma serbestisi olmayan ödünç işçinin greve katılmayıp çalışmak istemesi de olanaklı değildir. Keza geçici işverene ait işyerindeki bir greve

⁸¹⁹ Akyiğit, **Şerh**, s.399; aynı yazar, **Sistemler**, s.73; Kılıçoğlu/Şenocak, s.228.

⁸²⁰ Odaman, s.67.

⁸²¹ Süzek, s.265; Murat Kandemir, “**Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalışma Serbestisi ve Sınırları**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54,S.4, 2005,s.200; Engin, **Seminer**, s.24; Mollamahmutoğlu, s.287; Ekmekçi, **Hükümler**, s.380, yazara göre zaten greve katılan işçilerin yerine işçi çalıştırılması kanunen yasaktır (TSGLK m.43). Ancak, bu hükümde böyle açık bir ifade tercih edilmemiş. Onun yerine geçici işverene grev başladığında hiçbir araştırma yapmasına gerek görülmeden, ödünç işçinin çalışmasını yasaklama yoluna gidilmiştir (İK m.7/5). Bu bakımdan, böyle mutlak bir yasağı öngören hükmün isabeti tartışılabilir niteliktedir.

⁸²² Mollamahmutoğlu, s.287; Akyiğit, **Şerh**, s.399; Caniklioğlu, s.144; Zeytinoğlu, s.128; Denircioğlu/Engin, s.39; Günay, **Şerh**, s.342; Kandemir, s.200; Engin, **Seminer**, s.23.

katılma serbestisi olmayan ödünç işçiyi, geçici işverenin, grev sırasında çalıştırıp çalıştırmama yetkisi de söz konusu olamayacaktır⁸²³.

Geçici işverenin lokavt aşamasına gelen bir toplu iş uyuşmazlığında ödünç işçilerin çalışamamasının düzenlenmesi de, bize göre, isabetli olmuştur. Öğretide Engin'in isabetlice belirttiği üzere, aksi halin kabulü halinde, geçici işverenin kendi işçilerine lokavt uygularken, ödünç işçileri çalıştırması ve işyerinin faaliyete devam etmesi gibi tutarsız bir durum hâsıl olurdu. Böyle bir durum ise, hiç şüphesiz lokavt ile elde edinmek istenen amaca aykırı olacaktır⁸²⁴. Eklemek gerekirse, ödünç iş ilişkisi, geçici işverenin işyerinde bir toplu uyuşmazlık ortaya çıkmadan çok daha önce kurulmuş olsa da, uyuşmazlık grev ve lokavt aşamasına geldiğinde, ödünç işçinin o işyerinde çalıştırılması mümkün olmayacaktır⁸²⁵. Ne var ki, grev ve lokavt aşamasına gelen bir toplu iş uyuşmazlığında, ödünç iş ilişkisi kurulmasına veya mevcut olanın süresinin uzatılmasına yasal bir engel bulunmamaktadır⁸²⁶. Sadece, bu süreçte ödünç işçinin geçici işverenin işyerinde çalışması kanunen yasaklanmış bulunmaktadır.

Hükümün içeriğine bakıldığında, ödünç işçilerin grev ve lokavt sırasında geçici işverenin işyerinde çalışmaları yasaklanmakla beraber, asıl işverene bu işçileri kendi işyerinde çalıştırmak zorunluluğu getirilmiştir (İK m.7/5). Bu hüküm mutlak emredici nitelikte olduğundan, aksinin kararlaştırılması mümkün değildir⁸²⁷. Eğer, asıl işveren bu yükümlülüğünü yerine getirmez ise, o zaman kendisi alacaklı temerrüdüne düşmüş sayılmalıdır. Böylece, ödünç işçi çalışmadığı halde, ücretini elde etmeye hak kazanacaktır⁸²⁸.

Ödünç işçinin asıl işverenin işyerinde vuku bulan greve katılıp katılamayacağı hususu ise öğretide tartışmalıdır. Öğretide bizim de katıldığımız hâkim

⁸²³ Kandemir, s.200.

⁸²⁴ Engin, **Atipik**, s.122.

⁸²⁵ Ekmekçi, **Hükümler**, s.380; Serin, s.1081; Odaman, s.67

⁸²⁶ Arslanoğlu, s.69; Odaman, s.67.

⁸²⁷ Ulucan,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.118.

⁸²⁸ Engin, **Seminer**, s.24; Kılıçoğlu/Şenocak, s.228; Odaman, s.67, yazara göre geçici işverenin ödünç işçiyi çalıştırmamasından doğan olumsuz sonucun asıl işverene yüklenmesi hakkaniyete aykırı olduğundan, daha sonradan asıl işverenin bu ücreti geçici işverenden talep etmesi mümkün olmalıdır.

görüş, ödünç işçinin böyle bir greve katılabileceği yönündedir⁸²⁹. Gerçekten ödünç iş ilişkisi, işçinin anayasal hakkı olan (AY m.54) grev hakkını elinden almasına yol açmamalıdır. Zira ödünç işçinin asıl işverenle olan iş sözleşmesi devam ettiğinden, greve katılmasında bir engel yoktur. Ayrıca, grev hakkına sahip olan işçiler, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkan işyerinin işçileridir. Toplu iş sözleşmeleri de iş sözleşmelerini düzenlemek amacıyla yapıldığından, ödünç işçinin taraf olduğu iş sözleşmesini etkileyecek toplu iş sözleşmesine ulaşmak için asıl işverenin işyerindeki greve katılmasının kabulü gerekmektedir (TSGLK m.38/3)⁸³⁰. Böylece, ödünç işçi geçici işverenin işyerindeki işini bırakmak suretiyle fiilen asıl işverenin işyerindeki greve katılabileceği kabul edilmelidir. Bu doğrultuda, ödünç işçinin bu davranışı iş görme borcunun ihlali olarak görülmemelidir⁸³¹. Diğer taraftan, ödünç işçi greve katılamayacak işçiler arasında yer almıyorsa, greve katılmaması veya katıldıktan sonra vazgeçmesi de olanaklıdır. Greve katılmayan veya katıldıktan sonra vazgeçen ödünç işçi, geçici işverenin yanında çalışmasına devam etmesi gerekecektir⁸³².

Öğretide azınlıkta kalan diğer görüşün temsilcilerine göre, ödünç işçi asıl işverenin işyerinde olan bir greve katılamayacaktır⁸³³. Bu görüşe göre, kanuni bir hak olan greve katılmak, ödünç işçi bakımından, geçici işverene karşı, iş görme borcunun ihlali anlamına gelecektir. Dolayısıyla, ödünç iş ilişkisinin bir anlamı kalmayacak ve ödünç işçi verme sözleşmesine aykırılık söz konusu olacaktır⁸³⁴. Bu hususa yönelik Engin, ödünç işçinin kolektif bir eylem olan greve katılmasının geçici işverene karşı i

⁸²⁹ Çelik, s.107; Süzek, s.265; Akyiğit, **Şerh**, s.399; Caniklioğlu, s.145; Ekmekçi, **Hükümler**, s.378; Mollamahmutoğlu, s.281; Aktay/Arıcı/Kaplan, s.102; Serin, s.1079; Kılıçoğlu/Şenocak, s.228; Çankaya/Çil, s.318; Kandemir, s.201; Benli/Yiğit, s.26; Arslanoğlu, s.71.

⁸³⁰ Çelik, s.107; Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.170; Kandemir, s.201.

⁸³¹ Süzek, s.265, yazara göre ödünç işçinin asıl işverenin işyerindeki greve katılması, iş görme edimini yerine getirdiği geçici işverenin işyerindeki işini geçici olarak bırakması sonucunu doğurmaktadır. Bu durumun, ödünç işçinin geçici işverene karşı iş görme borcu ihlal ettiği anlamına geldiği savunulsa da, ödünç işçinin böyle bir greve katılacağını kabul etmek gerekir. Zira bu grev onun hem anayasal (AY m.54) hem de kanuni (TSGLK m.25 vd.) bir hakkıdır. Bu bakımdan, anayasal ve yasal bir hakkın varlığı, ödünç işverene karşı iş görme ediminin yerine getirilmemesini haklı göstermektedir. Keza greve katılan ödünç işçi, grev sonunda imzalanan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanacaktır; Caniklioğlu, s.144; Kılıçoğlu/Şenocak, s.228; Arslanoğlu, s.71.

⁸³² Kandemir, s.202.

⁸³³ Engin, **Atipik**, s.122; Günay, **Şerh**, s.342; Odaman, s.71; Zeytinoğlu s.127’de: “.....işçi ilk sözleşme ile bağlı bulunduğu işyerinde çıkan greve ilk bakışta katılabilecek gibi görünmektedir. Grev Anayasal bir haktır. İşçi de bu haktan yararlanabilir. Ancak bu durumda yeni işyerindeki işini bırakmak zorundadır. Bu ise geçici iş ilişkisinden doğan iş yapma ve sadakat yükümlülüğünün çiğnenmesi anlamına gelir ve iyi niyetli bir davranış değildir.”

⁸³⁴ Odaman, s.71.

görme borcunun ihlali anlamına geldiğini savunmaktadır. Ancak yazara göre, ödünç işçinin greve katılmadığı halde grev sonunda imzalanacak toplu iş sözleşmesinden yararlanması engellenmemelidir (TSGLK m.38/3-39)⁸³⁵.

Kanaatimizce anayasal bir hakkın yasada öngörülen şekilde kullanılması sonucu işçinin iş görme edimini yerine getirmemesi, iş görme borcunu ihlali olarak nitelendirilemez. Ancak, bu durumun yol açtığı sonuç, işverenler arasındaki sözleşmesel ilişki açısından değerlendirilebilir⁸³⁶. Gerçekten geçici işveren başka bir işçinin ödünç olarak gönderilmesini isteyebilir veya geçici işveren ödünç işçi verme sözleşmesinin feshi yoluna gidebilmesi mümkündür. Ayrıca, ödünç iş ilişkisinin uygulanması sonraya ertelenebilir.

Ödünç işçi, asıl işverenin aldığı bir lokavt veya çalıştırmama kararı (TSGLK m.38/3) sonucunda yine geçici işverenin işyerinde çalışamayacaktır⁸³⁷. Diğer taraftan, yasal bir greve katılanlar ile yasal bir lokavta uğramış olan veya 38 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca işyerinde çalışmayı arzu edip işveren tarafından çalıştırılmayan işçilerin, iş sözleşmeleri grev veya lokavtın sona ermesine kadar askıda kalacaktır (TSGLK m.42/2-3). Dolayısıyla, ödünç iş ilişkisinin de bu süreçte askıda kalacağı kabul edilmelidir⁸³⁸. Gerçekten grev ve lokavt süresince hizmet akitleri askıda kalan işçilere bu dönem için işverence ücret ve sosyal yardımlar ödenemez, bu süre kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamaz. Ayrıca, toplu iş sözleşmelerine veya iş sözleşmelerine bunların aksine hüküm konulamaz (TSGLK m.42/5). Bu doğrultuda aynı esaslar ödünç iş ilişkisine de uygulanmalıdır. Böylece, grev veya lokavt sırasında geçen süreler, ödünç iş ilişkisi için kararlaştırılan süreler yönünden nazara alınmayacaktır⁸³⁹.

⁸³⁵ Engin, **Atipik**, s.122; aynı görüşte Odaman, s.72.

⁸³⁶ Kandemir, s.201.

⁸³⁷ Akyiğit, **Şerh**, s.399; Mollamahmutoğlu, s.281.

⁸³⁸ Mollamahmutoğlu, s.281; Çankaya/Çil, s.319; Odaman, s.71.

⁸³⁹ Çankaya/Çil, s.319; Odaman, s.71.

§ 7. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BAKIMINDAN TARAFLAR ARASINDAKİ HAK VE BORÇLAR

I. GENEL OLARAK

Ödünç iş ilişkisi, Sosyal Güvenlik Hukuku açısından da önem taşımaktadır. İş Kanununda sosyal sigorta primlerinin ödenmesinden geçici işveren asıl işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur (m. 7/3). Bu hüküm haricinde İş Kanununda bu konuyla dorudan alakalı başka bir hüküm bulunmamaktadır. Sosyal Güvenlik Hukuku en dinamik hukuk alanlarından birisidir. Bu bakımdan, bu Hukuk alanında gelişmeler baş döndürücü bir hızla ilerlemektedir. Ülkemiz açısından ise, yakın tarihte yürürlüğe giren Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁸⁴⁰ ile birlikte bu alanda yeni düzenlemeler getirilmiştir.

Söz konusu Kanunda yer alan düzenlemeler bağlamında, ödünç iş ilişkisi ile bağlantılı olan hususlar ele alınmalıdır. Dolayısıyla, sosyal sigorta primlerinin ödenmesi başta olmak üzere diğer hususların da tartışılması gerekmektedir. Zira iş kazalarının meydana gelmesi halinde bunun bildirim yükümlülüğü, sonradan ilgili Kuruma (Sosyal Güvenlik Kurumu) rücu edilmesi gibi hususlar bu açıdan önem arz etmektedir.

Diğer taraftan, adı geçen Kanunun 12.maddesine göre, 4857 sayılı İş Kanununda tanımlanan geçici iş ilişkisi kurulan işveren bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuştur (SSGSSK m.12/2). Ancak, bu hüküm ile getirilen düzenleme muğlâk bir ifade taşımaktadır. Zira hangi işverenin yükümlülüklerinden dolayı her iki işverenin sorumlu sayılacağı madde metninden anlaşılamamaktadır. Gerçekten madde metninde yer alan “işveren” ibaresi ile ödünç işçinin asıl işvereni kastedilmiş olması gerekir, aksi halde hükmün bir anlamı kalmayacaktır⁸⁴¹. Ayrıca, gerek bu Kanunda gerekse İş Kanununda geçici işveren için yükümlülük öngörülen hükümlerde asıl işverenin de onunla birlikte sorumlu sayılacağı açıkça düzenlenmiştir.

⁸⁴⁰ RG. 16.06.2006, 26200.

⁸⁴¹ Caniklioğlu, s.146.

II. SOSYAL SİGORTA İLİŞKİSİNDE TARAFLAR

5510 Sayılı Kanunda, daha öncesinde yürürlükte olan 506 sayılı Sosyal Sigortalar kanununda düzenlendiği biçimde, bir iş sözleşmesi ile bir veya birden fazla işverene bağlı olarak çalışanların sigortalı sayılacağı esası tekrar edilmiş bulunmaktadır (SSGSSK m.4-a). Böylelikle, Sosyal Güvenlik Hukukunda anılan madde hükmü kapsamındaki bakımından sosyal sigorta ilişkisi, geçerli bir iş sözleşmesinin varlığına bağlı olarak ortaya çıkacaktır. Bu bakımdan, taraflar arasında bir iş sözleşmesinin varlığının tespiti önem arz etmektedir. Ancak çalışma hayatında, çalışma ilişkilerinin görünümü karışık olabileceğinden, aradaki ilişkinin hukuksal biçiminin belirlenmesi çoğu zaman kolay olmamaktadır⁸⁴². Gerçekten taraflar arasındaki ilişki vekâlet, eser sözleşmesi görünümünde de olabilir. Yüksek mahkeme de, önceden beri, sigortalılık niteliğinin belirlenmesine yönelik olarak belirli kıstaslar getirmiştir. Şöyle ki, öncelikle taraflar arasında bir iş sözleşmesi var olacak, iş işverene ait işyerinde yapılacak ve çalışan kişi sigortalı sayılmayan kapsamında olmayacaktır (SSGSSK m.6)⁸⁴³. Diğer taraftan, iş sözleşmesinin yapılması sigortalılık niteliğinin kazanılması için yeterli değildir. İşçinin fiilen çalışmaya başladığı tarih, işçinin sigortalılığının başlangıcı olarak sayılacaktır⁸⁴⁴. Fiilen çalışma olmasa da, işçinin işverenin emrinde bulunması da belirli şartlarla sigortalılığın başlangıç tarihi olarak kabul edilebilecektir⁸⁴⁵.

Bu konuya ödünç iş ilişkisi çerçevesinde yaklaştığımızda ise, öncelikle geçici işveren ile ödünç işçi arasında bir iş sözleşmesi bulunmadığından hareket etmemiz gerekmektedir. Ancak, ödünç işçinin Sosyal Güvenlik Hukuku kapsamında sigortalı sayılması noktasında, iş sözleşmesine dayanarak çalışıyor olma koşulunun ödünç işçi bakımından da gerçekleştiği kabul edilmelidir⁸⁴⁶. Zira ödünç iş ilişkisi süresince ödünç işçi ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi kesintisi devam etmektedir. Geçici işveren ile ödünç işçi arasında sadece iş ilişkisi benzeri bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Bu

⁸⁴² Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 13.Basım, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010,s.94; A. Can Tuncay ve Ömer Ekmekçi, **Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları**, 2.Basım, LEGAL Yayıncılık, 2009, s.117.

⁸⁴³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.94.

⁸⁴⁴ Müjdat Şakar, **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, Yenilenmiş 10.Basım, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011 s.92.

⁸⁴⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.99; Tuncay/ Ekmekçi, s.117.

⁸⁴⁶ Ercan Akyiğit, “Ödünç İşçinin Sosyal Güvenliği”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Mayıs1995, s.18; aynı yazar, **Şerh**, s.401; Caniklioğlu, s.148.

bakımdan, ödünç işçinin Sosyal Güvenlik Hukuku kapsamında bağlı bulunduğu işvereni asıl işvereni olmaktadır. Diğer bir ifadeyle, ödünç iş ilişkisinin kurulması ile birlikte geçici işveren ile ödünç işçi arasında yeni bir sosyal sigorta ilişkisi kurulmuş olmaz. Sadece asıl işverenle mevcut olan sosyal sigorta ilişkisi devam edecektir⁸⁴⁷. Yüksek Mahkeme de, eski tarihli bir kararında, benzer bir duruma yönelik olarak, işçi ile onu ödünç olarak çalıştıran işveren arasında sigortalılık ilişkisinin mevcut olamayacağını tespit etmiştir⁸⁴⁸.

Diğer taraftan, ödünç iş ilişkisinin niteliği gereği, ödünç işçi çalışmasını başka bir işverenin işyerinde sürdürmektedir. Bu halin ödünç işçinin sigortalılık durumuna bir etkisi olup olmadığı hususu büyük önem arz etmektedir. Öğretide bizim de katıldığımız görüş uyarınca, sigortalılık niteliğini elde etmek için işçinin mutlaka bağlı bulunduğu işverenin yanında çalışması şart görülmemelidir⁸⁴⁹. İşveren kavramı geniş bir biçimde yorumlanmalı ve işçinin iş görme faaliyetini işverenin yerine geçen bir kimsenin işyerinde yerine getirmesi yeterli görülmelidir⁸⁵⁰. Özellikle meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçi fiilen hiçbir zaman asıl işveren (büro) yanında çalışmamaktadır. Ancak, ödünç iş ilişkisinin bütün türlerinde asıl işverenin ödünç işçi üzerindeki kontrol ve gözetimi devam ettiğinden, iş sözleşmesindeki bağımlılık unsurunun her ne kadar zayıflasa da devam etmesi söz konusudur⁸⁵¹. Bu nedenle, ödünç işçi, iş sözleşmesi ile bağlı bulunduğu işverenin sigortalısı olma konumunu muhafaza edecektir.

⁸⁴⁷ Akyigit, **Şerh**, s.401; Caniklioğlu, s.147.

⁸⁴⁸ Nemen şirketiyle bu davada 3.kişi durumunda bulunan Mineşa şirketi arasında bir adi ortaklığın kurulmuş bulunduğu, davacı şirketin isteği üzerine Minoşa Şirketinin çalıştırdığı bir sigortalının bu şirketçe görevlendirildiği, sigortalının ücretlerinin Minoşa Şirketi tarafından ödendiği, sigortalının Minoşa şirketine ortaklığın yüklediği bir işi bu şirket adına yaptığı, davacının iddiasına uygun olarak dosyadaki delillerden anlaşılmaktadır. Hiç şüphesiz, Mahkemece bu yönün yeterince aydınlanmış görülmemesi durumunda gerekli incelemenin yapılması mümkün, hatta zorunludur. Lakin maddi olgu bu şekle kabul edildiği takdirde, davacı şirketle davada söz edilen sigortalı işçi arasında gerçekleşmiş bir hizmet sözleşmesi ve dolayısıyla bu sigortalının aynı zamanda davacı şirketin dahi sigortalı işçisi olduğundan söz edilemez. **Y.10HD, 11.12.1975, 1975/4279 E., 1975/6608 K.**, Akyigit, **Şerh**, s.416.

⁸⁴⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.101; Ekonomi, s.181; Akyigit, **Sosyal Güvenlik**, s.18, aynı yazar, **Şerh**, s.401; Caniklioğlu, s.148.

⁸⁵⁰ Caniklioğlu, s.148.

⁸⁵¹ Akyigit, **Sosyal Güvenlik**, s.18.

III. SİGORTALININ KURUMA BİLDİRİLMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Her işveren, çalıştırdığı sigortalıyı Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) bildirmekle kanunen yükümlü tutulmuştur (SSGSSK m.8/1). İşveren, sigortalılık başlangıç tarihinden önce işçisini işe giriş bildirgesi ile birlikte Kuruma bildirecektir. İlgili madde metindeki işveren işçinin iş sözleşmesi ile bağlı bulunduğu işverenidir. Ödünç iş ilişkisinde asıl işveren olarak adlandırdığımız bu kişi bakımından haliyle, ödünç iş ilişkisine başlamadan önce, bu bildirim yükümlülüğü doğmaktadır. Zira sigortalılık ilişkisi ödünç iş ilişkisinden önce başlamaktadır. Ödünç iş ilişkisi açısından asıl önemli nokta ise, ödünç iş ilişkisi kurulduktan sonra Kuruma herhangi bir bildirim yapılması veya ödünç işçiye yeni bir işe giriş bildirgesi düzenlenmesi konularında herhangi bir yasal yükümlülük olup olmamasıdır. Öncelikle belirtmek gerekirse, geçici işveren bakımından sigortalı ödünç işçi için ayrı bir işe giriş bildirgesi verilmesi söz konusu değildir⁸⁵². Zira ödünç iş ilişkisi süresince, ödünç işçinin iş sözleşmesi ile bağlı bulunduğu asıl işveren ile sigortalılık ilişkisi devam etmektedir⁸⁵³.

Diğer taraftan, 5510 sayılı Kanunda ödünç işçinin işe giriş bildirgesi hakkında doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece ödünç iş ilişkisi kurulan işveren 5510 sayılı Kanunda belirtilen yükümlülüklerden dolayı ödünç işçinin asıl işvereni ile birlikte

müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuştur (SSGSSK m.12/2). Keza Sosyal Sigortalar İşlemleri Yönetmeliğinde⁸⁵⁴ sigortalıyı ödünç iş ilişkisi çerçevesinde devralan işveren, müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu yükümlülüklerini sigortalıyı devir aldığı işverenle yapmış olduğu sözleşmeyi Kuruma ibraz etmesi kaydıyla kendisine verilecek üç haneli numara ile sigortalıyı devir aldığı işverene ait işyeri dosyası üzerinden yerine getirebileceği belirtilmiştir. Ayrıca geçici işveren adına ayrı bir işyeri dosyası açılmayacaktır (m.31/2).

Görüldüğü üzere, ne Kanunda ne de Yönetmelikte sigortalının geçici işveren tarafından Kuruma bildirilmesine yönelik bir yükümlülük bulunmamaktadır. Ancak, her iki işverenin de Kanunda belirtilen yükümlülüklerden dolayı müştereken ve

⁸⁵² Caniklioğlu, s.150; Ekmekçi, **Hükümler**, s.378; Serin, s.1080.

⁸⁵³ Akyiğit, **Sosyal Güvenlik**, s.22; Ekmekçi, **Hükümler**, s.378.

⁸⁵⁴ RG. 12.05.2010, 27579.

müteselsilen sorumlu tutan genel düzenlemenin bu hususa yönelik olarak göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁸⁵⁵. Dolayısıyla her ne kadar geçici işverenin sigortalı ödünç işçi için işe giriş bildirgesi vermesi kanunen zorunlu gözükmese de, söz konusu belgenin asıl işveren tarafından Kuruma verilmemesi halinde geçici işverenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Ancak, asıl işveren tarafından işe giriş bildirgesi düzenlenmemesi nedeni ile geçici işveren hakkında idari ceza para cezası tahakkuk ettirilemeyecektir, zira cezaların şahsiliği prensibi söz konusudur⁸⁵⁶.

IV. SOSYAL SİGORTA PRİMLERİNİN ÖDENMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

5510 sayılı Kanuna göre işçinin iş sözleşmesiyle bağlı olarak çalıştığı işvereni sosyal sigorta primlerinin ödenmesinden yükümlü tutulmuştur (SSGSSK m.87-a). Ödünç iş ilişkisinde, asıl işveren bu bağlamda sosyal sigorta primlerinin ödenmesinden sorumludur⁸⁵⁷. Ancak, primlerin ödenmemesi halinde ödünç iş ilişkisinde geçici işverenin de sorumlu olması hususunda 5510 sayılı Kanunda doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece, bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerden dolayı asıl işverenle birlikte geçici işverenin de müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı belirtilmiştir (SSGSSK m.12/2). Diğer taraftan, konuyu İş Kanunu düzenlemektedir. Buna göre, ödünç iş ilişkisi kurulan işveren, ödünç işçinin yanında çalıştığı süre ile sınırlı olarak, ödenmeyen sosyal sigorta primlerinden asıl işveren ile birlikte sorumludur (İK m.7/3).

Öğretide Caniklioğlu, bizce de haklı biçimde, bu hükmün düzenleme yerinin İş Kanunu değil, 5510 sayılı Kanun olması gerektiğini belirtmektedir. Zira bu düzenleme doğrudan Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin bir yükümlülük öngörmektedir⁸⁵⁸. Ayrıca yukarıda bahsettiğimiz üzere 5510 sayılı Kanundaki madde 12 hükmü bu açıdan genel bir düzenleme olduğundan, İş Kanununda bu hüküm yer almamış olsaydı dahi bu hükme başvurulabilme olanağı mevcut idi. Geçici işverenin bu primlerin ödenmesine yönelik sorumluluğu asıl işverenin bu primleri ödememesi halinde ortaya çıkmaktadır ve sadece ödünç iş ilişkisi süresince tahakkuk eden primlerden sorumluluğu söz

⁸⁵⁵ Caniklioğlu, s.150.

⁸⁵⁶ Caniklioğlu, s.150.

⁸⁵⁷ Caniklioğlu, s.152; Serin, s.1080.

⁸⁵⁸ Caniklioğlu, s.153.

konusudur. Keza işverenlerin aralarında yapıları sorumsuzluk anlaşmaları, Kuruma karşı bir hüküm ifade etmeyecektir. Zira Kanundaki ifade mutlak emredici niteliktedir (İK m.7/3).

Bu bakımdan Kurum asıl işveren yanında geçici işvereni de dava ve takip yoluna gidebilecektir. Ayrıca, geçici işverenin Kuruma karşı sorumluluğu sadece prim alacağı ile sınırlı olmayıp, doğan gecikme zammını da kapsayacaktır⁸⁵⁹.

V. İŞ KAZALARI VE MESLEK HASTALIKLARI HALİNDE İŞVERENLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. GENEL OLARAK

İş Kazası, sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, 5510 sayılı Kanun m.4/I-a kapsamındaki emziren sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özre uğratan olay olarak ilgili hükümde tanımlanmıştır (SSGSSK m.13). Görüldüğü üzere, bu hükümde iş kazasının tanımı yerine, kazanın unsur ve koşulları, özellikle, yer ve zaman koşullarıyla sınırlı bir biçimde belirtilmiştir⁸⁶⁰. Öğretide ise iş kazası, işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada sigortalının gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla aniden ve dıştan meydana gelen bir etkenle onu bedence ya da ruhça zarara uğratan bir olay olarak tanımlanmaktadır⁸⁶¹.

İş kazası halinde, öncelikle olayın Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmiş olması ve kurumun da olayı iş kazası olarak kabul etmesi kazaya uğrayan sigortalının ve onun ölümünde öteki hak sahiplerinin sosyal sigorta yardımlarından yararlanabilmeleri

⁸⁵⁹ Caniklioğlu, s.153.

⁸⁶⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.327; Şakar, **Sosyal Sigortalar**, s.216; Tuncay/Ekmekçi, s.263.

⁸⁶¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.327; Şakar, **Sosyal Sigortalar**, s.217; Tuncay/Ekmekçi, s.264.

için bir ön koşuldur⁸⁶², 5510 sayılı Kanun uyarınca, sigortalı işçi iş kazasına uğradığı zaman, işveren tarafından o yer kolluk kuvvetlerine derhal, Kuruma da kazadan sonraki üç iş günü içerisinde iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi ile doğrudan veya taahhütlü posta ile bildirilmesi zorunludur (SSGSSK m.13/2,a). Eğer kaza işverenin kontrolü dışında bir yerde meydana geliyorsa, üç iş günlük süre işverenin iş kazasını öğrendiği tarihten başlayacaktır (SSGSSK m.13/2,c). İş kazasının belirtilen sürelerde Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirim tarihine kadar geçen süre için sigortalıya ödenecek geçici iş göremezlik ödeneği, kurumca işverenden tahsil edilecektir (SSGSSK m.21/2). Ödünç işçi, ödünç iş ilişkisi süresince geçici işverenin emir ve gözetimi altında çalıştığından olayın onun açısından iş kazası sayılması uygun olacaktır⁸⁶³.

Diğer yandan, ödünç iş ilişkisinde eğer ödünç işçinin başına bir iş kazası gelirse, hiç şüphesiz bu olayın derhal yetkili makamlara ve özellikle Kuruma bildirilmesi gerekecektir. Bu bildirimin kim tarafından yapılacağına dair Kanunda ayrıca bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, öncelikle iş kazası geçici işverenin işyerinde veya onun işiyle ilgili bir zamanda meydana geldiğinden, bildirim yükümlülüğü öncelikle geçici işveren ve ödünç işçi üzerinde olacaktır⁸⁶⁴. Şöyle ki, söz konusu taraflar iş kazasına ilişkin bildirim ödünc işçinin asıl işverene karşı yönelteceklerdir. Bunun üzerine asıl işveren de yasal süresi içinde Kurumu bilgilendirecektir. Ancak, burada tarafların ihmali neticesinde asıl işverenin bu olaydan haberi olmayabilir veya kendisine bu olay geç intikal etmiş olabilir. İşte böyle bir olasılıkta asıl işverenin sorumlu tutulması hakkaniyete aykırı bir durum teşkil edecektir. Bu bakımdan, bildirim yükümlülüğünün öncelikle geçici işverene ait olduğu kabul edilmelidir⁸⁶⁵. Bu hususa ilişkin bizce, öncelikle geçici işverenin Kuruma ve diğer yetkili makamlara haber verebilmesi mümkündür. Eğer öncelikle asıl işverenin haberdar edilmesi yoluna başvurulmuş ise, üç iş günlük süre asıl işverenin iş kazasını öğrendiği tarihten başlayacaktır (SSGSSK m.13/2,c). Diğer taraftan, bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerden dolayı asıl işverenle birlikte geçici işverenin de müştereken ve

⁸⁶² Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.340.

⁸⁶³ Akyiğit, **Şerh**, s.403.

⁸⁶⁴ Akyiğit, **Şerh**, s.401; Caniklioğlu, s.153.

⁸⁶⁵ Caniklioğlu, s.153.

müteselsilen sorumlu olacağı belirtilmiştir (SSGSSK m.12/2). Bu açık düzenleme karşısında da asıl işverenin sorumlu tutulması gündeme gelebilecektir.

B. KURUMUN İŞVERENE RÜCU HAKKI

Kurumun meslek hastalığı veya iş kazası neticesinde sigortalıya veya hak sahiplerine bazı yardımlar yapması söz konusu olacaktır. Sonradan Kurumun, bu olayın gerçekleşmesinde ihmali veya kasti bir davranışı olan üçüncü kişilerden, sigortalıya yapılan ödemeleri talep edebilmesi mümkündür. Gerçekten sigortalıya veya hak sahiplerine yapılan bu harcamalar neticesinde, Kurumun mal varlığında azalma meydana gelmektedir. Kurumun söz konusu yardımlar nedeniyle işverene başvurusu rücu hakkı olarak ifade edilmektedir⁸⁶⁶.

Kurum halefiyet ilkesine dayanarak işverene rücu etmektedir⁸⁶⁷. Halefiyet ilkesi, işverenin Kurum karşısındaki sorumluluğunun sınırlarını çizmektedir. Böylece, Kurumun işverenden talep edebileceği azami miktar, hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri kadardır (SSGSSK m.21/1).

İşverenin Kurum karşısındaki sorumluluğu, Kanun uyarınca değişik görünümelerde söz konusu olabilecektir. Şöyle ki, öncelikle işverenin genel hukuk ilkelerinden ayrı Sosyal Sigortalar Hukukuna özgü bir sorumluluk esasına dayanan bir sorumluluğu söz konusudur⁸⁶⁸. Kanunun ilgili hükmüne göre, iş kazası veya meslek hastalığı işverenin kasti bir davranışı veya sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi neticesinde meydana gelmiş olmalıdır (SSGSSK m.21/1).

Kanun hükmünde yer alan ve işverenin sorumluluk koşullarının ilkinin oluşturan kast ibaresi ile kişinin hukuka aykırı bir fiili bilerek ve isteyerek işlemesi anlaşılmaktadır. Zarara neden olan fiilin fail tarafından bilinçli olarak yerine getirilmesi, yeterli olup, sonucun fail tarafından istenmesinin kastın varlığı için bir önemi bulunmamaktadır⁸⁶⁹. Keza söz konusu hükümde yer alan ifade sınırlayıcı olduğundan ihmal (hatta ağır ihmal) nedeniyle işverenin Kuruma karşı bir sorumluluğu

⁸⁶⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.376; Şakar, **Sosyal Sigortalar**, s.238; Tuncay/Ekmekçi, s.286-287.

⁸⁶⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.377; Şakar, **Sosyal Sigortalar**, s.240.

⁸⁶⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.375; Şakar, **Sosyal Sigortalar**, s.240.

⁸⁶⁹ Şakar, **Sosyal Sigortalar**, s.239.

bulunmamaktadır⁸⁷⁰. Bunun yanı sıra iş kazası veya meslek hastalığı işverenin, sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi sonucunda oluşmuşsa da işveren Kuruma karşı sorumlu olacaktır (SSGSSK m.21/1). Buradaki mevzuat tabiri Sosyal Sigortalar İşlemleri Yönetmeliğinde tanımlamıştır. Buna göre, mevzuat tabiri yasal olarak yürürlüğe konulmuş ve yürürlüğünü muhafaza eden, sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği alanında, yasa koyucu ile yasa koyucunun yürütme veya idareye verdiği yetki sonucu, bu organlarca kabul edilen genel, objektif kural veya hükümlerin tümünü kapsamaktadır (SSİY m.45/2). Önemle belirtmek gerekirse, mevzuatta öngörülmemiş olsa bile işveren işçinin sağlığı ve güvenliği açısından, bilimin, aklın ve tekniğin gerekli gördüğü her türlü tedbiri almakla yükümlüdür⁸⁷¹.

Yüksek Mahkeme ise önceden beri kararlarında, işverenin sorumluluğunu tehlike-risk kuramına dayanan ve işverenin istihdam eden sıfatından kaynaklanan (BK m.55) bir kusursuz sorumluluk hali olarak nitelemektedir⁸⁷². Öte yandan, işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınacaktır (SSGSSK m.21/1). Kaçınılmazlık, olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, kısmen veya tamamen iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi durumudur. İşveren alınması gerekli bir önlemi almamış ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemez (SSİY m.45/3). Yüksek Mahkeme kararlarında, iş kazası tamamen kaçınılmazlık sonucu meydana gelse bile, işverenin

⁸⁷⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.381.

⁸⁷¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.382; Tuncay/Ekmekçi, s.289.

⁸⁷² Borçlar Kanununun 55. Maddesi kusursuz sorumluluk arasına konulmuştur. Bu nedenle 55.madde hükmü kusur sebebine dayanılarak değil ve fakat sosyal tehlike dolayısıyla kabul edilmiş hükümlerden sayılmaktadır. Borçlar Kanununun 55. madde hükmünün sosyal tehlike esasına dayandığı kabul edilince, bir kimsenin bir işini görmekle görevlendirdiği diğer kimsenin bu işi görmesi nedeniyle meydana gelen zarardan, ne kendisinin ne de iş görenin herhangi bir kusuru aranmaksızın sorumlu tutulacağı sonucuna varır. Bu esas “nimet külfete göredir” şeklinde anlatılabilir. Bu nedenle bir kimseyi işinde kullanarak onun emeğinden faydalar sağlayan kimsenin, kullanılan adamın işini gördüğü sırada neden olduğu zararlardan sorumlu tutulması yani elde ettiği nimete karşılık külfete de katlanması hakkaniyete uygundur. Yukarıda açıklanan nedenlerle somut olayda, zararı doğuran olay işverenin işinin görüldüğü, işverenin emir ve talimatı dâhilinde hareket edildiği sırada beklenmeyen nedenler sonucu meydana geldiğinden nedensellik bağı çerçevesinde işverenin mal varlığına risk yükleyen tehlike(risk) esasına dayanan sorumluluk hükümlerine göre davalı işveren Mehmet’in sorumlu tutulması gerekirken, bu davalı hakkındaki davaların tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. **YİBK, 27.03.1957, 1/3, Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.386.**

tehlike risk kuramına dayanan ve istihdam eden sıfatı ile yine de sorumlu olduğuna, ancak kaçınılmazlık nedeni ile ödenecek tazminatta indirimde hükmetmektedir⁸⁷³.

Diğer taraftan, işverenin kendine düşen bazı yasal yükümlülükleri yerine getirmemesi söz konusu ise yukarıda bahsedilen hususlar aranmaksızın işverenin iş kazasına ilişkin sorumluluğu söz konusu olacaktır (SSGSSK m.23). Buna göre, eğer işveren sigortalı bir işçinin süresi içinde kuruma işe giriş bildirgesi ile birlikte bildirmez ve bu süreçte bir iş kazası meydana gelir ise, o zaman işveren yukarıdaki hallere bakılmaksızın kanunen sorumlu olacaktır (SSGSSK m.23/3). Söz konusu hükümden doğan işveren sorumluluğu kusursuz sorumluluk halinde belirecektir. Yasa koyucu anılan hükümle kaçak işçi istihdamının önüne geçmek istemiştir⁸⁷⁴. Ödünç iş ilişkisinde ise ödünç işçinin başına bir iş kazası gelmesi halinde Kurumun mevcut iki işverenden hangisine rücu edebileceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. İş kazası veya meslek hastalığı işverenin kasti bir davranışı veya sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi neticesinde meydana gelmiş olmalıdır (SSGSSK m.21/1). Maddedeki işveren ifadesi ile akla ilk olarak asıl işveren gelmektedir⁸⁷⁵. Diğer taraftan, İş Kanunu uyarınca sigortalının iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü esasen geçici işverene aittir (İK m.7/1)⁸⁷⁶. Bu bakımdan Kurumun şartları var ise geçici işverene de rücu edebileceği kabul edilmelidir⁸⁷⁷. Yüksek Mahkeme de, olaydaki şartların değerlendirilmesinden sonra, her iki işverene de rücu edilebileceğini belirtmektedir⁸⁷⁸.

⁸⁷³ Bir olayın tamamen kaçınılmazlık sonucu meydana geldiğinin saptanması halinde hâkim, işverenin sorumluluğunu Borçlar Kanununun 43.maddesini göz önünde tutarak hakkaniyet ölçüsünde saptamalıdır. İşçi-İşveren arasındaki bu tür davalarda tarafların ekonomik ve sosyal durumlarının göz önünde bulundurulması halinde, işverene biraz daha sorumluluk verilmesi, sosyal hukuk devleti ilkesi gereği düşünülebilir. Yargıtayın yerleşik uygulaması da bu yöndedir. **Y.21HD, 29.06.2006, 2006/7175 E., 2006/4889 K.,** Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.386.

⁸⁷⁴ Tuncay/Ekmekçi, s.293.

⁸⁷⁵ Caniklioğlu, s.154.

⁸⁷⁶ Caniklioğlu, s.155.

⁸⁷⁷ Caniklioğlu, s.155; Engin, **Seminer**, s.23-24.

⁸⁷⁸ Uygulamada ve öğretide davalılar arasındaki hukuksal ilişkiye “Ödünç İş ilişkisi” denilmektedir. Davalı T... şirketi ödünç veren, davalı İstanbul E... ise ödünç alan işveren konumundadır. Kural olarak iş güvenliği önlemlerinin iş kazasının meydana geldiği işyerinin işvereni tarafından alınması gerekir. Davada iş güvenliğini alma yükümü davalı İstanbul E... A.Ş.’ye aittir. Ne ki, işverenlik sıfatının T... A.Ş.den İstanbul E... A.Ş.’ye geçmediği göz ardı edilmemelidir. Kural olarak iş güvenliği önlemlerini alma yükümü davalı E.... A.Ş.’ye ait olmakla beraber iş kazasının meydana gelmesinde davalı T... A.Ş.’nin de kusurlu görülmesi mümkündür. Ne ki, anılan şirketin, yürürlükte bulunan işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı eyleminin bulunup bulunmadığının inandırıcı biçimde araştırılıp saptanması gerekir. Örnek vermek gerekirse, eğitimsiz ve ehil olmayan işçisini teknik bir bilgiyi gerektiren bir işte çalıştırılmak üzere başka bir işverenin işyerine gönderen işveren kusurlu görülebilir. **Y.10HD, 20.01.2003, 2002/10298 E., 2005/5 K.,** Caniklioğlu, s.155.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ VE ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ HÜKÜMLERİNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

§ 8. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ

I. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN TARAFLAR ARASINDAKİ İŞ SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN NEDENLERDEN SONA ERMESİ

A. GENEL OLARAK

Ödünç iş ilişkisinin bağlı olduğu iş sözleşmesinin çeşitli nedenlerle sona ermesi halinde, ödünç iş ilişkisinin de sona ereceği kabul edilmelidir⁸⁷⁹. Öncelikli olarak belirtmeliyiz ki yasa koyucu ödünç iş ilişkisine dayanak teşkil eden ve ödünç işçi ile onun asıl işvereni arasında bağitlanan iş sözleşmesinin türüne ilişkin herhangi bir sınırlama getirmemiştir⁸⁸⁰. Gerçekten ödünç iş ilişkisi çerçevesinde devam edebilecek olan her türlü iş sözleşmesinin hükümleri ödünç iş ilişkisinde de uygulama alanı bulacaktır. Bu bakımdan, eğer belirli süreli bir iş sözleşmesi söz konusu ise kararlaştırılan sürenin sona ermesi veya tarafların iş sözleşmesini anlaşıarak sona erdirmeleri mümkündür. Keza İş Kanununda yer alan sebeplere dayanarak iş sözleşmesini fesih yoluna gitmeleri gibi nedenlerden dolayı iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, ödünç iş ilişkisi de neticelenecektir. Zira ödünç iş ilişkisine hükümleri uygulanan iş sözleşmesinin hukuken ortadan kalkması ile birlikte, ödünç iş ilişkisi hukuki dayanaktan yoksun bir hale gelecektir. Ayrıca, bu hususta diğer bir önemli nokta ise, iş sözleşmesi herhangi bir nedenle sona eren ödünç işçinin, geçici işveren yanında çalışmaya devam etmesi durumunda hukuki statüsünün ne olacağıdır. Öğretide bizim de katıldığımız baskın görüş bu durumda ödünç işçi ile geçici işveren arasında yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğu doğrutusundadır⁸⁸¹. Aşağıda başlıklar altında iş sözleşmesini sona erdirebilecek nedenler hakkında bilgi verilmeye çalışılacaktır.

⁸⁷⁹ Süzek, s.266.

⁸⁸⁰ Arslanoğlu, s.92.

⁸⁸¹ Süzek, s.266 Ekmekçi, **Hükümler**, s.381; Ulucan,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.119.

B. İŞ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARIN ANLAŞMASI (BOZMA SÖZLEŞMESİ) İLE SONA ERMESİ

Anayasadan kaynaklanan sözleşme özgürlüğü prensibi doğrultusunda (AY m.48), tarafların özgür iradeleri ile yaptıkları sözleşmeyi aynı biçimde sona erdirmeye imkânları da bulunmaktadır. Tarafların bir sözleşmenin sona erdirilmesi konusunda yaptıkları sözleşmeye ikale (bozma) sözleşmesi denilmektedir⁸⁸². İ kale sözleşmesi, bir sözleşme olduğundan, yapılması ve geçerliliği hakkında genel olarak Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur. Keza tarafların anlaşması bir fesih sayılmaz. Zira ikale sözleşmesi fesih gibi tek taraflı bir hukuki işlem değildir⁸⁸³.

Ödünç iş ilişkisinin bağlandığı ilk sözleşmesel ilişki olan asıl işveren ile ödünç işçi arasındaki mevcut iş sözleşmesinin taraflarca anlaşmaları ile sona erdirilmesi imkânı her zaman mevcuttur⁸⁸⁴. İş sözleşmesinin sona erdirilmesine yönelik yapılan ikale sözleşmesi genel olarak Borçlar Hukuku ilkelerine tabi olmakla beraber, işçi ve işveren tarafını içermesi sebebi ile İş Hukukuna özgü bir takım özellikler içermektedir. Şöyle ki, öncelikli olarak iki tarafın özgür iradeleri ile kurulan ikale sözleşmesi, bir tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik daveti ve karşı tarafın bu daveti kabulü ile kurulmaktadır (BK m.1). İş sözleşmesinde işverenin kişiliğın önem taşıdığı istisnai durumlar haricinde ikale sözleşmesine işveren ya da yetkili vekili taraf olabilir⁸⁸⁵.

Taraflar bu sözleşmenin içeriğini serbest bir biçimde belirleyebilirler. Örneğın taraflar için farklı hak ve yükümlölükler öngörebilirler, sözleşmenin sona ermesini bir vadeye bağlayabilirler, işveren lehine rekabet yasağı koyabilirler. Ancak, işçinin kamu düzeni kurallarıyla teminat altına alınmış haklarından feragatini içeren şartlar geçersizdir⁸⁸⁶. Özellikle zayıf olan işçi tarafının bir takım haklarından mahrum bırakılmasının önlenmesi amacıyla yönelik olarak, işvereni bazı yükümlölüklerinden kaçınma niyetinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi gibi hususların açıklığa

⁸⁸² Süzek, s.449; Erdem Özdemir, **İşçinin Sözleşmesinin Sona Erdiren Hukuki İşlemlerin Geçerliliği, (İstifa ve İ kale)**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2009, s.26; Ufuk Aydın, **“İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi”**, Çimento İşveren Dergisi, C.18, S.3, s.4.

⁸⁸³ Süzek, s.448; Narmanlıoğlu, s.254; Özdemir, s.26; Aydın, s.5.

⁸⁸⁴ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.195; Mollamahmutoğlu, s.580; Narmanlıoğlu, s.254; Odaman, s.239.

⁸⁸⁵ Narmanlıoğlu, s.254; Aydın, s.5.

⁸⁸⁶ Mollamahmutoğlu, s.580.

kavuşturulması gerekmektedir⁸⁸⁷. Öğretide bir görüşe göre ikale sözleşmesinin yapılması bir şekle tabi değildir. Bu bakımdan ikale sözleşmesi açık veya örtülü (zımni) olarak yapılabilir⁸⁸⁸. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasının kanunen şart olduğu durumlarda, iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde aynı şekle uyulması gerekmektedir (BK m.12)⁸⁸⁹. Gerçekten özellikle işçilerin hakları üzerinde etkili olabilecek nitelikte bir irade açıklaması olduğu dikkate alınarak, iş sözleşmelerinin sona erdirilmesine yönelik ikale sözleşmeleri bakımından yazılı şekil şartının aranması daha uygun olacaktır.

Yüksek Mahkeme konuya ilişkin bir kararında işçinin işverene işten ayrılmak istediğini bildirmesi üzerine işverenin işçiye ihbar ve kıdem tazminatını ödemesi durumunda iş sözleşmesinin tarafların karşılıklı anlaşması yolu ile feshedilmiş (sona ermiş) sayılması gerektiğini belirterek ikalenin zımnen yapılabileceğini kabul etmiştir⁸⁹⁰.

İkale ile birlikte sona eren iş sözleşmesinin, hukuken devamı iş sözleşmesinin varlığına bağlı olan, ödünç iş ilişkisine bir etkisi olacağı muhakkaktır.. Öncelikli olarak, ödünç verilen işçi açısından ödünç iş ilişkisinin sona ereceğini kabul etmek gerekmektedir. Gerçekten ödünç iş ilişkisinde taraflardan birini oluşturan ödünç işçinin iş sözleşmesi sona erdiği için ödünç alan işveren yanında çalışması artık ödünç iş ilişkisi kapsamında değerlendirilemeyecektir. Eğer ödünç işçi bu aşamadan sonra hala ödünç alan işveren yanında çalışmasına devam ediyor ise artık aralarında ödünç iş ilişkisinden

⁸⁸⁷ Aydın, s.5

⁸⁸⁸ Süzek, s.448; Akyiğit, s.141; Aydın, s.5

⁸⁸⁹ Narmanlıoğlu, s.254; Mollamahmutoğlu, s.582.

⁸⁹⁰ Somut uyuşmazlıkta, toplu işçi çıkarma kuralına başvuran davalı işveren, öncelikle gönüllü olanları çıkaracağını belirtmiş olup, davacı bu işlemi kabul ederek, emekliliğe hak kazanması nedeni ile ihbar tazminatı da ödenerek iş sözleşmesinin feshedilmesini kabul etmiştir. Toplu işçi çıkarmada gönüllü işçilerin iradesine öncelik verilmesi ve işçi tarafından bu icabın kabul edilmesi halinde, karşılıklı olarak iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile bozulması söz konusu olduğundan, bu işlemde artık işverenin toplu işçi çıkarmaya konu ettiği fesih nedenlerinin geçerli olup olmadığı araştırılmamalıdır. Bir başka anlatımla ikale sözleşmesinin bulunduğu durumda, feshin son çare veya işçinin seçiminin objektif ölçütlere uygun olup olmadığı ayrıca yargı denetimine tabi tutulamamalı, işçinin iradesini sakatlayan bir durum olmadığı sürece işe iade konusu yapılamamalıdır. Davacının iradesinin sakatlayan bir durum söz konusu olmadığı gibi, bu konuda somut bir kanıtta sunulamamıştır. İhbar tazminatının ödenmesi sonuca etkili değildir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalı bulunmuştur. **Y.9HD, 19.02.2007, 2007/3713E., 2007/4229 K.**, Muhittin Astarlı, “**Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Öncelikli Olarak İşten Çıkarılmayı Kabul Eden İşçilerle İşveren Arasında Bir İkale Sözleşmesinin Yapılmış Olduğu Kabul Edilebilir mi?**”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.20.S.6, Mayıs 2007, S.34.

bağımsız bir iş ilişkisi dolayısı ile iş sözleşmesinin varlığı gündeme gelecektir⁸⁹¹. Öğretide de, ödünç iş ilişkisinin devam etmesi yönünden her üç süjenin de varlığının gerekli olduğu ve bu bakımdan ödünç işçi ile asıl işveren arasındaki iş sözleşmesinin taraflarca anlaşarak sona erdirilmesi ile birlikte ödünç iş ilişkisi de kendiliğinden son bulacağı isabetli olarak belirtilmektedir⁸⁹².

Diğer taraftan işverenler açısından ise durum biraz farklı bir görünüm teşkil edecektir⁸⁹³. Serine göre; ödünç iş ilişkisi üç taraflı bir ilişki olduğundan, ödünç işçi ile asıl işveren arasındaki iş sözleşmesinin tarafların anlaşmasıyla son bulması işverenler arasındaki ödünç verme ilişkisini sona erdirmez. Keza bu durum asıl işveren açısından diğer işverene karşı olan sözleşmesel borcuna aykırılık teşkil edeceğinden, bunun sonuçlarına katlanacaktır⁸⁹⁴. Kanaatimizce ödünç işçi verme sözleşmesi işverenler arasında yapılan ve bir ödünç işçi verme taahhüdünü içeren sözleşme olmasından dolayı, iş sözleşmesinin tarafların anlaşması ile sona erdirilmesinin bu sözleşmede kararlaştırılan borcun ifasında bir imkânsızlık hali yaratabilmesi mümkündür. Zira eğer ödünç verilecek işçinin kişiliği göz önünde tutularak ismen belirlenmiş ise, bu işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, hiç şüphesiz ödünç işçi verme sözleşmesindeki kararlaştırılan ödünç işçi verme taahhüdü fiilen imkânsız hale gelecektir. Dolayısıyla, sözleşme sona erecektir. Ancak, tarafların önceden bu durumu göz önüne alıp sözleşmede buna yönelik bir düzenleme getirmeleri de mümkündür. Bunun haricinde, eğer herhangi bir işçinin gönderilmesi konusunda işverenler sözleşmede anlaşmış iseler

⁸⁹¹ Odaman, s.241. Yazar böyle bir olasılıkta taraflar arasında belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin yapıldığı sonucuna varılması görüşündedir.

⁸⁹² Odaman, s.240; Mollamahmutoğlu, s.240; Ulucan, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.119; Ekmekçi, **Hükümler**, s.381; Arslanoğlu, s.92.

⁸⁹³ Öğretide Akyiğit'e göre: "Böyle bir anlaşma doğal olarak ödünç iş ilişkisini de etkileyecektir. Fakat bu tür bir anlaşma her ne kadar hizmet akdini geçerli bir şekilde sona erdirecek ise de böle bir durumun bir bütün olarak ödünç iş ilişkisini de geçerli olarak sona erdireceğinin kabulü ödünç iş ilişkisinin üçlü niteliğiyle bağdaşır görünmemektedir. Zira o hizmet akdinde işçi bir üçüncü kişi yanında çalışmayı taahhüt etmiş ve işveren de onu bir üçüncü kişi işveren yanında çalışmak üzere göndermiştir. İşte hizmet akdinin taraflarınca yapılan bir anlaşmayla sona erdirilmesi ödünç alanın rızası olmadıkça işçi verme sözleşmesini (dolayısıyla üçlü ilişkiyi) geçerli bir biçimde sona erdirmeyecek fakat ödünç verenin işçi verme borcunda kusurlu imkânsızlık oluşturacağı için ödünç verenin ödünç verenin sorumluluğuna yol açabilecektir. Zira ilişki üçlü bir karaktere sahiptir ve sadece iki tarafın bir araya gelerek bu üçlü ilişkiye geçerli olarak son verebilme imkânları mevcut değildir." Akyiğit, **Ödünç İş ilişkisi**, s.195-196.

⁸⁹⁴ Serin, s.1082.

veya halin icabından bu sonuca varılıyor ise, başka bir işçinin ödünç olarak gönderilmesi ile birlikte söz konusu sorun aşılmış olacaktır.

C. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİNİN SONA ERMESİ

Ödünç işçi ile asıl işvereni arasındaki iş sözleşmesi belirli süreli olduğu takdirde (İK m.11), iş sözleşmesinin süresinin bitiminde eğer ödünç iş ilişkisi halen devam etmekte ise bu durumun ödünç iş ilişkisine etkisi öğretide tartışmalıdır. Öğretide baskın görüşe göre, ödünç iş ilişkisinin hukuken varlığını sürdürebilmesi için hali hazırda mevcut bir iş sözleşmesi olmalıdır. Dolayısıyla eğer iş sözleşmesi herhangi bir nedenle sona ererse, taraflar arasındaki ödünç iş ilişkisi de kendiliğinden sona erecektir⁸⁹⁵. Bu bakımdan, haliyle iş sözleşmesi için kararlaştırılan belirli sürenin bitiminde de ödünç iş ilişkisi kendiliğinden sona erecektir⁸⁹⁶. Ancak, öğretide Akyiğit tarafından savunulan görüşe göre ise, iş sözleşmesinin süresinin sona ermesi ile birlikte ödünç iş ilişkisi kendiliğinden sona ermeyecektir⁸⁹⁷.

Kanaatimizce de baskın görüş isabetlidir. Zira ödünç iş ilişkisine dayanak teşkil eden iş sözleşmesi ortadan kalkmıştır. Ayrıca, taraflar anlaşıp yeniden başka bir işçi açısından yeni bir ödünç iş ilişkisine başlayabilirler. Bu arada taraflar ödünç iş ilişkisi için birden fazla işçi kararlaştırdıkları durumda ne olabilir sorusu akla gelebilir. Böyle bir olasılıkta bizce ödünç işçi verme sözleşmesinin devamı açısından eğer ödünç işçi özel bir niteliğe sahip değilse, o işçinin yerine ortalama nitelikte başka bir işçinin gönderilmesi ile sorun aşılabılır. Eğer işçinin niteliğinde başka bir işçi bulunamaz ise bu durumda da ödünç işçi verme sözleşmesi de sona erecektir. Ödünç işçini asıl işverenle arasındaki iş sözleşmesinin süresinin sona ermesine rağmen, ödünç işçi geçici işveren yanındaki çalışmasını sürdürüyor ise o zaman geçici işveren ile aralarında yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğunun kabulü gerekmektedir⁸⁹⁸.

⁸⁹⁵ Süzek, s.266; Ekmekçi, **Hükümler**, s.381; Çankaya/Çil; s.327.

⁸⁹⁶ Odaman, s.255; Çankaya/Çil; s.327.

⁸⁹⁷ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.197.

⁸⁹⁸ Ulucan, (Eyrenci/ Taşkent / Ulucan), s.119; Ekmekçi, **Hükümler**, s.381, Aktay/Arıcı/Kaplan, s.101.

D. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESİH BİLDİRİMİ İLE SONA ERMESİ

1. Genel Olarak

4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, iş sözleşmesinin feshine ilişkin önemli değişiklikler gidilmiştir. Özellikle iş güvencesi sisteminin getirilmesi ile birlikte işverenin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshi bu sistemin geçerli olduğu işyerleri açısından çeşitli sınırlamalara tabi tutulmuştur (İK m.18 vd.). Bunun yanı sıra tarafların haklı nedene dayanan derhal fesih imkânları da saklı tutulmuştur (İK m.24-25). İş sözleşmesinin fesih bildirimi ile sona ermesi ile birlikte ödünç iş ilişkisi de kendiliğinden sonlanacaktır⁸⁹⁹. Ayrıca, bu fesih bildirimi iş sözleşmesinin tarafı olan ödünç işçi veya onun asıl işvereni tarafından yapılabileceğinden, geçici işverenin tarafı olmadığı iş sözleşmesini feshetmek hususunda bir yetkisi bulunmamaktadır⁹⁰⁰. Tarafların iki türlü fesih imkânı bulunduğunu belirtmiştik, bu bakımdan ödünç iş ilişkisinin sona ermesinde bu durumların etkisinin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir;

2. İş Sözleşmesinin Süreli Fesih Bildirimi İle Sona Ermesi

Ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi ile asıl işvereni arasında bağtlanan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması halinde, her iki taraf da sözleşmeyi süreli fesih bildirimi ile sona erdirebilir (İK m.17). Ancak, geçici işverenin süreli fesih bildirim ile iş sözleşmesini sona erdirmesi mümkün değildir. Süreli fesih durumunda fesih ihbarının belli bir süre öncesinden karşı tarafa yöneltilmesi şarttır. Yasa koyucu, Kanunda işçinin kıdemine göre değişen bir ihbar süresi getirmiştir (İK m.17-a vd.). Bu tür fesihlerde iş sözleşmesi ihbar süresinin sonuna kadar devam etmektedir. Bu bakımdan, ödünç işçi bu süre içinde geçici işveren yanında çalışmasını sürdürecektir ve bu zaman diliminde doğan ücret vs. haklarını geçici işverenden talep edebilecektir⁹⁰¹. Ayrıca, İş Kanunu madde 27 fıkra 1 uyarınca, işveren işçiye yeni iş arama izni vermekle yükümlüdür. Eğer bu sorumluluğunu yerine getirmemiş veya izni eksik kullandırmış ise, işçinin ücretini

⁸⁹⁹ Çankaya/Çil; s.326.

⁹⁰⁰ Süzek, s.262; Ekmekçi, **Hükümler**, s.375; Çankaya/Çil; s.326; Serin, s.1083; Odaman, s.260-261; Benli/Yiğit, s.33; aksi görüşte Demir, s.99-100.

⁹⁰¹ Serin, s.1083.

ödemek zorundadır (İK m.27/2). İş arama izninin verilmesi ödünç işçi açısından, geçici işverene ait olmakla beraber, iş arama izni esnasında ödünç işçinin çalıştırılması halinde çalıştırıldığı süreye ait ücretin yüzde yüz zamlı ödenmesinin yükümlülüğü her iki işverene aittir (İK m.27/3)⁹⁰². Şöyle ki, bilindiği üzere ödünç işçinin, ödünç iş ilişkisi kapsamında çalıştığı süre için ödenmeyen ücretinden her iki işveren de mesul tutulmuştur (İK m.7/2). Bu bakımdan, bu çalışmaya ilişkin zamlı ücretten de her ikisinin de sorumlu tutulmasının kabulü gerekmektedir.

Bu konuda bir diğer önemli husus ise, ödünç işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olması halidir⁹⁰³. İş Kanununun ilgili hükmü uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olması için belirli şartlar aranmıştır (İK m.18). Buna göre, işverenin yanında çalışan işçi sayısı otuz veya daha fazla olmalı, işçinin en az altı aylık kıdemi bulunmalıdır. Öğretide isabetli olarak belirtildiği gibi, bu kıstasların belirlenmesinde asıl işverenin işyerindeki işçi sayısı ölçü alınacaktır⁹⁰⁴. Ayrıca, aynı hükümde yer alan geçerli sebep açısından ise bir ayırım yapılmalıdır. Şöyle ki, eğer iş sözleşmesinin feshi “...işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan...” bir geçerli sebebe dayanıyorsa (İK m.18/1), bu tür nedenlerin asıl işverenini işyerinde gerçekleşmesi gerekmektedir⁹⁰⁵. Diğer yandan iş sözleşmesinin feshi ödünç işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanıyor ise, bu tür nedenlerin geçici işverenin işyerinde gerçekleşmesi yeterlidir⁹⁰⁶. Ancak, Arslanoğlu’na göre işçinin yeterliliğinin geçerli bir neden olabilmesi için ödünç işçinin, asıl işverenin yanında çalıştığı işle aynı olan bir iş için ödünç verilmesi gerekmektedir⁹⁰⁷.

Kanaatimizce, ödünç işçinin gerek yetersizliği, gerekse davranışları nedeni ile iş sözleşmesinin feshi asıl işveren tarafından yapılabileceğinden, ödünç işçinin asıl işverene veya geçici işverene karşı bu tür bir olaya sebebiyet vermesi önem taşımayacaktır. Zira ödünç iş ilişkisi devam ederken ödünç işçi asıl işverene karşı da her bakımdan sorumludur. Diğer taraftan, bizce de ödünç işçinin aynı iş için ödünç

⁹⁰² Çankaya/Çil; s.326; Odaman, s.327.

⁹⁰³ Geniş bilgi için bkz, Mustafa Kılıçoğlu ve Kemel Şenocak, **İş Güvencesi Hukuku**, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2007, s.135 vd.

⁹⁰⁴ Ekmekçi, **Hükümler**, s.375; Arslanoğlu, s.83.

⁹⁰⁵ Ekmekçi, **Hükümler**, s.375; Arslanoğlu, s.93; Odaman, s.259.

⁹⁰⁶ Ekmekçi, **Hükümler**, s.375; Arslanoğlu, s.93; Odaman, s.259.

⁹⁰⁷ Arslanoğlu, s.93.

verilmesinin bir gerekliliği bulunmaktadır. İşçi bilerek ve isteyerek benzer bir iş için ödünç verilmiş olsa bile, bu işteki mesleki ve fiziki yetersizliği kendi iş sözleşmesinin feshine yol açmamalıdır. Zira aksi halin kabulü hem hakkaniyete aykırı bir durum teşkil edeceği gibi, ayrıca, ödünç iş ilişkisinin kuruluş amacına da aykırılık meydana getirmektedir.

3. İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Derhal Fesih Bildirimi İle Sona Ermesi

a. İşveren Tarafından İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Derhal Feshi

İşveren açısından iş sözleşmesinin haklı neden ile feshi gündeme gelebilir (İK m.25). Öncelikli olarak belirtmek gerekirse, öğretide bizimde katıldığımız baskın görüş doğrultusunda bu tür fesih için yetkili olabilecek tek kişi, işçinin asıl işvereni olarak görülmelidir⁹⁰⁸. Diğer görüşe göre ise, geçici işverene karşı ödünç işçinin, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan (İK m.25/II) davranışları nedeniyle, geçici işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabilmesi mümkün görülmelidir. Zira ödünç işçinin iş sözleşmesinden doğan iş görme borcunu özen ve sadakat ile yerine getirmesi yükümlülüğü geçici işverene karşı da devam etmektedir⁹⁰⁹.

Bizce sözleşmenin tarafı olmayan bir kişinin sözleşmeyi fesih yetkisinin bulunduğu kabulü makul gözükmemektedir. Böyle bir olasılıkta, fesih mutlaka işçinin asıl işvereni tarafından yapılmalıdır. Zira ödünç işçinin gerek doğrudan asıl işverene karşı olan davranışları nedeniyle, gerekse de ödünç işçinin geçici işveren yanındaki tutumundan dolayı iş sözleşmesinin feshi mümkün görülmelidir⁹¹⁰. Böylece, örneğin ödünç işçi geçici işverene karşı sadakat borucunu ihlal etmiş ise derhal fesih hakkı doğmuş bulunmakla beraber, bu hak sadece ödünç işçinin asıl işvereni tarafından kullanılabilir⁹¹¹. Öğretide, eğer geçici işverene karşı bu tür bir durum meydana gelirse, geçici işverenin asıl işverenden ödünç işçinin iş sözleşmesini fesih etmesini

⁹⁰⁸ Süzek, s.262; Akyiğit, **Şerh**, s.306; Çankaya/Çil; s.326; Ekmekçi, **Hükümler**, s.375; Engin, **Üçlü İlişkiler**, s.25; Serin, s.1083; Odaman, s.260-261; Çifter/Demir, s.10; Arslanoğlu, s.92.

⁹⁰⁹ Demir, s.99; Murat Demircioğlu, **Sorularla Yeni İş Yasası**, İstanbul: İTO Yayın No: 2003-42, 2003, s.33.

⁹¹⁰ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.201; Ekmekçi, **Hükümler**, s.375; Serin, s.1083; Çifter/Demir, s.10; Odaman, s.261.

⁹¹¹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.201; Süzek, s.262; Ekmekçi, **Hükümler**, s.375; Engin, **Üçlü İlişkiler**, s.25.

talep edebileceği savunulmakta ise de⁹¹²; bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, geçici işveren asıl işverenden böyle bir talepte bulunamayacaktır. Sadece böyle bir durumu derhal asıl işverene bildirip, onun bu hususa ilişkin iradesini bekleyebilir⁹¹³. Ancak, belirtmeliyiz ki geçici işverenin işyerinde meydana gelen her olayın iş sözleşmesinin feshine gerekçe olabileceğini savunmak bazen hakkaniyete aykırı bir durum teşkil edebilecektir. Özellikle ödünç işçinin geçici işverenin işyerinde çalışmasından alıkoyan zorlayıcı bir sebebin bulunması halinde (İK m.25/III), böyle bir durumun iş sözleşmesinin feshine yol açacağını savunmak zor gözükmetedir⁹¹⁴.

Belirtmek gerekirse, geçici işverenin her ne kadar iş sözleşmesini doğrudan fesih yetkisi bulunmasa da, ödünç işçiden bu davranışları neticesinde doğan bir takım hakları bulunmaktadır. Şöyle ki, İş Kanunu madde 7 fıkra 4 uyarınca ödünç işçi, işyerine ve işe ilişkin olup kusuru ile neden olduğu zarardan geçici işverene karşı mesul tutulmuştur⁹¹⁵. Böylece özellikle İş Kanunu madde 25/II’de yer alan nedenlerden dolayı, örneğin işçinin, işverenin malına zarar vermesi gibi (İK m.25/II-1), doğan zararın tazminini geçici işveren ödünç işçiden isteyebilecektir. Buna ilaveten geçici işveren ödünç işçinin haklı neden ile feshe sebep olan bir davranışı (İK m.25/I-II-III-IV) nedeniyle başka birisi ile değiştirilmesini isteyebilir veya diğer işverenle arasındaki ödünç işçi verme sözleşmesini sona erdirebilir⁹¹⁶.

b. Ödünç İşçi Tarafından İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Derhal Feshi

Ödünç işçinin, kendisi ile asıl işvereni arasında bağitlanan iş sözleşmesini, ödünç iş ilişkisi devam ederken sona erdirme imkânı bulunmaktadır (İK m.24). Ödünç işçinin ödünç iş ilişkisinde böyle bir yola başvurusu bakımından, İş Kanunu ilgili hükümde yer alan sebeplerin ne ölçüde ve nasıl dayanak olacağı konusunda öğretide çeşitli fikirler ileri sürülmektedir. Öncelikle, bu sebebin zorlayıcı sebep olması

⁹¹² Süzek, s.262; Benli/Yiğit, s.33;Serin, s.1083; İnce, s.47.

⁹¹³ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.136; Odaman, s.261; Yazar, geçici işverenin asıl işveren ile ödünç işçi arasındaki “sözleşmesel çalışma ilişkisine” tamamen yabancı olduğunu, bu yüzden böyle bir talepte bulunamayacağını belirtmektedir. Ancak, Fransız Hukukunda böyle bir imkânın geçici işverene tanındığını eklemektedir. Yazara göre, geçici işveren sadece ödünç işçinin geri çağırılmasını talep edebilir veya ödünç işçi verme sözleşmesinin feshi yoluna gidebilir.

⁹¹⁴ Arslanoğlu, s.92.

⁹¹⁵ Süzek, s.262.

⁹¹⁶ Süzek, s.262; Odaman, s.262; Engin, **Üçlü İlişkiler**, s.25.

durumunda bu sebebin iş sözleşmesinin feshine yol açması hususunda öğretide değişik görüşlere rastlanmaktadır. Bir görüşe göre, zorlayıcı sebebin geçici işverenin işyerinde ortaya çıkması durumunda bu durumun iş sözleşmesinin feshine yol açması kabul edilemez⁹¹⁷. Zira bu durumda ne asıl işverenin ne de ödünç işçinin hukuki alanından kaynaklanan bir sebep bulunmaktadır.

Akyiğit de benzer bir şekilde bu durumda ikili bir ayrıma gidilmesini önermektedir⁹¹⁸. Yazara göre hangi işverenin işyerinde bu tür sebeplerin ortaya çıkmasının nazara alınacağı sorusu önem kazanmaktadır. İlk önce asıl işverenin işyerinde ortaya çıkmış olması halinde bu durumun fesih için nazara alınamayacağı kabul edilmelidir. Zira ödünç işçinin o işyeri ile bağlantısı kesilmiştir. Eğer bu sebep geçici işverenin işyerinde ortaya çıkmış ise, o zaman ikili bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre, ödünç işçinin geçici işveren yanındaki çalışmasında alacağı ücret fiili istihdam saatleriyle orantılı ise, bu durum işçinin ücret kaybına yol açacağı için haklı neden ile fesih sebebi olabilir. Ancak, ücretin ödenmesi böyle bir şarta bağlı değil ise ödünç işçinin ücret kaybı olmayacağı için bu durum iş sözleşmesinin feshine imkân vermeyecektir. Kanaatimizce, geçici işverenin işyerinde ortaya çıkan böyle bir zorlayıcı nedenin iş sözleşmesini feshine olanak vermesinin kabulü mümkün gözükmemektedir. Zira geçici işveren iş sözleşmesine taraf değildir. Ancak, bizce de bu zorlayıcı neden uzun süre devam eder ve bu yüzden ödünç işçinin bir gelir kaybı olursa, asıl işverenin doğacak ücret kaybının tazmini için bir çözüm bulması gerekmektedir. Aksi halde ödünç işçinin iş sözleşmesini feshi söz konusu olabilir.

Diğer taraftan, geçici işverenin davranışlarının veya onun işyerine ilişkin sebeplerin(İK m.24/I-II) iş sözleşmesinin feshine yol açıp açamayacağı diğer önemli bir hususu teşkil etmektedir. Öğretide kabul edildiği üzere, bu tür haklı sebepler asıl işverenden kaynaklanabileceği gibi geçici işverenin şahsından da doğabilir⁹¹⁹. Böylece, örneğin ödünç işçiye geçici işverenin kötü muamelesi, tacizi gibi durumlarda da feshin söz konusu olabilmesi mümkündür. Ancak, öğretide Odaman'ın da belirttiği gibi geçici işverenden kaynaklanan böyle bir durum için hemen iş sözleşmesinin feshinin gündeme

⁹¹⁷ Arslanoğlu, s.92; Odaman, s.264.

⁹¹⁸ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.201.

⁹¹⁹ Çankaya/Çil, s.327; Süzek, s.262; Ekmekçi, **Hükümler**, s.378;

gelebileceği kabul edilmemelidir⁹²⁰. Buna göre, böyle bir durumda ödünç işçi kendi asıl işverenden öncelikle değiştirilmesini talep edebilme imkanına sahiptir. Bu talebi ile birlikte gerekçesini de belirtecektir. İşçinin bu yazılı talebine asıl işveren tarafından olumsuz cevap verilmesi halinde, ödünç işçi sözleşmeyi fesih yoluna başvurabilecektir. Gerçekten, iş sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişinin davranışından dolayı hemen iş sözleşmesinin feshedilmesi ağır bir netice olacaktır. Bu bakımdan, böyle bir durumda, asıl işverenin, bu durumun bildirilmesine rağmen gerekli önlemleri almaması halinde, sözleşmenin feshinin mümkün olduğu görüşünü paylaşmaktayız.

E. İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ VEYA İPTALİ

1. İş Sözleşmesinin Geçersizliği

İş sözleşmesine ilişkin olarak tarafların ehliyeti ile ilgili eksiklikler, şekil eksiklikleri, iş sözleşmesinin konusunun hukuka, ahlaka aykırı olması ile imkânsız olması gibi durumlar iş sözleşmesinin hukuken geçersiz olması sonucunu doğuracaktır⁹²¹. Gerçekten Borçlar Kanunu uyarınca, bir sözleşmenin konusu imkânsız, hukuka veya ahlaka aykırı ise o sözleşme hukuken geçersiz sayılacaktır (BK m.20/1). Ayrıca, sözleşmenin bazı şartlarının geçersiz sayılması, sözleşmeyi bütünü ile geçersiz hale getirmemekle beraber eğer bu şartlar olmadan sözleşmenin yapılmayacağı belli ise o zaman sözleşme bütünü ile geçersiz sayılacaktır (BK m.20/2).

Borçlar Hukukunda kural olarak sözleşmenin geçersizliği geçmişe etkili (ex tunc) olarak hüküm doğurmaktadır. Ancak, iş sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi doğurması ve işçinin korunması ilkesi doğrultusunda bu geçersizliğin geleceğe dönük (ex nunc) bir biçimde etkili olmasının kabulü gerekmektedir⁹²². Ödünç iş ilişkisi bakımından iş sözleşmesinin geçersizliğini ele alacak olursak, ilk önce geçersizliğin tespitine kadar olan süre için iş sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğuracağından dolayısıyla ödünç iş ilişkisi bu süreçte devam edecektir⁹²³. Örneğin 15 yaşından küçük bir kişinin ağır ve tehlikeli işte çalışması yasaktır (İK m.85/1). Eğer bu yasağa aykırı

⁹²⁰ Odaman, s.265.

⁹²¹ Çelik, s.128; Süzek, s.287.

⁹²² Çelik, s.128; Süzek, s.287.

⁹²³ Odaman, s.271.

olarak bir küçük ile iş sözleşmesi kurulmuş ve daha sonradan bir başka işverenin yanına ödünç olarak verilmiş ise bu geçersizliğin saptanması ile birlikte ödünç iş ilişkisi de neticelenecektir. Ancak, iş sözleşmesinin geçersizliği her zaman ödünç işçi verme sözleşmesinin sona ermesine yol açmayabilecektir. Şöyle ki, eğer ödünç işçi verme sözleşmesinde ödünç verilen işçinin yerine başka birinin gönderebileceği kararlaştırılmış veya halin gereğinden bu anlaşılıyor ise başka bir işçinin gönderilmesi ile taraflar arasında yeni bir ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir. Ancak söz konusu işçinin ismen belirli bir işçi olması halinde ödünç işçi verme sözleşmesinin de sona ereceği kabul edilmelidir.

2.İş Sözleşmesinin İptali

İş sözleşmesinin geçersizliği dışında, iptali de gündeme gelebilecektir. Şöyle ki, iş sözleşmesinin kurulması sırasında hata, hile, ikrah (tehdit) veya gabin gibi iradeyi sakatlayan nedenler var ise, bu duruma maruz kalan taraf iş sözleşmesinin iptalini isteyebilir⁹²⁴. Böyle bir durumda iş sözleşmesi baştan geçerli olarak doğmasına rağmen, sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen tarafın bir yıl içinde karşı tarafa bildirmesi ile (BK m.31) sözleşme iptal edilmiş olacaktır.

İş sözleşmesinin iptalinin de geçersizliği gibi geçmişe etkili olmayacağı kabul edilmektedir⁹²⁵. Gerçekten, iş sözleşmesinin niteliği gereği bu durumun tespitinin halinde, bu tür bir geçersizlik geleceğe dönük hüküm doğuracaktır. İş sözleşmesinin iptal edilmesinin ödünç iş ilişkisine olan etkisine bakacak olursak; ödünç iş ilişkisinin temel unsurlarından olan iş sözleşmesi ortadan kalktığı için ödünç iş ilişkisi de sona erecektir⁹²⁶. Ödünç iş ilişkisinin böyle bir nedene dayanarak sona ermesi halinde bitimine kadar doğmuş bulunan işçilik haklarına herhangi bir zarar gelmesi mümkün olmamalıdır. Bu bakımdan, ödünç işçi bu haklarını her zaman talep edebilecektir⁹²⁷.

⁹²⁴ Süzek, s.289; Çelik, s.129; Narmanlıoğlu, s.193; Ulucan,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.97.

⁹²⁵ Süzek, s.289; Çelik, s.129; Odaman, s.273.

⁹²⁶ Odaman, s.273.

⁹²⁷ Odaman, s.273.

F. İŞYERİNİN VEYA İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte işyerinin devri pozitif düzenlemeye kavuştuğu halde (İK m.6), iş sözleşmesinin devri konusunda İş Hukuku mevzuatında somut bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, adı geçen hükmün birinci fıkrası uyarınca işyeri veya işyerinin bir bölümünün hukuki bir işlemle başka birine devredilmesi halinde devir tarihinde mevcut bulunan iş sözleşmelerinin de bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceği düzenlenmiş bulunmaktadır (İK m.6/1). İşyeri devri ile karşılaştırıldığında iş sözleşmesinin devrinde sadece işçi devri söz konusudur. Diğer bir deyişle, işçinin işyeri değişmeksizin yeni bir işveren işyerine geliyor ise bu bir işyeri devridir. Yoksa işçinin çalıştığı işyerinden ayrılıp yeni işverenin işyerine kalıcı olarak geçiyor ise bu bir iş sözleşmesi devridir⁹²⁸.

İş sözleşmesinin veya işyerinin devrinin ödünç iş ilişkisine olan etkisine bakacak olursak, bu konuda ikili bir ayırım yapılması gerekecektir. Buna göre, eğer iş sözleşmesinin devri söz konusu ise, böyle bir durumda sadece işçinin asıl işvereni değişmesi mümkün olabilecektir. Öğretide iş sözleşmesinin devri söz konusu ise ödünç iş ilişkisinin sona ereceği ileri sürülmüştür⁹²⁹. Zira ödünç iş ilişkisinin tarafını teşkil eden asıl işveren değişmiş olacaktır. Bu nedenle, tarafların yeniden usulüne uygun bir biçimde ödünç iş ilişkisini kurmaları gerekmektedir. Kanaatimizce, iş sözleşmesinin devri ile birlikte ödünç iş ilişkisi sona ermeyeceği kabul edilmelidir. Bizce iş sözleşmesinin devri ile birlikte bütün hak ve borçlar yeni işverene geçeceğinden, doğumu ve devamı bu iş sözleşmesine bağlı olan ödünç iş ilişkisine de devam etmesi gerekmektedir. Aksi halin kabulü ile birlikte ödünç işçinin ve asıl işverenin anlaşarak başka bir işverene işçiyi devretmeleri ile birlikte ödünç iş ilişkisinden kurtulmalarının yolu açılmış olacaktır.

İşyerinin devri ise iş sözleşmesinden farklı bir biçimde hem geçici hem de asıl işveren bakımından söz konusu olabilecektir. Gerçekten ödünç iş ilişkisinde, bu ilişki

⁹²⁸ Mustafa Alp, **İş Sözleşmesinin Devri**, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, içinde (301-327), İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2009, s.306.

⁹²⁹ Çankaya/Çil, s.329; Odaman, s.281. Ancak, yazar burada ikili bir ayırma gidilmesi gerektiğini belirtmektedir. Şöyle ki, eğer işçinin kimliği dikkate alınarak ödünç iş ilişkisi kurulmamış ise başka bir işçini gönderilmesi ile ödünç iş ilişkisi devam edebilecektir.

devam ederken asıl işverenin işyerini devretmesi yanı sıra, geçici işverenin işyerini devretmesi mümkündür. Asıl işverenin işyerini devretmesi halinde, bizce devralan işveren ile ödünç iş ilişkisinin devam edeceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Zira iş sözleşmesinin devrinde olduğu gibi işyerinin devrinde de iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile devralana geçmektedir (İK m.6/1). Bu bakımdan mevcut bir iş sözleşmesine dayanılarak kurulan ödünç iş ilişkisinin de devralan işveren ile devam edeceğinin kabulü bize mantıklı gelmektedir. Geçici işverenin işyerini devretmesi halinde de, devralan işverenin ödünç iş ilişkisine geçici işveren sıfatı ile dâhil olacağı bizce kabul edilmelidir.

II. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN TARAFLAR ARASINDAKİ ÖDÜNÇ İŞÇİ VERME SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN NEDENLERDEN SONA ERMESİ

A. ÖDÜNÇ İŞÇİ VERME SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİNİN SONA ERMESİ

Ödünç iş ilişkisi, ödünç işçi verme sözleşmesinde kararlaştırılan sürenin dolması ile sona erecektir. İş Kanunu madde 7 fıkra 2 uyarınca ödünç iş ilişkisi en fazla altı aylık bir süre için kurulabilecektir. Ancak, tarafların sonradan anlaşmaları ile bu süre en fazla iki defa yenileme ile on sekiz aya kadar uzatılabilecektir (İK m.7/2). Böylece ödünç iş ilişkisi Kanunda yer alan azami sürenin (altı veya yenilemelerle birlikte on sekiz ay) sonunda kendiliğinden sona erecektir⁹³⁰.

Ödünç iş ilişkisinin süresi sona erince işçi asıl işverenin yanına dönmek ve asıl işveren de onu çalıştırmakla yükümlüdür⁹³¹. Ancak, sürenin aşılmasına rağmen ödünç işçinin asıl işvereni onu çağırmasız ve ödünç işçi eski işyerine dönmez ise burada çeşitli ihtimaller gündeme gelebilecektir. Böyle bir olasılıkta öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. İlk görüşe göre tarafların ortak iradesi ile gerçekleşen bir iş sözleşmesi

⁹³⁰ Süzek s.253; Ekmekçi, **Hükümler**, s.381; Demir, s.100; Ulucan,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.118; Mollamahmutoğlu, s.288; Aktay/Arıcı/Kaplan, s.100; Odaman, s.244; Benli/Yiğit, s.29; Serin, 1083; Arslanoğlu, s.91.

⁹³¹ Çankaya/Çil, s.328; Odaman, s.246; Arslanoğlu, s.91; Benli/Yiğit, s.29.

devri söz konusudur⁹³². Diğer bir görüşe göre ise, geçici işveren ile ödünç işçi arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulmuş olacaktır⁹³³. Bu konuya ilişkin öğretide savunulan başka bir görüşe göre ise, artık işverenler ve ödünç işçi arasındaki ödünç iş ilişkisi sona erdiği kabul edilip, taraflar arasında “belirsiz süreli bir iş sözleşmesi” kurulmuş olacaktır. Bunun sonucu olarak, asıl ile geçici işverenin “birlikte işveren” sayılacaklar ve ödünç işçiye karşı birlikte (müteselsil) sorumlulukları devam edecektir⁹³⁴.

Son olarak öğretide Alp tarafından savunulan ve bizimde katıldığımız görüş ise bu konuya biraz daha farklı yaklaşmaktadır⁹³⁵. Bu görüşe göre, yerine göre iş sözleşmesinin devri yerine göre ise işverenlerin birlikte işveren niteliğini kazandığını kabulü mümkün olabilecektir. Öncelikle tespit edilmesi gereken husus, ödünç iş ilişkisinde sürenin aşılması ile birlikte asıl işveren ile ödünç işçi arasındaki iş ilişkisinin devam edip etmediğidir. Gerçekten sürenin aşılması halinde tarafların gerçek iradelerinin tespiti ve yorumu büyük önem arz etmektedir. Örneğin asıl işverenin ödünç işçiye işyerine geri çağırması, geçici işverenin de ödünç işçiye çalıştırmaya devam etmesi halinde örtülü bir iş sözleşmesi devri gündeme gelebilecektir. Diğer taraftan, iş sözleşmesi devri asıl işvereni ödünç işçiye karşı olan sorumluluğundan kurtardığı için özellikle örtülü olarak yapılmasının kabulü her zaman mümkün görülmemelidir. Zira iş sözleşmesinin devri için ödünç işçinin rızası şart olduğundan, ödünç işçinin iş sözleşmesinin devrinden haberdar olmaması veya devri ödünç iş ilişkisinin uzatımına yönelik olarak yanlış yorumlaması söz konusu olabilir. Dolayısıyla böyle şüpheli bir durumun varlığına kanaat getirilirse, geçici işverenin de iş sözleşmesine dâhil olduğu ve asıl işverenin işveren niteliğinin sona ermediği sonucuna varılmasının daha yerinde olduğu görüşüne iştirak etmekteyiz⁹³⁶.

⁹³² Ekonomi, **Mesleki**, s.246; Akyiğit, **Şerh**, s.381; Öner Eyrenci, “**4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme**”, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, S.1, Ocak- Şubat- Mart, 2004, s.30; Odaman, s.246; Çankaya/Çil, s.329; Engin, **Seminer**, s.25.

⁹³³ Süzek, s.266; Ulucan,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.119; Mollamahmutoğlu, s.288; Ekmekçi, **Hükümler**, s.381; Günay, **Şerh**, s.342; Demircioğlu, s.34; Çifter/Demir, s.17; Benli/Yiğit, s.29. Uşen, s.317. Yazar bu yönde düzenleme içeren bir hükmün, İtalyan İş Hukuku mevzuatında yer aldığını eklemektedir.

⁹³⁴ Demir, s.100; aynı yazar, **Sorularla Bireysel İş Hukuku**, İstanbul: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006, s.35.

⁹³⁵ Alp, s.313 vd.

⁹³⁶ Alp, s.314.

Yüksek Mahkeme bir kararında ödünç iş ilişkisine yönelik düzenlenmiş olan yasal azami sürenin (İK m.7/2) üstünde çalışmış olan işçinin ödünç iş ilişkisi kapsamına giremeyeceğine ve fiilen çalıştığı işverenin işçisi olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁹³⁷. Ayrıca, bir diğer kararında ödünç iş ilişkisinde yasal sürenin bitimine rağmen, ödünç işçinin geçici işveren yanında çalışmasını sürdürmesini, iş sözleşmesinin devri olarak nitelendirmiştir⁹³⁸.

Diğer taraftan, asıl işverenin ödünç işçiden işyerine dönmesini istemesine rağmen, ödünç işçinin geri dönmemesi halinde öğretide hâkim görüş iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği görüşündedir⁹³⁹. Öğretide Mollamahmutoğlu, böyle bir durumda artık işçinin asıl işverenle olan iş sözleşmesini haksız veya usulsüz fesih ettiğinin kabulü yanında ödünç işçi ile geçici işveren arasında yeni belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin kurulduğunun kabul edilmesi görüşündedir⁹⁴⁰. Odaman ise ödünç işçinin asıl işveren ile arasındaki iş sözleşmesinin süreli fesih bildirimi (İK m.17) ile fesih etmiş olduğu sonucuna varmaktadır⁹⁴¹. Bu bakımdan işçi ihbar ve kıdem tazminatı alamayacağı gibi bilakis kendisi ihbar tazminatı ödemek durumunda kalabilecektir.

⁹³⁷ Davacının 10 yıldan fazla süre fiilen Bayındırlık ve İskân bakanlığı Denizli il müdürlüğü nezdinde yardımcı işlerde çalıştığı, davacının çalıştığı işyerinin ve yaptığı işin Bakanlığa ait olduğu, bordroların bakanlıkça düzenlendiği Ancak, ücret ödemelerinin İl Özel İdaresi bütçesinden Bayındırlık Bölge Müdürlüğüne aktarıldığı, davacının İl özel idare Müdürlüğü işçisi olarak işe alındığının kayıtlara intikal ettirildiği feshinde İl Özel İdaresince yapıldığı Ancak, işçilerle ilgili askı ve tekrar işe başlatma ile ilgili olarak iş kurumu bölge müdürlüğünce yapılan yazışmaların Bayındırlık ve İskân İl Müdürlüğü tarafından yapıldığı davacının fiilen Denizli İl Özel İdaresince Özel İdare işyerinde çalıştırılmadığı anlaşılmaktadır. Bu çalışma şekline göre davacının hizmet akdinin Bayındırlık ve İskân Bakanlığı ile kurulduğunun kabulü gerekir. Zira İl Özel İdare Müdürlüğünün hizmet akdinin işveren tarafı olduğunun kabulü halinde İl Özel İdare Müdürlüğü ile Bakanlık arasında ödünç iş ilişkisinin mevcut olup olmadığının tartışılması gerekecektir. 1475 sayılı Yasa döneminde ödünç iş ilişkisi yasa ile düzenlenmiş değildir. 4857 sayılı yasanın 7.maddesinde bu konu düzenlemeye gidilmiş ise de bazı koşullara bağlanmıştır. İşçinin 10 yıl gibi uzun bir süre ödünç iş ilişkisi ile çalıştığının kabulü mümkün değildir. 4857 sayılı Yasanın düzenlemesine göre geçici iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere ve gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir. Bu sebeple somut olayda ödünç(geçici) iş ilişkisinin varlığından söz edilemez. Ücretlerin üçüncü kişiler tarafından ödenmesi de mümkün olduğundan sırf ücretin Özel İdare bütçesinden aktarılmış olması hizmet akdinin il Özel idaresi ile kurulduğunun göstermez. Hizmet akdinin diğer koşulları nazara alındığında davacının davalı Bayındırlık ve İskân Bakanlığının işçisi olarak çalıştığının kabulü gerekir. Y.9HD, 16.10.2006, 2006/17686E., 2006/27302 K., Çankaya/Çil, s.350.

⁹³⁸ Geçici iş ilişkisinde sürenin bitiminde ödünç alanın işyerinde çalışmaya devam eden işçi ödünç alanın işçisi olur. Tarafların ortak iradeleri ile gerçekleşen bu işlem, hizmet akdi devri olarak adlandırılmalıdır. **Y.9HD, 16.06.2008, 2007/41042E., 2008/15622 K., Çankaya/Çil, s.337.**

⁹³⁹ Süzek, s.266; Çankaya/Çil, s.329; Aktay/Arıcı/Kaplan, s.101; Mollamahmutoğlu, s.289; Akyiğit, **Şerh**, s.381; Ekmekçi, **Hükümler**, s.381; Ulucan,(Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.118; Alp, s.314;Odaman, s.246.

⁹⁴⁰ Mollamahmutoğlu, s.288.

⁹⁴¹ Odaman, s.246.

Yüksek Mahkeme de öğretideki hâkim görüşe paralel bir şekilde ödünç işçinin böyle bir davranışının iş sözleşmesinin haksız feshi hükmünde olduğuna kanaat getirmiştir⁹⁴². Kanaatimizce bu hususta olayın oluş biçimine göre bir sonuca ulaşmak gerekmektedir.

Son olarak eklemek gerekirse, ödünç işçinin bu tür bir davranışı neticesinde, gerek geçici işverenin gerekse ödünç işçinin ödünç işçi verme sözleşmesinden doğabilecek cezai şart sorumluluğu doğabilecektir⁹⁴³. Ayrıca, geçici işverenin İş Kanunu madde 23'te düzenlenmiş bulunan “yeni işverenin sorumluluğu” kapsamında yükümlülüğü söz konusu olabilecektir⁹⁴⁴. Gerçekten söz konusu hüküm uyarınca sürekli bir iş sözleşmesi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitiminden önce veya bildirim sürelerine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin yanına girer ise sözleşmenin böyle bir feshinden dolayı yeni işveren işçi ile bazı hallerde sorumlu tutulmuştur (İK m.23). Geçici işverenin sorumlu tutulabilmesi için İş Kanunu madde 23'te sayılan koşullardan biri gerçekleşmiş olmalıdır. İlgili hüküm uyarınca geçici işveren ödünç işçinin böyle bir davranışta bulunmasına sebep olmuş olabilir (İK m.23-a) veya geçici işveren ödünç işçinin bu davranışını bildiği halde işe almış olabilir (İK m.23-b)⁹⁴⁵. İşte bu koşullardan birinin varlığı halinde geçici işveren, ödünç işçinin bu davranışından doğan maddi veya manevi zararını asıl işverene karşı tazminle yükümlü olabilecektir⁹⁴⁶.

B. ÖDÜNÇ İŞÇİ VERME SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARIN ANLAŞMASI (BOZMA SÖZLEŞMESİ) İLE SONA ERMESİ

İşçinin asıl işvereni ile geçici işveren istedikleri zaman ödünç işçi verme sözleşmesini, anlaşarak süresi dolmadan önce sona erdirmek hakkına sahiptirler. Böyle

⁹⁴² Davacının davalıya ait Davacının davalıya ait Beylikdüzü'ndeki işyerinde çalıştığı sırada başka bir işverene ait olup davalının da mallarının satıldığı Mimaroba'daki işyerinde ödünç işçi olarak görevlendirildiği, iki aylık süre sonunda tekrar Beylikdüzü'ndeki işyerine ve işine dönmesi istenildiğinde dönmeyerek hizmet akdini haklı bir neden bulunmadığı halde davacının sona erdirdiği dosya içeriğinden anlaşıldığı halde yazılı şekilde ihbar, kıdem tazminatı isteklerinin hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. **Y.9HD, 22.09.2003, 2003/2572E., 2003/15250 K., Akyiğit, Şerh, s.410.**

⁹⁴³ Odaman, s.247.

⁹⁴⁴ Odaman, s.248; Mollamahmutoğlu, s.289.

⁹⁴⁵ Odaman, s.249.

⁹⁴⁶ Akyiğit, **Şerh**, s.1051.

bir anlaşma üçlü yapıdaki ödünç iş ilişkisini sona erdirecektir⁹⁴⁷. Zira bu ilişkide zorunlu olarak bulunması gereken bu iki taraf, artık bu ilişkiye devam etmeyecekleri yönündeki iradelerini somut bir biçimde ortaya koymuşlardır. Ödünç işçi verme sözleşmesinin yazılı yapılması kanunen şarttır (İK m.7/2). Bu yüzden, bu sözleşmenin taraflarca anlaşarak sona erdirilmek istenmesi halinde aynı şekil şartına uyulması kanaatimizce gereklidir (BK m.12)⁹⁴⁸. Zira yukarıda öğretilen bizim de katıldığımız baskın görüş ilgili hükümdeki “yazılı şekil” şartının, sözleşmenin kanunen geçerli olarak kurulması bakımından, geçerlilik şartı olduğu yönündedir⁹⁴⁹. Bu bakımdan, kanunen yazılı olarak yapılması gereken böyle bir sözleşmenin sona erdirilmesinde de yazılı şekil şartına uyulmasının geçerlilik koşulu olduğu düşüncesindeyiz.

Ödünç işçi verme sözleşmesinin böyle bir anlaşma ile sona erecek olması ödünç işçi ile asıl işveren arasındaki iş sözleşmesini sona erdirmeyecektir⁹⁵⁰. Ancak, öğretilen 1475 sayılı eski İş kanunu zamanında savunulan bir görüşe göre, ödünç işçi ile asıl işvereni arasındaki iş sözleşmesine böyle bir durumda iş sözleşmesinin de sona ereceğine dair bir hükmün konulabilmelidir⁹⁵¹. Bu görüşe göre, böyle bir şartın geçerli olacağını kabul etmekle beraber, bu şartın iş sözleşmesinin ödünç süresiyle sınırlı yapılması yasağını ihlal etmemesi gerektiğini belirtmektedir. Böylece işçi ile iş sözleşmesi yapıldıktan hemen sonra işçi ödünç olarak başka bir işverenin yanında çalışmaya başlamış ise, bu durumda belirtilen yasak ihlal edilmiş olduğundan bu şartta geçersiz kabul edilecektir. Eğer işçinin iş sözleşmesi daha önce yapıp, işçi belli bir süre geçtikten sonra ödünç verilmiş ise o zaman yasağın ihlalinden söz edilemeyeceğinden, böyle bir şart da geçerli olarak kabul edilecektir⁹⁵².

Odaman ise, hiçbir şekilde böyle bir şartın geçerli olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Yazara göre öncelikli olarak ödünç işçi verme sözleşmesinin süresi ile sınırlı bir iş sözleşmesi yapılamaz. Bunun yanı sıra iş sözleşmesi daha önceden yapılmış olsa bile, sonradan işçinin ödünç olarak verilmesi

⁹⁴⁷ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.195-196; Ulucan, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.119; Ekmekçi, **Hükümler**, s.381; Serin, s.1082.

⁹⁴⁸ Benli/Yiğit, s.31; Günay, s.111.

⁹⁴⁹ Bkz, yukarıda, § 3, III.

⁹⁵⁰ Odaman, s.242; Serin, s.1082.

⁹⁵¹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.196; Serin, s.1082.

⁹⁵² Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.197.

halinde de böyle bir şart geçerli kabul edilemez. Zira mevcut yasal düzenleme buna imkân vermemektedir. Şöyle ki, işveren iş sözleşmesinde esaslı bir değişiklik yapmak istemesi halinde bunu işçiye yazılı olarak bildirmesi ve işçinin bunu altı iş günü içinde yazılı olarak kabul etmesi gerekmektedir (İK m.22), aksi takdirde bu değişiklik işçiye bağlamayacaktır. Bu bakımdan eğer iş sözleşmesi belirli süreli yapılmış ise böyle bir şartın varlığı ile süre değişmiş olacaktır, eğer iş sözleşmesi belirsiz süreli yapılmış ise o zaman da iş sözleşmesi belirli süreyle dönüşmüş olacaktır. Bu yöndeki değişiklikler ise yukarıdaki prosedüre uygun bir biçimde işçinin onayıyla geçerlilik kazanabilecektir⁹⁵³.

Kanaatimizce de, böyle bir şart geçerlilik taşımayacaktır. Zira 4857 sayılı yeni İş Kanunu hükümlerinin böyle bir şarta cevaz vermediği düşüncesindeyiz. Gerçekten İş Kanunu uyarınca, tarafların belirli süreli iş sözleşmesi yapabilmesi belirli şartlara tabi kılınmıştır (İK m.11/1). Bu bakımdan, tarafların ilgili hükümde yer alan nedenler haricinde başka bir nedene dayanarak belirli süreli iş sözleşmesi yapabilmeleri mümkün değildir. Bilakis, ödünç işçi verme sözleşmesinin taraflarca anlaşarak sona erdirmeleri ile birlikte, iş sözleşmesinin de sona ereceğine dair getirilen bir şart, kanuna karşı bir hile teşkil edecektir.

C. ÖDÜNC İŞÇİ VERME SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

Asıl işveren ile geçici işveren arasında kurulmuş olan ödünç işçi verme sözleşmesinin feshi konusunda İş Kanununda bir hüküm bulunmamakla beraber bu sözleşmenin genel olarak Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olması nedeni ile sözleşmenin feshi veya geçersizliğine ilişkin kurallar uygulama alanı bulacaktır. Ödünç işçi verme sözleşmesi taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi kurduğundan, sözleşmenin devamı herhangi bir taraf için çekilmez hale gelirse, ilgili tarafın sözleşmeyi fesih yetkisinin kabulü gerekmektedir⁹⁵⁴. Keza böyle bir fesih sonucunda, ödünç iş ilişkisi de neticelenmiş olacaktır, zira bu ilişkiye temel karakterini veren sözleşme, ödünç işçi verme sözleşmesidir⁹⁵⁵.

⁹⁵³ Odaman, s.243.

⁹⁵⁴ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.204; Çankaya/Çil, s.327; Arslanoğlu, s.91; Odaman, s.266.

⁹⁵⁵ Odaman, s.266.

Gerçekten böyle bir durum hem asıl hem de geçici işveren açısından hâsıl olabilir. Özellikle geçici işverenin, daha önceden de belirttiğimiz üzere, iş sözleşmesini fesih yetkisi bulunmamaktadır. Ancak, geçici işveren açısından ödünç işçiden kaynaklanan olumsuz bir durum ortaya çıkarsa, ödünç işçi verme sözleşmesini fesih yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir⁹⁵⁶. Örneğin, ödünç işçinin bir başka işçiye sataşması gibi ahlak ve iyi niyet kurullarına uymayan bir davranışı ortaya çıkarsa (İK m.25/II-d), geçici işveren ödünç işçinin bir başka işçiyle değiştirilmesini talep edebilir. Ödünç işçinin asıl işvereni bu talep üzerine, gerekçesinin makul olduğuna kanaat getirdiği takdirde, gerekli değişikliği yapmak zorundadır. Eğer böyle bir işçi değişikliği talebini haklı bir neden olmadan ret ederse, o zaman geçici işveren diğer işverenle arasındaki ödünç işçi verme sözleşmesini fesih yoluna başvurabilir⁹⁵⁷.

Bunu yanı sıra, geçici işveren diğer işverenden kaynaklanan bir olumsuz durum neticesinde de sözleşmenin feshine başvurmak zorunda kalabilir. Örneğin, asıl işverenin sözleşmede belirlenen niteliklerde bir işçi göndermemesi halinde olduğu üzere, bu durum asıl işveren tarafından borca aykırılık teşkil edecektir. Asıl işveren açısından da sözleşmenin feshi gündeme gelebilecektir⁹⁵⁸. Taraflardan birisi yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı sözleşmenin feshi yoluna başvurursa, sürekliliği bu sözleşmenin devamına bağlı olan ödünç iş ilişkisinin neticeleneceği şüphesizdir.

D. ÖDÜNÇ İŞÇİ VERME SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ VEYA İPTALİ

1. Ödünç işçi Verme Sözleşmesinin Geçersizliği

Ödünç işçi verme sözleşmesinin genel olarak Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olması sebebi ile geçersizliğine ilişkin olarak Borçlar Kanununun ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla, sözleşmedeki tarafların ehliyeti ile ilgili noksanlıklar, tarafların şekil şartına uymamaları, sözleşmenin konusunun imkânsız olması ile hukuka veya ahlaka aykırı olması gibi hallerde sözleşmenin hukuken batıl

⁹⁵⁶ Benli/Yiğit, s.32; Odaman, s.266.

⁹⁵⁷ Odaman, s.266.

⁹⁵⁸ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.204; Odaman, s.266.

olması gündeme gelebilecektir (BK m.19 vd.)⁹⁵⁹. Keza öğretide bizimde katıldığımız görüş doğrultusunda, ödünç işçi verme sözleşmesinin yazılı olarak yapılması bir şekil şartı olduğundan (İK m.7/2), bu şekil şartına uyulmaması halinde sözleşmenin hukuken batıl sayılması gerekecektir (BK m.11/1)⁹⁶⁰.

Diğer taraftan, ödünç işçi verme sözleşmesine ilişkin geçersizliğin hüküm doğurma anı konusu önem arz etmektedir. Ödünç iş ilişkisinin, İş Hukuku kapsamında yer aldığı düşünülürse, aynen iş sözleşmelerinde olduğu gibi geçersizliğin geçmişe etkili olmayacağı sonucuna varılmalıdır⁹⁶¹. Gerçekten İş hukukunda hâkim ilke olan “işçiyi koruma ilkesi” doğrultusunda, böyle bir geçersizliğin geçmişe etkili olması işçi açısından olumsuz koşullar ortaya çıkarabilir. Böyle haksız bir durumun işçi açısından doğuracağı olumsuz durumların önlenmesi amacı ile ödünç işçi verme sözleşmesi bu geçersizliğin tespit edilmesi anına kadar hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edeceğinin kabulü uygun olacaktır.

Böylece, işçi geçersizliğin tespitinden önce yaptığı çalışmalar karşılığında hak ettiği tüm işçilik haklarını her iki işverenden talep edebilecektir. Akyiğit ise, ödünç işçi verme sözleşmesine ilişkin bir geçersizlik hali bulunursa, ikili bir ayrıma gidilmesini önermektedir⁹⁶². Yazara göre, eğer taraflar edimlerin ifasına başlamamışlarsa, o zaman Borçlar Kanunu genel ilkelerine uygun olarak geçersizliğin baştan beri etkili olacağı kabul edilmelidir. Böylece, ilişkinin tasfiyesine ilişkin olarak sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil kuralları uygulama alanı bulacaktır (BK m.41 vd ile BK m.61 vd.). Eğer taraflar edimlerini ifaya başlamış iseler, o zaman sürekli bir borç ilişkisinin niteliğinin uygun düştüğü ölçüde sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil kuralları uygulanmalıdır.

2. Ödünç İşçi Verme Sözleşmesinin İptali

Ödünç işçi verme sözleşmesinin iptali de söz konusu olabilecektir. Bu doğrultuda, ödünç işçi verme sözleşmesine yönelik hata, hile, ikrah gibi iradeyi sakatlayan bir sebebin bulunması halinde, ilgili taraf ödünç işçi verme sözleşmesini bu

⁹⁵⁹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.207; Odaman, s.277; Serin, s.1084.

⁹⁶⁰ Mollamahmutoğlu, s.278; Serin, s.1084.

⁹⁶¹ Odaman, s.277.

⁹⁶² Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.210. Yazar, İsviçre ve Alman Hukuklarında böyle bir geçersizliğin tespiti halinde sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil hükümlerinin uygulandığını eklemektedir.

durumun farkına varmasından veya ikrahın ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içinde sona erdirebilecektir (BK m.31/1)⁹⁶³. Ödünç işçi verme sözleşmenin sürekli bir borç ilişkisi doğurması sebebiyle bu iptalin geçmişe etkili olmayacağı kabul edilmeli ve sözleşmenin yapılmasından iptal tarihine kadar geçen süreye ilişkin işçilik hakları talep edilebilmelidir⁹⁶⁴. Böylece, ödünç işçi verme sözleşmesinin geçersizliğine veya iptaline karar verilmesi ile birlikte ödünç iş ilişkisi de sona erecektir. Zira bu ilişkinin temelini teşkil eden sözleşme ortadan kalkmış bulunmaktadır.

III. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN İŞYERİNİN KAPATILMASI NEDENİ İLE SONA ERMESİ

A. GENEL OLARAK

İşyerinin kapanmasının ödünç iş ilişkisine olumsuz bir etkisi olacağı kabul edilmekle beraber, bu hususta çeşitli ihtimaller ortaya çıkabileceği de göz ardı edilmemelidir. Öncelikle İş Kanununa göre işyeri, bir işveren tarafından mal ve hizmet üretimine yönelik teknik bir amacın gerçekleştirilmesi için maddi olan ve olmayan unsurlarla işgücünün bir araya getirildiği, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlardan oluşan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür (İK m.2)⁹⁶⁵. Görüldüğü gibi İş Kanunu işyerini bir organizasyon olarak tanımlamaktadır. Mal ve hizmet üretimi yapılan yerin haricinde bu yere hukuken bağlı yerlerde işyeri kapsamında yer almaktadır. Böylece örneğin, bir kumaşın dokunduğu işyeri ile boyandığı işyeri aynı işverene ait ise ve ayrıca, bu birimler arasında teknik ve yönetsel açıdan bağıllık var ise bu durumda bunlar tek bir işyeri olarak kabul edileceklerdir⁹⁶⁶. Diğer taraftan bir işverenin birden fazla işyerine sahip olabilmesi de mümkündür. Hatta bu işverenin işletme kapsamında da birden fazla işyeri olabilir. Örneğin bir bankanın şubeleri veya bir denizcilik işletmesine bağlı gemiler bağımsız birer işyeri statüsündedir⁹⁶⁷.

Yukarıda genel olarak ifade ettiğimiz işyerinin, kapatılmasına veya kapanmasına gelecek olursak; bu hususta çeşitli ihtimaller ortaya çıkabilecektir.

⁹⁶³ Odaman, s.278.

⁹⁶⁴ Odaman, s.278.

⁹⁶⁵ Çelik, s.58; Süzek, s.174; Narmanlıoğlu, s.122.

⁹⁶⁶ Mollamahmutoğlu, s.197; Süzek, s.176.

⁹⁶⁷ Süzek, s.179.

Öncelikle belirtmek gerekirse, her bir işveren yasal sınırlar içinde, işyeri açma serbestisine sahip olduğu gibi aynı işyerini dilediği zaman kapatma hürriyetine de sahiptir⁹⁶⁸. Böyle bir durum ise, işverene işçilerin iş sözleşmelerinin süreli feshi için geçerli bir neden teşkil edebilecektir (İK m.18). Diğer yandan işyerinin kapanması işverenin iradesi haricinde, kanunen de ortaya çıkabilir. Şöyle ki, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun uyarınca kuruluş aşamasında yasal ölçülere aykırılık nedeni ile verilen ruhsatların iptal edilmesi sureti ile de işyeri kapanabilir (m.6). Ayrıca, İş Kanunu madde 79 uyarınca, eğer bir işyerinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından tehlikeli bir durum saptanırsa, bu hususta oluşturulan ilgili komisyon kararı uyarınca, tehlikenin niteliğine göre işin durdurulmasına veya işyerinin kapatılmasına karar verilebilir. Hiç şüphesiz işverenin iradesi dışında işyerinin kapatılmasını gerektiren durumların ortaya çıkması halinde, yukarıda belirtilen eksikliklerin giderilmesi ile birlikte yeniden işyerinin açılması mümkündür. Aşağıda bu tür durumların hem asıl işveren hem de geçici işverenin işyeri bakımından sonuçları irdelenmeye çalışılacaktır.

B. ASIL İŞVERENİN İŞYERİNİN KAPATILMASI

Asıl işverenin işyerinin kapanmasını yukarıda belirtilen olasılıklara göre incelemek istersek, ikili bir ayrıma başvurulması kanaatindeyiz. Bize göre birinci ihtimal, işverenin iradesi dışında işyerinin kapanması halinde ortaya çıkacaktır. Böyle bir olasılıkta, ister yukarıda belirttiğimiz üzere ruhsatın iptali isterse işyerinde işçileri çalışmaktan alıkoyan tehlikeli bir durumun ortaya çıkması (İK m.79) hali nedeniyle işyeri kapanmış olsa bile, asıl işverenin saptanan eksiklikleri giderip işyerini tekrardan açması mümkündür. Eğer ödünç iş ilişkisi devam ederken böyle bir durum hâsıl olmuşsa, ödünç iş ilişkisinin hemen neticeleneceğini kabul etmek bizce uygun gözükmemektedir. Bize göre asıl işverene ödünç iş ilişkisinin sona erme tarihine kadar süre tanınmalı, bu eksiklikleri gidermesi için olanak verilmelidir. Böylece ödünç işçinin bu süreçteki işçilik alacaklarından, asıl işverenin sorumluluğu devam edecektir (İK m.7/3).

Diğer taraftan, işyerinin kapanması asıl işverenin isteği doğrultusunda gerçekleşmiş ise, öğretide bir görüşe göre, o zaman ödünç iş ilişkisinin de hemen sona

⁹⁶⁸ Çelik, s.67; Mollamahmutoğlu, s.212.

ereceğini kabul etmek gerekir⁹⁶⁹. Bu görüş uyarınca, böyle bir durumda ödünç olarak çalışan işçinin geçici işverenin yanında çalışması devam ediyor ise, artık taraflar arasında yeni bir iş sözleşmesinin kurulmuş olduğunun kabulü gerekmektedir. Keza tarafların iradesi doğrultusunda iş sözleşmesinin niteliği belirlenecektir. Böylece taraflar belirsiz süre bakımından bu iş sözleşmesini kurabilecekleri gibi ödünç iş ilişkisinin süresince devam edecek, belirli süreli bir iş sözleşmesi yapmaları da söz konusu olabilir. Bu hususa yönelik olarak diğer bir görüşe göre ise, geçici işvereni ödünç işçi ile böyle bir iş sözleşmesi yapmaya zorlamanın doğru gözükmediğini, zira aksi takdirde asıl işverenin işyerinin kapatılmasının bedelini, geçici işverenin ödemek zorunda kalacağını savunmaktadır⁹⁷⁰. Ayrıca, yazar, ödünç işçi açısından da ödünç iş ilişkisinin kararlaştırılan süre kadar devam etmesi gerektiğini böylece geçici işverenin bu bakımdan mağdur olmayacağını eklemektedir. Böylece ödünç iş ilişkisi işyerinin kapanma tarihinde değil, taraflarca kararlaştırılan ödünç iş süresinin bitiminde sona erecektir.

Kanaatimizce öğretilen naklettiğimiz görüşlerden, son görüş daha isabetli olanıdır. Zira bu çözüm şekli, asıl işverenin işyerinin kapanması halinde, özellikle ödünç işçinin mağdur olmasını engellemektedir. Gerçekten asıl işverenin işyerini kendi iradesi ile kapatması, ödünç işçi ile arasındaki iş sözleşmesine dayanan hukuki ilişkiyi derhal sona erdirmeyecektir. Böyle bir kapanma, kendisi için haklı bir fesih teşkil edeceği gibi ayrıca, bu hususta iradesinin gerçeği yansıtıp yansıtmadığı da dava konusu olabilecektir. Bu bakımdan, böyle bir sürece girilmesi halinde ödünç işçinin iş sözleşmesi devam edeceği için kendisi ödünç iş ilişkisi süresince devam eden işçilik hak ve alacaklarından asıl işverenin geçici işverenle müteselsil sorumluluğu gündeme gelebilecektir (İK m.7/3). Aksi takdirde asıl işverenin işyerinin kapanması ile birlikte bu sorumluluktan kurtulması kabul edilmiş olacaktır.

C.GEÇİCİ İŞVERENİN İŞYERİNİN KAPATILMASI

Geçici işverenin işyerinin kapanması halinde de yukarıdakine benzer bir ayırımda bulunulması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu doğrultuda, eğer işyerinin

⁹⁶⁹ Ali Cengiz Köseoğlu, *İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2004, s.204; Odaman, s.269.

⁹⁷⁰ Odaman, s.269.

kapanması geçici işverenin isteği dışında gelişmiş ise böyle bir olasılıkta da ödünç iş ilişkisinin neticeleneceğini kabul etmek doğru gibi gözükebilir. Ancak, bizim kanaatimizce, eğer ödünç iş ilişkisinde özellikle ödünç işçinin geçici işverenin yanında çalışmaya başlamasından sonra böyle bir durum ortaya çıkarsa ödünç iş ilişkisinin askıda kalacağı kabul edilebilir.

Gerçekten öğretide ve uygulamada kabul edildiği üzere, iş sözleşmesinin hukuken askıya alınabileceği kabul edilmektedir⁹⁷¹. Bizce iş sözleşmelerinin askıya alınması kıyasen ödünç iş ilişkisinde de uygulanabilir. Şöyle ki, öğretide işveren açısından, iş sözleşmesinin askıya alınabilmesi için işverenin ifayı kabul imkânsızlığı bulunması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca, bu imkânsızlık hali geçici olmalı ve ortaya çıkış nedeni işverenin kusuruna dayanmamalıdır⁹⁷². Bu bakımdan, eğer ödünç iş ilişkisinde de geçici işveren açısından böyle bir durum ortaya çıkarsa, o zaman bu halin devamı süresince ödünç iş ilişkisinin de askıda olduğu kabul edilebilir. Özellikle, İş Kanunu madde 79 uyarınca işçilerin yaşamı için tehlikeli olan bir husus tespit edildiği takdirde, bu tehlike giderilinceye kadar işyerini iş sağlığı ve güvenliği bakımından denetlemeye yetkili iki ilgili müfettiş, bir işçi ve bir işveren temsilcisi ile bölge müdüründen oluşan beş kişilik komisyon kararı ile kısmen veya tamamen işin durdurulmasına karar verilir. İşte böyle bir durumda eğer bu tehlikenin ortaya çıkışı geçici işverenini kusuruna dayanmıyorsa, bu tehlikenin giderilmesine kadar ödünç iş ilişkisinin askıda olduğu kabul edilebilir. Ancak, bu süre de ödünç iş ilişkisinin devamı olarak sayılacaktır.

Geçici işverenin işyerini kendi iradesi ile kapatması halinde ise hiç şüphesiz ödünç iş ilişkisinin de sona ereceğini kabul etmek gerekir⁹⁷³. Ancak, öğretide belirtildiği üzere, geçici işverenin aynı iş kolunda faaliyet gösteren başka bir işyeri varsa o zaman ödünç iş ilişkisinin devam etmesi mümkündür⁹⁷⁴. Bizde bu görüşe katılmakla beraber, bu işyerinin de daha önceden kararlaştırılan işyerine yakın bir yerde olmaması halinde, ödünç işçinin yeni işyerinde çalışmak için onayı alınmalıdır. Geçici işverenin işyerinin kapanması ile birlikte, ödünç işçinin asıl işvereni o işçiyi tekrardan kendi işyerinde

⁹⁷¹ Süzek, s.426 vd.

⁹⁷² Süzek, s.433.

⁹⁷³ Köseoğlu, s.204.

⁹⁷⁴ Odaman, s.268.

çalıştırmak zorunda olduğu gibi ödünç işçi de kendi işverenin yanında bu kalan süreyi çalışarak geçirmekle yükümlüdür⁹⁷⁵. Gerçekten böyle bir durumda, ödünç işçinin asıl işveren ile olan iş sözleşmesi bu süreçte varlığını devam ettirdiği için asıl işveren işçiyi kendi işyerinde çalıştırmak ve ücretini ödemekle yükümlü tutulmuştur. Ayrıca, İş Kanunu ilgili hükmü uyarınca işçinin ödünç iş ilişkisi kurulan işverenin yanında geçirdiği süreye ilişkin ücret ve sigorta primlerinden her iki işveren birlikte sorumludurlar (İK m.7/3).

IV. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN TARAFLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ NEDENİ İLE SONA ERMESİ

A. ÖDÜNÇ İŞÇİNİN ÖLÜMÜ

Ödünç işçinin ölümü üç taraflı olan ödünç iş ilişkisinde hem işçinin asıl işverenle olan iş sözleşmesinin yanı sıra taraflar arasındaki ödünç iş ilişkisinin de akıbetini etkileyecektir. Şöyle ki, öncelikle ödünç işçi ile asıl işvereni arasındaki iş sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir (BK m.347/1). Zira iş sözleşmesi işçinin kişiliği ve özellikleri göz önüne alınarak yapılmıştır. Bu bakımdan, işçinin mirasçılarının veya işverenin ayrıca, fesih bildiriminde bulunmasına gerek olamadığı gibi, ayrıca, işçinin iş görme borcu mirasçılara geçmediğinden, işverenin mirasçılardan bu iş görme borcunu yerine getirmelerini isteyemez⁹⁷⁶.

Taraflar arasındaki mevcut ödünç iş ilişkisi ise, böyle bir durumda her halükarda sona erecektir⁹⁷⁷. Zira ödünç işçinin geçici işveren yanındaki çalışması işçinin ölümü ile birlikte imkânsızlık haline maruz kalacaktır. Ancak, işverenler arasındaki ödünç işçi verme sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı hakkında ise çeşitli ihtimaller gündeme gelebilecektir. Birinci ihtimalde, taraflar böyle bir ihtimali önceden göz önüne almış olabilirler. Buna göre, taraflar ödünç işçi verme sözleşmesinde açık bir biçimde, ölüm veya benzeri ifa imkânsızlığı yaratan hallerde o işçinin yerine başkasının verilmesini öngörmüş olabilirler⁹⁷⁸. Dolayısıyla, böyle bir hüküm mevcut ise asıl

⁹⁷⁵ Köseoğlu, s.204; Odaman, s.267.

⁹⁷⁶ Çelik, s.185; Süzek, s.452.

⁹⁷⁷ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.211; Çankaya/Çil, s.327; Odaman, s.279.

⁹⁷⁸ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.211

işveren ölen işçinin yerine başka bir işçi gönderebilecektir. Hatta öğretide bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda taraflar böyle bir durumu sözleşmede açıkça belirtmemiş olsalar bile, eğer taraflar açıkça ismen belirli bir işçinin gönderilmesi hususunda anlaşmış değilseler, işveren objektif biçimde ortalama diğer bir işçinin gönderilmesi ile birlikte ödünç işçi verme sözleşmesinin ayakta tutulması sağlanabilecektir⁹⁷⁹. Gerçekten sözleşmenin mümkün olduğunca ayakta tutulması prensibinin ödünç işçi verme sözleşmesinde de uygulama alanı olması gerekmektedir. Bu bakımdan dürüstlük kuralı (MK m.2) çerçevesinde bu hak asıl işverene tanınmalıdır. Ancak, işçinin vasıfları açısından özel nitelikler sözleşmede belirlenmiş ise, bu durumda asıl işveren belirtilen özelliklere haiz olan bir işçinin gönderilmesi ile borcundan kurtulabilecektir.

Diğer ihtimalde, eğer taraflar ismen belirli bir işçiyi vermeyi kararlaştırmış iseler bu işçinin ölümü ile birlikte ödünç işçi verme sözleşmesi konusuz kalacaktır⁹⁸⁰. Ancak taraflar ödünç işçi verme sözleşmesinde bu gibi ifa imkânsızlığı yaratan hallerde başka bir işçinin gönderilmesi hususunda anlaşmış iseler, o zaman ödünç işçi verme sözleşmesi sona ermeyecektir. Keza birden fazla işçinin ödünç olarak verilmesi konusunda sözleşmede anlaşılmış ise, bunlardan bazılarının ölmesi taraflar arasındaki ödünç işçi verme sözleşmesini sona erdirmeyecektir⁹⁸¹.

B. ASIL İŞVERENİN ÖLÜMÜ

Asıl işverenin ölümü kendisinin ödünç işçi ile arasındaki iş sözleşmesi ile taraflar arasındaki ödünç iş ilişkisine olan etkisinin ayrı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle ödünç işçi ile arasındaki iş sözleşmesine olan etkisinde Borçlar Kanunu madde 347 uygulama alanı bulacaktır. Anılan hüküm uyarınca, işverenin ölümü halinde kural olarak iş sözleşmesi sona ermez ve sözleşmeden hak ve borçları işverenin mirasçılara geçer⁹⁸². Ancak, bu durumun istisnası ilgili hükümde öngörülmüştür. Eğer iş sözleşmesi işverenin bizzat şahsı göz önünde tutularak yapılmış

⁹⁷⁹ Odaman, s.279.

⁹⁸⁰ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.211; Odaman, s.279.

⁹⁸¹ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.211. Yazar böyle bir olasılıkta, eğer bu durum ödünç işçi verme sözleşmesinin devamını çekilmez hale getiren bir nitelik arz ediyorsa, geçici işveren açısından sözleşmenin haklı nedenle feshinin gündeme gelebileceğini eklemektedir.

⁹⁸² Çelik, s.186.

ise bu durumda işverenin ölümü ile birlikte iş sözleşmesi de sona erecektir (BK m.347/2).

Asıl işverenin ölümünün iş sözleşmesine olan etkisi genel olarak böyle olmakla beraber, ödünç iş ilişkisinin dayanak noktası olan ödünç işçi verme sözleşmesi açısından ise genel olarak asıl işverenin ölümü sözleşmenin devamını engellemeyecektir⁹⁸³. Zira asıl işverenin ölümü ile birlikte bu borcun yerine getirilmesi mirasçılara geçecektir. Öte yandan, tarafların ödünç işçi verme sözleşmesinde asıl işverenin ölümü halinde ödünç işçi verme sözleşmesinin son bulacağını kararlaştırmış olmaları da mümkündür⁹⁸⁴. Bunun yanı sıra, mirasçılar da sonradan ödünç işçi verme sözleşmesini devam ettirme yönündeki iradelerini somut olarak ortaya koymaları halinde de, ödünç işçi verme sözleşmesi neticelenecektir⁹⁸⁵.

C. GEÇİCİ İŞVERENİN ÖLÜMÜ

Geçici işverenin ölümü halinde ise ödünç işçi verme sözleşmesinin akıbeti hakkında öğretilerde iki farklı görüş vardır. İlk görüş uyarınca, geçici işverenin ölümü halinde asıl işveren ile geçici işveren arasındaki ödünç işçi verme sözleşmesi neticelenmeyecek ve geçici işverenin mirasçıları onun yerine geçecektir⁹⁸⁶. Bu görüşe göre, ödünç iş ilişkisinde geçici işverenin bu ilişkiden kaynaklanan hak ve borçları onun şahsına bağlı değildir. Bu bakımdan mirasçılar külli halefiyet yolu ile geçici işveren olarak, ölen işverenin yerini alacaklardır.

Öğretilerde diğer görüşe göre ise, böyle bir durumun kabulü her zaman mümkün görülmebilecektir⁹⁸⁷. Bu görüşe göre, geçici işverenin ölümünün asıl işverenle ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesine bir etkisinin olamayacağı şüphesizdir. Ancak, bu ölümün ödünç işçi verme sözleşmesini sona erdirmesi imkân dâhilindedir. Şöyle ki, Borçlar Kanunu madde 347’de ifade edildiği gibi iş sözleşmesi işverenin kişiliği dikkate alınarak yapılmış ise, onu ölümü ile birlikte iş sözleşmesi de sona erecektir (BK m.347/2). Bu bakımdan iki taraflı normal bir iş ilişkisinde işçiden hizmet alan ve bazı

⁹⁸³ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.211; Çankaya/Çil, s.327; Odaman, s.280; Serin, s.1085.

⁹⁸⁴ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.212.

⁹⁸⁵ Odaman, s.280.

⁹⁸⁶ Akyiğit, **Ödünç İş İlişkisi**, s.212; Çankaya/Çil, s.327; Serin, s.1085; Benli/Yiğit, s.28.

⁹⁸⁷ Odaman, s.280.

durumlarda kişiliği önem taşıyan taraf işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverenidir. Ödünç işçi ile geçici işveren arasındaki ilişki de böyle sözleşme benzeri bir ilişki olduğundan bu hüküm kıyasen aralarındaki bu ilişkiye de uygulanabilmelidir. Böylece, geçici işverenin kişiliği eğer ödünç iş ilişkisinin kuruluşunda önem arz ediyorsa, ölümü ile birlikte taraflar arasındaki ödünç işçi verme sözleşmesi de neticelenecektir.

Kanaatimizce öğretideki baskın görüş isabetlidir. Bizce geçici işverenin ölümü ile birlikte mirasçılar sözleşmeye taraf olurlar. Ancak, kendileri bu hukuki ilişkiye taraf olmak istemezler ise o zaman serbest iradeleri ile bu ilişkiden geri çekilebilirler. Aksi halin, yani geçici işverenin ölümü ile birlikte bu ilişkinin bazı hallerde sona ereceğinin kabulü bize zorlama bir tercih gibi gözükmektedir. Zira Borçlar Kanunundaki hüküm esasen iş sözleşmesini ilgilendiren ve bu ilişkide taraf olan işçi ve işveren tarafını ilgilendirmektedir. Oysaki ödünç işçi verme sözleşmesi iş sözleşmesinden farklı bir sözleşme olduğu gibi tarafları da esasen farklıdır.

§ 9. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ HÜKÜMLERİNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Yukarıda incelediğimiz ödünç iş ilişkisine ilişkin Kanunda yer alan hüküm işçi ve işverenler açısından bir takım yükümlülükler içermektedir. Keza söz konusu hukuki ilişkinin yapılması, yenilenmesi Kanunda bazı şekil şartlarına tabi kılınmış ve ödünç iş ilişkisinin uygulama alanı yasa koyucu tarafından sınırlandırılmıştır (İK m.7/1). Dolayısıyla, ödünç iş ilişkisini düzenleyen hükme ilişkin aykırılığın hukuki ve cezai yaptırımının belirlenmesi büyük önem arz etmektedir.

Ödünç iş ilişkisi hükümlerine aykırılığın hukuki yaptırımı esasen İş Kanununda ayrıca düzenlenmemekle beraber, önceki bölümlerde bahsettiğimiz üzere bu hususta çeşitli ihtimaller gündeme gelebilecektir. Zira hukuki yaptırım aykırılığın niteliğine göre farklı bir hal alacaktır. Örneğin, ödünç iş ilişkisine dayanak teşkil eden ödünç işçi verme sözleşmesinin feshi veya iptali halinde de hiç şüphesiz ödünç iş ilişkisi kendiliğinden sona erecektir. Bu bağlamda, öğretide bizimde katıldığımız görüş doğrultusunda, ödünç işçi verme sözleşmesinin kanunen yazılı olarak yapılması bir şekil

şartı teşkil ettiğinden (İK m.7/2)⁹⁸⁸, söz konusu şekil şartına uyulmaması halinde ödünç işçi verme sözleşmesi kesin hükümsüz sayılacaktır (BK m.11/2). Diğer taraftan, ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi verme sözleşmesinin süresinin kanuni azami süreyi aşması halinde bize göre yerine göre iş sözleşmesinin devri veya işverenlerin birlikte işveren niteliğini kazandığının kabulü mümkün olabilecektir⁹⁸⁹.

Öte yandan Kanunda, ödünç verilmek istenen işçinin onayı bulunmadan ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi mümkün görülmemiştir. Gerçekten, üç taraflı bir hukuki ilişki olan ödünç iş ilişkisinde, işçinin onayı bu ilişkinin geçerli bir biçimde kurulması için gerekli bir koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu doğrultuda, yasa koyucu da ödünç verilmek istenen işçinin onayının devir esnasında, yazılı bir biçimde alınacağını açıklığa kavuşturmuştur (İK m.7/1). Hiç şüphesiz, işçinin onayı belirli bir ödünce yönelik alınmasının da gerekli olduğu kabul edilmelidir. Böylece, işçinin belirli bir ödünç iş ilişkisine yönelik onayını içeren yazılı irade beyanının devir sırasında alınmasının, taraflar arasında ödünç iş ilişkisinin geçerli bir biçimde kurulmuş sayılması için bir geçerlilik koşulu olduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu hususla bağlantılı olarak, ödünç verilmek istenen işçinin kendi işvereni tarafından yapılan teklif üzerine ödünç olarak çalışmayı kabul etmemesinin, işvereni bakımından aralarındaki iş sözleşmesinin feshine yönelik olarak haklı veya geçerli fesih nedeni sayılamayacağını da eklemeliyiz. Buna göre, işçiyi istihdam eden işvereni, böyle bir nedenden dolayı, aralarındaki iş sözleşmesinin feshi yoluna başvuramayacaktır. Eklemek gerekirse, işçinin ödünç olarak diğer bir işverenin yanında çalışması için kendi işvereni tarafından zorlanması halinde, işçinin çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle (İK m.24/II-f) iş sözleşmesini derhal fesih imkânı da bulunmaktadır⁹⁹⁰.

4857 sayılı İş Kanunda, ödünç iş ilişkisine ilişkin söz konusu hükme aykırılık halinde, “Genel hükümlere aykırılık” (İK m.99) başlığı altında ayrı bir cezai yaptırım da öngörülmüştür. Şöyle ki; “ödünç iş ilişkisi hükmünde öngörülen ilke ve yükümlülöklere aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için elli milyon lira

⁹⁸⁸ Bkz, yukarıda, § 3, III.

⁹⁸⁹ Bkz, yukarıda, § 8, II, A.

⁹⁹⁰ Benli/Yiğit, s.36; ayrıca bkz, yukarıda, § 3, V.

para cezası verilecektir” (İK m.99/a). Görüldüğü üzere, madde hükmü genel bir ifade içermektedir ve dolayısıyla içeriği bakımından hükmün açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir. Buna yönelik olarak, aşağıda özellikle, ilgili madde hükmünde belirtilen para cezasının hukuki niteliği ve söz konusu para cezasının miktarı ve uygulanması ayrı başlıklar altında irdelenecektir.

II. PARA CEZASI VERİLMESİ

A. GENEL OLARAK

İş Hukukunda özellikle 20.yy başlarında egemen olan ve istihdam ilişkilerini düzenleyen hükümlerdeki aşırı liberal anlayış çoğu zaman işçi aleyhine sonuçlar doğurmuştur. Gerçekten, İş Hukukunun her ne kadar sözleşme serbestisine dayanan bir özel hukuk alanı olmasına rağmen, işçinin işveren yanında zayıf konumda bulunmasından dolayı, bazı koruyucu ve caydırıcı önlemlerin alınması gerekli olmuştur. Bu doğrultuda, Devlet üçüncü bir taraf olarak çalışma hayatına müdahalede bulunup, söz konusu olumsuzlukların önüne geçmeye çalışmıştır.

Buna yönelik biçimde Devlet, işçiyi korumak için yasal düzenlemeler getirmiş ve bu düzenlemelere aykırılığa yönelik çeşitli yaptırımlar öngörmüştür. Zira Devlet elindeki kamu erki sayesinde yaptırım gücüne de haiz bulunmaktadır. Söz konusu yaptırımların hukuki, cezai veya idari nitelikte olabilmesi mümkündür⁹⁹¹.

Kanundaki bazı yükümlülöklere aykırılık, sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur. Buna karşılık bazı yükümlölöklere aykırılık kamu düzenini de bozacak niteliktedir. Bunlara uyulmasını temin etmek Devletin görevi olup, Devlet bu görevini, kamu gücünü kullanarak uyguladığı cezai yaptırımlar ile yerine getirir. Nitekim İş Kanununda da, bazı hükümlere aykırılık halinde işveren ve işveren vekili hakkında cezai yaptırımlar öngörölmüştür. Belirtilmelidir ki, bu konudaki düzenlemeler, Çalışma Ceza Hukuku ya da Sosyal Ceza Hukuku olarak adlandırılan bu alan ayrı bir hukuk dalı olabilecek genişlikte olup İş Hukukunun bütünleyicisi niteliğindedir.

⁹⁹¹ Caniklioğlu/Canbolat, s.1.

İş Kanununda bazı hükümlere aykırılık halinde, yasa koyucu tarafından söz konusu fiili işleyen işveren veya işveren vekiline (istisnai olarak da işçiye) kanunen belirli miktarda para cezası yaptırımını öngörülmüştür. Yürürlükteki İş Kanunun sekizinci bölümünü oluşturan “ İdari Ceza Hükümleri” kenar başlığı altında yer alan hükümler (İK m.98-108) esasen buna yönelik olarak getirilmiş bulunmaktadır. Yukarıda bahsettiğimiz ve ödünç iş ilişkisi hükümlerine aykırılığın cezai yaptırımını düzenleyen madde de (İK m.99/a), söz konusu hükümlerin arasında yer almaktadır.

B. PARA CEZASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Anılan bölümde ilgili madde hükümlerinde getirilmiş bulunan para cezasının hukuki niteliği itibariyle idari para cezası olduğu belirtilmelidir⁹⁹². Bilindiği üzere, para cezaları, esasen konu, amaç ve cezayı veren yargı organı bakımından çeşitli tasniflere tabi tutulmaktadır. Cezayı veren makam esas alınarak yapılan ayırıma göre para cezaları idari para cezaları ve adli para cezaları olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu kapsamda, adli makamlar tarafından verilen cezalara adli para cezaları, idari makamlar tarafından verilen cezalara da idari para cezaları denilmektedir. 4857 sayılı Kanunda ise esasen idari para cezası sistemi kabul edilmiştir⁹⁹³.

İdari para cezalarının idare tarafından verilmesi ve sadece düzene uyulmasını temin amacı bulunması nedeniyle, bu cezaların klasik ceza hukuku anlamındaki cezalara uymadığı, bu nedenle bunların ceza olarak nitelendirilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir.

İdari para cezaları cezai nitelik taşıdığından, genel olarak Ceza Hukukundaki ilkelere uygun olarak düzenlenmeleri gerekmektedir. Bu bakımdan, her ne kadar idari para cezaları etkilerini suçlunun malvarlığında doğursa da, aynı zamanda bir ceza olması nedeniyle, cezalara ilişkin eşitlik, genellik ve kanunilik özelliklerinin idari para

⁹⁹² Ercan Akyiğit, “4857 Sayılı İş Kanununda İdari Para Cezaları”, Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 5, Kasım 2005, s.13; Caniklioğlu/Canbolat/ s.5; Serin, s.1086.

⁹⁹³ Akyiğit, **Para Cezaları**, s.7; Caniklioğlu/Canbolat, s.5.

cezalarında da bulunması gerekir⁹⁹⁴. Bu doğrultuda, cezaların kişiselliği ilkesi de idari para cezalarında geçerliliğini korumaktadır⁹⁹⁵.

Diğer taraftan, para cezalarının miktarı bakımından yapılan ayırım uyarınca, para cezaları maktu ve nispi para cezası olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre, Kanunda miktarı kesin olarak belirli para cezalarına “maktu para cezası”, cezanın miktarı kesin olarak belirlenmiş olmayıp da, fail tarafından elde edilen yarar ya da verilen zarara orantılı olarak değişen para cezalarına da “nispi para cezası” denilmektedir⁹⁹⁶. Nispi para cezalarının katsayıya bağlı olarak artmaması ve dolayısıyla enflasyon nedeniyle zaman içinde caydırıcılığını kaybetmesinden dolayı, maktu/nispi para cezası ayrımı önem arz etmektedir⁹⁹⁷. Ödünç iş ilişkisi hükümlerine aykırılık halinde uygulanan idari para cezası nispi niteliktedir ve her işçi için ayrı olarak tahakkuk ettirilecektir.

C. PARA CEZASININ UYGULANMASI VE MİKTARI

Ödünç iş ilişkisini düzenleyen hükümde, yukarıda belirttiğimiz gibi, hangi hallerde söz konusu yaptırımın uygulanacağına yer verilmemiştir. Dolayısıyla, maddede yer alan “ilke ve yükümlülükler aykırılık” ibaresinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Buna göre, öncelikle ödünç işçi verme sözleşmesinin yazılı yapılmaması, ödünç verilmek istenen işçinin devir sırasında yazılı rızasının alınmaması, ödünç iş ilişkisinde yasal azami sürenin aşılması, holding ve aynı şirketler topluluğu bünyesi haricinde işçinin daha önceden yaptığı işle benzer olmayan bir iş için ödünç verilmesi, toplu işçi çıkarılan işyerinde, toplu işçi çıkarma tarihinden sonraki 6 ay içinde ödünç iş ilişkisi kurulması, geçici işverenin işyerinde gerçekleşen grev ve/veya lokavta rağmen işçinin kanuna aykırı olarak hala çalıştırılmaya devam ettirilmesi, işçinin ücreti ve sosyal sigorta primlerinin ödenmemesi, işçiye gerekli sağlık ve güvenlik eğitimlerinin sunulmaması idari para cezasını gerektiren haller arasındadır⁹⁹⁸.

Diğer taraftan, ilgili madde hükmünde, söz konusu idari para cezasının hangi işverenden tahsil edileceğine dair açık bir düzenleme de yer almamaktadır. Zira

⁹⁹⁴ Caniklioğlu/Canbolat, s.4.

⁹⁹⁵ Caniklioğlu/Canbolat, s.4; Ekmekçi, **Hükümler**, s.382; Keser, s.103.

⁹⁹⁶ Akyiğit, **Para Cezaları**, s.45; Caniklioğlu/Canbolat, s.5.

⁹⁹⁷ Caniklioğlu/Canbolat, s.5.

⁹⁹⁸ Akyiğit, **Para Cezaları**, s.13-16; Caniklioğlu/Canbolat, s.11; Benli/Yiğit, s.35.

bilindiği üzere, ödünç iş ilişkisinde iki ayrı işveren mevcuttur ve bunların yükümlülükleri Kanunda ayrı ayrı belirtilmiştir. Bazı hallerde ise, Kanun her iki işvereni de birlikte sorumlu tutma yoluna gitmiştir. Böylece, bazı durumlarda her iki işverenin de belirtilen yükümlülüklerle birlikte aykırı davranması da mümkün olabilecektir. Ancak, yukarıda bahsedilen cezaların kişiselliği ilkesi kural olarak idari para cezalarında da geçerli olduğundan, bir işverenin suç teşkil eden fiiline ilişkin idari para cezasından dolayı, başka bir işverenin de onunla beraber sorumlu tutulması söz konusu ilkeye aykırılık teşkil edecektir⁹⁹⁹.

Bu bakımdan, ödünç iş ilişkisini düzenleyen ilgili hükümdeki ilke ve yükümlülüklerle aykırılık hallerinde idari para cezasının söz konusu işverenlerin (veya işveren vekillerinin) hangisinden tahsil edilmesi gerektiği çözümlenmesi geren bir husus olmaktadır. İdari para cezasından sorumlu olan işverenin belirlenmesinde, ihlal edilen kuralın niteliği göz önünde bulundurulması yerinde olacaktır. Ancak belirtmek gerekirse, söz konusu yükümlülüklerle aykırı davranış genellikle işçinin asıl işverenin şahsında belirmektedir¹⁰⁰⁰. Örneğin, işçinin yazılı rızası alınmadan kurulacak bir ödünç iş ilişkisinde (İK m.7/1), asıl işverenin idari para cezasından sorumlu tutulması gerekeceği açıktır. Öte yandan, toplu işçi çıkaran işverenin altı ay içinde başka bir işverenden ödünç olarak alınan işçileri, toplu çıkarılanların yerine çalıştırması halinde asıl işverenin de idari para cezasıyla cezalandırılması isabetli olmayacaktır. Zira asıl işverenin, geçici işverenin toplu işçi çıkardığını ve bunların hangi işte çalıştığını bilmesi beklenmeyecektir¹⁰⁰¹. Bu halde sorumluluk geçici işverenin üzerinde olacaktır. Keza geçici işveren kanunen iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlü tutulmasından dolayı (İK m.7/1), söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde idari para cezasından (İK m.99/a) sorumlu olacak olan yine geçici işveren olacaktır¹⁰⁰².

Ödünç işçinin ödünç olarak çalışması sırasında ödenmeyen ücret ve sosyal sigorta primlerinden kanunen hem asıl işveren hem de geçici işveren birlikte sorumlu olduklarından (İK m.7/3), söz konusu yükümlülüğe aykırılık halinde her iki işveren de

⁹⁹⁹ Ekmekçi, **Hükümler**, s.382.

¹⁰⁰⁰ Ekmekçi, **Hükümler**, s.382.

¹⁰⁰¹ Akyiğit, **Para Cezaları**, s.15.

¹⁰⁰² Keser, s.103; Akyiğit, **Para Cezaları**, s.15.

ayrı idari para cezasına maruz kalacaklardır. Hâlbuki aynı fiilden dolayı esasen tek bir idari para cezası kesilip, bu cezadan her iki işverenin birlikte sorumlu tutulmasının daha yerinde olacağı öğretilerinde belirtilmektedir¹⁰⁰³.

Öğretilerde haklı olarak, Bu hükmün Kanunda düzenleniş biçimi eleştiriye uğramaktadır¹⁰⁰⁴. Gerçekten söz konusu idari para cezasından hangi durumlarda hangi işverenin sorumlu olacağının, Kanunda açıkça düzenlenmesinin, yerinde olacağı belirtilmektedir. Keza ilgili hükümdeki idari para cezası bu durumdaki her bir işçi için öngörülmüştür. Ancak maddede, sadece aykırılığın tespit edildiği durum esas alınmıştır. Bu bakımdan, aykırılığın devam etmesi halinde idari para cezası arttırılmayacaktır¹⁰⁰⁵.

D. PARA CEZASINI VERMEYE YETKİLİ RESMÎ MAKAM

İş Kanununun 108. maddesinin 15.05.2008 tarihli ve 5763 sayılı Kanun ile değiştirilmesinden öncesinde hükümde idari para cezası vermeye yetkili tek resmi makam sadece Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürü olarak belirtilmişti. Ancak, anılan değişiklik sonrasında, İş Kanununda bulunan idari para cezaları (101 ve 106 numaralı maddeler haricinde) gerekçesi bildirilerek Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verilecektir. İş Kanunu madde 101 ve 106 hükümlerine aykırılık halinde ise idari para cezası verilmesinin, Türkiye İş Kurumu yetkisinde olduğu hükme bağlanmıştır (İK m.108). Böylece, artık idari para cezasını vermeye yetkili bulunan iki farklı resmi makam söz konusu olmaktadır. Ödünç iş ilişkisi hükümlerine aykırılık halinde ise şu anki mevcut yasal düzenleme kapsamında idari para cezasını uygulamaya yetkili makam halen Bölge Çalışma Müdürü olarak bulunmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekirse, Bölge Çalışma Müdürlüğünün bu hususa yönelik olarak kanunen yetkili kılınması isabetlidir. Zira İş Kanununa göre, işyerlerinin denetim ve teftişi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı iş müfettişlerince yerine getirilir (İK m.91/1). İş müfettişleri de Bölge Çalışma Müdürlüğüne bağlıdır. Dolayısıyla, denetime yetkili olan, bu konudaki eksiklikleri tespit eden makamın ceza

¹⁰⁰³ Akyiğit, **Para Cezaları**, s.15.

¹⁰⁰⁴ Ekmekçi, **Hükümler**, s.382.

¹⁰⁰⁵ Ekmekçi, **Hükümler**, s.382.

verme yetkisine sahip olması, cezaların süratle uygulanmasını sağlamasının yanı sıra cezaların etkinliği bakımından da önem arz etmektedir¹⁰⁰⁶. Keza halen yürürlükte olan İş Teftişi Tüzüğünde¹⁰⁰⁷ uyarınca, iş müfettişlerince ilgili kişiye yaptırım uygulanmasına yönelik olarak hazırlanan teftiş sonucunun bir rapora bağlanacağı belirtilmiştir (m.22/1). Söz konusu rapor, öncelikle Grup Başkanlığına sunulacaktır. Sonradan Bölge Çalışma Müdürlüğüne iletilen raporlarda çalışma mevzuatına aykırı tutumları saptanan işveren veya işveren vekillerine yönelik olarak yasal kovuşturma yapılmak üzere yetkili makamlara (Cumhuriyet Savcılığı) başvurulacağı belirtilmiştir (m.22/son). Böylece, yapılan denetimler neticesinde ödünç iş ilişkisi hükümlerine bir aykırılık tespit olunursa (İK m.99/a), hazırlanan rapordaki belirtilen bu hususa dayanarak Bölge Çalışma Müdürü gerekli idari para cezasını tayin edip, ilgililere karşı uygulayabilecektir.

Öte yandan, Kanunda Bölge Çalışma Müdürü söz konusu cezayı uygulamaya yönelik olarak münhasıran yetkili kılındığından, müdür dışında müdür yardımcısının, iş müfettişinin veya diğer üçüncü bir kişinin bu konuda her hangi bir yetkisi bulunmamaktadır¹⁰⁰⁸. Ancak, vekaleten müdür görevini yürüten kişinin bu hak ve yetkiye de sahip olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁰⁹. Ayrıca, Kanunda anılan değişikliğin yapılmasından önce, hükümde idari para cezalarının o yerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürü tarafından verileceği belirtilmişti. Aynı esasın değişiklik sonrası da geçerli olduğu kabul edilmelidir.

İş Kanunu madde 101 ve 106 bakımından ise idari para cezaları doğrudan Türkiye İş Kurumu İl Müdürü tarafından verileceğini yukarıda belirtmiştik (İK m.108). Anılan hükümler, özürlü ve eski hükümlü çalıştırma hükümlerine aykırılık (İK m.101) ile özel istihdam bürolarının iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetini izin almadan yerine getirmesi (İK m.106) halinde uygulanacak idari para cezalarını düzenlemektedir. Türkiye İş Kurumu Kanunu¹⁰¹⁰ uyarınca, il düzeyinde il müdürlüklerinin kurulacağından bahsedilmiştir (m.12). Bu bakımdan, işyerinin bulunduğu il müdürünün,

¹⁰⁰⁶ Caniklioğlu/Canbolat, s.51

¹⁰⁰⁷ RG. 28.08.1979, 16738.

¹⁰⁰⁸ Akyiğit, **Para Cezaları**, s.43; Caniklioğlu/Canbolat, s.51.

¹⁰⁰⁹ Caniklioğlu/Canbolat, s.51.

¹⁰¹⁰ RG. 05.07.2003, 25159.

idari para cezasını vermeye yetkili olduğu kabul edilmelidir. Anılan Kanunda, özel istihdam bürolarının Kanundaki düzenlemelere aykırılıkları veya yasal eksiklikleri bulunması bakımından da idari para cezası yaptırımını ön görülmüştür (m.20). Söz konusu idari para cezaları yine Türkiye İş Kurumu tarafından verilecektir.

İdari para cezasının verilmesine yönelik olarak, İş Kanunu ilgili hükmünde belirtilen resmi makamlar haricinde, diğer bazı resmi mercilerin bu alana yönelik yetkisi bulunmaktadır. Şöyle ki, halen yürürlükte olan Kabahatler Kanunu¹⁰¹¹ uyarınca, kabahat, kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık olarak belirtilmiştir (KK m.2). Dolayısıyla, anılan Kanuna göre, İş Kanununda belirtilen ve idari para cezası uygulanmasını gerektiren fiil ve davranışlar aynı zamanda bu Kanun kapsamına giren kabahat kavramına dâhil bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekirse, anılan Kanun, İş Kanununda yer alan idari para cezası gerektiren halleri (İK m.98-107) değiştirmiş bulunmamaktadır¹⁰¹². Diğer taraftan, anılan Kanunda, idari para cezasını uygulamaya yetkili resmi makamın belirlenmesinde İş Kanunundan farklı bir durum söz konusudur. Buna göre, bazı hallerde idari para cezası gerek Cumhuriyet savcılığı gerekse ilgili mahkeme tarafından verilebilecektir;

Şöyle ki, eğer bir her hangi bir suça yönelik soruşturma aşamasında, kendisi İş Kanunu kapsamında yer alan bir kabahatin işlendiğini öğrenirse; böyle bir durumda kendisi idari para cezası verebileceği gibi, ilgili makamlara da durumu bildirme yetkisi bulunmaktadır (KK m. 23/2). Öte yandan, eğer soruşturmaya söz konusu olan fiilin İş Kanunu kapsamında bir kabahat olduğuna kendisi kanaat getirirse, bu takdirde ilgili makamlara gidilmeksizin, Cumhuriyet Savcısı bizzat idari para cezasını vermek zorundadır (KK m. 23/3). Ancak, Cumhuriyet Savcısı tarafından gerek ilk ihtimaldeki ihtiyari biçimde idari para cezasının verilmesi, gerekse ikinci ihtimaldeki kanunen zorunlu olarak idari para cezasının verilmesi hallerinde, söz konusu fiil nedeniyle ilgili kamu kurum ve kuruluşu bakımından herhangi bir idari yaptırım kararı verilmemiş olması yasal bir ön koşul olmaktadır (KK m. 23/3).

Kabahatler Kanunu uyarınca, yargılama esnasında hâkimin de idari yaptırım

¹⁰¹¹ RG. 31.03.2005, 25772.

¹⁰¹² Akyiğit, **Şerh**, s.2386.

vermesi mümkündür. Buna göre, eğer kovuşturma konusu eylemin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilecektir (KK m. 24). Hiç şüphesiz, mahkemenin idari yaptırım kararı verebilmesi için, daha önceden aynı eyleme yönelik olarak bir idari yaptırım kararı verilmemiş olması yasal bir zorunluluktur¹⁰¹³.

Görüldüğü üzere, mahkemenin ve Cumhuriyet Savcısının idari yaptırım verebilmesi imkânı, İş Kanunundaki idari para cezaları bakımından da geçerli bulunmaktadır¹⁰¹⁴. Zira Kabahatler Kanunu, idari para cezalarının uygulanması bakımından İş Kanununa nazaran “genel kanun” niteliğindedir. Gerçekten Kabahatler Kanunun “Genel Kanun Niteliği” alt başlıklı hükmünde, anılan Kanundaki kanun yoluna ilişkin hükümler haricindeki diğer genel hükümlerin idari para cezası gerektiren bütün fiiller hakkında da uygulanma niteliğine sahip olduğu belirtilmiştir (KK m. 3).

Böylelikle, Kabahatler Kanunundaki idari yaptırım kararı vermeye yetkili resmi makamların yanı sıra İş Kanununda belirtilen Türkiye İş Kurumu ilgili İl Müdürü ve Çalışma Sosyal Güvenlik Bakanlığının ilgili Bölge Müdürünün, ödünç iş ilişkisi hükümlerine aykırılık halinde, idari para cezası yaptırımını uygulamaya yönelik yetkilerinin bulunduğu ortadır.

E. PARA CEZASINA İTİRAZ

İş Kanununda yer alan para cezaları, yukarıda da belirtildiği gibi, hukuki niteliği bakımından idari para cezası vasfındadır¹⁰¹⁵. Bu doğrultuda, ilgili resmi makamların idari para cezasına hükmetmesi, organik, maddi ve işlevsel açıdan bir idari işlem niteliğindedir¹⁰¹⁶. İdarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi tutulacağına ilişkin anayasal esas gereğince, bu eylem ve işlemlerin de yargı denetimine tabi tutulması gerekir. Gerçekten Anayasanın 125. maddesi uyarınca, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olduğu belirtilmiştir.

¹⁰¹³ Akyiğit, *Şerh*, s.2400.

¹⁰¹⁴ Akyiğit, *Şerh*, s.2402.

¹⁰¹⁵ Bkz, yukarıda, § 9, II, B.

¹⁰¹⁶ Caniklioğlu/Canbolat, s.52.

Diğer yandan, idari para cezası idari yaptırımların bir çeşidini oluşturmaktadır (KK.m.16). İdari yaptırımlar ise esasen ilgili mevzuatta açıkça tespit edilen idari makamlar tarafından uygulanmaktadır (KK.m.22/1). Böyle bir uygulama, beraberinde bazı sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Şöyle ki, söz konusu durumdan dolayı, kuvvetler ayrılığı ve kişi hak ve özgürlüklerinin yürütme organına karşı güvence altına alınma ilkesinin zarar görmesi mümkündür. Dolayısıyla, bu tehlikenin bertaraf edilmesine yönelik olarak, idari yaptırım yetkisinin ve cezanın önceden ilgili Kanun kapsamında belirlenmesi ve bu cezalara karşı ilgili “yargı merciinde” itiraz hakkı tanınması zaruridir. Diğer bir ifadeyle, “cezaların kanuniliği prensibi” idari yaptırımlar bakımından da geçerli bulunmaktadır. Böylelikle, idari yaptırımların keyfi uygulamalara yol açmamasına yönelik olarak öncelikle bir yasa hükmüne dayanması, yaptırımın hangi hallerde uygulanacağını açık bir şekilde belirlenmesi ve verilen cezalara itiraz hakkı getirilmesi şarttır. Keza idari yaptırımların kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal etmesinin önüne geçmek için, bu itirazların bağımsız yargı organlarında karara bağlanması gerekmektedir¹⁰¹⁷.

1475 sayılı mülga İş Kanununda, idari para cezalarına karşı, muhataba tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde, yetkili Sulh Ceza Mahkemesine itiraz edilebileceği ve itiraz üzerine verilen kararlar kesin olduğuna yönelik bir hüküm bulunmaktaydı (m.108/2). Ayrıca, o dönemde, Sulh Ceza Mahkemesine itiraz sadece 1475 sayılı İş Kanununda yer alan para cezaları için değil, ayrıca mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu içeriğinde yer alan para cezaları bakımından da öngörülmüştü.

4857 sayılı İş Kanununda ise, aşağıda izah edeceğimiz kapsamlı değişiklik öncesinde, idari para cezalarına itirazı düzenleyen madde hükmünün ilk halinde, 1475 sayılı İş Kanunundan farklı olarak, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde yetkili idare mahkemesinde itiraz edilebileceği öngörülmüştü (İK m.108/2). Görüldüğü gibi, hükmün ilk halinde doğrudan yetkili idare mahkemesinde dava açılması öngörülmüş, Bölge Çalışma Müdürlüğüne itiraz konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu düzenleme uyarınca o dönemde İdari para cezasına yetkili idare mahkemesinde itiraz edilebilecekti. Hangi idare mahkemesinin yetkili olduğu ise idari yargılama

¹⁰¹⁷ Caniklioğlu/Canbolat, s.6.

usulünün genel esaslarına göre belirlenecekti. Keza idari yargıda yetki kamu düzenine ilişkin olduğundan dolayı bu hususta tarafların anlaşarak farklı bir mahkemeyi yetkili mahkeme olarak belirlemeleri mümkün değildir. Ayrıca yetki, kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkemece kendiliğinden dikkate alınacak bu hususta tarafların itiraz edip etmemelerinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanununda, idari yargı yeri ayrıca belirtilmemişse, yetkili mahkeme, dava konusu idari işlemi ya da idari sözleşmeyi yapan idari kurulusun bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir (İYUK m.32/1). Böylece işverenlerin o dönemde, idari para cezalarına karşı, idari para cezasını tahakkuk ettiren Bölge Çalışma Müdürlüğünün bulunduğu yerdeki idare mahkemesinde dava açabilmeleri mümkündür¹⁰¹⁸.

Öğretide o dönemde, bizce de haklı biçimde, İş Mahkemesi yerine İdare Mahkemesinin görevli yargı yeri olarak yasa koyucu tarafından tayin edilmesi eleştiriye uğramıştı¹⁰¹⁹. Gerçekten, böyle teknik bilgi gerektiren bir hususta İş Mahkemelerinin daha yerinde karar vereceği göz önünde tutulması gereken bir husus olarak göze çarpmaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz itiraz süreci, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi ile değişikliğe uğramıştır. Şöyle ki, anılan Kanunun çıkarılmasında, kabahatlerin klasik suç tanımından uzaklaştırılıp, ayrı bir yasal düzenleme yapılması ihtiyacı belirleyici olmuştur. Bu doğrultuda, kabahat Kanun tarafından, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngörülen haksızlıklar olarak tanımlanmıştır (KK m.3). Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar ise, idari para cezası ve idari tedbirler olarak tanımlanmıştır (KK m.16/1). Dolayısıyla, İş Kanununda yer alan idari para cezaları da (İK m.98-108) bu Kanun kapsamında dahil olmuştur.

¹⁰¹⁸ Caniklioğlu/Canbolat, s.54.

¹⁰¹⁹ Akyiğit, **Para Cezaları**, s.44; Caniklioğlu/Canbolat, s.55’de. “*Sosyal Ceza Hukukunda, suçlar İş Kanununun hükümlerine yollama suretiyle tanımlandığından, bir fiilin suç oluşturup oluşturmadığının tespiti için, öncelikle ilgili kurum ve kuralın bilinmesi gerekir. Sosyal Ceza Hukuku kuralını uygulayacak hâkimin, ancak, İş Hukukunda da bilgi sahibi olması halinde, işverenin eyleminin suç oluşturup oluşturmadığı konusunda en doğru kararı vermesi mümkün olabilecektir. Bu nedenle, bizce, cezaya esas eylem bakımından maddi unsurun mevcut olup olmadığını en iyi denetleyebilecek yargı organı iş mahkemesidir. Gerçekten, iş mahkemeleri bu konuda özel ihtisas mahkemeleri olup, İş Kanununda suç olarak- düzenlenmiş bir eylemin unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini en iyi tespit edebilecek görevli yargı organıdır.*”

Kabahatler Kanunu ilk halinde, bu Kanunun diğer Kanunlar ilişkin genel Kanun olduğu yönünde bir hüküm yer almaktaydı (mülga m.3). Bu durum ise karışıklığa yol açmaktaydı. Zira idari para cezasını içeren idari yaptırımlara karşı başvurulması gereken kanun yolu, İş Kanundaki düzenlemeden bir hayli farklı olmuştur. Buna göre, anılan Kanunda iki farklı yol bulunmaktadır. Bunlardan ilki Kanunda “Başvuru Yolu” olarak isimlendirilmiştir (KK m.27).

Öncelikle belirtmek gerekirse, ilgili Mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilmesi halinde bu hüküm uygulanmayacaktır (KK m.27/5). Diğer bir ifade ile idari makamlar veya Cumhuriyet Savcılığı tarafından verilen idari yaptırımlara ilişkin getirilmiş bir kanun yoludur. Başvurulacak yetkili merci ise kural olarak Sulh Ceza Mahkemesidir (KK m.27/1). Ancak yerine göre Sulh Ceza Mahkemesi dışında başka bir Mahkeme de yetkili olabilecektir (KK m.27/6-7).

İdari para cezası kararlarına karşı başvuru süresi kararın ilgiliye tebliğ ve tefhiminden itibaren on beş gün olarak öngörülmüştür (KK m.27/1). Her ne kadar başvuru terimi yasa koyucu tarafından tercih edilmiş olsa da bu prosedürün bir dava olduğu açıktır¹⁰²⁰. Diğer bir ifadeyle dava yolu ile kullanılabilen bir kanun yoludur. İlginin başvurusu üzerine Sulh Ceza Mahkemesi bir ön inceleme yapacaktır (KK m.28/a). Başvurunun süresi içinde yapılmadığının, başvuru konusu idari yaptırım kararının Sulh Ceza Mahkemesi tarafından incelenebilecek kararlardan olmadığına veya başvuranın buna hakkı bulunmadığının anlaşılması halinde, başvurunun reddine aksi halde başvurunun usulden kabulüne karar verilir (KK m.28). Sonradan mahkemece verilen son karar ya idari para cezasının hukuka uygunluğu sebebi ile başvurunun reddine ya da idari para cezasının kaldırılmasına yöneliktir (KK m.28/8-a ve b). Mahkemece verilen kararların kesin hüküm niteliğinde olması idari para cezasının miktarına bağlı kılınmıştır. Buna göre, iki bin Türk Lirasını aşmayan idari para cezalarındaki mahkeme kararları kesindir (KK m.28/10). Eğer bu miktarın üstünde bir rakam söz konusu ise, itiraz kanun yoluna gidilebilecektir.

İkinci kanun yolu ise “İtiraz Yolu” olarak isimlendirilmiştir (KK m.29). Bu kanun yolu ise sadece mahkemeler tarafından verilen idari yaptırım kararlarına yönelik

¹⁰²⁰ Akyiğit, *Şerh*, s.2415.

getirilmiştir. Şöyle ki, mahkemenin verdiği son karara karşı, yargı çevresinde yer aldığı Ağır Ceza Mahkemesine itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliği tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yapılabilecektir (KK m.29/1). İdari yaptırım kararının Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı itiraz mercii en yakın Ağır Ceza Mahkemesi olacaktır (KK m.29/1).İtirazın şekli hakkında hüküm bulunmamakla beraber bunun bir dilekçeyle yazılı olarak yapılması gerekmektedir¹⁰²¹. İtirazla ilgili karar, dosya üzerinden inceleme yapılarak verilir (KK m.29/2). Mahkeme inceleme sonucunda, her bir itirazla ilgili olarak "itirazın kabulüne" veya "itirazın reddine" karar verecektir (KK m.29/3). Mahkemenin verdiği karar taraflara tebliğ edilir. Vekil olarak avukatla temsil edilme halinde ayrıca taraflara tebligat yapılmaz (KK m.29/4). Görüldüğü üzere, Kanunda verilen kararlara karşı başka bir kanun yoluna başvurulması öngörülmemiştir. Bu bakımdan, itiraz sonucunda verilen kararların kesin hüküm niteliğinde olduğu sonucuna varılmalıdır.

Uygulamada, yukarıda izah ettiğimiz çift başlı yargı merci durumunun yarattığı karışıklık daha sonradan yasa koyucu tarafından düzeltilmek istenmiştir. İlk önce, 06.12.2006 tarihli 5560 sayılı Kanun ile Kabahatler Kanunu madde 3 hükmü yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, Kabahatler Kanunu kapsamındaki idari yaptırımlara yönelik olan kanun yoluna ilişkin hükümler diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde mümkün olacaktır. Ancak, Kanunun diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacaktır (KK m.3/1-2). Bu değişiklik İş Kanunundaki itiraz prosedürünü ortadan kaldırmamıştır. Bilakis, anılan hükümdeki değişiklik ile birlikte, o dönem itibarı ile artık, idari para cezasına ilişkin uyuşmazlıklarda İdari Mahkemelerine itiraz prosedürünün halen geçerli olduğu sonucuna kolaylıkla varılacaktı.

Ne var ki, sonradan “Temel Ceza Kanunlarında uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”¹⁰²² çıkarılmıştır. Anılan Kanun kapsamında çeşitli Kanunlarda (Deniz ve Basın İş Kanunu gibi) köklü değişiklikler getirilmiştir. Konumuz itibarı ile en önemli değişiklik ise, İş Kanunu madde 108 fıkra 2 hükmünün yürürlükten kaldırılması olmuştur. Böylece, artık

¹⁰²¹ Akyiğit, **Şerh**, s.2417.

¹⁰²² RG. 08.02.2008, 26781.

idari para cezalarına yönelik olarak düzenlenmiş olan yetkili İdare Mahkemesinde itiraz yolu ortadan kalmış bulunmaktadır. Artık, Kabahatler Kanunu hükümleri İş Kanunundaki idari para cezaları bakımından genel ve tek hüküm niteliğindedir. Böylece, başvurulması gereken kanun yolları bakımından değişiklik olmuştur. Zira yukarıda bahsedilen Kabahatler Kanununda yer alan İtiraz ve Başvuru diye nitelenen kanuni başvuru yolları idari para cezaları bakımından da geçerlidir.

F. PARA CEZASININ TAHSİLİ VE HARCANACAĞI YER

İş Kanunu madde 108 hükmünde yapılan değişiklik öncesi dönemde, Kabahatler Kanunu henüz yürürlüğe girmedikleri için, İş Kanunu hükümleri devreye girmekteydi. Böylece, idari para cezası Kanundaki itiraz süresinin sessiz geçirilmesi veya ilgili mahkemeye yapılan itirazın sonuçsuz kalması üzerine kesinleşmekteydi. Bu aşamadan sonra ise, kesinleşen idari para cezasının tahsili 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Hakkındaki Kanun'a göre yerine getirileceği İş Kanununda düzenlenmişti.

Sonradan ise, Kabahatler Kanununun yasalaşması ve İş Kanunu madde 108 hükmünde yapılan değişiklik neticesinde sistem eskisine nazaran bir hayli değişikliğe uğramış bulunmaktadır. Öncelikle, yukarıda belirttiğimiz üzere artık idari para cezalarına itiraz prosedürü bir hayli değişikliğe uğramıştır¹⁰²³. Diğer taraftan, idari para cezalarının tahsiline yönelik olarak artık, Kabahatler Kanunu ilgili hükmü uygulanacaktır. Kanunun ilgili hükmü, 19.12.2006 tarihinde 5560 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır.

5560 sayılı Kanun ile değiştirilen, idari para cezalarının tahsiline yönelik düzenlemeyi içeren hükmün son haline göre, Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idarî para cezalarına ilişkin kesinleşen kararlar, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilmek üzere Maliye Bakanlığınca belirlenecek tahsil dairelerine gönderilecektir. Sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında aksine hüküm bulunmadığı takdirde, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine

¹⁰²³ Bkz, yukarıda, § 9, II, E.

göre kendileri tarafından tahsil olunacaktır. Son olarak ise diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen ve Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gerekmeyen idarî para cezalarının, ilgili kanunlarında özel hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümlere göre tahsil olunacağı belirtilmiştir (KK m. 17/4).

Kabahat dolayısıyla idari para cezası veren kamu görevlisi, ilgilinin rıza göstermesi halinde bunun tahsilâtını derhal kendisi gerçekleştirecektir. Diğer taraftan, idari para cezasının muhatabı olan ilgili kişinin kanun yoluna başvurmadan önce ödeme yapması halinde, cezasın dörtte üçü kendisinden tahsil edilecektir. Buna “peşin ödeme” denilmektedir. Böyle bir peşin ödeme, ilgili muhatabın kanun yoluna başvurma hakkını engellemeyecektir (KK m. 17/6). Eğer sonradan ilgili kanun yoluna başvurulup, söz konusu idari para cezası kaldırılırsa peşin ödenen cezasının iadesi söz konusu olacaktır. Ancak, muhatap tarafından kanun yoluna başvurulmaz ve sonucunda idari para cezası kesinleşirse, kalan kısmın tahsili söz konusu olmamalıdır. Zira aksi takdirde peşin ödemeyi düzenleyen hükmün bir anlamı kalmayacaktır¹⁰²⁴. Eğer peşin ödeme ile cezayı ödeyen muhatap sonradan kanun yoluna başvurur ve haksız bulunur ise, kalan miktarın ödenmesi hususunda Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak, böyle bir olasılık halinde de kalan kısmın tahsilinin gündeme gelmeyeceğini kabul etmek, akla yatkın gelmektedir.

Öte yandan, idari para cezasının kural olarak bir defada ve tam olarak ödenmesi esas olmakla beraber, yasa koyucu belirli şartlar dairesinde söz konusu cezanın taksitlendirilmesi imkânını da getirmiş bulunmaktadır. Şöyle ki, eğer para cezasının muhatabı olan ilgili kişinin ekonomik durumu tek seferde ödeme yapmaya müsait değilse, kendisine bir yıl içinde dört eşit taksitte borcunu ödemesi imkânı getirilmiştir. Ancak, muhatap ilk taksiti peşin ödeyecektir. Taksitlendirme yetkisi ilgili kamu otoritesinde olacaktır. Taksitlerin zamanında ödenmemesi veya eksik ödenmesi halinde ise, idari para cezasının kalan kısmı tam olarak bir defada ilgiliden tahsil edilecektir (KK m. 17/3). Son olarak belirtmek gerekirse, İdari para cezasının tamamı tahsil edildikten sonra bir ay içinde durumun ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirilmesi de kanunen şart görülmüştür (KK m. 17/5).

¹⁰²⁴ Akyiğit, *Şerh*, s.2423.

Bu değişiklikle son halini alan anılan hüküm uyarınca, idari para cezalarının nereye gelir olarak kaydedileceği de düzenlenmiştir. Buna göre, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri tarafından verilen idarî para cezalarının ilgili kanunlarında 1/6/2005 tarihinden sonra belirlenen oranın dışındaki kısmı ile Cumhuriyet Başsavcılıkları ve mahkemeler tarafından verilen idarî para cezaları Genel Btye gelir kaydedilecektir (KK m. 17/3). Sosyal güvenlik kurumları ile mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları ise kendi btlerine gelir kaydedilecektir Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen idarî para cezaları ise, ilgili kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Genel Btye gelir kaydedileceği açıklığa kavuşturulmuştur (KK m. 17/3).

Anılan değişiklik ile birlikte idari para cezasının bir kısmının ilgili kamu kurum ve kuruluşuna aktarılacağı hükmü kaldırılmıştır. Bu genel düzenleme yerine, Sosyal güvenlik kurumlarının ve mahalli idarelerin verdikleri idarî para cezalarını kendi btlerine gelir kaydedilebilmesi imkânı öngörülmüştür.

SONUÇ

Tez çalışmamızın konusu olan ödünç (geçici) iş ilişkisi ekonomik ve toplumsal alanda yaşanan gelişmeler sonucunda ortaya çıkmış ve esneklik temeline dayanan atipik üç taraflı bir çalışma biçimidir. Özellikle, İkinci dünya savaşından sonra üretim ilişkilerinde ve emek piyasasında köklü değişimler ve gelişmelere neticesinde, esnek çalışma biçimleri kürsel olarak yaygınlık kazanmaya başlamıştır. Ödünç iş ilişkisi de, esneklik temeline dayanan ve benzer uygulamaları çok eskilere kadar giden bir çalışma biçimi olarak Avrupa ülkelerinde tercih edilmeye başlanmıştır. Türk hukukunda da bu gelişmeler doğrultusunda ödünç iş ilişkisine yönelik bir yasal düzenleme yapılması ihtiyacı belirilmiş, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında “Geçici iş ilişkisi” kenar başlıklı 7.maddesi ile konu düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunda ilgili hükümle getirilen yasal düzenleme de bir takım önemli eksiklik ve aksaklıklar göze çarpmaktadır. Öncelikle, tercih edilen “geçici iş ilişkisi” tabiri söz konusu hukuki ilişkiyi tanımlamaktan uzak bir ifadedir. Zira geçici iş ibaresi akla kısa bir süreliğine yapılan özellikle mevsimlik veya sezonluk işleri akla getirmektedir. Hâlbuki “ödünç iş ilişkisi” yasa koyucu tarafından tercih edilmiş olsaydı kanaatimizce hukuki ilişki daha yerinde ifade edilmiş olacaktı. Öte yandan, hükümde ödünç iş ilişkisinin kapsamı geniş tutularak, bir anlamda kötü niyetli işverenler için ödünç iş ilişkisini suiistimal yolu açılmıştır.

Gerçekten, iş hayatındaki hassas dengeler açısından, işçinin korunması büyük önem arz etmektedir. Bu bakımdan, İş Kanunlarında genel olarak işçi lehine hükümlerin bulunması asıl olandır. Ne var ki, ödünç iş ilişkisi gibi nazik bir kurumun düzenlenişinde, işçilerin ticari bir meta gibi ödünç olarak çalıştırılmalarının önü açılmıştır. Hâlbuki daha önce de belirttiğimiz üzere hüküm düzenlenirken içerik holding bünyesi ve aynı topluluk içi şirketlerde çalışan işçiler ile sınırlı tutulmalıydı. Böylelikle, işverenlerin alt işveren uygulamasına yönelik emredici yasal sınırlamaları ödünç iş ilişkisini kullanarak bertaraf etmeleri önlenmiş olacaktı. Diğer bir ifade ile işverenlerin kanuna karşı hile yoluna başvurarak, ödünç işçi çalıştırma görünümü altında, muvazaalı alt işverenlik ilişkilerine girebilmelerinin önü açılmıştır.

Ödünç iş ilişkisi genel olarak iki farklı uygulamayı bünyesinde barındırmaktadır. Bunlardan ilki, gerçek ödünç iş ilişkisi (meslek edinilmemiş biçimde ödünç iş ilişkisi); ikincisi ise, gerçek olmayan ödünç iş ilişkisidir (meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi). 4857 sayılı İş Kanunu Tasarısında, ödünç iş ilişkisi “ ödünç iş ilişkisi” ve “mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi” olarak iki ayrı başlık altında düzenlenmesine rağmen, işçi kesiminden gelen tepkiler nedeniyle, “ mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi” (m.93), yerinde bir biçimde, Tasarı metninden çıkarılmıştır. Böylelikle, meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi, günümüzde Türk Hukuku açısından, yasal dayanaktan yoksun bulunmaktadır.

Öte yandan, Hukukumuzda meslek edinilmiş biçimde ödünç iş ilişkisi düzenlenmemiş olsa bile, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında, iş aracılığı yapan özel istihdam bürolarının kurulmasına izin verilmiştir. Türk Hukuk sisteminde özel istihdam büroları sadece işçi ve işverenleri bir araya getirmek suretiyle aracılık hizmetlerini yerine getirmelerine yasal olarak izin verilmiştir. Bunun dışında, bizzat ödünç iş ilişkisi kapsamında işçi temini faaliyeti ile iştigal edememektedirler. Ne var ki, çalışma yaşamında özel istihdam bürolarının aracılık hizmetleri yanında bizzat ödünç iş ilişkisi kapsamında işçi temini yoluna gittikleri görülmektedir.

Gerçekten, söz konusu bürolar özellikle, insan kaynakları ve yönetim danışmalığı, adı altında bu alana yönelik faaliyet gösterirken her hangi bir kanuni denetim ve yaptırıma maruz kalmamaktadırlar. Diğer taraftan, denetim konusunda düzenlemem bulunmaması nedeniyle taşeronlukla uğraşan bazı şirketlerin aynı zamanda yasa dışı ödünç işçi temini faaliyeti de yürüttükleri de bilinmektedir. Uygulamada “bordo şirketi” olarak isimlendirilen bu tür şirketler alt işverenlik görünümü altında ödünç işçi temini ile uğraşmaktadırlar. Bu durum, işçi ve işverenler yönünden bazı sakıncaları beraberinde getirmektedir. Keza bu yasadışı uygulamalara girişenlere yönelik cezalar da caydırıcılıktan uzak bulunmaktadır. Özellikle, ödünç iş ilişkisi hükümlerine aykırılık sonucunda verilen idari para cezaları yeniden gözden geçirilmeli ve miktarlarında gereken artırımlar yapılmalıdır. Aksi halde, uygulamada karşılaşılan bu gibi durumların önünün kesilmesi bir hayli zor görülmektedir.

İş Kanununda yer alan mevcut yasal düzenleme uyarınca, ödünç iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak taraflar arasında kurulabilecektir. Böylece, ödünç iş ilişkisinin geçerli bir biçimde kurulmasına yönelik, işverenler arasında hazırlanan ve Kanunda “işçinin geçici sözleşmesi” olarak tabir edilen “ödünç işçi verme sözleşmesinin” yazılı olarak yapılması gerekecektir. Söz konusu sözleşmenin yazılı olarak yapılması gerekecektir. Söz konusu sözleşmenin yazılı olarak yapılması yasal bir geçerlilik koşulu olarak görülmelidir. Ödünç olarak verilmek istenen işçinin ise İş Kanununa göre “devir sırasında yazılı onayı” alınmalıdır. Belirtmek gerekirse, Kanundaki devir ifadesi ile kastedilmek istenen, işçinin veya iş sözleşmesinin başka bir işverene devri değildir. Buradaki devir ifadesi, ödünç işçiyi istihdam eden asıl işverenin, işi talep hakkını diğer bir işverene temlik etmesi, olarak anlaşılmalıdır. Ödünç olarak verilmek istenen işçinin onayının yazılı olarak alınması, bir geçerlilik şartıdır ve devir öncesinde alınan bir rızanın geçerliliği olmayacaktır. Bu bakımdan, ödünç iş ilişkisi kurulmadan önce iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde öngörülen onayın hukuken bir geçerliliği bulunmadığı kabul edilmelidir. Hâlbuki İş Kanunu Tasarısında, ödünç iş ilişkisi kurulurken ne işverenler arasındaki ödünç iş ilişkisi kurulmasına yönelik sözleşme, ne de ödünç verilmek istenen işçinin onayı herhangi bir şekil şartına bağlı kılınmış idi.

İş Kanunu uyarınca, mevcut ödünç iş ilişkisi, taraflar arasında gerekli görülürse, en fazla iki defa olmak kaydı ile yenilenebilecektir. Her bir yenilemenin altı aylık azami ödünç süresi kadar veya daha az bir süre olarak kararlaştırılması mümkündür. Ödünç iş ilişkisine yenilemenin de yazılı şekil şartına bağlı olduğunun kabul edilmelidir. Ödünç işçinin, ödünç iş ilişkisinin yenilenmesine ilişkin onayın ilk kararlaştırılan ödünç süresinin bitmesinden sonra alınması gereklidir ödünç işçinin her bir yenilenme için ayrı olarak onayı alınmalı ve içeriğinde yenilenme süresinin açıkça belirli olması gerekir. Böylece mevcut ödünç iş ilişkisi süresi, yenilemelerle birlikte, azami on sekiz aya kadar uzatılabilecektir. Mevcut hukuki düzenleme karşısında, söz konusu süre sınırı isabetli olmakla beraber, basit ödünç iş ilişkisinin amacına uygun bir düzenleme olduğu da aşikârdır.

Ödünç iş ilişkisinde asıl işveren ile geçici işveren ve geçici işveren ile ödünç işçi arasındaki olmak üzere üç ayrı hukuki ilişki bulunmaktadır. Ödünç iş ilişkisinde, bu üç ayrı hukuki ilişki kendi aralarında bir bütünü oluşturmaktadır. Bu bakımdan, ödünç iş ilişkisinde tarafların borçlarını söz konusu ilişkinin üç sujesi açısından ayrı ayrı ele almak gerekir. Ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçi iş sözleşmesi ile asıl işverenine karşı üstlenmiş olduğu iş görme borcunun kendi işverenine değil bir başka işveren olan ve ödünç iş ilişkisine taraf olan geçici işverene karşı ifa etme yükümlülüğü altına girmektedir. Belirtelim ki ödünç iş ilişkisinde işçinin iş görme borcunun ikiye bölünmesi ve işçinin bu süreçte her işverene karşı iş görme borcunu yerine getirmesi söz konusu değildir. Ayrıca ödünç işçinin hem geçici hem de asıl işverene karşı sadakat ve itaat borcu bulunmaktadır. İşçi yerine getirmekle yükümlü olduğu bu borçlara aykırı hareket ederse, her iki işverene karşı sorumlu olacaktır. Ödünç iş ilişkisinde hem asıl hem de geçici işverenin, ödünç işçiye emir ve talimat verme hakkı bulunmakla beraber; bu hakkın kapsamı her iki işveren açısından farklılık içermektedir. Gerçekten, bu süreçte ödünç işçi iş görme borcunu geçici işverene getirmekle beraber, iş sözleşmesi kendi işvereni ile devam etmektedir. Bu nedenle asıl işverenin yönetim hakkının özellikle belirli hususlar açısından devam ettiğinin kabulü gerekmektedir. Geçici işverenin ise kural olarak emir ve talimat hakkını asıl işverenin yönetim hakkının sınırları dairesinde kullanmaya yetkili olduğu kabul edilmelidir.

Diğer taraftan, asıl işverenin işçiyi bir başka işverene geçici süreliğine ödünç olarak göndermiş olmasına rağmen işçiye karşı ücret ödeme, sosyal sigorta primlerini yatırma ve düzenlemeye göre, geçici işveren, ödünç işçiyi gözetim borcu devam etmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7.maddesinde yer alan düzenlemeye göre, geçici işveren, ödünç işçiyi gözetim borcundan, işçinin yanında ödünç olarak çalıştığı süreye ilişkin doğan ödenmeyen ücretinden, sosyal sigorta primlerinden asıl işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur. Bu hüküm emredici nitelikte bir hükümdür. Dolayısıyla, işverenlerin aksi yönde bir anlaşmaya varmaları ödünç işçi açısından, kendisi bu anlaşmayı kabul etse bile, hüküm ifade etmeyecektir. Sadece, işverenler arası içi ilişkide, söz konusu anlaşma sonuçlarını doğurabilecektir. Böylece, ödünç iş ilişkisi kurulmasıyla asıl işverenin sorumlulukları sona ermemekte, ücret ve sosyal sigorta primleri ve gözetme borcuna ilişkin olarak geçici işveren ile İş Kanunu kapsamında

birlikte sorumlu olmaya devam etmektedir. Keza 4857 sayılı İş Kanunu madde 7 fıkra 1 uyarınca, geçici işveren, ödünç işçiye karşı iş sağlığı ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlü tutulmuştur. Maddedeki bu ifadenin, geçici işveren tarafından ödünç işçinin sağlık ve güvenliğine yönelik gerekli önlemlerin alınması ve bu önlemlere uyulmasını sağlanması, kapsadığı yönünde anlaşılması yerinde olacaktır.

Ödünç işçi, geçici işverenin işyerinde çalışırken uğramış olduğu zararların tazmini için her iki işverene de başvurabilecek, işverenler işçiye karşı kanunen birlikte sorumlu olacaklardır. Ayrıca işverenlerin gözetme borcuna aykırı hareket etmeleri durumunda işverenler bakımından kamu ve özel hukuk yaptırımları gündeme gelebilecektir. Bunlardan ilki, 4857 sayılı İş Kanunu madde 79 uyarınca, işin durdurulması veya iş yerinin kapatılmasıdır. İşçiye gözetme borcuna aykırılık nedeni ile işverenin cezai sorumluluğu da gündeme gelebilecektir. İş Kanunu madde 105'a bendi uyarınca, bu hususa ilişkin idari para cezası öngörülmüştür. Ödünç iş ilişkisinde, söz konusu para cezasından sorumlu olan işverenin belirlenmesinde cezaların kişiselliği ilkesi belirleyici olacaktır. Ödünç iş ilişkisinde işverenin işçiye gözetme borcuna aykırı hareket etmesinin bir diğer sonucu ödünç işçinin şahsına ilişkin bazı hakları kullanmasında görülmektedir. Bu kapsamda, gerekli hallerde ödünç işçinin iş kanunu madde 83 fıkra 1 uyarınca, iş görmekten kaçınma hakkını, geçici işverene karşı kullanabileceği kabul edilmelidir.

Toplu İş Hukuku bakımından ise, ödünç işçinin sendika üyeliği, toplu iş sözleşmesinden yararlanma ve grev hakkı lokavt hususların irdelenmesi gereklidir. Sendika üyeliğine yönelik olarak ödünç işçi, sadece arasında iş sözleşmesi bulunan asıl işverenin girdiği iş kolunda sendika kurabilir veya bu işkolunda olan sendikanın kuruluşuna katılabilecektir. Keza o iş kolunda kurulan sendikanın üyesi olabilecek veya mevcut bir sendikanın üyesi ise sadece o sendika ile üyelik ilişkilerine sürdürebilecektir. Toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanma konusunda ise ödünç işçi, her ne kadar iş görme borcunu geçici işverenin iş yerinde yerine getirmesine rağmen, asıl işveren ile arasındaki iş sözleşmesi devam ettiği için asıl işverenin iş yerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi hükümlerinde yararlanabilecektir. Ancak, istisnai biçimde ödünç işçinin, geçici işverenin işyerinde geçerli olan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin yönetim

hakkına, işin düzenlenmesi ile iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin lehine olanlarından faydalanabileceği kabul edilmelidir.

Ödünç işçinin grev hakkının ise, asıl ve geçici işverenin iş yerleri bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Geçici işverenin iş yerinde yapılan greve ödünç işçi katılmayacaktır. Zira grev teknik olarak, toplu iş sözleşmesi düzenine bağlı olarak getirilmiş bir iş mücadelesi aracıdır. Ödünç işçiyle geçici işveren arasında iş sözleşmesi bulunmadığından dolayı ödünç işçinin geçici işverenin iş yerinde yapılan greve katılması hukukten mümkün değildir. Asıl işverenin işyerinde yapılan greve ise, ödünç işçinin katılabilmesi mümkündür. Zira ödünç işçi ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi devam ettiğinden, bu işverene karşı anayasal hakkı olan grev hakkında mahrum kalması düşünülemez. Ayrıca, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu madde 2 uyarınca, Toplu İş Sözleşmeleri iş sözleşmelerini düzenlemek amacıyla yapıldığı için ödünç işçinin, tarafı olduğu iş sözleşmesini etkileyecek olan kanuni greve katılması gerekmektedir. Böylelikle, ödünç işçi geçici işverenin iş yerindeki ifa etmekte olduğu işi bırakarak asıl işverenin iş yerindeki kanuni bir greve katıldığında, iş görme borcunu ihlal etmiş sayılmayacaktır.

Sosyal Güvenlik Hukuku açısından ödünç iş ilişkisinin değerlendirecek olursak, öncelikle Sosyal Güvenlik Hukuku kapsamında sigortalı sayılma bakımından, iş sözleşmesine dayanarak çalışıyor olma koşulunun ödünç işçi bakımından da gerçekleştiği kabul edilmelidir. Zira ödünç iş ilişkisi süresince ödünç işçiyle asıl işveren arasında iş sözleşmesi kesintisiz devam etmektedir. Ayrıca, geçici işveren ile ödünç işçi arasında sadece iş ilişkisi benzeri bir ilişki bulunduğundan dolayı, ödünç işçinin sigortalılık bakımında işverenin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu asıl işverenin sayılacaktır. Böylelikle, ödünç iş ilişkisinin kurulması ile birlikte geçici işveren ile birlikte ödünç işçi arasında yeni bir sosyal sigorta ilişkisi kurulmadığı, sadece asıl işveren ile mevcut olan sosyal sigorta ilişkisi devam edeceği kabul edilmelidir. Öte yandan, 5510 sayılı Kanunda yer alan hüküm doğrultusunda, ödünç iş ilişkisi kurulan işveren söz konusu Kanunda yer alan yükümlülüklerden dolayı ödünç işçinin asıl işvereniyle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Keza iş kanunu madde 7 fıkra 3

uyarınca, ödünç iş ilişkisi kurulan işveren, ödünç işçinin yanında çalıştığı süre ile sınırlı olarak, ödenmeyen sosyal sigorta primlerinden asıl iş vere ile birlikte sorumludur.

Ödünç işçi, İş Kanunu madde 7 fıkra 4 uyarınca, geçici işverene karşı işyerine ve işe ilişkin olup kusuru ile sebep olduğu zarardan sorumlu tutulmuştur. Dolayısıyla, ödünç işçinin, ödünç iş ilişkisi süresince geçici işverenin iş yerindeki makineleri kasten zarar vermesi, hırsızlık yapması gibi, haksız fiil niteliğindeki davranışlarından dolayı geçici işverene karşı sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ödünç işçinin geçici işveren karşısında asıl işverenin ifa yardımcısı konumunda bulunmamasından dolayı asıl işveren ödünç işçinin söz konusu fiillerinden dolayı geçici işverene karşı kanunen sorumlu tutulmamıştır. Zira ödünç işçi geçici işverene karşı iş görme edimini yerine getirirken, kendi adına ve hesabına hareket etmektedir. Ödünç iş ilişkisinde geçici işveren ile ödünç işçi arasında bir tabiiyet ilişkisinin bulunduğundan, ödünç süresince ödünç işçinin işin görülmesi sırasında bir başka kişiye verdiği zararlardan geçici işverenin istihdam eden sıfatıyla sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

4857 sayılı İş Kanununda ödünç iş ilişkisine başvurulamayacak haller de düzenlenmiştir. İş Kanunu madde 7 fıkra 5 uyarınca, işçi geçici süre ile devralan işveren grev ve Lokavt aşamasına gelen bir uyuşmazlığın tarafı ise, işçiyi grev ve lokavt süresince çalıştıramayacaktır. İlgili hükmün devamında, asıl işveren bu süreçte ödünç işçiye kendi işyerinde iş vermekle buna karşılık ödünç işçi de asıl işverenin işyerinde çalışmakla mükellef tutulmuşlardır. Böylelikle, toplu iş uyuşmazlık müddetince çalışamayacak olan ödünç işçinin mağduriyeti yasa koyucu tarafından önlenmiştir. Öte yandan, İş Kanunu madde 7 fıkra 6 uyarınca, toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde çıkarma tarihinde itibaren altı ay içinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde ödünç iş ilişkisi kurulamayacaktır. Toplu işçi çıkarma yoluna başvuran işverene ait işyerinde, sadece toplu işçi çıkarmanın konusunu oluşturan işlerde ödünç iş ilişkisi kurulamayacaktır. Diğer bir ifadeyle, hükmün kapsamı dışında kalan işlere yönelik olarak ödünç iş ilişkisi kurulabilecek veya mevcut olan uzatabilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu çerçevesinde, ödünç iş ilişkisinin sona erme nedenlerine ilişkin herhangi açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan genel hükümler bu hususta yol gösterici olacaktır. Öncelikle, işverenler istedikleri zaman ödünç işçi verme

sözleşmesini, anlaşarak süresi dolmadan önce sona erdirmek hakkına sahiptirler. Böyle bir anlaşma üçlü yapıdaki ödünç iş ilişkisini de sona erdirecektir. Ayrıca, ödünç iş ilişkisine konu olan iş sözleşmesinin, eğer belirli süreli bir iş sözleşmesi söz konusu ise, kararlaştıran sürenin sona ermesi veya tarafların iş kanununda yer alan sebeplere dayanarak iş sözleşmesini fesih yoluna gitmeleri gibi nedenlerden dolayı iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, ödünç iş ilişkisi de sona erecektir. Zira ödünç iş ilişkisine hükümleri uygulanan iş sözleşmesinin hukuken ortadan kalkmasıyla birlikte, ödünç iş ilişkisi hukuki dayanaktan yoksun bir hale gelecektir. Diğer taraftan, gerek ödünç işçi verme sözleşmesini gerekse iş sözleşmesinin hukuken geçersizliği veya iptali hallerinde ödünç iş ilişkisi de kendiliğinden neticelenecektir.

Ödünç iş ilişkisi kararlaştırılan sürenin sonunda kendiliğinden sona erecektir. Ödünç iş ilişkisinde kararlaştırılan sürenin bitiminden sonra ödünç işçinin asıl işverenin iş yerine dönmemesi halinde ise, öncelikle tespit edilmesi gereken husus, sürenin aşılması sonucunda asıl işveren ile ödünç işçi arasındaki iş ilişkisini devam edip etmediğidir. Bu kapsamda, sürenin aşılması halinde tarafları gerçek iradelerinin tespiti ve yorumu büyük önem arz etmektedir. Örneğin, asıl işverenin ödünç işyerine geri çağırması, geçici işverenin de ödünç işçiyi çalıştırmaya devam etmesi halinde örtülü bir iş sözleşmesi devri söz konusu olabilecektir. Diğer taraftan, iş sözleşmesi devri asıl işvereni ödünç işçiye karşı olan sorumluluğundan kurtardığı için özellikle örtülü olarak yapılmasının kabulü her zaman mümkün görülmemelidir. Zira iş sözleşmesinin devri için ödünç işçinin rızası şart olduğundan, ödünç işçinin iş sözleşmesinin devrinden haberdar olmaması veya devri ödünç iş ilişkisinin uzatımına yönelik olarak yanlış yorumlanması söz konusu olabilir. Dolayısıyla, böyle şüpheli bir durumun varlığına kanaat getirilirse, geçici işverenin de iş sözleşmesine dâhil olduğu ve asıl işverenin işveren niteliğinin sona ermediği sonucuna varılmalıdır.

KAYNAKÇA

Akyiğit, Ercan. **İş Hukuku**. 8.Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.

Akyiğit, Ercan. **İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi**. Kamu-İş Yayınları, Ankara 1995. (**Ödünç İş İlişkisi**)

Akyiğit, Ercan, **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3.Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.(**Şerh**)

Akyiğit, Ercan, **“Ödünç İşçinin Sosyal Güvenliği”**, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.13, S.5, Mayıs 1995, ss.11-37(**Sosyal Güvenlik**)

Akyiğit, Ercan. **“Ödünç İş İlişkisinin Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Görünümü”**. TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt.13, Sayı.6, Şubat 1996, ss.1-28. (**Sistemler**)

Akyiğit, Ercan. **“4857 Sayılı İş Kanununda İdari Para Cezaları”**, Çimento İşveren Dergisi, Cilt. 19, sayı. 5, Kasım 2005, ss.1-61. (**Para Cezaları**)

Alp, Mustafa. **“İş Sözleşmesinin Devri”**, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu içinde, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2009, ss.301-327.

Alpagut, Gülsevil. **“Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi Sınırlamadan Teşvike”**, A.Can Tuncay’a Armağan içinde, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2005, ss.261-278.

Alpagut, Gülsevil. **“Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay’ın Konuya ilişkin Bir Kararın Düşündürdükleri”** LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı.10, Ekim-Kasım-Aralık,2006, ss.569-584. (**Karar İncelemesi**)

Alpagut, Gülsevil. **“İstihdam Büroları Konusunda Uluslararası Alandaki Gelişmeler”**, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt.14, Sayı.6, Mayıs-1998, ss.9-25. (**İstihdam Büroları**)

Arslanoğlu, Mehmet Anıl. **İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler**, 1.Basım, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2005.

Astarlı, Muhittin. **“Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Öncelikli Olarak İşten Çıkarılmayı Kabul Eden İşçilerle İşveren Arasında Bir İkale Sözleşmesinin Yapılmış Olduğu Kabul Edilebilir mi?”**, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.20.S.6, Mayıs 2007, ss.33-45.

Aydın, Ufuk. **“İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi”**, Çimento İşveren Dergisi, Cilt.18, Sayı.3, ss.4-9.

Aydınlı, Halil İbrahim. **“Sosyo-Ekonomik Dönüşüm Süreci ve Sanayi Ötesi Yaklaşımlar”**, Kamu- İş Dergisi,, Cilt.7, Sayı.4, 2004, ss.23-43.

Aydınlı, İbrahim. **İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.(Sosyal Temas)

Aydınlı, İbrahim. **“İşverenin İşyerinde “Çalışan” İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”**, Çimento İşveren Dergisi, Cilt.19, Sayı.4, Temmuz 2005, ss. 16-29.(Kaçınma Hakkı)

Aydınlı, İbrahim. **“İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım”**, Kamu- İş Dergisi, Cilt.8, Sayı.1, 2005, ss.11-29.

Başbuğ, Aydın. **“İş Sözleşmesinde Üçlü ilişki”**. TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Sayı. 2-3 Mayıs- Ağustos 2003, ss. 3-17.

Başkan Recai. **“Çalışma Barışı ve Esneklik Tartışmalarına Farklı Bir Yaklaşım”**, MERCEK Dergisi, Cilt.4, Sayı.15, Temmuz 1999, ss.33-46.

Başterzi Süleyman. **“Türkiye’de Feshe Karşı Korunma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.54, Sayı.3, 2005.ss.53-94.

Baştürk, Faruk. **İş Hukukunda Profesyonel Futbolcu**, 1.Basım, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2007.

Benli, Abdurrahman ve Yusuf Yiğit. **“4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları”**. Kamu- İş Dergisi, Cilt.8, Sayı.4, 2006, ss.1-40.

Biagi, Marco. (ed.), **İş Yaratma ve İş Hukuku, Korumadan Öngörülü Eyleme**, İstanbul: MESS yayın no: 405, 2003.

Büyüksulu, Ali Rıza. **“AB Perspektifinden Yeni İş Kanunu: Hoş geldin “Bürokratik Esneklik!” “Yaşasın İş Güvencesi”**, MERCEK Dergisi, Cilt.9, Sayı.34, Nisan 2004, ss.65-87.

Canbolat, Talat. **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri**, İstanbul: Kazancı Yayınları, 1992.

Caniklioğlu, Nurşen. **“Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları”**, Türk İş hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları(II), Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı içinde, Mehmet Uçum (Ed.), 1.Basım, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2008, ss.121-154.

Caniklioğlu Nurşen. **“4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri”**, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları) içinde, Bodrum: Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, 2005, ss.149-199. **(Çalışma Süreleri)**

Caniklioğlu, Nurşen ve Talat Canbolat. **“4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu para Cezalarının Özellikleri”**, Kamu- İş Dergisi, Cilt.7, Sayı.3, 2004, ss.1-57.

Centel, Tankut. **“Esneklik Uygulamaları ve Türkiye”**, MERCEK Dergisi, Cilt.4, Sayı.15, Temmuz 1999, ss.25-32. **(Esneklik Uygulamaları)**

Çankaya, Osman Güven ve Şahin Çil, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**. Genişletilmiş 2.Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

Çelik, Nuri. **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 23.Basım, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010

Çifter, Alun ve Özge Demir. “**4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisinin Hükümleri ve Sonuçları**”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, Yıl.6, Sayı.12, Güz 2007, ss.7-20.

Çil Şahin.“**Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi**”, Ali Güzel (Ed.), İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri/Sempozyum içinde, 1.Basım, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2009, ss.4-60.

Demir, Fevzi. **Sorularla Bireysel İş Hukuku**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006. **(Bireysel)**

Demir, Fevzi. “**4857 Sayılı İş Kanunu’nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri**”. MERCEK Dergisi, Cilt.8, Sayı.31, Temmuz 2003,ss.83-122.

Demircioğlu, A. Murat. **Sorularla Yeni iş Yasası**, İstanbul: İTO Yayın No: 2003-42, 2003.

Demircioğlu, A. Murat ve Murat Engin. **Dünyada ve Türkiye’de Esnek Çalışma**, İstanbul: İTO Yayın No: 2002-52, 2002.

Ekin, Nusret. “**Esneklik Çağı...**”, MERCEK Dergisi, Cilt.4, Sayı.15, Temmuz 1999, ss.6-14.

Ekmekçi Ömer. “**Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi**”, Legal Vefa Toplantıları(II) , Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı içinde, Mehmet Uçum(Ed.), Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, ss.100-120.

Ekmekçi, Ömer. **“4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi”** Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik hukuku Dergisi, Sayı.2, Nisan-Mayıs-Haziran, 2004, ss.367-382. **(Hükümler)**

Ekonomi, Münir. **“ Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar”** Kamu ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü ve Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz, Orhim Seminerleri Serisi (GÖRÜŞLER) içinde, İstanbul, Orhim Yayınları,1986, ss.169-198.

Ekonomi, Münir. **“Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği”**, Çalışma Hayatında Esneklik içinde, İzmir: Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayınları, 1994, ss.55-78. **(Esnekleşme Gereği)**

Ekonomi, Münir. **“Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler “Esneklik” Toplantısı”**, Ankara: Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayınları, 1995,,ss.19-39. **(Toplantı)**

Ekonomi, Münir. **“Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”**, Devrim Ulucan’a Armağan içinde, 1.Basım, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2008, ss.231-267. **(Mesleki)**

Engin, Murat. **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi**, 1. Basım, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2003.

Engin, Murat. **Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren**, İstanbul: BASİSEN Yayınları, Yayın No: 25, 1993.

Engin, Murat. **“İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkının Devri: Ödünç İş İlişkisi”**, İş Hukuku Dergisi, Cilt.1, Sayı.3, Temmuz-Ağustos-Eylül, 1991, ss.335-354.**(Ödünç)**

Engin, Murat. **“Atipik İstihdam Biçimleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar (Özellikle Ödünç İş İlişkisi ve Evde çalışma)”**, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 yılı Ekim toplantısı içinde, İstanbul: İstanbul Barosu yayınları, 2002, ss.117-147. **(Atipik)**

Engin, Murat. **“Üçlü İş İlişkileri”**, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları) içinde, Bodrum: Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, 2005, ss. 12-26. **(Seminer)**

Erdenk, Erdem. **İş Hukukunda İsimsiz (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler**, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2008.

Erkan, Hüsnü. **Bilgi toplumu ve Ekonomik Gelişme**, Ankara: Türkiye İş Bankası Yayınları, 1993

Erdut, Tijen. **Esneklik ve İş Süresi**, MERCEK Dergisi, Cilt.4, Sayı.15, Temmuz 1999, ss.102-112.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Düzeltilmiş 12.Basım, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010.

Ertürk, Arzu Arslan. **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2010.

Eyrenci Öner, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan. **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 4.Basım, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2010.

Eyrenci Öner. **“4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”**, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, Sayı.1, Ocak- Şubat- Mart, 2004, ss.15-56.

Hekimler, Alpay. **“Federal Almanya’da Ödünç İş ilişkisinin Yasal Çerçevesi”**. TİSK İşveren Dergisi, Nisan 2004, ss.5-16.

Hueck, Götz, **“Almanya’da Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesine Yönelik Çalışmalar”**, Öner Eyrenci (çev). İzmir: Çalışma hayatında Esneklik içinde, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayınları, 1994,ss.103-127.

Günay, Cevdet İlhan. **İş Kanunu Şerhi**, Genişletilmiş 3.Basım, Ankara: YETKİN Yayıncılık, 2009.

Günay, Mehmet. **İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi**, 1. Basım, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.

Güzel, Ali. **“İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihle Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Getirilmesi”**, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/4, ss.159-182.

Güzel, Ali, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 12.Basım, İstanbul: Beta Yayıncılık 2010.

Işık Rüçhan. **“Karşılaştırmalı Hukukta Toplu Pazarlık Sürecinde Esneklik”**, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri içinde, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, ss.285-296.

İnce, Ergun. **“Ödünç iş ilişkisi”**, Peryön Dergisi, Kış-2002, ss.43-49.

Kandemir, Murat. **“Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalışma Serbestisi ve Sınırları”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.54,Sayı.4, 2005,ss. 183-211.

Kayak, Sevgi. **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

Keser, Hakan, **“İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansıması”**, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı.9, Ocak-Şubat-Mart 2006, ss.65-109.

Kılıçoğlu, Mustafa ve Kemal Şenocak. **İş Kanunu Şerhi CİLT I**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2.Basım, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2008.

Köseoğlu, Ali Cengiz. **İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2004.

Kutal, Gülten. **“Küreselleşmenin Emek Piyasalarına Etkileri”**. Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri içinde, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002, ss.21-39.

Kutal, Gülten. **Küreselleşme, Esnekleşme ve Küresel İstihdama Etkileri** MERCEK Dergisi, Cilt.4, Sayı.15, Temmuz 1999, ss.15-24.(Küresel İstihdam)

Loritz, Karl Georg. **“Alman İş Hukukunda Esnekleşmeye Yönelik Çabalar”**, Çalışma Hayatında Esneklik içinde, İzmir: Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayınları, 1994, ss.10-22.

MESS. **Bilim Komisyonu Tarafından hazırlanan İş Kanunu ve Gerekçesi**, İstanbul; MESS Yayın No: 386, 2002.

Mollamahmutoğlu, Hamdi. **İş Hukuku**. Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş 3.Basım, Ankara:Turhan Kitabevi, 2008.

Mollamahmutoğlu, Hamdi, **“4857 Sayılı İş Kanununun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler”**, Kamu- İş Dergisi, Cilt.7, Sayı.4, 2004,ss.11-48. (Yenilikler)

Narmanlıoğlu, Ünal. **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3.Basım, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, 1998.

Nazlı, Seçkin. **Özel İş Aracılığı**, 1.Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.

Odaman, Serkan. **Türk ve Fransız hukukunda Ödünç İş İlişkisi**, 1.Basım, İstanbul: LEGAL Yayıncılık, 2007.

Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8.Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

Orhaner, A. Baki ve Süleyman Orhaner. **Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları**. Ankara: Sevinç Matbaası, 1969.

Özdemir, Erdem. **İşçinin Sözleşmesinin Sona Erdiren Hukuki İşlemlerin Geçerliliği. (İstifa ve İkale)**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2009.

Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Güncelleştirilmiş 12. Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

Serin, İlhan. “**4857 Sayılı İş Kanununda Geçici(Ödünç) İş İlişkisi**”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, Sayı.7, Temmuz-Ağustos-Eylül, 2005, ss.1056-1090.

Soyer, Polat, “**İşçinin Bir başka işverenin Yanında Çalışması ve Bireysel İş Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar**”, Yasa Hukuk Dergisi, Cilt.3, Sayı.3, Mart 1980, ss.339-348.

Süral, Nuran. “**İş Hukukundan İstihdam Hukukuna, Sosyal Korumadan Teşvike**”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan içinde, Ankara: Kamu İş Yayınları, 2010, ss.1-15.

Süzek, Sarper. “**İş Akdinin Türleri**”, MERCEK Dergisi, Cilt.6, Sayı.21, Nisan 2001, ss.17-35. **(Türler)**

Süzek, Sarper **İş Hukuku**, 6. Basım (Tıpkı Basım), İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010.

Şahlanan, Fevzi. “**Genel Hükümler ve Temel Kavramlar**”, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na ilişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı içinde, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003, ss.25-38.

Şakar, Müjdat. **İş Hukuku Uygulaması**, Yenilenmiş 8.Basım, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009.

Şakar, Müjdat. **Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 6. Basım, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2011. **(İş Kanunu Yorumu)**

Şakar, Müjdat. **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, Yenilenmiş 10.Basım, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011. **(Sosyal Sigortalar)**

TİSK. **4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi**, Ankara: TİSK Yayın No: 293, 2009.**(Gerekçe)**

TİSK, İşsizlik Sigortası, Aktif İstihdam Politikaları ve Özel istihdam Büroları, Ankara: TİSK Yayın No: 196, ,2000. (**İstihdam Büroları**)

Tuncay, A. Can. “**Değişim, Esneklik ve Türkiye için Çözüm Önerileri**”.MERCEK dergisi, Cilt.4, Sayı.15, Temmuz 1999, ss.67-82. (**Öneriler**)

Tuncay, A. Can. “**İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları**”. Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri içinde, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002, ss.151-179. (**Uygulama Sorunları**)

Tuncay, A. Can. “**İş Kanunu Tasarısındaki Ödünç iş ilişkisi ve Eleştirisi**”. MERCEK Dergisi, Cilt.8, Sayı.30, Nisan 2003, ss.56-75.(**Eleştiri**)

Tuncay, A. Can. “**İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni istihdam Biçimleri**”.Yeni İş Yasası Sempozyumu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı içinde, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003, ss.125-145. (**Sempozyum**)

Tuncay, A. Can. “**Çalışma Süreleri ve İstihdam Türlerinde Esnekleştirme**”. Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler “Esneklik” Toplantısı içinde, Ankara: Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayınları, 1995, ss.57-74. (**Esnekleştirme**)

Tuncay, A. Can. **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**. 1.Basım, İstanbul: Fakülteler Matbaası 1982. (**Eşit Davranma**)

Tuncay, A. Can ve F. Burcu Savaş. “**Özel İstihdam Büroları Gerçek ve Çağdaş Fonksiyonlarına Artık Kavuşmalıdırlar**”. MERCEK Dergisi, Cilt.13, Sayı.43, Ekim 2007, ss.66-75.

Tuncay, A. Can ve Ömer Ekmekçi. **Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları**, 2.Basım, LEGAL Yayıncılık 2009.

Türkmen, Hülya Akıntürk. “**İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiye Devri: Ödünç İş İlişkisi**”, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1999, ss.130-149.

Uçum, Mehmet. **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**, 1.Basım, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003.

Ulucan, Devrim. ”**Türk Toplu İş Hukukunda Esneklik**”. Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 yılı Ekim toplantısı içinde, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002, ss.299-310.

Ulucan, Devrim. **Esneklik İhtiyacı ve İş Hukukunun İşçiyi Koruma İşlevi**, A.Can Tuncay’a Armağan içinde, İstanbul 2005, ss.203-217. (**Koruma İşlevi**)

Ulucan, Devrim. “**Karar İncelemesi**”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/3, ss.145-151. (**Karar İncelemesi**)

Uşen, Şelale. **Avrupa Birliğinde Ödünç İş ilişkisi, İtalya Uygulaması ve Türkiye**, İstanbul: Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, 2006.

Uşen, Şelale. “**2008/104/EC Sayılı Ödünç İş İlişkisine İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Getirdiği Yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi**”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/3, ss. 169-190. (**Yeni Düzenlemeler**)

Uyanık, Yücel, “**İşgücü Piyasalarında Esneklik ve Bölünme**”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt.7, Sayı.2, 2003, ss.535-550.

Yavuz, Arif. **Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkileri**, Ankara: Kamu-İş Yayınları, 1995.

Yavuz, Arif. “**Çalışma Süresi Esnekliği ve Türleri**”. MERCEK Dergisi, Temmuz 1999, ss.88-95. (**Makale**)

Zeytinoğlu, Emin. “**Türk İş Hukukunda Geçici İş İlişkisi**”. İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, Nisan 2004,ss. 119-131.