

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU
BİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

GEÇİCİ (ÖDÜNÇ) İŞ İLİŞKİSİ

**Hazırlayan
Arzu ZENGİN**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Adnan TUĞ**

Ankara-2008

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU
BİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

GEÇİCİ (ÖDÜNÇ) İŞ İLİŞKİSİ

**Hazırlayan
Arzu ZENGİN**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Adnan TUĞ**

Ankara-2008

ONAY

Arzu Zengin tarafından hazırlanan “Geçici (Ödünç) İş İlişkisi” başlıklı bu çalışma, tarihinde yapılan savunma sonucunda ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalında tezi olarak kabul edilmiştir.

.....

.....

.....

.....

.....

.....

ÖNSÖZ

Yüksek lisans tezi olarak hazırladığım bu çalışmamın konusunu, esneklik anlayışı sonucunda birçok ülkede uygulanmaya başlanan ve ülkemizde 4857 sayılı İş Kanunu ile yasal zemine kavuşan “Geçici (Ödünç) İş İlişkisi” oluşturmaktadır.

Bu çalışmamın her aşamasında beni destekleyen Sayın Hocam Prof.Dr.Adnan TUĞ’a, Arş. Gör. Ulaş BAYSAL’a, dostluğunun yanında mesleki bilgisi ile de çalışmama katkı sağlayan Türk Dili Uzmanı Arzu EKİZOĞLU’na ve her zaman her konuda hoşgörü ve sabrını benden esirgemeyen canım AİLEME teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ESNEKLİK KAVRAMI ve ESNEK ÇALIŞMA MODELLERİ

I. ESNEKLİK KAVRAMI.....	4
II. ESNEKLİĞİN NEDENLERİ.....	5
III. ESNEKLİĞİN SONUÇLARI.....	6
IV. ESNEKLİK TÜRLERİ.....	9
A. Sayısal Esneklik.....	9
B. Fonksiyonel Esneklik.....	9
C. Ücret Esnekliği.....	10
D. Çalışma Süresi Esnekliği.....	10
E. Uzaklaştırma Stratejileri Esnekliği.....	10
F. Nitelik Esnekliği.....	10
G Coğrafi Esneklik.....	11
V. ESNEK ÇALIŞMA MODELLERİ	
A. Genel Olarak.....	11
B. Çalışma Süreleri Yönünden Esnek Çalışma Uygulamaları... 13	
1. Genel Olarak.....	13
2. Çalışma Süreleri Yönünden Esnek Çalışma Modelleri.... 13	
a. Yıllık İş Süresi.....	13
b. Ortalama İş Haftası.....	13
c. Kayan İş Süreleri.....	14
d. Yoğunlaştırılmış İş Haftası.....	14
e. Esnek Vardiya Modeli.....	14
f. Telafi Çalışması.....	15

C. İstihdam Şekilleri Yönünden Esnek Çalışma Modelleri.....	16
1. Genel Olarak.....	16
2. Kısmi Süreli Çalışma.....	16
3. Çağrı Üzerine Çalışma.....	17
4. İş Paylaşımı.....	17
5. Evde Çalışma.....	19
6. Tele Çalışma.....	20
7. Belirli Süreli Çalışma.....	20
8. Ödünç İş İlişkisi.....	22

İKİNCİ BÖLÜM

ÖDÜNÇ İŞ İLİSKİSİ

I.BİREYSEL İŞ İLİŞKİLERİ AÇISINDAN ÖDÜNÇ İŞ İLİSKİSİ

A. Ödünç İş İlişkisi Kavramı.....	23
B. Ödünç İş İlişkisinin Gelişimi.....	25
C. Ödünç İş İlişkisinin Hukuki Niteliği ve Tanımı.....	27
D. Ödünç İş İlişkisinin Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması.....	30
1. Genel Olarak.....	30
a. İş Aracılığı İle Karşılaştırılması.....	31
b. Alt İşveren İle Karşılaştırılması.....	32
c. Takım Sözleşmesi.....	34
E. Ödünç İş İlişkisinin Türleri.....	35
1 Genel Olarak.....	35
2. Gerçek Ödünç İş İlişkisi(Meslek Edinilmemiş Şekilde İşçi Verme)	36
3. Gerçek Olmayan Ödünç İş İlişkisi (Meslek Edinilmiş Şekilde İşçi Verme)	36
4. Özel İstihdam Büroları	37
5. Özel İstihdam Büroları ve Türkiye Uygulaması.....	39
a. Dış Hukuk Mevzuatı.....	40
b. İç Hukuk Mevzuatı.....	42
F. Ödünç İş İlişkisinin Tarafları.....	44
1. Genel Olarak.....	44
2. Ödünç İşçi.....	45

3. Ödünç Veren İşveren.....	46
4. Ödünç Alan İşveren.....	46
G. Ödünç İş İlişkisinin Unsurları.....	47
1. İşçinin Aynı veya Benzer İşlerde Çalıştırılması.....	47
2. İşçinin Yazılı Muvafakati.....	50
3. Sözleşmenin Belirli Süre ile Yapılması ve Yenilenmesi....	53
H. Ödünç İş İlişkisine Başvurulamayacak Durumlar.....	59
1. Grev ve Lokavt Sırasında Ödünç İş İlişkisine Başvurulamaması.....	59
2. Toplu İşçi Çıkarma Yoluna Başvurulması Durumunda Ödünç İş İlişkisine Başvurulamaması.....	62
II. TOPLU İŞ İLİŞKİLERİ AÇISINDAN ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ.....	62
A. Ödünç İşçinin Sendika Üyeliği.....	62
B. Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi ve Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma.....	63
C. Grev Hakkı ve Lokavt.....	66

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ TARAFLARI ARASINDAKİ İLİŞKİLER

I. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ TARAFLARI ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ..	69
A. Ödünç Veren İşveren ile İşçi Arasındaki Hukuki İlişki.....	69
B. Ödünç Veren İşveren İle Ödünç Alan İşveren Arasındaki Hukuki İlişki.....	71
C. Ödünç Alan İşveren ile İşçi Arasındaki Hukuki İlişki.....	73
D. Taraflar Arasındaki Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme.....	76
II. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNDE TARAFLARIN BORÇLARI.....	77
A. Ödünç Verilen İşçinin Borçları.....	77
1. İş Görme Borcu	77
2. Sadakat Borcu.....	81
3. İşverenin Talimatlarına Uyma Borcu.....	82
4. Ödünç İşçinin Borca Aykırı Davranışlar Karşılığındaki Sorumluluğu.....	84

B. Ödünç Veren İşverenin Borçları.....	85
1. Ücret Ödeme Borcu.....	85
2. Yasal Kesintileri Yapma Borcu.....	89
C. Ödünç Alan İşverenin Borçları.....	91
1. İşçiyi Gözetme Borcu.....	91
2. Gözetme Borcuna Aykırı Davranışların Sonuçları.....	94
a. Ödünç İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı.....	95
b. Ödünç İşçinin Sözleşmeyi Feshetme Hakkı.....	96
c. İşverenin Borca Aykırı Davranışlar Karşılığındaki Sorumluluğu.....	96
(1) İşverenin Hukuki Sorumluluğu.....	96
(2) İşverenin İdari Sorumluluğu.....	99
(3) İşverenin Cezai Sorumluluğu.....	100
3. Eşit Davranma Borcu.....	101
4. Eşit Davranma Borcuna Aykırılığın Sonuçları.....	103
III.ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ DÜZENLEMELERİNE AYKIRILIK.....	104

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ

I. GENEL OLARAK.....	106
II. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERME NEDENLERİ.....	106
A. Tarafların Anlaşması.....	106
1. İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Ermesi.....	107
2. Ödünç İşçi Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi.....	108
B. Ödünç İşçi Sözleşmesinin Süresinin Dolması.....	109
C. Sözleşmenin Feshi.....	109
1.İş Sözleşmesinin Feshi.....	110
a. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sona Ermesi.....	110
b. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin Sona Ermesi.....	111
(1) Bildirimli Fesih.....	111
(2) Haklı Nedenle Fesih.....	113
i. İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı.....	113
ii. İşçinin Haklı Nedenle Fesih Hakkı.....	114

2.Ödünç İşçi Sözleşmesinin Feshi.....	115
D. İşyerinin Kapanması Sebebiyle Son Bulma.....	115
1. Ödünç Veren İşverenin İşyerinin Kapanması.....	116
2. Ödünç Alan İşverenin İşyerinin Kapanması.....	116
E. Ölüm.....	117
1. İşçinin Ölümü.....	117
2. İşverenin Ölümü.....	117
a. Ödünç Alan İşverenin Ölümü.....	118
b. Ödünç Veren İşverenin Ölümü.....	118
F. İş Sözleşmesinin Devri.....	119
G. İş Sözleşmesinin Geçersizliği.....	119
1. İş Sözleşmesinin Geçersizliği.....	119
2. Ödünç İşçi Sözleşmesinin Geçersizliği.....	120
SONUÇ.....	122
KAYNAKÇA.....	129
EKLER.....	138
ÖZET.....	140
ABSTRACT.....	142

KISALTMALAR

AB	:	Avrupa Birliği
AÜFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BİK	:	Basın İş Kanunu
	:	
BK	:	Borçlar Kanunu
C.	:	Cilt
DİK	:	Deniz İş Kanunu
E	:	Esas
HD	:	Hukuk Dairesi
İŞKUR	:	Türkiye İş Kurumu
İTÜ	:	İstanbul Ticaret Üniversitesi
K	:	Karar
KAMU-İŞ	:	Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası
R.G.	:	Resmi Gazete
S.	:	Sayı
s.	:	Sayfa
SSK	:	Sosyal Sigortalar Kanunu
TİSGLK	:	Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
TİSK	:	Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
TÜHİS	:	Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası

GİRİŞ

Ülkemizde 1475 sayılı İş Kanunu döneminin başladığı yıllarda dünyada yaşanmaya başlayan teknolojik gelişmeler, çalışma hayatını yakından etkilemiştir. Üretimde bilginin sermayenin önünü geçmeye başlaması, çalışanların vasıf derecelerinin beden işçiliğinden fikir işçiliğine kayması, küresel rekabetin esneklik olgusunu gündeme getirmesi çalışma hayatını da etkilemiş ve esneklik anlayışını doğurmuştur. Esneklik anlayışı sonucunda klasik çalışma türlerinden uzaklaşmaya başlanmış ve işletmelerin yaşanan gelişmelere uyum sağlaması amacıyla yeni çalışma türleri ortaya çıkmıştır.

Ülkemizde uygulanmaya başlamış olan bu çalışma türleri ile ilgili yasal boşlukların bulunması, sorunlar yaşanmasına neden olmuştur. Yargı organları ve doktrin, yasal boşlukları doldurarak sorunları çözmeye çalışmıştır. Ancak sorunların devam etmesi nedeniyle A.B'ye uyum süreci kapsamında yapılan mevzuat çalışmaları ile 10 Haziran 2003 tarihli 4857 sayılı İş Kanunu hazırlanmıştır. Tezimin konusu olan ödünç (geçici) iş ilişkisi de esneklik anlayışı sonucunda doğan yeni bir çalışma türüdür.

Bilim Komisyonunun Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına sunmuş olduğu tasarıda, tarafların ödünç (geçici) iş ilişkisini ihtiyaçlarına göre yürütecekleri, hakkın kötüye kullanıldığının ispat edilmesi durumunda buna ilişkin sonuçların doğacağı ve uygun bir süre geçtikten sonra işçinin işverenin işçisi olarak kabul edilmesi şeklinde mahkemenin karar verebileceği, bu nedenle ödünç iş ilişkisinin kurulmasına herhangi bir sınırlama getirilmediği belirtilmiştir. Ancak kabul edilen değişiklik önergesi ile ekonominin gereklerine ve halihazırdaki uygulamalara uyum sağlanması amacıyla geçici iş ilişkisinin hangi durumlarda, nasıl kurulabileceğinin metinde düzenlendiği belirtilerek maddeye bugünkü şekli verilmiştir.

“Geçici İş İlişkisi” kenar başlıklı bu maddeye göre; “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.”

Hazırlanan bu çalışmada geçici (ödünç) iş ilişkisi, ülkemizde uygulanmaya başladığı 1960’lı yıllardan günümüze kadar çeşitli yönleri ile incelenerek dört ana bölüm halinde düzenlenmiştir.

“Esneklik Kavramı ve Esnek Çalışma Modelleri” başlıklı birinci bölümde, öncelikle esneklik kavramı nedenleri ile ele alınacak, esneklik türleri olan sayısal esneklik, fonksiyonel esneklik, ücret esnekliği, çalışma süresi esnekliği, uzaklaştırma stratejileri esnekliği, nitelik esnekliği, coğrafi esneklik incelenerek, sonuçları açıklanacaktır. Bölüm, esnek çalışma modellerinin genel olarak anlatımından sonra çalışma süreleri ve istihdam şekilleri yönünden irdelenmesi ile tamamlanacaktır.

“Ödünç İş İlişkisi” başlıklı ikinci bölümde, ödünç iş ilişkisi, bireysel ve toplu iş ilişkileri açısından ele alınacak, bu bağlamda; bireysel iş ilişkileri yönünden ödünç iş ilişkisi kavramı açıklanarak ilişkinin gelişimi anlatılacak, hukuki niteliği ve tanımı belirlenecektir. Daha sonra benzer kurumlara karşılaştırılması yapılarak türleri, tarafları, unsurları incelenerek ödünç iş ilişkisine başvurulamayacak durumlar açıklanacaktır. Toplu İş ilişkileri bağlamında ise ödünç işçinin sendika üyeliği, toplu iş sözleşmesi yetkisi ve toplu iş sözleşmesinden yararlanma, grev hakkı ve lokavt konuları incelenecektir.

“Ödünç İş İlişkisi Tarafları Arasındaki İlişkiler” başlıklı üçüncü bölümde, ödünç veren işveren ile işçi, ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren, ödünç alan işveren ile işçi arasındaki hukuki ilişki incelenecek ve taraflar arasında doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme anlatılacaktır. Daha sonra ödünç iş ilişkisinde ödünç verilen işçinin, ödünç veren işverenin, ödünç alan işverenin borçları anlatılarak bölüm, ödünç iş ilişkisi düzenlemelerine aykırılıkların incelenmesi ile tamamlanacaktır.

“Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi” başlıklı dördüncü bölümde, ödünç iş ilişkisinin sona erme nedenleri öncelikle genel olarak, daha sonra tarafların anlaşması, sözleşme süresinin dolması, sözleşmenin feshedilmesi, işyerinin kapanması, ölüm ve iş sözleşmesinin devri yönlerinden irdelenecektir. Son olarak da sonuç bölümünde varılan sonuçlar genel olarak değerlendirilerek çalışma tamamlanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESNEKLİK KAVRAMI ve ESNEK ÇALIŞMA MODELLERİ

I. ESNEKLİK KAVRAMI

“Esneklik” kavramı ekonomistler, sosyologlar, politikacılar ve çeşitli bilim çevrelerinin tartıştığı güncel bir kavramdır¹.

“Esneklik” kavramının anlamına ilişkin ortak bir görüş bulunmamaktadır. Kavram, “katı”nın karşıtı, “değişen koşullara uyum sağlayabilen” gibi anlamlarda kullanılmaktadır². Esneklik, emek süreci, emek pazarı ve devlet müdahalesinin azalması ile ilgili bir olgudur³. Genel anlamda esneklik; değişen koşullara uyum sağlamak için tarafların belli normlar çerçevesinde çalışma yerlerini ve şartlarını ihtiyaçlara göre belirleyebilme serbestisine sahip olmalarıdır⁴. Toplumsal konularda esneklik ise; insanların, toplumların ve toplumsal örgütlenmelerin herhangi bir siyasi, ekonomik ve sosyal bir etkiye maruz kaldıklarında kendilerini değiştirerek yok olmalarını engellemeleridir⁵. Teknik/organizasyonel bir kavram olarak esneklik; miktar ve bileşim olarak değişebilen talebin kısa bir süre içinde etkin olarak karşılanması anlamına gelmektedir. Esneklik, politik bir kavram olarak ise; ekonomik değişimlere bağlı olarak politik yaklaşımların değişimini de beraberinde getirmiştir⁶.

¹ Sabahattin Şen, “Esnek Üretim ve Esnek Çalışma”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi** Kasım 1999-Şubat 2000, s.28.

² Şen, “**Esnek Üretim-Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkileri**”, Turhan Kitapevi, Mayıs 2004, s.97.

³ İlhan Serin, “4857 sayılı İş Kanunu’nda Geçici(Ödünç) İş İlişkisi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, Temmuz-Ağustos-Eylül 2005, S.:7, s.1056.

⁴ Salih Ertör, “Esnek Çalışmanın Sanayi İçin Önemi ve Almanya’dan Örnek Modeller”, **Mercek Dergisi**, Nisan 2005, s.75.

⁵ Gülnur Evren, “**Esnek Çalışma ve İstihdama Etkileri**”, Seçkin Yayınevi, Ocak 2007, s.19.

⁶ Tijen Erdut, “Esneklik ve İş Süresi”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.103-104.

Esneklik; çalışma sürelerinin ya da biçimlerinin değiştirilmesi olarak anlaşılmamalıdır. Burada amaçlanan, çağın gereklerine uygun olarak çalışma yaşantısına köklü değişimler getirmektir⁷. Esneklik, bir başıboşluk değildir. Ekonominin gelişme olanaklarını artıran bir araç, işsizliğe karşı önemli bir yoldur⁸. Esneklik kurallarla da sağlanabilir. Önemli olan kuralların sayısı değil, öngörmüş oldukları esnek düzendir⁹. Esnekliğin kuralsızlaştırma olmadığı yönündeki diğer görüşe göre esneklik; işletmelere ve sosyal ortaklara daha fazla hareket imkanı tanımaktadır¹⁰. Esneklik, işveren açısından “iş”i özgürce yönetme yetkisine sahip olmaktır¹¹.

II. ESNEKLİĞİN NEDENLERİ

Çalışma yaşantısında üç unsurun varlığı kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, işveren; ikincisi, işyeri; üçüncüsü, işyerinde çalışan işçilerdir. Günlük yaşamda işyeri ile işveren tek bir unsur olarak kabul edilmektedir. Her iki taraf da işletmenin elde etmiş olduğu değerden pay sahibi olmak istemektedir¹².

Öncelikli olarak mevcut işyerlerinin korunması, sonra yeni işyerleri açarak istihdamın ve milli gelirin artırılması amaçlanmaktadır¹³. Günümüzde dünyanın tek pazar haline dönüşmesine neden olan küreselleşme, teknolojik gelişmeler çalışma hayatı üzerinde de sonuçlar doğurmaktadır¹⁴. İşletmelerin ayakta kalıp gelişmeleri iç ve dış rekabet koşullarına uyum gösterebilmelerine

⁷ Nusret Ekin, “Esneklik Çağı”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.9.

⁸ Nurseli Tarcın, “Çağı Yakalama ve Rekabet Edilebilirlikte Çalışma Mevzuatının Rolü:Esnek ve Çağdaş İş Kanunu”, **Mercek Dergisi**, Ekim 2001, s.27.

⁹ A.Can Tuncay, “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17, s.14.

¹⁰ Nurhan Sürat, “4857 sayılı İş Kanunumuzda Esneklik Açılımları”, **İşveren Dergisi**, Eylül 2007,s.5

¹¹ Rüçhan Işık, “Esneklik Üzerine Bir Not”, **Mercek Dergisi**, Ekim 2003, s.110.

¹² Ali Nafiz Konuk, “Yasalarda Esneklik ve Yumuşama Gerekli Mi?”, **Mercek Dergisi**, Ekim 2002, s.114.

¹³ Konuk, s.114.

¹⁴ Öner Eyrenci, “4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Değerlendirme”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, Ocak-Şubat-Mart 2004, S.:1, s.15-16, Tuncay, “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17, s.14.

bağlıdır¹⁵. Çalışma hayatında değişim, tarafların özverisi ile gerçekleşebilir. Esneklik, karşılıklı uyum imkanı sağlamaktadır¹⁶. İşsizlik, ekonomik krizler esnek çalışma modellerinin gündeme gelmesine sebep olmaktadır¹⁷.

III. ESNEKLİĞİN SONUÇLARI

Üretim teknolojilerinin gelişmesi sonucunda yaşanan rekabet artmıştır¹⁸. Farklı istihdam türlerine yönelim başlamıştır. Bu yönelim, güvenli istihdam ilişkisinden daha serbest ama daha az güvenli iş ilişkisine doğru olmuştur¹⁹.

Çalışma hayatında görülen değişiklikler iş hukukunun ilkelerini etkilemeye başlamıştır. İş hukukunun katı kuralları esnek bir şekle kavuşturulmuştur²⁰. İş hukukunun esnekleşmesi ile taraflar, toplu ve bireysel iş sözleşmeleri ile çalışma şartlarını ihtiyaçlara göre belirleyebilme imkanına sahip olmuştur²¹.

Belli konuların toplu iş sözleşmeleri ile düzenlenmesi, gerekli esnekliğin taraflarca sağlanmasına imkan vermiştir²². İş hukukunun esnekleşmesinde kullanılabilecek diğer bir araç, bireysel iş sözleşmeleridir. İş sözleşmelerinin esneklik işlevi üç durumda söz konusu olmaktadır. İlk durum, toplu iş sözleşmelerinden uzaklaşılan bilgi toplumu gibi ortamlarda çalışma koşullarının bireysel iş sözleşmeleri ile belirlenmesidir. İkinci durum, bireysel

¹⁵ Süral, “4857 sayılı İş Kanunumuzda Esneklik Açılımları”, **TİSK Yayınları İşveren Dergisi**, Eylül 2007, s.5, Eyrenci, s.16.

¹⁶ Erdoğan Karakoyunlu, “Ya Esneklik Olmazsa”, **TİSK Yayınları İşveren Dergisi**, Şubat 2003

¹⁷ Tarcan, s.27.

¹⁸ Tuncay, “Esneklik Gerçeği Karşısında Çalışma Mevzuatında ve Olması Gerekenler”, **Mercek Dergisi**, Ekim 2002, s.59, Eyrenci, s.16-17.

¹⁹ Işık, s.107.

²⁰ Tuncay, “Esneklik Gerçeği Karşısında Çalışma Mevzuatı ve Olması Gerekenler”, **Mercek Dergisi**, Ekim 2002, s.60, Tuncay, “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17, s.13.

²¹ A.Nizamettin Aktay, “İş Hukukunda Esneklik Kavramının Ortaya Çıkışı ve Esneklik Uygulamaları”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.55, Tuncay, “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17, s.14.

²² Tankut Centel, “Esneklik Uygulamaları ve Türkiye”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.31.

iş sözleşmelerine, toplu iş sözleşmesinde belirtilmek şartıyla toplu iş sözleşmesine aykırı ve işçinin daha az yararına olan düzenlemeler getirilebilmesidir. Sonuncu durum da, iş sözleşmelerinin eki niteliğinde olan işyeri yönetmeliklerinde işçinin daha az yararına olan düzenlemeler yapılabilmesidir²³.

İş hukukundaki mutlak emredici kurallar terk edilerek, iş hukukunun katı standart kalıpları zorlanmaya başlanmıştır²⁴. İş hukukundaki katı hükümler yerine tarafların anlaşmalarına dayanan sistemler geliştirilmeye başlanmıştır. Çalışma hayatında part time, geçici ve belirli süreli çalışan işçilerin sayısında artış meydana gelmiştir²⁵.

Çalışan ve işverenlerin anlaşmaları sonucunda; çalışma süreleri çalışma koşullarına göre düzenlenmiştir. Çalışanlar, işletme içinde farklı görevleri üstlenmeye başlamıştır. İşçilerin istihdamına, iş ilişkilerinin sona erdirilmesine getirilen yasal kısıtlamalar çalışanların mağduriyetine sebep olmayacak şekilde belirlenmeye başlamıştır. İşletmeler serbest hareket edebilme imkanı sonucunda ücret seviyelerini iş gücü piyasasının koşullarına ve çalışanların performansına göre belirlemeye başlamışlardır²⁶. Hizmet ya da üretim, işletme dışındaki işyerlerinde ya da işletme içinde başka işçiler tarafından yerine getirilmeye başlanmıştır²⁷.

Büyük işletmeler; işlerinin büyük kısmını bünyeleri dışında bulunan küçük işletmelere yaptırmaya başlayarak, ana konuları üzerinde

²³ Centel, s.31.

²⁴ Tuncay, “Esneklik Gerçeği Karşısında Çalışma Mevzuatı ve Olması Gerekenler”, **Mercek Dergisi**, Ekim 2002, s.61.

²⁵ Tuncay, “Değişim, Esneklik ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.68, Tuncay, “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17, s.16.

²⁶ Tarcan, s.27.

²⁷ Tuncay, “Değişim, Esneklik ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.68.

yoğunlaşmışlardır. Bilgisayar yazılımı, hukuki danışmanlık gibi işleri ücretlerin ve maliyetlerin daha düşük olduğu işletmelere yaptırmaya başlamışlardır²⁸.

Nitelikli iş gücüne olan ihtiyacın artması, istihdam alanında eğitimi ön plana çıkarmıştır. Hızla gelişen teknolojiye uyum sağlamak için çalışanların bilgi ve eğitim düzeylerinin yükseltilmesine önem verilmiştir²⁹.

Esneklik uygulamaları sayesinde işçiler çalışma zamanını belirlemede söz sahibi olmuşlardır. İşçiye bireysel olarak sağlanan bu imkan işçilerin sosyal yaşantılarını da olumlu yönde etkilemiştir³⁰. Ancak işçi sendikaları esnekliği işçilere karşı sürdürülen olumsuz uygulamaların bir aracı olarak görmüş ve sendikacılığın gerilemesine sebep olacağını savunmuşlardır³¹.

Çalışma hayatında esnekliğin, çalışanların sağlıklı ortamlarda çalışma, örgütlenme gibi haklarının zarar görmesine neden olabileceği savunulmaktadır. Bu görüşe göre; yoğun iş temposu, güvencesiz çalışma ortamları, işçilerin sağlığını olumsuz yönde etkileyecektir. Esnek üretimin uygulandığı ülkelerde görülen işsizlik oranlarındaki artış, çocuk ve kadın emeğinin üretimde daha fazla kullanılması, sendikalaşma oranlarındaki düşme, yoksulluğun artması, sağlıksız çalışma ortamları; esnek üretime karşı çıkma sebeplerini oluşturmaktadır³².

IV. ESNEKLİK TÜRLERİ

İş gücü piyasa esnekliği; iş gücü miktarını ve çalışma zamanını talep durumuna göre belirleyebilme, ücret düzeyini verimlilik ve işletmenin ödeme

²⁸ Işık, s.108.

²⁹ Tuncay, “Değişim, Esneklik ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.68.

³⁰ Aktay, “İş Hukukunda Esneklik Kavramının Ortaya Çıkışı ve Esneklik Uygulamaları”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.56.

³¹ Aktay, “İş Hukukunda Esneklik Kavramının Ortaya Çıkışı ve Esneklik Uygulamaları”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.54.

³² Sedat Başoğlu, “Esnek Üretim Hukukunun Esnekleştirilmesi ve İşçi Sağlığına Etkileri”, **Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi**, Temmuz 2003, s.3.

yeteneğine göre ayarlayabilme, iş gücünü talepte olabilecek değişikliklere göre farklı işlerde görevlendirme yeteneği olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlama doğrultusunda; işletme düzeyinde esneklik, sayısal esneklik, fonksiyonel esneklik, ücret esnekliği, çalışma süresi esnekliği ve uzaklaştırma stratejileri esnekliği olarak türlere ayrılmaktadır³³.

A. Sayısal Esneklik:

Sayısal esneklik, işletmelerin iş gücü miktarı ve niteliğini değiştirme serbestisidir³⁴. İşe alma ve işten çıkarmaların kolaylaştırılması sonucunda emek gücünün sayısında istendiği gibi değişiklik yapılabilmektedir³⁵.

B. Fonksiyonel Esneklik:

Fonksiyonel esneklik, işletmelerin yönetim tarzları ile ilgili bir durumdur. Fonksiyonel esneklik ile işletmeler gerekli gördükleri durumlarda işçileri değişik birimlerde çalıştırabilmektedirler³⁶. Fonksiyonel esneklik, yeni tekniklerin, ürünlerin ve müşteri hizmetlerinin ortaya çıkmasını sağladığı için verimlilik artışının ve yeniliklerin önü açılmaktadır³⁷.

C. Ücret Esnekliği:

Ücret esnekliği, çalışanlara yapılan ücret ödemelerinde uygulanan sistemin kişi bazlı olmasını ifade etmektedir.³⁸

³³ Yücel Uyanık, “İşgücü Piyasalarında Esneklik ve Bölünme”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, 2003, C.:7, S.:2, s.541.

³⁴ “Çalışma Hayatında Esneklik”, **TİSK Yayınları**, Kasım 1999, Yayın No:190, s.10.

³⁵ Başoğlu, s.3.

³⁶ Çoşkun Can Aktan, “Çalışma Hayatının Esnekleştirilmesi ve Devlet Müdahalesinin Azaltılması”, www.canaktan.org, 22.06.2008

³⁷ “Avrupa’da Esneklik Uygulamaları Çalışan Bir Avrupa Yaratılması”, **TİSK Yayınları**, Şubat 2001, Yayın No:204, s.10.

³⁸ “Çalışma Hayatında Esneklik”, **TİSK Yayınları**, Kasım 1999, Yayın No:190, s.12.

D. Çalışma Süresi Esnekliği:

Zaman içinde meydana gelen ihtiyaçlara, hizmet ve üretim taleplerine uyum sağlayabilmek ve işletme giderlerini azaltabilmek için çalışma sürelerini esnek hale getirmek gerekmektedir³⁹. Çalışma sürelerinde esnekliği; çalışma sürelerinin bütün yıl esasına göre hesaplanması, ara dinlenme, günlük ve haftalık çalışma saatlerinin daha esnek olarak ele alınması olarak düşünmek mümkündür.⁴⁰

E. Uzaklaştırma Stratejileri Esnekliği:

Bu tür esneklikte, işletmelerde yapılan iş, başka işyerlerinde ya da işletme içinde başka işçiler çalıştırılarak gerçekleştirilmektedir. Teknolojide yaşanan gelişmeler sonucunda, birçok işin yapılması çok daha teknik çalışmayı gerektirmiş ve her işletmenin her konuda uzmanlaşması mümkün olmadığı için bu tür işlerin başka işletmelere yaptırılması ihtiyacı doğmuştur⁴¹.

F. Nitelik Esnekliği:

Nitelik esnekliği, iş gücünün nitelikleri ile işyerinin ve yapılan işin uyumlu olmasını, bir işten diğerine geçişin sağlanmasını ifade etmektedir⁴².

G. Coğrafi Esneklik:

Coğrafi esneklik, kişilerin bölgeler ve AB üyesi ülkeler arasında serbestçe dolaşmasına imkan vermektedir⁴³.

³⁹ Evren, s.72.

⁴⁰ Ali Rıza Büyüksu, “Avrupa Birliği Perspektifinden ve Endüstri İlişkileri Boyutuyla Yeni İş Kanunu, Esneklik ve İş Güvencesi”, Derin Yayınları, 2004, s.112.

⁴¹ Çalışma Hayatında Esneklik”, **TİSK Yayınları**, Kasım 1999, Yayın No:190, s.16.

⁴² “Avrupa’da Esneklik Uygulamaları Çalışan Bir Avrupa Yaratılması”, **TİSK Yayınları**, Şubat 2001, Yayın No:204, s.10.

⁴³ “Avrupa’da Esneklik Uygulamaları Çalışan Bir Avrupa Yaratılması”, **TİSK Yayınları**, Şubat 2001, Yayın No:204, s.10.

V. ESNEK ÇALIŞMA MODELLERİ

A. Genel Olarak:

Türk iş hukukunda; hem bireysel iş ilişkileri hem de kolektif iş ilişkileri kanunla düzenlenmiştir⁴⁴.

Temel yaklaşım, sıkı ve ayrıntılı düzenlemeler ile çalışanları güvence altına almaktır. 1936 yılında yürürlüğe giren 3008 sayılı İş Kanunu, Türkiye'nin o dönemdeki sanayi, ticaret ve iş hayatındaki aktivitesi esas alınarak katı bir anlayışla düzenlenmiştir⁴⁵. Bu sistemde kanun koyucu, çalışma şartlarını tüm ayrıntıları ile düzenlemiş ve işçilerin korunmasında endüstrileşmiş ülkeleri esas almıştır.⁴⁶ 1961 Anayasası döneminde; devlet mevcut hakları daha fazla işçi lehine genişletmek düşüncesiyle katı kurallara dayalı sistem uygulamasından vazgeçmemiştir⁴⁷. 1967 yılında 931 sayılı Kanunla ve 1971 yılında 1475 sayılı İş Kanunu ile önemli değişiklikler yapılmıştır⁴⁸. Ancak 1475 sayılı İş Kanunu'nun esneklik ile ilgili düzenleme getirmemesi, sosyal güvenlik sisteminde bu nitelikte çalışanlara ilişkin düzenleme bulunmaması, toplu iş sözleşmesinin boşlukları dolduracak bir nitelik taşınamaması nedeniyle esneklik uygulamaları, ülkemizde yetersiz kalmıştır.⁴⁹

Katı iş mevzuatı hükümleri karşısında bireysel sözleşmeler ve toplu iş sözleşmesi hükümleri ile kriz dönemleri daha az zararla atlatılmaya

⁴⁴ Tuncay, "Değişim, Esneklik ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri", **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.77.

⁴⁵ Nihat Yüksel, "Çalışma Hayatında Esnekleşme İhtiyacı", **TİSK Yayınları İşveren Dergisi**, Şubat 2003, C.41, S.5., s.9.

⁴⁶ Tuncay, "Esneklik Gerçeği Karşısında Çalışma Mevzuatı ve Olması Gerekenler", **Mercek Dergisi**, Ekim 2002, s.62, "Değişim, Esneklik ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri", **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.78.

⁴⁷ Tuncay, "Esneklik Gerçeği Karşısında Çalışma Mevzuatı ve Olması Gerekenler", **Mercek Dergisi**, Ekim 2002, s.62, "Değişim, Esneklik ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri", **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.78.

⁴⁸ Yüksel, s.9.

⁴⁹ Ekin, "Esneklik Çağı", **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.13.

çalışılmıştır. Ancak bu uygulamaların yasal dayanaktan yoksun olması, tarafların uzlaşmasını zorlaştırmıştır⁵⁰. 1475 sayılı İş Kanunu, işçi sağlığını koruma düşüncesi ile taraflara esnek davranma imkanı vermemiştir⁵¹. Bu dönemde, esnek çalışmaya, esnek istihdama yer veren düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur.⁵²

Bu nedenle içinde esnekliği barındıran bir kanuna ihtiyaç duyulmuş, sosyal devlet ilkesinin gerekleri dikkate alınarak, tarafların aralarında uzlaştıkları, devletin denetim yetkisini de içeren bir kanunun hazırlanması gerektiği belirtilmiştir⁵³. Yeni İş Kanunu ile bireysel ve toplu düzeyde demokratik ve adaletli uygulamaların genişletilmesi amaçlanmıştır⁵⁴.

Kitlesel üretimi, iş paylaşımını ve tam günlük istihdam şeklini esas alan 1475 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı dönemde, değişen üretim ilişki ve tarzlarının karşılanamaması nedeniyle çalışma hayatımızda yer alan mevcut kurum ve kuralların yenilenip, işçi-işveren ilişkilerinde daha esnek ve dinamik bir yapının oluşturulmasına ihtiyaç duyulmuştur⁵⁵. Bunun sonucunda çağrı üzerine çalışan, ödünç verilen hatta evinde çalışan işçi tipleri ve bu sayede yeni istihdam biçimleri meydana gelmiştir⁵⁶.

4857 sayılı İş Kanunu ise; emekliliğine kadar aynı işinde, tam zamanlı olarak çalışacağı muhtemel olan işçileri koruma düşüncesi esas alınarak hazırlanmıştır. Hazırlanmasında koruma anlayışı esas alındığı için mevzuata katı bir esneklik anlayışı hakim olmuştur⁵⁷.

⁵⁰ Yüksel, s.10.

⁵¹ Tuncay, "Esneklik Gerçeği Karşısında Çalışma Mevzuatı ve Olması Gerekenler", **Mercek Dergisi**, Ekim 2002, s.63.

⁵² Konuk, s.115.

⁵³ Turhan Alçelik, "Esneklik", **İşveren Dergisi**, Mart 2002, s.17.

⁵⁴ Ekin, "İş Reformu Yasasının Dayanakları:Güvenlik ve Esneklik", **Mercek Dergisi**, Temmuz 2003, s.10.

⁵⁵ Yüksel, s.9.

⁵⁶ Serin, s.1057-1058.

⁵⁷ Süral, "4857 sayılı İş Kanunumuzda Esneklik Açılımları", **TİSK Yayınları İşveren Dergisi**, Eylül 2007, s.38.

B. Çalışma Süreleri Yönünden Esnek Çalışma Modelleri:

1.Genel Olarak:

İş hukukunda esneklik, daha çok iş sürelerinde ve fazla çalışma kavramında belirginlik kazanmaktadır⁵⁸. İş süreleri yönünden standart kalıpların getirilmesi işyeri ve işçi çıkarları açısından tartışılır niteliktedir⁵⁹.

2. Çalışma Süreleri Yönünden Esnek Çalışma Modelleri:

a.Yıllık İş Süresi:

Yılın belirli dönemlerinde iş hacminin artması ya da azalmasına bağlı olarak işyerleri ortalama iş süresini bir yıllık dönem içinde işçinin daha az ya da daha çok çalışması ile dengelemektedir⁶⁰.

b. Ortalama İş Haftası:

1475 sayılı İş Kanunu, sadece tam gün çalışmayı kabul eden yapısı ile esnek çalışmayı yok saymıştır. Yani istihdam yaratılmasının önünde bir engel oluşturarak, işletmelerin rekabet edebilirliğini ve işçinin işinin sürekliliğini olumsuz yönde etkilemiştir⁶¹.1475 sayılı İş Kanunu, fazla çalışma hükümleri olmaksızın, çalışma saatlerinin haftanın bir ya da birkaç günü üzerine toplanmasına ya da çalışma açığının telafi edilmesine imkan sağlayacak esnekliğe sahip değildir⁶².

⁵⁸ Cevdet İlhan Günay, “Çalışma Sürelerinde Esneklik”,**Kamu-İş**, 2004, C:7, S:3, s.178.

⁵⁹ Tuncay, “Esneklik Gerçeği Karşısında Çalışma Mevzuatı ve Olması Gerekenler”, **Mercek Dergisi**, Ekim 2002, s.62, “Değişim,Esneklik ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.78.

⁶⁰ Günay, “Çalışma Sürelerinde Esneklik”, **Kamu-İş**, 2004, C:7, S:3., s.178.

⁶¹ Tarcan, s.35.

⁶² Centel, s.30.

c.Kayan İş Süreleri:

Kayan iş sürelerinde işçiler, ya günlük çalışma süresi içinde işe başlama ve bitirme zamanını kendileri belirlemekte ya da belirli bir zaman dilimi içindekini çalışma sürelerini (ortalama günlük çalışma süresini aşmadan) kendileri düzenlemektedir. Yani kayan iş süreleri, iki farklı modeli içermektedir. Basit kayan iş sürelerinde işçi, blok çalışma süresini zorunlu olarak çalışmakta; çalışmaya erken ya da geç başlama kararını kendisi vermektedir⁶³. Vasıflı kayan iş süresinde ise, işçi sadece işe başlama ve bitirme zamanını değil, günlük çalışma süresini de kendisi belirlemektedir⁶⁴.

d. Yoğunlaştırılmış İş Haftası:

4857 sayılı İş Kanunu'na göre, tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilecek ve iki ya da dört aya kadar bir denkleştirme süresi uygulanabilecektir⁶⁵. Bu çalışma modeli, haftalık iş süresinin, sıkılaştırılan iş günlerine eşit olarak paylaştırılması şeklinde uygulanabileceği gibi, günlük çalışma süresinin farklı şekilde dağıtılması şeklinde de uygulanabilir⁶⁶.

e. Esnek Vardiya Modeli:

Bu modelde, işyerinde işçiler, ikili ya da üçlü gruplara bölünerek, işe başlama ve çıkış zamanları birbirini takip edecek biçimde çalışmaktadır⁶⁷.

⁶³ Aktay, “İş Hukukunda Esneklik Kavramının Ortaya Çıkışı ve Esneklik Uygulamaları”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.57.

⁶⁴ Aktay, “İş Hukukunda Esneklik Kavramının Ortaya Çıkışı ve Esneklik Uygulamaları”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.57.

⁶⁵ Tuğrul Kudatgöbilik, “4857 sayılı İş Kanunun Çalışma Hayatımıza ve Ekonomimize Muhtemel Etkileri ve İş Kanununa Bağlı Olarak Yapılması Gerekli Düzenlemeler”, **İşveren Dergisi**, Haziran 2003, www.tisk.org.tr/isveren, 22.06.2008

⁶⁶ Günay, “Çalışma Sürelerinde Esneklik”, **Kamu-İş**, 2004, C:7, S:3, s.182.

⁶⁷ Aktay, “İş Hukukunda Esneklik Kavramının Ortaya Çıkışı ve Esneklik Uygulamaları”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.58.

Çalışma sürelerinin arka arkaya birleştirilmesi ile, vardiya çalışmalarında bir bütünlük sağlanmaktadır⁶⁸. Çalışma süreleri farklı uzunlukta olabileceği gibi bu sürelere gece ya da hafta sonu da dahil edilebilecektir.⁶⁹ Ancak bu tür çalışma, fazla çalışma ödemelerini ortadan kaldırmak gibi sakıncalar içermektedir⁷⁰.

f. Telafi Çalışması:

Telafi çalışması 4857 sayılı İş Kanunu'nun 64. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; telafi çalışmaları günlük çalışma sürelerini aşmamak şartı ile günde 3 saatten fazla olmayacak, ayrıca tatil günlerinde fazla çalışma yaptırılmayacaktır. Bu sayede yasal engellerin kaldırılması, çeşitli sebeplerle normal saatlerde çalışma yapılmamışsa, bu sürelerin uygun zamanda çalışılarak telafi edilmesi sağlanmıştır⁷¹. Ancak zorunlu nedenlerin şart koşılması ve tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılmaması bu hükümlerin uygulanılabilirliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu durumda esneklik, mevcut kanuna sadece sözde girmiş olmakta, uygulamaya yönelik olarak ise ölü bir nitelik taşımaktadır⁷².

C. İstihdam Şekilleri Yönünden Esnek Çalışma Modelleri

1. Genel Olarak:

Yeni pazar ve tüketici taleplerine uyum ve verimlilik artışı yönündeki arayışlar istihdam modellerinin de köklü olarak değişimine neden olmuştur. Bunun sonucunda çağrı üzerine çalışma, ödünç iş ilişkisi, iş paylaşımı, kısmi

⁶⁸Günay, “Çalışma Sürelerinde Esneklik”, **Kamu-İş**, 2004, C:7 ,S:3, s.183.

⁶⁹Aktay, “İş Hukukunda Esneklik Kavramının Ortaya Çıkışı ve Esneklik Uygulamaları”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.58.

⁷⁰Erdut, “Çalışma Yaşamında Esneklik ve Kuralısızlaştırma”, **TÜHİS**, Kasım 2003, s.24.

⁷¹Devrim Ulucan, “AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda Yer Alan Esnek Çalışma Modelleri”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 2003, s.65.

⁷²Ertör, s.77.

sürelî çalışma gibi yeni çalışma türleri ortaya çıkmıştır⁷³. Yeni istihdam modelleri yayılmaya başlamış, fakat yasal düzenlemede bulunan eksiklikler nedeniyle işletmeler hem bu istihdam türlerini uygulamakta tereddüt etmiş hem de işçiler güvencesiz ortamlarda çalışmak zorunda kalmışlardır⁷⁴.

Esnek çalışma biçimi, 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen önemli yeniliklerden biridir. Bu çalışma biçimi, çalışma hayatının ve çalışanların özel hayatının kalitesini yükseltmektedir⁷⁵.

2. Kısmi Sürelî Çalışma:

Kısmi sürelî çalışma, 4857 sayılı İş Kanunu'dan önce de uygulamada yer bulmuş, ancak yasal düzenlemesi 4857 sayılı İş Kanunu ile yapılmıştır. Kısmi sürelî çalışmaya uygulanacak esas ve usuller düzenlenerek konuya uygulama açısından netlik kazandırılmıştır⁷⁶. Kısmi sürelî çalışma, devamlı ve belirli bir işte tam gün çalışma saatlerine göre daha az sürelîliğine çalışılmasını ifade etmektedir⁷⁷.

Kısmi sürelî çalışma farklı şekillerde tanımlanıyor olmasına rağmen, iş sözleşmesi ile çalışılması, çalışma sürelerinin normal çalışma süresinden az olması, çalışmanın düzenli olması gerektiği yönünde görüş birliği bulunmaktadır⁷⁸. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasına göre, kısmi sürelî çalışma işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam sürelî iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlendiği çalışma türüdür.

⁷³ Evren, s.106.

⁷⁴ Tuncay, "Esneklik Gerçeği Karşısında Çalışma Mevzuatı ve Olması Gerekenler", **Mercek Dergisi**, Ekim 2002, s.63.

⁷⁵ Murat Başesgioğlu, "4857 sayılı Kanun'un Endüstri İlişkilerine Getirdikleri", **TİSK Yayınları İşveren Dergisi**, Haziran 2003, www.tisk.org.tr/isveren, 22.06.008.

⁷⁶ Büyüksu, s.97.

⁷⁷ Evren, s.108-109.

⁷⁸ Şen, "Esnek Üretim-Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkileri", Turhan Kitapevi, Mayıs 2004, s.158.

Kısmi süreli çalışan işçilere yönelik ayrımcılığın önlenmesi amacıyla haklı bir neden olmadıkça, söz konusu işçiler tam süreli işçilerle aynı işlemlere tabi olacaktır⁷⁹. Kısmi süreli çalışma ile iş ve karşılığı olan ücret daha çok işçi arasında paylaştırılmaktadır. Ancak iş sürelerinin azaltılması sonucunda işçiler fazla çalışma ücreti almadan daha yoğun çalışmak zorunda kalmaktadır⁸⁰.

3. Çağrı Üzerine Çalışma:

Önceden yapılan iş sözleşmesi uyarınca işçinin işveren tarafından çağrılması durumunda işyerine gelerek çalışmasını ifade etmektedir. Yani işçinin yerine getirmeyi üstlendiği edimi, çağrı üzerine yapmasını sağlayan bir iş ilişkisidir⁸¹.

4. İş Paylaşımı:

Çalışma saatlerinde esneklik sağlama, hem işletmeler hem de işverenler açısından önem taşımaktadır⁸². İş paylaşımı, çalışma şekli normal bir çalışmayı gerektiren bir işin birden çok işçi tarafından, hem iş hem de süre yönünden paylaşılmasıdır. İşçiler, işin paylaşımı yanında iş için öngörülen ücret ve diğer sosyal hakları da paylaşmaktadırlar⁸³.

İş paylaşımında işçiler grup oluşturarak birbirlerinin yerini alma borcu altına girmektedirler. Aynı çalışma süresi içinde bir işçinin herhangi bir nedenle çalışmadığı zamanlarda diğer işçi onun yerine geçmeyi taahhüt etmektedir. Bazen de iş, işçiler arasında fonksiyonel olarak

⁷⁹ Eyrenci, s.27.

⁸⁰ Erdut, "Çalışma Yaşamında Esneklik ve Kuralısızlaştırma", TÜHİS, Kasım 2003, s.24.

⁸¹ Mehmet Günay, "İş Hukuku'nda Ödünç İş İlişkisi", Adalet Yayınevi, Ağustos 2007, s.19, Gülnur Evren, s.109.

⁸² Şelale Uşen, "İtalyan Emek Piyasasında Biagi Reformu ve Yeni İstihdam Türleri", s.547-548 www.iibf.kou.edu.tr, 22.06.2008.

⁸³ Günay Mehmet, s.20.

paylaşılmaktadır⁸⁴. Ancak; işin fonksiyonel olarak paylaşılması durumunda iş paylaşımından değil, iş bölünmesinden söz edilebilecektir⁸⁵.

İş paylaşımı sözleşmesinin tarafı olan işçi, belirli saatlerde belirli miktarda işi görme edimini üstlenmiş olmasına rağmen, sözleşmenin tarafı olan diğer işçilerle birlikte işin tamamının yerine getirilmesinden sorumludur⁸⁶. Ancak bu borç sınırsız bir nitelik taşımamakta, imkansızlık (aniden hastalanma gibi) gibi nedenlerle ortadan kalkabilmektedir⁸⁷.

İş paylaşımı 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmemiştir. İş paylaşımına benzer nitelik taşıyan takım sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 16. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak söz konusu maddeye göre; takım sözleşmesi, iş görme borcu ve ücret talep etme hakkı yönlerinden iş paylaşımından farklı nitelikler taşımaktadır. İş paylaşımında, iş görme borcu, işçiler arasındaki iç ilişkiye dayanırken, takım sözleşmesinde, doğrudan işçi ile işveren arasında yapılmış olan sözleşmeye dayanmaktadır. Yine iş paylaşımında ücret isteme hakkı, gruba ait iken, takım sözleşmesinde, işveren ayrı ayrı her işçiye ücret ödemek zorundadır⁸⁸. İş paylaşımında bir grup çalışması söz konusu olsa da her iş ilişkisi işveren ile ayrı ayrı kurulduğu için işveren tek bir fesih ile tüm işçilerin sözleşmelerini feshedemez.⁸⁹

⁸⁴Evren, s.109.

⁸⁵Tuncay, "Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17, s.26.

⁸⁶Uşen, s.548.

⁸⁷Tuncay, "Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17, s.26.

⁸⁸Günay Mehmet, s.21.

⁸⁹Tuncay, "Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17, s.26.

5. Evde Çalışma:

Elektronik teknolojisi sayesinde yeni çalışma modelleri ortaya çıkmıştır⁹⁰. Bu gelişmeler sonucunda işçinin işyerinde işverene bağımlı olarak bir ücret karşılığında çalışan kişi olduğu şeklinde yapılan tanım yetersiz kalmaya başlamıştır. Çünkü işçi artık gerekli olduğu zamanlarda evinde de çalışabilme imkanına sahip olmuştur⁹¹.

Evde çalışma, 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmemiş olmakla beraber, uygulanmasına engel olacak hükümde bulunmamaktadır⁹². Tanım olarak, işverenin kendi işçilerine ya da başka işyerinde çalışan işçilere yaptırdığı işleri, işyerinin dışında ve genellikle evinde çalışan kişilere yaptırmasıdır⁹³. Evde çalışanlar bir ya da birkaç işverene bağlı olarak çalışmaktadır. Ancak bu bağımlılık hukuki-bireysel bağımlılık olmaktan çok ekonomik bağımlılık niteliği taşımaktadır. İşçiye her ürettiği parça mal için başlangıçta kararlaştırılan ücret ödenmektedir⁹⁴.

Evde çalışmada işçi, işverenin denetimi olmaksızın üretimde bulunmaktadır⁹⁵. İşveren ile işçi arasındaki bağımlılık unsuru zayıf olduğu için bu çalışma modeli eser sözleşmesi ile karışabilmektedir. Bu nedenle her iki çalışma modelinin farklı hukuki ilişkiler olduğunu belirleyen unsurların ön plana çıkarılması gerekmektedir⁹⁶.

⁹⁰ Başesgioğlu, “4857 sayılı Kanun’un Endüstri İlişkilerine Getirdikleri”, **TİSK Yayınları İşveren Dergisi**, Haziran 2003, www.tisk.org.tr/isveren, 22.06.2008.

⁹¹ Başesgioğlu, “4857 sayılı Kanun’un Endüstri İlişkilerine Getirdikleri”, **TİSK Yayınları İşveren Dergisi**, Haziran 2003, www.tisk.org.tr/isveren, 22.06.2008.

⁹² Günay, Mehmet, s.22, Tuncay, “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17, s.27.

⁹³ Şen, “Esnek Üretim ve Esnek Çalışma”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Kasım 1999-Şubat 2000, s.50.

⁹⁴ Tuncay, “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17, s.29.

⁹⁵ Evren, s.110, Tuncay, “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17, s.28.

⁹⁶ Aktay, “İş Hukukunda Esneklik Kavramının Ortaya Çıkışı ve Esneklik Uygulamaları”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.58.

6. Tele Çalışma:

Tele çalışma modelinde, işin yapılması için gerekli donanım işçinin evine ya da bir başka yere kurulmaktadır. İşçi kendisine verilen işi uzaktan yerine getirmekte, çalışacağı zamanı kendisi belirlemektedir. Bu sayede işverenin işçiyi koruma yükümlülüğü de azalmaktadır⁹⁷.

4857 sayılı İş Kanunu'nda özel olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, uygulanmasına engel olacak hüküm de bulunmamaktadır⁹⁸. 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenleme olmadığı için işveren ve işçiler sözleşme yapma iradeleri ile çalışma saatlerini serbestçe düzenleme yetkisine sahiptir⁹⁹.

7. Belirli Süreli Çalışma:

Yeni çalışma modellerinin oluşumunda, özellikle belirli süreli iş sözleşmeleri daha fazla kullanılmaya başlanmıştır. Belirli süreli iş ilişkileri, ya işçinin belirli süre içinde ya da belirli bir işi yerine getirmesi için kurulmaktadır¹⁰⁰.

4857 sayılı İş Kanunu'na göre; iş sözleşmelerinin belirsiz süreli olarak yapılması esastır. Belirsiz süreli iş sözleşmeleri tipik, diğer sözleşme modelleri ise atipik yani esnektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrası, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını ve yenilenmesini objektif koşula bağlamıştır¹⁰¹. Objektif koşul şartının gerçekleşmemesi durumunda arka arkaya yapılmış belirli süreli iş sözleşmeleri işçiyi feshe karşı koruma

⁹⁷ Aktay, "İş Hukukunda Esneklik Kavramının Ortaya Çıkışı ve Esneklik Uygulamaları", **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.58, Tuncay, "Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17, s.27-28.

⁹⁸ Günay Mehmet, s.23.

⁹⁹ Büyüksulu, s.109.

¹⁰⁰ Evren, s.108.

¹⁰¹ Süral, "4857 sayılı İş Kanunumuzda Esneklik Açılımları", **TİSK Yayınları İşveren Dergisi**, Eylül 2007, s.9.

hükümlerini dolanma niyeti taşıyorsa sözleşme belirli süreli değil, belirsiz süreli olarak kabul edilecektir¹⁰².

Belirli süreli iş sözleşmelerinin hem kurulma hem de yenilenmesi aşamasında objektif koşula dayandırma ilkesi aranacaktır.¹⁰³ Objektif koşula dayandırma ilkesinden kasıt, ya sözleşmenin belirli bir süre ile sınırlı olması ya belirli bir tarihte sona erecek olması ya da işletmenin üretim, talep artışı gibi işletme gerçeklerine göre ya da yapılacak işin niteliklerine göre belirli bir olguya dayandırılmasıdır¹⁰⁴. Ancak objektif koşulların tanımlanarak hangi durumlarda belirli iş sözleşmesinin yapılabileceğinin madde hükmünde belirlenmesi daha uygun olacaktır¹⁰⁵. Yargıtay da, belirli iş sözleşmelerinin sadece nitelikli işçilerle yapılabileceğini kabul ederek, kanunda öngörülmemiş olan bir sözleşme koşulu yaratmıştır¹⁰⁶.

Genelde belirli iş sözleşmelerinin yapılmak istenmesinin temelinde ekonomik nedenler bulunmaktadır. Ancak uygulamada ekonomik nedenler objektif neden olarak kabul edilmemektedir. İşveren, işçiyi ekonomik nedenlerle işe aldığı ve sözleşme süresinin sonunda kendisine dava açıldığında sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmektedir¹⁰⁷. İş sözleşmesinin belirsiz süreliye dönüşmesi ile birlikte işçiler belli bir koruma imkanına sahip olur. Çünkü belirli süreli sözleşme ile çalışan işçiler bu koruma imkanından yoksun bulunmaktadır¹⁰⁸.

¹⁰² Tuncay, "Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi açısından Arayışlar", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17, s.23.

¹⁰³ Büyüksu, s.83.

¹⁰⁴ Büyüksu, s.83.

¹⁰⁵ Büyüksu, s.85.

¹⁰⁶ Süral, "4857 sayılı İş Kanunumuzda Esneklik Açılımları", **İşveren Dergisi**, Eylül 2007, s.10.

¹⁰⁷ Süral, "4857 sayılı İş Kanunumuzda Esneklik Açılımları", **İşveren Dergisi**, Eylül 2007, s.11.

¹⁰⁸ Erdut, "Çalışma Yaşamında Esneklik ve Kuralılaşdırma", **TÜHİS**, Kasım 2003, s.24, Tuncay, "Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17, s.23.

8. Ödünç İş İlişkisi:

Ödünç iş ilişkisi; esnek çalışma modelleri arasında yer almaktadır. Söz konusu bu çalışma modelini, tez konum olması nedeniyle ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak anlatmaya çalıştım. Bu nedenle burada sadece ismini belirtmekle yetiniyorum.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖDÜNÇ İŞ İLİSKİSİ

I. BİREYSEL İŞ İLİŞKİLERİ AÇISINDAN ÖDÜNÇ İŞ İLİSKİSİ

A. Ödünç İş İlişkisi Kavramı:

Teknolojik ve ekonomik gelişmeler, çalışma sürelerinde esneklik sağlayan kurumların yanında, “dolaylı iş ilişkisi”, “ödünç iş ilişkisi” gibi personel politikası ya da istihdamında esneklik getiren iş hukuku kurumlarının doğmasına neden olmuştur. Ödünç iş ilişkisi içeriği, adı ve türleri itibarıyla yoğun tartışmaların yaşandığı bir iş hukuku kurumudur¹⁰⁹.

Uygulamada ve öğretide, ödünç iş ilişkisi kurumu çeşitli kavramlar ile ifade edilmiştir. AB, bu kurum için ilk başta yönergelerinde “geçici çalışma” kavramını kullanırken, iki binli yıllarda hazırlanan yönerge taslaklarında “ödünç iş ilişkisi” kavramını kullanmaya başlamıştır. Bizim ülkemizde ise, 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu’nda “geçici iş ilişkisi” kavramı kullanılmasına rağmen doktrinde daha çok “ödünç iş ilişkisi” kavramı tercih edilmektedir¹¹⁰.

4857 sayılı İş Kanunu’nun oluşumu aşamasında da “ödünç iş ilişkisi” adı altında düzenlenen bu kurum, daha sonra “geçici iş ilişkisi” biçiminde Kanunda yerini almıştır¹¹¹. Meclis görüşmeleri sırasında “ödünç” kelimesinin

¹⁰⁹ Ercan Akyiğit, “Ödünç İş İlişkisinin Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Görünümü”, **TÜHİS**, Şubat 1999, s.1.

¹¹⁰ Günay Mehmet, s.25.

¹¹¹ Mehmet Anıl Arslanoğlu, “İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler”, Legal Yayıncılık, Nisan 2005, s.53, İlhan Serin, “4857 sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Temmuz 2005, s.1072, Sarper Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 2006, s.229, Öner Eyrenci, “4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Değerlendirme”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2004, S.:1, s.29.

işçinin şahsına zarar verebilecek nitelikte olduğu şeklinde yapılan eleştiriler nedeniyle kanunda bu tanımlamanın kullanılması tercih edilmiştir¹¹².

Ödünç iş ilişkisi ile genel olarak anlatılmak istenen, bir işverenin kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçisini, bu bağ sona erdirmeden işçinin de onayı ile bir başka işverene vermesidir. Bunun sonucu olarak da normal bir iş ilişkisinin tarafları arasında olan ikili ilişkiden farklı olarak üçüncü bir kişi, bir başka işveren sözleşmeye dahil olmaktadır. Yani üçlü, üç köşeli olarak isimlendirilebilecek iş hukukuna özgü bir ilişki söz konusu olmaktadır¹¹³.

Ödünç iş ilişkisinde, iş sözleşmelerine özgü “intuitus personae” ilkesi ile birlikte bağımlılık unsurunun yeniden değerlendirilmesinin gerekli olduğu bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Çünkü ödünç iş ilişkisinde üç ayrı hukuksal örgü bir arada bulunmaktadır. Bunlardan ilki; ödünç veren işveren ile ödünç verilen işçi arasındaki iş sözleşmesi ilişkisidir. Bu sözleşme, ödünç iş ilişkisinin kendi içindeki niteliğinin belirlenmesinin yanında ödünç iş ilişkisine uygulanacak hükümlerin belirlenmesi açısından da önem taşımaktadır. İkinci hukuksal ilişki, ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasında, işçinin ödünç olarak devrini öngören işçi sağlama (devir-temin) sözleşmesidir. Üçüncü hukuksal ilişki ise ödünç verilen işçi ile ödünç alan işveren arasında oluşmaktadır¹¹⁴.

¹¹² Serkan Odaman, “Türk ve Fransız Hukuku’nda Ödünç İlişkisi”, Legal Yayıncılık, Ocak 2007, s.15.

¹¹³ Akyiğit, “Ödünç İş İlişkisinin Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Görünümü”, TÜHİS, Şubat 1999, s.2., “Ödünç İşçinin Sosyal Güvenliği”, TÜHİS, Mayıs 1995, s.12, İbrahim Aydın, “İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları”, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2004, s.187-188, Tuncay, “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17, s.30-31, Hakan Keser, “İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansımaları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2006, S.:9, s.66-67 s.185, “Tuncay, “İş Kanunu Tasarısı’ndaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi”, Mercek Dergisi, Nisan 2003, s.57-58, Serin, s.1058-1059.

¹¹⁴ Arslanoğlu, s.56-57, Aydın, “İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları”, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2004, s.186.

5953 sayılı B.İ.K'ye tabi olan gazeteciler ve 854 sayılı D.İ.K kapsamındaki gemi adamları ve işverenler arasında da ödünç iş ilişkisinin kurulması mümkündür. Ancak kurulan bu ödünç iş ilişkisi 4857 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olan sınırlamalara tabi olmayacaktır. Yani yazılı izin, yazılı şekil ve süre yönünden getirilen sınırlamalar bu Kanuna tabi çalışanlar için uygulanmayacaktır. Bunun yanında, ilişkinin üç taraflı olma, geçici olma zorunluluğu devam etmektedir¹¹⁵.

B. Ödünç İş İlişkisinin Gelişimi:

Yeni pazar ve tüketici taleplerine uyum ve verimlilik artışı yönündeki arayışlar istihdam modellerinde köklü değişimleri de beraberinde getirmiştir. Böylelikle normal iş ilişkileri giderek artan biçimde kısmi süreli çalışma, çağrı üzerine çalışma, ödünç iş ilişkisi, iş paylaşımı gibi esnek iş ilişkilerinin baskısı altına girmiştir. Bu baskı normal iş ilişkilerinin piyasa şartlarını karşılayacak verimlilik koşullarını oluşturmaması ya da verimliliği azaltması anlamına gelmektedir. Bu nedenle verimliliği artıracak türden iş ilişkilerinin kurulmasını sağlayacak istihdam modellerinin geliştirilmesi ihtiyacı doğmuştur¹¹⁶. Ödünç iş ilişkisi de bu istidam modelleri arasında yer alan üçlü bir ilişkidir.

Sözleşme ilişkilerine üçüncü kişilerin katılımı, ya alacak hakkının talep edilerek borcun yerine getirilmesi ya da sözleşme taraflarından birinin yanına dahil olunması ile gerçekleşmektedir. Bir borç ilişkisine üçüncü kişilerin katılımı ile oluşan söz konusu bu üçlü ilişkiler uygulamadaki ihtiyaçlar nedeni ile doğmuştur¹¹⁷.

Teknolojik ve ekonomik gelişmeler, her zaman için bu alanları düzenleyen sosyal düzen kurallarından önce ortaya çıkmıştır. Çalışma hayatı ve iş hukuku bu anlamda diğer alanlara göre daha dinamik bir yapıya sahiptir.

¹¹⁵ Osman Güven Çankaya, Şahin Çil, “İş Hukukunda Üçlü İlişkiler”, Yetkin Yayınları, Ocak 2006, s.152-153.

¹¹⁶ Evren, s.106.

¹¹⁷ Aydın Başbuğ, “İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki”, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2003, s.3.

Sanayi ihtilali sonucu doğan işçi-işveren, fabrikasyon üretimi, sendika, grev, lokavt gibi kavramlar günümüzde hala önemini korumakla beraber, gelişmelere paralel olarak yeni iş ilişkileri doğmuştur¹¹⁸.

Dünya’da ve özellikle AB ülkelerinde üçlü bir ilişki olan ödünç iş ilişkisi gerek kanunlar gerekse toplu iş sözleşmeleri aracılığı ile uzun yıllardan beri uygulanmış ve bu sayede birçok insan için iş imkanı doğmuştur¹¹⁹.

Kanun koyucunun iradesi ile biçimlenmiş olan alacağın temliki ve borcun nakli kurumları yeni üçlü ilişkilerin temelini oluşturmuştur. Ancak, yenilik doğurucu hakların bilinmemesi ve sürekli borç doğuran ilişkilerin yerine ani edimli borç doğuran ilişkilerin esas alınması nedeniyle yapılan düzenlemeler ihtiyaçları karşılayamamıştır¹²⁰.

Türk çalışma hayatı içinde ödünç iş ilişkisi 1960’lı yıllardan bu yana çeşitli şekillerde ve tarzlarda şekillenmiştir. Genel anlamda kazanç sağlama amacından bağımsız olarak, özellikle şirket topluluklarındaki nitelikli iş gücü ihtiyacının karşılanması ve profesyonel yönetici kadrolarının yetiştirilmesi amaçlanmıştır. 1980’li yıllarda serbest piyasa ekonomisinin devletin temel politikası olması sonucunda şirketleşme oranı artmış, buna bağlı olarak ödünç iş ilişkisine dayanan işçi devirleri de artmıştır¹²¹.

Günümüzde de ödünç iş ilişkisi; istihdamı artıran, işsizlerin yeniden iş gücü piyasasına intibak etmelerini sağlayan bir çalışma biçimidir. Dolayısıyla ödünç iş ilişkisi hem işverenlere, hem de işçilere önemli avantajlar sağlamaktadır¹²².

¹¹⁸ Aydın, “İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları”, Seçkin Yayıncılık ,Mayıs 2004, s.184.

¹¹⁹ Günay Mehmet, s.26, Büyüksulu, s.75.

¹²⁰ Başbuğ, s.13.

¹²¹ Arslanoğlu, s.53-54, Serin, s.1057.

¹²² Alpay Hekimler, “Federal Almanya’da Ödünç İş İlişkinin Yasal Çerçevesi”, **TİSK İşveren Dergisi**, Nisan 2004, www.tisk.org.tr/isveren, 22.06.2008.

Çalışma hayatı ihtiyaçlarının ortaya çıkardığı ve ülkemizde de yaygın olara görülen bu ilişki çeşitli nedenlere dayalı olarak doğmaktadır. Örneğin; bir holdingde ya da şirketler topluluğu içinde kendisine güven duyulan bir üst düzey şirket yöneticisi, holding içinde yer alan diğer bir şirketin kuruluşu aşamasında geçici bir süreliğine görevlendirilebilecektir. Bunun gibi, bir işveren, içinde bulunduğu ekonomik güçlükler karşısında işten çıkarmak istemediği işçileri geçici bir süre diğer bir işverene vererek yükünü azaltmak isteyebilecektir¹²³.

Türk çalışma hayatında holdingleşme girişimlerinin artması sonucunda ödünç iş ilişkisi yaygınlaşan bir faaliyet olarak görülmeye başlamış ve ödünç iş ilişkisini mesleki bir faaliyet olarak yerine getirip gelir sağlama girişimleri artmıştır¹²⁴. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesi de bu gerekçelerle düzenlenmiştir¹²⁵.

C. Ödünç İş İlişkisinin Hukuki Niteliği Ve Tanımı:

Türk İş Hukuku Doktrini'nde ödünç iş ilişkisine yönelik olarak birtakım tanımların yapıldığı görülmektedir. Ödünç iş ilişkisi bazen işçi kirası bazen hizmet kirası bazen de başka işverenin yanında çalışma olarak isimlendiriliyor olsa da genel olarak bu tür ilişkileri ödünç iş ilişkisi olarak tanımlamak kurumun yapısına daha uygun düşmektedir¹²⁶.

¹²³ Süzek, “İş Akdinin Türleri”, **Mercek Dergisi**, Nisan 2001, s.31, “**İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)**”,Beta Yayıncılık, 2006,s.229, Fevzi Demir, “4857 sayılı İş Kanunu’nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 2003, s.98-99,Serin, s.1062 ,Tuncay, “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”,**TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001,C.:16-17, s.30, Demir, “**Sorularla Bireysel İş Hukuku**”, Şen Matbaa, Mart 2006, s.105.

¹²⁴ “Türkiye'nin Bilgi Ekonomisi Yarışındaki Yeri”, **TİSK Yayınları**, Mart 2003,Yayın No:230, www.tisk.org.tr, 22.06.2008.

¹²⁵ “4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi”,**TİSK Yayınları**, Temmuz 2003, Yayın No:234, s.108-109.

¹²⁶ Aydın, “**İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**”, Seçkin Yayıncılık ,Mayıs 2004, s.185.

Ödünç iş ilişkisini, alacağın temlik sözleşmesinden faydalanarak tanımlamaya çalışan görüşler bulunmaktadır¹²⁷. Ödünç iş ilişkisinde işçi iş görme edimini geçici bir süreliğine başka bir işverenin yanında yerine getirmektedir. Yani, ödünç veren işveren, işin yerine getirilmesini isteme hakkını üçüncü bir kişi olan ödünç alan işverene devretmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde; “ödünç iş ilişkisi”ni en iyi tanımlayacak olan kurumun “alacağın temlik” olduğu söylenebilir¹²⁸. B.K.’nın 162. maddesine göre; kanun veya akit ile veya işin mahiyeti icabı olarak men edilmiş olmadıkça, borçlunun rızası aranmaksızın alacaklı alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir.

B.K.’ya göre, bir alacağın temlik edilebilmesi için yapılması gereken tek işlem, alacağı devreden ile devralan arasında bir temlik sözleşmesi yapılmasıdır. Yapılan bu sözleşmeye borçlunun katılması zorunlu değildir. Hatta temlikin geçerli olabilmesi için sözleşmenin yapıldığının borçluya haber verilmesine dahi gerek yoktur¹²⁹.

B.K.’nın 320. maddesi uyarınca; hilafı mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmaya mecbur olup başkasına devredemez. İş sahibinin dahi hakkını başkasına devredebilmesi aynı kayıtlara tabidir. Bu düzenlemeye göre; işveren, iş görme ediminin ifasını isteme hakkını kural olarak üçüncü kişiye devredemeyecektir. Ancak bahsedilen düzenleme sözleşme ile bu hakkın devredilmesine imkan tanıdığı için işçinin bu yönde rızasının olmasına bağlı olarak işçi, iş görme borcunu başka bir işverenin işyerinde yerine getirebilecektir¹³⁰.

¹²⁷ Aydın, “İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları”, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2004, s.187.

¹²⁸ Odaman, s.31, Murat Engin, “İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkının Devri:Ödünç İş İlişkisi”, **İş Hukuku Dergisi**, Temmuz-Eylül 1991, s.341-342.

¹²⁹ Odaman, s.31.

¹³⁰ Süzek, “İş Akdinin Türleri”, **Mercek Dergisi**, Nisan 2001, s.31-32, “**İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)**”, Beta Yayıncılık, 2006, s.229.

Ödünç iş ilişkisinde işveren işin görülmesini isteme alacağını sözleşme ile devrettiği için bu ilişkinin kendine özgü (sui generis) bir alacağın temlik olduğu kabul edilmektedir. Ancak ödünç iş ilişkisi alacağın temlikine benzetmekle beraber ondan çok farklı özellikleri de bünyesinde barındırmaktadır¹³¹. B.K.'nın 320. maddesinde yer alan düzenlemeye dayanarak ödünç iş ilişkisi kurumuna ilişkin sorunların çözüme kavuşturulması mümkün değildir¹³². Alacağın temlik, bir borçlandırıcı işlem değil, bir tasarruf işlemidir. Temlik sözleşmesinin yapılması sonucunda, eski alacaklının mal varlığında bulunan bir alacak, onu devralan yeni alacaklının mal varlığına geçmektedir. Bu şekilde, temlik, bir hakkı doğrudan doğruya etkilemekte ve hakkı devralanın mal varlığında bir artış meydana getirmektedir. Temlik edilen hak yeni alacaklığa ait olmaktadır. Oysa ki anı edimli borç ilişkilerinde geçerli olan bu durumu, sürekli bir borç ilişkisi niteliği taşıyan iş sözleşmelerine uygulamak mümkün değildir. Çünkü işin görülmesini isteme alacağının kesin olarak ödünç alan işverene geçtiğinin kabulü, bu işverenin işveren sıfatını kazanması anlamını taşır. Oysa ki ödünç iş ilişkisi ile ödünç veren işveren ve işçi arasında bulunan iş sözleşmesinin korunması amaçlanmaktadır¹³³. Ayrıca ilişkinin temlik olarak kabul edilmesi durumunda işçinin çalışma sonunda ödünç veren işverene dönebilmesi için yazılı olarak geri temlik yapılması gerekecektir¹³⁴.

1475 sayılı İş Kanunu'nda "ödünç iş ilişkisi"ne yönelik olarak herhangi bir düzenleme yapılmamış, konu öğretide ele alınarak, ödünç iş ilişkisi olarak Yargıtay kararlarına geçmiştir¹³⁵. Bu dönemde ödünç iş ilişkisinin alacağın temlik olduğu görüşü yanında, ödünç veren işverenin ödünç alan işverene temsil yetkisi verdiği, mevcut iş sözleşmesine ödünç alan işverenin katıldığı, kira sözleşmesi yapıldığı, ödünç alan işverenin akdi kısmen üstlendiği gibi

¹³¹ Odaman, s.32.

¹³² Aktay, "İş Hukukunda Esneklik Kavramının Ortaya Çıkışı ve Esneklik Uygulamaları", **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999, s.61.

¹³³ Odaman, s.32-33.

¹³⁴ Serin, s.1071.

¹³⁵ (Yargıtay 9.HD., 12.10.1998 gün ve 1998/11704 E., 1998/14289 K.), Çankaya, Çil, s.144.

görüşler de savunulmuştur¹³⁶. İlişkinin temsil niteliği taşıdığı görüşü uygun değildir. Çünkü ödünç alan işveren de ödünç veren işveren de kendi ad ve hesabına hareket etmekte, temsilen bir işlem yapmaları söz konusu olmamaktadır¹³⁷. Ödünç alan işverenin, ödünç veren işveren ile işçi arasında bulunan iş sözleşmesine katılmasından söz etmek de mümkün değildir¹³⁸. Çünkü sözleşmeye katılmada işveren bütün hak ve borçlara sahip olurken, ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işveren sadece bir kısım hak ve borçlara sahip olmaktadır¹³⁹.

Yargıtay kararlarına konu olan ve doktrinde de tartışılan “Ödünç iş ilişkisi” kurumu, 4857 sayılı İş Kanunu’nda yapılan düzenleme ile yasal çerçeveye kavuşmuştur¹⁴⁰. İlgili düzenlemeye göre; ödünç iş ilişkisi; bir işverenin ekonomik bir karşılık elde ederek ya da bir ivaz karşılığı olmadan kendi işçisini, onun rızasını alarak, aralarında bulunan sözleşmeyi sona erdirmeden, iş görme edimini geçici bir süre için bir başka işverenin yanında, onun yönetimine bağlı olarak yerine getirmek üzere devretmesi ile kurulan üçlü ilişkidir¹⁴¹.

D. Ödünç İş İlişkisinin Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması

1. Genel Olarak:

Ödünç iş ilişkisinin alt işverenlik kurumu ile karışması söz konusu olabileceği gibi takım sözleşmesi görünümü altında kurulmuş bir ilişkinin gerçekte ödünç iş ilişkisi olup olmadığının tespit edilmesi gerekebilir. Yani 4857 sayılı İş Kanunu’nun 7. maddesindeki ödünç iş ilişkisi, 2. maddesinin

¹³⁶ Algun Çifter, Özge Demir, “4857 sayılı İş Kanunu’na Göre Geçici İş İlişkisi.

Kavramı Türleri ve Koşulları”, **İTÜ Sosyal Bilimler Dergisi**, 2006/2, Yıl:5, S.:10, s.3, Serin, s.1070

¹³⁷ Serin, s.1070.

¹³⁸ Aydın, “İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları”, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2004, s.193.

¹³⁹ Serin, s.1070.

¹⁴⁰ Günay Mehmet, s.30.

¹⁴¹ Aydın, “İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları”, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2004, s.188.

6. fıkrasındaki alt işverenlik ve 16. maddesindeki takım sözleşmesi arasındaki uygulamalar, kanuna karşı hile sayılabilecek sonuçlara neden olabilecektir ¹⁴². Bu sebeplerle ödünç iş ilişkisinin benzer kurumlara farklılıklarının belirlenmesi uygun olacaktır.

a. İş Aracılığı ile Karşılaştırılması:

İş aracılığını; iş arayana iş, işçi arayana da işçi sağlamak, yani iş arayan kişi ile işçi arayan işveren arasında iş sözleşmesi yapılmasına aracılık etme faaliyeti olarak tanımlamak mümkündür ¹⁴³.

Meslek olarak yapılan işçi ödünç vermede, işçi ve ödünç veren işveren arasında iş sözleşmesi bulunmakta, ancak işçi onun yanında çalışmamakta, bir başka işverene ödünç verilmek üzere istihdam edilmekte, ödünç veren işveren de bu faaliyetten gelir sağlamaktadır ¹⁴⁴. Meslek olarak yapılmayan ödünç işçi vermede ise, ödünç veren işveren bir gelir elde etme amacı taşımamaktadır ¹⁴⁵.

Ödünç iş ilişkisinin her iki türü ile iş aracılığı arasındaki en önemli fark; ödünç iş ilişkisinde işçi ve ödünç veren işveren arasında iş sözleşmesi bulunmasına rağmen, iş aracılığında böyle bir sözleşmenin bulunmamasıdır ¹⁴⁶. İş aracılığında iş arayan, aracıya iş sözleşmesi ile bağlı değildir ¹⁴⁷. İş arayan kişi ile aracı arasında vekalet ya da tellallık ilişkisi bulunmaktadır ¹⁴⁸.

¹⁴² Hamdi Mollamahmutoğlu, “4857 sayılı Yeni İş Kanunu’nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler”, **Kamu-İş Dergisi**, 2004, C.:7, S.4:, s.17.

¹⁴³ Günay Mehmet, s.33, Serin, s.1064, Akyiğit, “İş Aracılığı Üzerine Bazı Düşünceler”, **İş Hukuku Dergisi**, Ekim-Aralık 1992, s.578.

¹⁴⁴ Odaman, s.34, Serin, s.1064.

¹⁴⁵ Günay Mehmet, s.34.

¹⁴⁶ Odaman, s.35, Serin, s.1064, Tuncay, “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17, s.30.

¹⁴⁷ Nuri Çelik, “**İş Hukuku Dersleri**”, Beta Basım, Ağustos 2006, s.99.

¹⁴⁸ Serin, s.1064.

Ayrıca, iş aracılığı ilişkisi, işçi ve işveren arasında süreklilik taşımamaktadır. Yani bu ilişki bir defaya özgü olarak kurulmaktadır. Ödünç iş ilişkisi ise, nisbi bir süreklilik ve ödünç süresi boyunca devamlılık taşımaktadır. İş aracılığında, işçi ile işçi arayan arasında iş sözleşmesinin kurulması amaçlanırken, ödünç iş ilişkisinde amaç, işçinin ödünç alanın yanında geçici süre ile çalışmasını sağlamaktır¹⁴⁹.

b. Alt İşveren ile Karşılaştırılması:

Uygulamada oldukça geniş bir yer bulan ve birçok sorunun yaşandığı alt işverenlik ilişkisi; 1475 sayılı İş Kanunu döneminde düzenlenmemiş olduğu için söz konusu boşluk Yargıtay kararlarıyla doldurulmaya çalışılmıştır. Ancak, bu durumun doktrin tarafından eleştirilmesi üzerine alt işverenlik kurumu 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmiştir¹⁵⁰. 4857 sayılı İş Kanunu'nda ayrı ayrı asıl işveren alt işveren tanımlaması yapılmamış, sadece aradaki ilişki düzenlenmiştir¹⁵¹. Bu ilişkide; asıl işveren, alt işveren ve alt işveren işçisi olmak üzere üç unsur 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 işverendir¹⁵². Uygulamada müteahhit ve taşeron tanımlamaları¹⁵³ öğretide ise alt işveren tanımlaması kullanılmaktadır¹⁵⁴. Bu terim karmaşası, iş kanunlarında alt işverenlik ilişkisine ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır¹⁵⁵.

¹⁴⁹Günay Mehmet, s.34, Serin, s.1064.

¹⁵⁰Özge Ayan, "Türk İş Hukukunda Alt İşverenlik İlişkisi", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Nisan 2006, C.:3, S:10, s.500.

¹⁵¹Çankaya, Çil,s.16, Mollamahmutoğlu, "**İş Hukuku**",Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.138

¹⁵²Polat Soyer, "4857 sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları", **Sicil Dergisi**, Mart 2006, s.17.

¹⁵³Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, E.Tuncay Kaplan/Senyen, "**İş Hukuku**", Seçkin Yayıncılık, Mart 2006 ,s.66, Savaş Taşkent, "Alt İşveren", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**,Nisan-Mayıs-Haziran 2004, S:2, s.363.

¹⁵⁴Osman Güven Çankaya, "Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı,Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar", **Kamu-İş Dergisi**, 2002, C:6, S.4, s.20, Ayan, s.501

¹⁵⁵Ayan, s.501.

Bu açıklamalar doğrultusunda, asıl işveren-alt işveren ilişkisini ödünç iş ilişkisi ile karşılaştırdığımızda bu iki kurum arasında farklılıklar olduğu anlaşılmaktadır. İlk olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işverenin amacı asıl işverene işçi sağlamak değil, asıl işverenden iş alabilmektir¹⁵⁶. Yargıtay da hizmet alım sözleşmesi ile işçi çalıştırılması durumunda taraflar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin değil, üçlü bir ilişki olan ödünç iş ilişkisinin kurulduğu görüşündedir¹⁵⁷. Yine ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işveren işçiye talimat verme hakkına sahipken; alt işverenlik ilişkisinde asıl işverenin alt işverenin işçilerinden işin yerine getirilmesini isteme hakkı bulunmamaktadır¹⁵⁸.

Ödünç iş ilişkisi geçici ve belli bir süreliğine kurulurken; asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçici nitelikteki işlerde kurulabileceği gibi devamlılık gösteren işlerde de kurulabilir. Bunun dışında asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işveren ifa borcu altına girmektedir. Ödünç iş ilişkisinde ise; ödünç veren işverenin böyle bir borcu yoktur. Ödünç verilen işçi ödünç alan işverenin yanında geçici ve belli bir süreliğine çalışmaktadır. Yine alt işveren, işte meydana gelebilecek bozukluk ve eksiklikleri üstlenmek zorunda olduğu halde ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işverenin böyle bir yükümlülüğü yoktur. Sorumluluk açısından ise, alt işverenin işçilerinin iş görme borcunu yerine getirirken başkalarına vermiş olduğu zararlardan, asıl işverenin ne istihdam eden ne de ifa yardımcısı olarak sorumluluğu yoktur. Oysa ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işveren ifa yardımcısı olarak sorumludur¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Günay Mehmet, s.35.

¹⁵⁷ (Yargıtay 9.HD.,14.11.2005 gün ve 2005/32448, 2005/35927 K.) Çankaya,Çil, s.165, Pir Ali Kaya, **“İş Hukukunun Temel Yasaları”**, Nobel Yayıncılık, Ekim 2006, s.29-30, “....Somut olayda, Ankara H.O.İ.G.M ile B. BUD Hizmetleri Proje Taahhüt Sanayi ve Ticaret AŞ. 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 Kanunu’nun 7. maddesinde sözü edilen geçici iş ilişkisi bağlamında çözümü gerekir. Aynı kanunun 2. maddesinin 6. fıkrasında sözü edilen asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bu uyuşmazlıkta yeri yoktur. Hizmet alım sözleşmesini karşılayan sözleşme tipi geçici iş ilişkisidir.....” (Yargıtay 9.HD.,26.09.2005 gün ve 27068, 31187), Ercan Akyiğit, **“İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi”**, Yetkin Yayınları, 2008, s.420-421.

¹⁵⁸ Günay Mehmet, s.35.

¹⁵⁹ Odaman, s.39-42.

Tüm bu farklılıkların yanında, alt işveren ilişkisi ile ödünç iş ilişkisinin benzer yönleri de bulunmaktadır ki iki tür ilişkide de üçlü bir yapılanma söz konusudur. Diğer bir benzerlik ise; asıl işveren alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden ya da toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerden alt işveren ile birlikte sorumlu iken; ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden ödünç veren işveren ile birlikte sorumludur¹⁶⁰.

c. Takım Sözleşmesi:

İnşaat ve limanlarda yük taşıma işlerinde sıkça uygulanan takım sözleşmesi, birçok işçinin bir araya gelmesi sonucu oluşan takımı temsilen söz konusu işçilerden birinin takım kılavuzu sıfatı ile yapmış olduğu sözleşmedir¹⁶¹.

Takım kılavuzu, yapmış olduğu bu sözleşme ile doğrudan doğruya kendi iş sözleşmesini yapmış olmanın yanında, takım sözleşmesinde isimleri yer alan işçilerden her birinin işe gelip başlayacaklarını da taahhüt etmiş olmaktadır. Söz konusu işçilerin işe gelip başlamaları ile birlikte de her bir işçi ile işveren arasında takım sözleşmesinde yer alan koşullarla iş sözleşmesi yapılmış olmaktadır¹⁶².

Takım sözleşmesinde birden çok işçiden oluşan bir takım ve onları temsil eden bir takım kılavuzu zorunlu iken, ödünç iş ilişkisinde böyle bir takım zorunluluğu bulunmadığı gibi ödünç veren işverenin işçileri temsilinden de söz edilemez. Yine takım kılavuzu ile sözleşme yaptığı işveren arasında iş sözleşmesi bulunurken ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasında

¹⁶⁰ Odaman, s.43.

¹⁶¹ Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, s.96, Demir, “**Sorularla Bireysel İş Hukuku**”, Şen Matbaa, Mart 2006, s.113.

¹⁶² Mollamahmutoğlu “**İş Hukuku**”, Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.283, Demir, “**Sorularla Bireysel İş Hukuku**”, Şen Matbaa, Mart 2006, s.113.

böyle bir sözleşme bulunmamaktadır. Ayrıca, takımda yer alan işçiler ile takım klavuzu arasında bir iş sözleşmesi bulunmazken, ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesi yapılmaktadır. Bunun yanında ödünç iş ilişkisinde, ödünç veren işveren bazı hak ve yetkilerini ödünç alan işverene devrederken, takım kılavuzunun işverene hak ve yetkilerini devretmesi söz konusu değildir. Keza meslek edinilmiş şekilde ödünç verme ile uğraşan işveren söz konusu işi kazanç elde etmek amacıyla yaparken, takım kılavuzunun kılavuzluğu meslek edildiği söylenemez. Bu farklılıkların yanında takım sözleşmesi, üçlü bir yapılanmaya sahip olması nedeniyle ödünç iş ilişkisine benzemektedir¹⁶³.

E. Ödünç İş İlişkisinin Türleri

1. Genel Olarak:

Hukuki niteliği ve doğuracağı hukuki sonuçlar yönünden tartışma konusu olan ödünç iş ilişkisinin iki şekilde gerçekleşebileceği öngörülmekte¹⁶⁴ ve bunda işçinin başkasına verilmesinin istisna mı yoksa kural mı olduğu kıstasından çok, başkasına işçi verme işiyle uğraşan işverenin bunu meslek olarak yapıp yapmadığı üzerinde durulmaktadır. Bu ayrıma göre, işçi verme, ya meslek edinilmiş olarak ya da meslek edinilmemiş şekilde yapılmaktadır¹⁶⁵.

Ödünç iş ilişkisinin türlerini belirlemek 4857 sayılı İş Kanunu'nun sistemini anlamak açısından önem taşımaktadır. Söz konusu Kanun'a ilişkin hazırlanan taslakta ödünç iş ilişkisinin kurulması amacıyla mesleki faaliyette bulunulmasına imkan tanınmıştır. Ancak taslakta yer alan bu düzenleme Kanun'da yer almamıştır. Yani ödünç iş ilişkisinin meslek edinilmiş bir faaliyet

¹⁶³ Günay Mehmet, s.37.

¹⁶⁴ Odaman, s.24, Akyiğit, "Ödünç İşçinin Sosyal Güvenliği", TÜHİS, Mayıs 1995, s.14, Ödünç İş İlişkisinin (Başkasına İşçi Vermenin) Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Görünümü", TÜHİS, Şubat 1996, s.5, Günay Mehmet, s.38.

¹⁶⁵ Akyiğit, "Ödünç İşçinin Sosyal Güvenliği", TÜHİS, Mayıs 1995, s.14.

olarak yürütülmesi, bir başka açıdan, işverenlerin bir başka işverene devretmek için işçilerle iş sözleşmesi yapması 4857 sayılı İş Kanunu'na göre mümkün değildir¹⁶⁶.

2. Gerçek Ödünç İş İlişkisi (Meslek Edinilmemiş Şekilde İşçi Verme):

Bu tür işçi verme de muhtelif nedenlerle işveren, iş sözleşmesi ile bağlı olan işçisini geçici bir süreliğine başka bir işverenin emrine vermektedir. Söz konusu durumda işçi ile yapılan sözleşme aslında kendi işverene hizmet sunmak amacıyla yapılmıştır. Ancak işçinin rızası alınarak istisnai olarak işçi bir başka işverenin emrine verilmektedir. Ödünç alan işveren yanındaki çalışma bitince işçi yine iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverenin yanına dönmektedir. Bu tür ödünç iş ilişkisinde, ödünç veren işveren herhangi bir kazanç elde etmemektedir¹⁶⁷. İşçinin rızası, sözleşme yapılırken ya da sözleşme yapıldıktan sonra alınmaktadır¹⁶⁸.

Meslek edinilmemiş şekilde işçi vermede işçi, genel ilke olarak kendi işvereni yanında çalışmakta ancak, istisnaen bir başkasına verilmektedir. Ancak, bu zorunlu değildir. İşçiyle yapılan iş sözleşmesi işçinin münhasıran başka bir işverene verilmesini içerebilir. Bu durum sadece dernek ya da vakıf gibi ideal amaçlarla faaliyet gösteren kurumların ödünç veren konumunda bulunduğu zamanlar için söz konusu olup, işçi vermenin meslek olarak yerine getirilmesi söz konusu değildir¹⁶⁹.

3. Gerçek Olmayan Ödünç İş İlişkisi (Meslek Edinilmiş Şekilde İşçi Verme):

Bu tür işçi vermede işveren işçiyi ödünç alana tahsis etmekte, başka işletmelere işçi teminini meslek olarak yapmaktadır. İşçiyle sadece ödünç vermek amacıyla sözleşme yapmaktadır. İşveren bu amaçla sözleşme yapmış olduğu hiçbir işçiyi yanında çalıştırmamakta, söz konusu işçileri

¹⁶⁶ Odaman, s.28-29.

¹⁶⁷Odaman, s.24-25, Serin, s.1061-1062.

¹⁶⁸ Serin, s.1062.

¹⁶⁹ Akyiğit, "Ödünç İşçinin Sosyal Güvenliği", **TÜHİS**, Mayıs 1995, s.14, "Ödünç İş İlişkisinin (Başkasına İşçi Vermenin) Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Görünümü", **TÜHİS**, Şubat 1996, s.5.

ihtiyacı olan işverenlere ödünç vermektedir. İşçi sözleşme ile bağlı olduğu işverenin yanında hiç çalışmamaktadır¹⁷⁰. Ödünç veren işverenin amacı, yapmış olduğu hizmet karşılığında kazanç elde etmektedir. Buradaki kazanç sadece para, ücret şeklinde anlaşılmamalı, ekonomik bir menfaat olarak kabul edilmelidir¹⁷¹. Meslek edinilmiş şekilde işçi vermede ödünç verme, bedel karşılığı olmasının yanında bu faaliyetin meslek olarak yapıldığı izlenimini uyandıracak biçimde süreklilik de arz etmesi gerekir¹⁷². Ayrıca, bir inşaat makinesinin operatörüyle, bir gemi ya da uçağın mürettebatıyla kiralanması ya da bilgisayar programının işletilmek üzere satılması durumunda da ödünç iş ilişkisinden söz edilebilecektir. Bu durumlarda da personel haklarını arasında iş sözleşmesi bulunan işverenden almasına rağmen hizmeti bir başka işverene karşı yerine getirmektedir¹⁷³. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda makine ile birlikte kiralanmış işçilerin aynı zamanda kiralayanın da işçileri olduğunu kabul etmiştir.¹⁷⁴

4. Özel İstihdam Büroları:

Özel istihdam büroları, çağdaş çalışma hayatında işletmelerin iş gücü ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılamak üzere kurulmuş uzman kuruluşlardır. İşçi ve işverenin yanında onların yardımcısı olarak yer almaktadır¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Akyiğit, “İş Aracılığı Üzerine Bazı Düşünceler”, **İş Hukuku Dergisi**, Ekim-Aralık 1992, s.589.

¹⁷¹ Odaman, s.24-25, Serin, s.1062-1063.

¹⁷² Akyiğit, “Ödünç İşçinin Sosyal Güvenliği”, **TÜHİS**, Mayıs 1995, s.15, Odaman, s.24-25, “Ödünç İş İlişkisinin (Başkasına İşçi Vermenin) Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Görünümü”, **TÜHİS**, Şubat 1996, s.5, Günay Mehmet, s.38.

¹⁷³ Serin, s.1063.

¹⁷⁴ “....Davalı Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı ile Azot Sanayi Anonim Ortaklığı arasında düzenlenen 27.7.1961 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 operatör ile yardımcısının da makine de 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 işçisi olmakla beraber, davalının işinde dahi çalıştırıldıkları ve kendilerine ücret verilmesi davalı tarafça kabul edildiği için aynı zamanda davalının dahi işçisi konumundadır....” (Yargıtay 9.HD.13.05.1965 gün ve 2830/ 4725), Akyiğit, “**İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi**”, Yetkin Yayınları, 2008, s.416-417.

¹⁷⁵ Ferit Erkekli, “İstihdam Politikaları, Esneklik ve Özel İstihdam Büroları”, **TİSK Yayınları İşveren Dergisi**, Eylül 2007, www.tisk.org.tr/isveren, 22.06.2008.

Tam istihdama ulaşmada istihdam bürolarının önemi Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra artmış ve uluslararası ve ulusal düzenlemelere konu olmuştur¹⁷⁶. İş gücünün sömürülmesini önlemek amacıyla iş ve işçi bulma aracılık hizmetlerine getirilen “devlet tekeli” ilkesinin günümüz dinamik iş piyasası koşullarında sorgulanmaya başlanması kamu istihdam kurumlarının yanı sıra özel istihdam bürolarının yaygınlaşmasını sağlamıştır¹⁷⁷. Sonuç olarak; kamu istihdam kurumları ile özel istihdam büroları birlikte çalışmaya başlamışlardır. İstihdam hizmetleri yönetiminin bu şekilde yapılandırılması denetime açık birlikte çalışma modeli olarak adlandırılmaktadır. Özellikle teknolojik gelişmeler sonucunda yeni çalışma biçimleri ile uzmanlık alanlarının ve yeni iş tiplerinin ortaya çıkması, yönetim ve hizmet sektöründe artan nitelikli iş gücü ihtiyacı, bu ihtiyacın karşılanması konusunda yeterli donanımı bulunmayan resmi iş bürolarının uzmanlaşmış özel istihdam bürolarıyla iş birliği içinde çalışmalarını zorunlu kılmıştır¹⁷⁸.

İstihdam hizmetlerinin yönetimi bakımından farklı modeller geliştirilmiştir. Bunlardan ilki tekel modelidir. Bu modelde; istihdam bir kamu hizmeti olarak görülmekte iş ve işçi bulma hizmetleri konusunda devlete tam bir tekel hakkı tanınmaktadır. Özel büroların söz konusu hizmeti vermeleri kesinlikle yasaktır. İkinci modelde; tekel niteliği yumuşatılmış, bazı istisnai alanlarda özel iş bürolarının faaliyette bulunmasına izin verilmiş ve işçiler de resmi istihdam bürolarına başvurmadan iş arayabilmişlerdir. Üçüncü modelde; özel istihdam büroları, resmi bürolarla birlikte devletten izin alarak ya da buna gerek olmaksızın belli koşulları yerine getirerek devlet denetiminde faaliyette

¹⁷⁶Gülsevil Alpagut, “İstihdam Büroları Konusunda Uluslar arası Alandaki Gelişmeler”, **TÜHİS**, Mayıs 1998, s.9.

¹⁷⁷ Banu Uçkan, “Geçici İstihdam Büroları”, **TİSK Yayınları İşveren Dergisi**, Mayıs 2002, www.tisk.org.tr/isveren, 22.06.2208.

¹⁷⁸Fatma Başterzi, “Özel İstihdam Büroları ve İtalya Örneği”, **İşveren Dergisi**, Eylül 2005, www.tisk.org.tr/isveren, 22.06.2008.

bulunabilmektedirler. Son modelde ise, resmi olan büroların yanında özel istihdam büroları serbestçe iş aracılığı yapabilmektedirler¹⁷⁹.

Genel olarak, özel istihdam büroları, hükümetlerden ve her türlü kamu kuruluşlarından bağımsız olarak dolaylı ya da doğrudan istihdam hizmeti sağlamak amacıyla faaliyet gösteren hukuki kişilikler olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁰.

Özel istihdam büroları (acentaları); özel hukuk hükümleri ile düzenlenen, belirli bir sözleşme sınırları içinde bir ücret ya da komisyon karşılığı olarak iş gücü piyasasında iş arayanlar ile işçi arayanlar arasında aracılık hizmeti yapan, kar amacı güden ya da gütmeyen kuruluşlardır. Özel istihdam büroları işsizlerin iş bulmalarına yardımcı olmakta, çalışanlara geleceğin iş koşullarına yönelik eğitim programları sunmaktadır. Bu büroların iş arayanlardan ücret almaması, sistemin temelini oluşturmaktadır. Söz konusu bürolar, işverenden aldıkları ücret ya da komisyon karşılığında faaliyette bulunmaktadır¹⁸¹.

5. Özel İstihdam Büroları ve Türkiye Uygulaması:

Türkiye, iş gücü piyasasında yalnızca devletin faaliyet gösterdiği ülkeler arasında yer almıştır. İş ve İşçi Bulma Kurumu, başta iş aracılığı olmak üzere diğer tüm faaliyetleri yerine getirmiştir. Ancak devlet tekeli ilkesi; İş ve İşçi Bulma Kurumunun hızlı gelişmeler karşısında yetersiz kalması ve iş arayanların ihtiyaçlarına cevap verememesi nedeniyle 1990'lı yıllardan itibaren sorgulanmaya başlanmıştır¹⁸². Bu sorgulamayı dış hukuk ve iç hukuk mevzuatı olarak iki başlık altında incelemek mümkündür.

179 Necdet Kenar, “Özel İstihdam Bürolarının Faaliyete Geçmesini Teminen Bir Yasal Düzenlemeye İhtiyaç Vardır.”, **İşveren Dergisi**, Nisan 2000, s.9.

180 Ahmet Emin Özkan, “Özel İstihdam Büroları”, **Mercek Dergisi**, Nisan 1997, s.116.

181 “Türkiye’de İş ve İşçi Bulma Hizmetlerinin Çağdaş Bir Yapıya Kavuşturulması ve Özel İstihdam Büroları”, **İşveren Yayınları**, Nisan 2000, www.tisk.org.tr, 22.06.2008.

182 İsmail Bircan, “Türkiye’de İstihdam Sorunu, İŞKUR Yasası ve Özel İstidam Büroları”, **İşveren Dergisi**, Nisan 2000, s.13.

a. Dış Hukuk Mevzuatı:

Konuyla ilgili olarak Türkiye'nin taraf olduğu ve onayladığı uluslararası sözleşmeler bulunmaktadır.

29.10.1919 tarihinde Washington'da kabul edilmiş olan işsizlik hakkında 2 numaralı sözleşme, merkezi bir makamın kontrolüne tabi resmi parasız istihdam bürolarının kurulmasını öngörmektedir. Türkiye bu sözleşmeyi 16.02.1950 tarihinde 5543 sayılı Kanun ile onaylamıştır¹⁸³.

Sözleşmede, öncelikle istihdam bürolarının kurulması yükümlülüğü devlete verilmekle birlikte tekelci bir anlayışla hareket edilmemiş, resmi ve özel büroların aynı anda faaliyette bulunabilmesi için gerekli koordinenin sağlanacağı düzenlenmiştir¹⁸⁴.

8.6.1933 tarihinde Cenevre'de kabul edilen Ücretli İş Bulma Büroları Hakkında 34 numaralı Sözleşme ise kazanç amacı ile çalışan ücretli iş bulma bürolarının her üye ülkede antlaşmanın yürürlüğe girmesinden itibaren üç yıl içinde kapatılmasını kazanç amacı gütmeyen büroların ise yetkili makamdan izin almak suretiyle faaliyette bulunmasını kabul etmiştir. Türkiye, bu antlaşmayı 11.02.1946 tarihinde 4866 sayılı Kanun ile onaylamıştır¹⁸⁵.

Daha sonra yapılan 96 sayılı Sözleşme ile 34 sayılı Sözleşme daha esnek hale getirilmiştir. Bu sözleşmeye göre, sözleşmeyi onaylayan her üye ülke; onaylama belgesinde, sözleşmenin ücretli istihdam bürolarının kaldırılmasını içeren ikinci kısmı mı yoksa kazanç amacı taşıyanlar da dahil

¹⁸³ Tuncay, "Bir Seminerin Ardından:Özel İstihdam Büroları", **Çimento İşveren Dergisi**, Ocak 1995, s.7, "Özel Faaliyet Olarak İş ve İşçi Bulma Hakkında Düşünceler", **İş Hukuku Dergisi**, Temmuz-Eylül 1991, s.327, Alpagut, s.9.

¹⁸⁴ Alpagut, s.9.

¹⁸⁵ Tuncay, "Bir Seminerin Ardından:Özel İstihdam Büroları", **Çimento İşveren Dergisi**, Ocak 1995, s.7, "Özel Faaliyet Olarak İş ve İşçi Bulma Hakkında Düşünceler", **İş Hukuku Dergisi**, Temmuz-Eylül 1991, s.327, Alpagut, s.9, Akyiğit, "İş Aracılığı Üzerine Bazı Düşünceler", **İş Hukuku Dergisi**, Ekim-Aralık 1992, s.579-580.

olmak üzere ücretli istihdam bürolarını düzenleyen üçüncü kısmı mı seçtiklerini belirteceklerdir¹⁸⁶.

96 sayılı sözleşme ülkemiz tarafından 5835 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Bu sözleşme onaylanırken, sözleşmenin kazanç amacı taşıyan iş bulma büroları ile birlikte ücretli iş bulma bürolarının bir düzene bağlanmasını içeren esnek ve yumuşak olan üçüncü bölüm hükümleri yerine, ikinci bölüm hükümleri kabul edilmiştir¹⁸⁷.

96 sayılı Sözleşme, istihdam bürolarının faaliyet alanlarını iş aracılığı ile sınırlı tutarken, daha sonra yapılan 181 sayılı Sözleşme, özel istihdam bürolarını kendi bünyesi içinde iş sözleşmesi ile bulunan işçileri üçüncü kişilere sağlayan ya da sadece danışmanlık veya eğitim hizmeti veren bürolar olarak nitelendirmiştir¹⁸⁸.

Özel istihdam bürolarının faaliyetlerinden yararlanma ve bu bürolar aracılığı ile işe giren işçilerin korunması açısından 96 sayılı Sözleşmeye göre ileri hükümler içeren 181 sayılı Sözleşme,¹⁸⁹ daha önceki yıllarda kabul edilmiş olan katı hükümleri yumuşatmıştır¹⁹⁰.

İş ve İşçi Bulma Servisi Hakkında 88 numaralı Sözleşme'ye göre ise her üye devlet, ülkesinde parasız hizmet verecek kamu iş ve işçi bulma servisi kurmakla yükümlüdür. Türkiye bu sözleşmeyi 5448 sayılı Kanun ile onaylamıştır. İstihdam politikası ile ilgili 122 sayılı Sözleşme de Türkiye

¹⁸⁶ Alpagut, s.11.

¹⁸⁷Tuncay, "Bir Seminerin Ardından:Özel İstihdam Büroları", **Çimento İşveren Dergisi**, Ocak 1995, s.7, "Özel Faaliyet Olarak İş ve İşçi Bulma Hakkında Düşünceler", **İş Hukuku Dergisi**, Temmuz-Eylül 1991, s.328.

¹⁸⁸ Alpagut, s.16-17.

¹⁸⁹ Alpagut, s.25.

¹⁹⁰Tuncay, "Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi açısından Arayışlar", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17, s.31.

tarafından 2027 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Bu Sözleşme kendisinden önce kabul edilen sözleşme hükümlerinin yumuşamasını sağlamıştır¹⁹¹.

b. İç Hukuk Mevzuatı:

Anayasa'nın 48. maddesine göre herkes dilediği alanda çalışma hürriyetine sahipken, 49. maddesine göre devlet, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

Ülkemiz iş gücü piyasasında ücretli özel aracılık faaliyetleri 1936 yılında yürürlüğe giren 3008 sayılı ilk İş Kanunu'nda yasaklanmıştır¹⁹².

1475 sayılı İş Kanunu döneminde ise söz konusu Kanun'un 83. maddesi ile, işçilerin elverişli işlere yerleştirmelerine ve çeşitli işler için elverişli işçiler bulunmasına aracılık edilmesinin kamu görevi olarak devlet tarafından yerine getirileceği ve bu görevin İş ve İşçi Bulma Kurumu tarafından yapılacağı kabul edilmiştir. Söz konusu Kanun'un 85. maddesinde ise, işçilere iş, işlere işçi bulmak için kazanç amacıyla olsun ya da olmasın faaliyet gösterilmesi, büro açılması yasaklanmıştır¹⁹³.

Tüm bu hükümler incelendiğinde, bir kimsenin kendi ihtiyacı için doğrudan işçi temin etmesinin, bu amaçla çalışmasının ya da bir kimsenin iş temin edebilmek için bizzat çalışmasının yasaklanmadığı anlaşılmaktadır. Söz konusu faaliyetlerin, üçüncü kişinin aracılığı ile kazanç elde etmek amacıyla yapılması yasaklanmıştır. Yani işçi bulma konusunda İş ve İşçi Bulma Kurumuna başvurmak zorunlu tutulmamıştır¹⁹⁴.

¹⁹¹Tuncay, "Bir Seminerin Ardından:Özel İstihdam Büroları",**Çimento İşveren Dergisi**, Ocak 1995, s.7, "Özel Faaliyet Olarak İş ve İşçi Bulma Hakkında Düşünceler", **İş Hukuku Dergisi**, Temmuz-Eylül 1991, s.328.

¹⁹² Kenar, "Özel İstihdam Büroları", **Mercek Dergisi**, Nisan 2004, s.82, Akyiğit, "İş Aracılığı Üzerine Bazı Düşünceler", **İş Hukuku Dergisi**, Ekim-Aralık 1992, s.580.

¹⁹³Akyiğit, "İş Aracılığı Üzerine Bazı Düşünceler", **İş Hukuku Dergisi**, Ekim-Aralık 1992, s.581.

¹⁹⁴Tuncay, "Bir Seminerin Ardından:Özel İstihdam Büroları", **Çimento İşveren Dergisi**, Ocak 1995, s.8-9, "Özel Faaliyet Olarak İş ve İşçi Bulma Hakkında Düşünceler", **İş Hukuku Dergisi**, Temmuz-Eylül 1991, s.325-326.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 90. maddesine göre, iş arayanların elverişli oldukları işe yerleştirilmesi ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunması görevi, Türkiye İş Kurumu ve bu hususta izin verilen özel istihdam bürolarınca yerine getirilecektir.

İş Kanunu tasarısında, özel istihdam bürolarının ödünç işçi temini faaliyetlerinde bulunabileceği kabul edilmiştir. Ancak, meclis görüşmeleri sırasında bu husus değiştirilmiş ve Türkiye İş Kurumu ile birlikte özel istihdam bürolarının sadece iş aracılığı faaliyetlerinde bulunabileceği, ödünç iş sözleşmesi kuracak şekilde sözleşme tarafı olamayacakları kabul edilmiştir. Bu durum, hem 4904 sayılı Kanun hem de bu Kanun'un 32. maddesine dayanarak çıkarılan Özel İstihdam Büroları yönetmeliği ile kabul edilmiştir¹⁹⁵.

Özel istihdam bürolarının kabulü olumlu bir adım olmakla beraber İş Kanunu Tasarısı'nda yer alan ödünç iş ilişkisine ilişkin düzenlemenin çok daha dar kapsamlı olarak Kanun'a alınması, bu ilişkinin mesleki faaliyet olarak yürütülmesine ilişkin hükümlerin dışarıda bırakılması ülkemizde istihdamın geliştirilmesine yönelik olarak esneklikten beklenenlerin tam olarak gerçekleşmesine engel olmuştur¹⁹⁶. Ancak özel istihdam bürolarının aracılık hizmetleri dışında ödünç iş ilişkisi çerçevesi içinde işçi temini yoluna başvurdıkları görülmektedir. Özel istihdam bürolarınca kazanç sağlama amacıyla kurulan ödünç iş ilişkisinin denetimine ilişkin mevzuatta düzenlenme bulunmamaktadır. Doktrinde de; ödünç iş ilişkisinin rasyonel işletme için gerekli olduğu, istihdama katkı sağlayan bir hukuki kurum olduğu kabul edilmiştir. Bu açıdan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu içinde ayrı bir bölüm olarak yer alması gerekmektedir¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Odaman, s.78-79.

¹⁹⁶ Süral, "Özel İstihdam Büroları", **İşveren Dergisi**, Eylül 2005, "4857 sayılı İş Kanunu : Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri", **TİSK Yayınları Hukuk Bölümü**, Aralık 2004, www.tisk.org.tr, 22.06.2008.

¹⁹⁷ Odaman, s.79.

Uygulamada Kanun'a aykırı olarak ödünç iş ilişkisine benzer ilişkiler ile işçi çalıştırılmaktadır. Bu tür uygulamalarda iş sözleşmesi tarafı gibi gösterilen işveren aslında başka bir işveren tarafından seçilmiş ve işyerinde çalıştırılmak üzere işe alınmış olan işçiyi kendi işçisi gibi göstermekte ve onunla iş sözleşmesi yapmaktadır. Bu şekilde işe alınan işçi iş sözleşmesi yapmış olduğu işverenin yanında değil kendisini seçen işverenin yanında çalışmaktadır. Bu sayede Kanun'un emredici olarak getirdiği on sekiz aylık süre de dikkate alınmamaktadır. Bunun yanında sürekli olarak bir başka işverenin yanında çalışan işçiler çalıştıkları işyerlerindeki işçilerden farklı koşullarda çalıştırılabilmektedir¹⁹⁸.

F. Ödünç İş İlişkisinin Tarafları

1. Genel Olarak:

Ödünç iş ilişkisi, işverenin kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçisini aralarındaki sözleşme ilişkisine son vermeden onun iznini alarak bir başka işverene, onun yanında çalışmak üzere ücret karşılığında ya da ücretsiz olarak vermesi ile kurulmaktadır¹⁹⁹.

Ödünç iş ilişkisinde üç taraflı bir ilişki bulunmaktadır. Birincisi ödünç veren işveren ile işçisi arasındaki iş sözleşmesi ilişkisi, ikincisi ödünç veren işveren ve ödünç alan işveren arasında ödünç işçi verme sözleşmesi ile kurulan ilişki, üçüncü ise ödünç alan işveren ve işçi arasında kurulan ilişkidir²⁰⁰. Bu ilişkinin tarafları ise ödünç verilen işçi, ödünç veren işveren ve ödünç alan işverendir²⁰¹.

¹⁹⁸Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, Legal Yayıncılık, 2004, s.87

¹⁹⁹ Günay Mehmet, s.52.

²⁰⁰ Mollamahmutoğlu, **"İş Hukuku"**, Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.226.

²⁰¹ Günay Mehmet, s.52.

2. Ödünç İşçi:

İşçi ve iş sözleşmesinin tanımı kanunda yapılmıştır. Bu tanımlamaya göre; işçi ücret karşılığında işverene bağımlı biçimde belirli ya da belirsiz süreli olarak iş görmeyi taahhüt eden taraftır²⁰². Ancak ödünç işçinin tanımı Kanun'da yer almamaktadır. Ödünç işçinin, kendi rızası ile iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işveren tarafından bir başka işverenin yanında onun yönetimine tabi olarak geçici süre ile çalışan işçi olarak tanımlanması mümkündür. Bu tanımlama doğrultusunda; ödünç işçi ile işçi arasında farklılıklar bulunmaktadır²⁰³. Şöyle ki; ödünç verilen işçi iş sözleşmesinden doğan iş görme borcunu bir başka işverene karşı ifa etmek sureti ile yerine getirmektedir. Yani işçi emir ve talimatları, arasında iş sözleşmesi bulunmayan bir başka işverenden almaktadır²⁰⁴. Ödünç işçinin iş görme borcunu asıl işverenden başka bir işverene karşı yerine getirmesi iş sözleşmesinin feshinde bazı özellikler arz etmektedir. Geçerli nedenle sözleşmenin feshinde işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmayacağı ödünç veren işverenin işyerindeki duruma göre belirlenecektir. Bu durumda ödünç veren işverenin işyerindeki işçi sayısı otuz ve üzerinde ise, ödünç alan işverenin işyerinde bu sayı bulunmasa dahi ödünç işçi iş güvencesi hükümlerine tabi olacaktır. Ancak, ödünç veren işverenin işyerindeki işçi sayısı otuzun altında ise ödünç alan işverenin işyerindeki işçi sayısı otuzun üstünde olsa dahi işçi iş güvencesi hükümlerinden faydalanamayacaktır. Bu sayıların belirlenmesinde işçi ödünç veren işverenin işçisi olarak kabul edilecektir²⁰⁵. Bu nedenle işverenler kanundan doğan bazı yükümlülüklerini ortadan kaldırılabilmek için ödünç iş ilişkisi ile işçi çalıştırma yoluna başvurmaktadır²⁰⁶.

²⁰² Mollamahmutoğlu, “İş Hukuku”, Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.118.

²⁰³ Günay Mehmet, s.54.

²⁰⁴ Keser, s.66-67.

²⁰⁵ Serin, s.1075-1076, Ömer Ekmekçi, “4857 sayılı İş Kanununda Geçici(Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, S.2, s.374.

²⁰⁶ Çankaya Çil, s.147.

3. Ödünç Veren İşveren:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine göre; işveren; bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek kişi, tüzel kişi ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ya da kuruluştur. İşveren tanımlaması yapılırken işçi tanımındaki esaslara bağlı kalınmıştır²⁰⁷. Ödünç veren işveren, genel işverenden farklı özellikler taşımaktadır. Genel işveren işçi ile sürekli olarak kendi yanında çalışması için sözleşme yaparken, ödünç veren işveren, arasında iş sözleşmesi bulunan kendi işçisinin bir başka işverenin yanında geçici olarak çalışması için sözleşme yapmaktadır²⁰⁸. Ancak ödünç iş ilişkisinde de işçi, ödünç veren işverenin işçisidir. Yargıtay'a göre de; ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında çalışması ödünç veren işverenin asıl işveren sıfatını sona erdirmeyecektir²⁰⁹.

4.Ödünç Alan İşveren:

Ödünç iş ilişkisinden söz edebilmemiz için gerekli olan üçüncü taraf da ödünç alan işverendir. Ödünç alan işvereni, işçinin geçici bir süre için ödünç verilmiş olduğu işveren olarak tanımlamak mümkündür. Ödünç alan taraf, gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Tüzel kişi kamu ya da özel hukuk tüzel kişisi olabilir. Yani işveren sıfatına sahip olabilen her gerçek ya da tüzel kişi ödünç alan işveren sıfatına sahip olabilir. Ayrıca holding bünyesi içinde ödünç işçi verilmesi durumunda ödünç verilen şirkette ödünç alan işveren olarak tanımlanabilecektir. Aynı durum şirketler grubu içindeki işçi devrinde de geçerlidir²¹⁰. Bir kişiye ödünç alan sıfatının verilmesinde temyiz kudretinin bir önemi yoktur. Ödünç alma işlemi söz konusu kişi adına kanuni temsilcisi tarafından yapılabilir²¹¹.

²⁰⁷ Çelik, s.39.

²⁰⁸ Günay Mehmet, s.54-55.

²⁰⁹ (Yargıtay 9.HD., 12.10.1998 gün, 1998/11704 E., 1998/14289K.) Çankaya, Çil, s.174.

²¹⁰ Günay Mehmet, s.52, Serin, s.1068.

²¹¹ Serin, s.1068.

H. Ödünç İş İlişkisinin Unsurları

Ödünç iş ilişkisinin unsurlarını üç ana başlık altında incelemek mümkündür.

1. İşçinin Aynı veya Benzer İşlerde Çalıştırılması:

4857 sayılı İş Kanunu'na göre işveren, işçisini onayını alarak holding bünyesinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı işyerine veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması şartıyla başka bir işverene karşı iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde ödünç iş ilişkisi kurulmuş olacaktır²¹².

Öğretide savunulan görüşe göre, işçinin holding bünyesi içinde ya da aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde geçici olarak çalıştırılması durumunda işçinin ödünç alan işveren yanında yapacağı işin ödünç veren işveren yanında yaptığı işten farklı bir iş olması mümkündür²¹³. Bu hüküm kötüye kullanılabilecek niteliktedir. Çünkü işçi, gönderilmiş olduğu holding veya şirket topluluğunda daha önce yaptığı işten farklı bir işte görevlendirildiğinde, bu işte başarısız olursa “işçinin yeterliliğinden ya da davranışlarından” kaynaklanan sebeplerle sözleşmesinin geçerli nedenlerle feshedilmesi gündeme gelebilecektir. Ancak bu durumda işçinin farklı işte görevlendirilmesi “çalışma koşullarında esaslı değişiklik” kabul edilerek buna ilişkin yasal prosedürün işletilebilmesi mümkündür²¹⁴. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesine göre; çalışma koşullarında meydana gelen esaslı değişiklikler için işçinin rızasının alınması gerekmektedir. Yani işçi ya aynı iş için ya da benzer bir iş için bir başka işverene ödünç iş ilişkisi kapsamında

²¹²Keser, s.67.

²¹³Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), BetaYayıncılık, 2006, s.230, Mollamahmutoğlu, “İş Hukuku”, Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.224, Abbas Bilgili, “İş Güvencesi Hukuku, İşe İade Davaları”, Karahan Yayınları, 2005, s.25, Eyrenci, s.29, Serin, s.1073.

²¹⁴Emin Zeytinoğlu, “İş Hukukunda Esneklik ve 4857 sayılı İş Kanunu'na Çeşitli Yansımaları”, İTÜ Sosyal Bilimler Dergisi, 2006/2, Yıl:5, S.:10, s.199-200.

devredilebilecek, ister holding bünyesinde veya aynı şirkete bağlı işyerinde olsun ister bunların dışında bir işyerinde farklı nitelikte bir iş için olsun onayının alınması gerekecektir. Çünkü bu durumda, sadece işçi devri değil bir iş değişikliği de söz konusu olmaktadır²¹⁵.

“Benzer bir işte çalışma koşulu”, işçinin ödünç veren işverenin işyerinde yapmakta olduğu işe benzer nitelikte bir işte ödünç alan işverenin işyerinde görevlendirilmesini gerekli kılmaktadır. İşçinin ödünç alan işverenin işyerinde yapacağı işin niteliğinin ödünç veren işverene ait işyerinde yaptığı işin niteliğine göre belirlenmesi gerekmektedir. Bu anlamda kanun “aynı işlerde” yerine “benzer işlerde” çalışma koşulu getirdiğine göre kavram dar olarak yorumlanmamalıdır. İşçinin arızı durumlarda benzer işler dışında çalışması ödünç iş ilişkisini etkilememelidir. Ödünç iş ilişkisi kurulduğu sırada sözleşmede işçinin ödünç veren işveren yanında yapmış olduğu işlerin tanımının yapılması konuyla ilgili ispat sorununun ortadan kalkmasını sağlayacaktır²¹⁶. Bu durumda aynı iş kolları ile kıyas yapılarak sonuca gidilmesi mümkündür. Ancak, konunun yargıya intikal edecek olaylar sonucunda netlik kazanacağı da açıktır²¹⁷.

Ödünç iş ilişkisinde işçinin çalışma koşullarında meydana gelecek esaslı değişiklikler 22. madde kapsamında incelenecek olursa, 7. maddenin hukuki sınırları da çizilmiş olacaktır. Ödünç veren işveren ödünç iş ilişkisinin kurulma şartlarını ödünç verilecek olan işçiye yazılı olarak bildirecek ve altı iş günü içinde işçinin yazılı olarak kabul beyanında bulunmasını bekleyecektir. İşçi, kurulmak istenen ödünç iş ilişkisini kabul etmezse 22. maddeye göre işçinin sözleşmesi işveren tarafından feshedilebilecektir. Ancak, uygulamanın sınırlarının yargı organlarınca somut olarak çizilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde 7. maddede düzenlenmediği halde iş sözleşmesinin fesihle sonuçlandığı durumlarda ödünç iş ilişkisinin geçerli bir nedenle kurulduğunun

²¹⁵ Mollamahmutoğlu, “İş Hukuku”, Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.224.

²¹⁶ Çankaya,Çil, s.148.

²¹⁷ Arslanoğlu, s.74.

ödünç veren işveren tarafından ispatlanması gerekecektir. Ayrıca 22. maddenin uygulama alanı belirsiz süreli iş sözleşmeleri olduğu için ödünç iş ilişkilerinde istisnasız uygulanması mümkün değildir. Çünkü ödünç iş ilişkisinin belirli süreli iş sözleşmeleri ile de kurulması mümkündür²¹⁸.

4857 sayılı İş Kanunu'nda kamu kuruluşlarında ödünç iş ilişkisinin kurulması yasaklanmış değildir. Bu durumda benzer işte çalışma koşulunun kamu kuruluşları için de aranıp aranmayacağının tespit edilmesi gerekir. Kanun'da, "holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka işyerinde.." düzenlemesine yer verilmiştir. Ancak, kamu kurumları bu düzenleme kapsamında değerlendirilemeyeceği için kamu kurumları arasında ödünç iş ilişkisi kurulmasında benzer işlerde çalıştırma koşulunun aranacağı düşünülebilir. Ancak, kamu kurum ve kuruluşlarında kamu hizmeti gibi bir ortak hedef olduğu için işçinin bir kamu kurumundan diğerine geçici olarak devrinde söz konusu koşul aranmayacaktır²¹⁹.

Bu noktada ayrıca 7. madde hükmünde geçen "holding" ve "aynı şirketler topluluğu" ifadelerini açıklamak gerekir. Aynı 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 ya da ödünç iş ilişkisi kuracağı şirketin hisselerinin çoğunluğuna sahip olması gerekir. Aynı şekilde 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 gerekir²²⁰.

T.T.K.'de esas itibariyle holding şirketler düzenlenmemekle birlikte; yedek akçe başlıklı 466. maddesinin 4. fıkrasında holding şirketler esas itibariyle başka işletmelere iştirak olan şirketler olarak tanımlanmaktadır.

²¹⁸ Arslanoğlu, s.73.

²¹⁹ Çankaya, Çil, s.148-149.

²²⁰ Arslanoğlu, s.74-75.

Kanun’da bu hükmün dışında holdinglerle ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır²²¹.

Doktrinde ise; holdingler, şirketlerin yönetim ve idaresini sağlamak amacıyla şirketlerin yeterli hisse senetlerine sahip olduğu şirketler olarak tanımlamıştır. Holding şirketler genel olarak anonim ortaklık şeklinde kurulsalar da bu zorunlu değildir. Diğer türde bir ticari şirket olarak da kurulabilirler. Holdinglerde hakim olan ortaklığa “ana ortaklık”, hakimiyet altında bulunan ortaklıklara ise “yavru ortaklık” denilmektedir. Holding şirketlerinde ana ortaklık ile yavru ortaklıkların ayrı tüzel kişilikleri bulunmaktadır. Bu nedenle her ortaklıkta birbirinden bağımsız olarak hukuki işlemler yapabilmektedir. Ancak ana ortaklığın yavru ortaklık üzerindeki hakimiyeti düşünüldüğünde yavru ortaklığın hukuki bağımsızlığından söz etmek mümkün olmayacaktır²²².

“Aynı şirketler topluluğu” ifadesi ise, yönetim, işleyiş ve sermayenin kullanımı açısından doğrudan bağlantılı, ancak farklı tüzel kişiliklere sahip şirketleri ifade etmektedir²²³.

2. İşçinin Yazılı Muvafakati:

Ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için işçinin muvafakatinin alınması şarttır²²⁴. Bu muvafakat mevcut iş sözleşmesinde değişiklik niteliği taşıyacağı ve ödünç alan işverene yönetim hakkı tanıyacağı için “gerçek anlamda üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği” taşımaktadır²²⁵.

²²¹ Arslanoğlu, s.74-75.

²²² Çifter, Demir, s.17.

²²³ Abdurrahman Benli, “4857 sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları”, **Kamu İş Dergisi**, 2006, C.:8, S.4, s.12.

²²⁴ Mollamahmutoğlu, “**İş Hukuku**”, Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.223.

²²⁵ Serin, s.1068.

Kanun işçinin yazılı muvafakatini aradığı için işçinin rızasının sözlü alınması mümkün değildir.²²⁶ İşçinin yazılı olarak oluşacak olan bu irade beyanının sadece ödünç iş ilişkisinin kurulması yönünde ve bağımsız olarak devir sırasında alınması gerekir. Yani irade beyanının sadece yazılı olarak değil, ödünç iş ilişkisinin kurulması yönünde bağımsız olarak devir sırasında alınması gerekir²²⁷. İşçinin yazılı muvafakatini içeren belge örneği EK-A'da yer almaktadır²²⁸. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 1. fıkrasında kullanılan "devir sırasında" ibaresini "yazılı rıza"nın iş sözleşmesinin yapılmasından sonra ve devir sırasında bağımsız olarak alınması şeklinde anlamak gerekir. Yani, işçinin rızasını önceden almak suretiyle yapılan sözleşme geçerli olmayacaktır²²⁹. Bir görüşe göre ise; ödünç iş ilişkisinin yazılı olarak yapılması zorunlu değildir. Ancak, işçinin muvafakatini yazılı olarak alınmadığı durumlarda işçinin muvafakati olduğunun ikrar ile ispatlanması gerekir. Söz konusu durumlarda ispat sorunu çözümlenirken üç tarafın beyanları da dikkate alınmalıdır²³⁰.

Bu ilişkinin sözlü olarak kurulması ya da önceden izin almaksızın kurulması durumunda sonradan alınacak yazılı izin ile bu ilişkinin baştan itibaren kurulması mümkündür. İşçinin muvafakati; işçinin kendisi, kanuni temsilcisi ya da konuyla ilgili yetkili kılınmış vekili tarafından verilmelidir. İşçinin üye olduğu sendikanın bu yönde yetkisi olmadığı gibi, toplu iş sözleşmesine işçinin iradesi yerine geçen hükümler konulması da mümkün değildir²³¹.

Yazılı olarak ödünç iş ilişkisine muvafakat veren işçi, ödünç alan işveren yanında çalışmayı reddederse ödünç veren işveren ile aralarında bulunan iş sözleşmesine aykırı hareket ettiği için akdi sorumluluğu doğar. Ödünç veren

²²⁶ Mollamahmutoğlu, "İş Hukuku", Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.223.

²²⁷ Arslanoğlu, s.60, Bilgili, s.25, Keser, s.68.

²²⁸ Öcal Kemal Evren, "İş Mevzuatı Açısından İşverenin El Kitabı", Seçkin Yayıncılık, Şubat 2005, s.554.

²²⁹ Benli, s.10, Süzek, "İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)", Beta Yayıncılık, 2006, s.230.

²³⁰ Çankaya, Çil, s.145, Odaman, s.59.

²³¹ Çankaya, Çil, s.145.

işveren işçinin muvafakati olmadığı halde ödünç iş ilişkisi kurulması yönünde ısrarlı davranırsa 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinin uygulanması gündeme gelecektir²³². İşçi, muvafakati olmadan ödünç iş ilişkisine zorlanırsa sözleşmeyi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinin 2. fıkrasına uyarınca haklı nedenle feshedebilecektir²³³.

İşçinin rızası devir sırasında alınmalıdır. Bu sayede işçi hangi işverene ait işyerinde ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışacağını bilme imkanına sahip olacaktır. İşçinin belirsiz bir süre için ve bilmediği bir işveren yanında çalışmaya muvafakat vermesi beklenemez. İşçinin vermiş olduğu yazılı muvafakatte süre ve ödünç iş ilişkisinin yenilenmesi konusunda sınırlama varsa bu sınırlamalar taraflar için bağlayıcı olacaktır²³⁴. Ancak işçinin yazılı muvafakatinin devir sırasında değil önceden iş sözleşmesi yapılırken de alınması mümkün görülmekte bu şekilde alınan muvafakat de geçerli kabul edilmektedir²³⁵.

Ödünç iş ilişkisi geçerli bir şekilde kurulduktan sonra sözleşmenin yenilenmesi halinde yenilemenin yazılı olarak yapılacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Yenileme iradesinin örtülü ya da açık biçimde açıklanması mümkündür²³⁶. Ancak kanuni sınırlar içinde yenilenecek olan her ödünç iş ilişkisinde işçinin yazılı muvafakatinin olması gerektiği savunulmaktadır²³⁷. Kanun'da sözleşmenin yenilenmesi için işçinin yazılı muvafakatinin alınacağı yönünde bir düzenleme bulunmasa dahi bu dönemle ilgili karşılaşılabilecek hukuksal sorunlarla ilgili ispat sorunu yaşamamak için yenileme dönemlerinde de işçinin yazılı muvafakatinin alınması uygun bir çözüm yolu olacaktır.

²³² Mollamahmutoğlu “İş Hukuku”, Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.223, Benli, s.10.

²³³ Çankaya, Çil, s.147.

²³⁴ Çankaya, Çil, s.146, Arslanoğlu, s.60-61, Odaman, s.59-60.

²³⁵ Mollamahmutoğlu, “İş Hukuku”, Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.223.

²³⁶ Çankaya, Çil, s.146, Odaman, s.59.

²³⁷ Arslanoğlu, s.60, Demir, “Sorularla Bireysel İş Hukuku”, Şen Matbaa, Mart 2006, s.108.

Ödünç iş ilişkisinin ileriki bir tarihte sonuç doğurmak üzere kurulması durumunda objektif iyi niyet kurallarına göre belirlenecek makul bir süre önce işçinin yazılı muvafakati alınmalıdır. Ödünç iş ilişkisi sözleşmesi kurulurken işçinin yazılı muvafakatının alınmaması durumunda işçinin ödünç veren işverenle arasında bulunan iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine göre geçerli nedene dayanarak feshedilemez. Ancak bu durumda ödünç veren işveren uğradığı zararlar için işçiye başvuramayacağı için ödünç iş ilişkisi sözleşmesinin, işçinin muvafakati geciktirici şartına bağlı olarak yapıldığının kabul edilmesi gerekir²³⁸. Bununla beraber söz konusu sorunun B.K.'nin 320. madde ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. madde hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak meslek edinilmiş şekilde yapılan ödünç işçi vermede, öncelikli olarak ödünç işçinin çalışma koşullarına ilişkin ödünç işçi ile ödünç veren işveren arasında bağlayıcı olmayan çerçeve sözleşme yapılır. Sonra ödünç veren işveren, durumu uygun olan ödünç isteyen işverenleri işçiye bildirir. İşçinin söz konusu koşulları kabul etmesiyle de çerçeve sözleşmeye uygun olarak iş sözleşmesi kurulur. Ancak bahsedilen bu çerçeve sözleşme işçiye ne ödünç veren işverenin bulduğu işverenin yanında çalışma konusunda bir hak verir ne de bu konuda bir yükümlülük getirir²³⁹.

3. Sözleşmenin Belirli Süre ile Yapılması ve Yenilenmesi:

Ödünç iş ilişkisinde işçinin ödünç alan işveren yanındaki çalışması, ilişkinin “geçici olma” niteliğini ortadan kaldırmayacak, söz konusu ilişkiye “süreklilik” niteliği vermeyecek uzunlukta olmalıdır. İşçi süre dolmasına rağmen ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam ederse artık bu ilişkinin geçici olduğunun kabulü mümkün olmayacaktır. Ancak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrası bu konuya netlik kazandırmış ve ödünç iş ilişkisinin en fazla altı ay süreyle yapılabileceğini kabul etmiştir²⁴⁰. Ayrıca

²³⁸ Arslanoğlu, s.62.

²³⁹ Serin, s.1068.

²⁴⁰ Mollamahmutoğlu, “İş Hukuku”, Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.225.

aynı fıkra hükmüne göre sözleşme, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilecektir. Ödünç iş ilişkisinin yenilenebilmesinin gerekçesini oluşturan “gerektiğinde” ibaresi Kanunu’nun 7. maddesinin 2. fıkrasında herhangi bir şekilde açıklanmamıştır. Buradaki sebepler, ödünç veren işveren , ödünç alan işveren ya da işçiden kaynaklanabilir. Ancak söz konusu ilişkinin tüm bu sebeplerden bağımsız olarak devam etmesi de mümkündür. Çünkü bu konu ile ilgili herhangi bir sınırlama getirilmemiştir²⁴¹. Ayrıca ödünç iş ilişkisi sözleşmesi imzalanmış olmasına rağmen işçi hala aynı işyerinde çalışmaya devam ederse artık ödünç iş ilişkisinden söz etmek mümkün olmayacaktır²⁴².

Kanun maddesi hazırlanırken tarafların ödünç iş ilişkisini ihtiyaçlarına göre yürütmeleri esas kabul edilmiş, hakkın kötüye kullanıldığının ispatlanması durumunda buna ilişkin sonuçların doğacağı ve işçinin uygun bir süre sonunda artık ödünç alan işverenin işçisi olarak işlem görmesi gerektiğine mahkemenin karar verebileceği belirtilmiştir²⁴³.

Burada önemli olan, iş görme ediminin geçici olarak devrediliyor olmasıdır. Belirsizlikleri ortadan kaldırmak, suistimallere imkan vermemek için ödünç iş ilişkisinin altı ay süreyle kurulabileceği ve gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebileceği kabul edilmiştir. Belirlenen sürenin sona ermesi ile birlikte ödünç iş ilişkisi de sona erecektir. Bu durumda işçi, kendisini devreden işverenin yanına dönerek işgörme borcunu ona karşı ifa etmeye devam edecektir. Sürenin bitmesine rağmen işçi devredildiği işverenin yanında çalışmaya devam ederse işçi iş sözleşmesini feshetmiş olacaktır²⁴⁴. Yargıtay’a göre de işçi sürenin sonunda eski işine dönmezse iş sözleşmesini

²⁴¹ Benli, s. 13, Serin, s.1074.

²⁴² (Yargıtay 9.HD., 21.12.2005 gün ve 2004/15131E., 2005/9393 K), Çankaya, Çil, s.171-172

²⁴³ TİSK, 4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, s.109.

²⁴⁴ Aktay, Arıcı, Kaplan /Senyen, s.97-98., Çelik, “İş Hukuku Dersleri”, Beta Basım, Ağustos 2006, s.95-96.

haklı bir neden olmadan sona erdirmiş olacak, bu nedenle kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacaktır²⁴⁵.

Öngörülen sürelerle uyulmaması durumunda nasıl bir yol izleneceğine dair, Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Genel olarak kabul edilen, hakkın kötüye kullanıldığıнын tespit edilmesi durumunda işçinin devredildiği işverenin işçisi olacağıdır. Ödünç iş ilişkisinin altı aydan daha az süre ile kurulduğu ve yenilenmediği durumlarda herhangi bir sorun yoktur. Sorun, on sekiz aylık sürenin aşılması durumunda yaşanmaktadır²⁴⁶. Bu durumda her yenilemede işçinin yazılı izni alınmak şartıyla ödünç verilen işverenin işçisi olacağı kabul edilmelidir. Ancak gerekli iznin ikinci ve üçüncü yenilemelerde alınmaması durumunda on sekiz aylık süre aşılsa dahi işçi ödünç verilen işverenin işçisi olarak kabul edilemeyecektir. Çünkü ödünç iş ilişkisinin kurulması için kanunen aranan yazılı izin sözleşmenin yenilenmesi sırasında alınmazsa ödünç iş ilişkisi öngörülen sürelerle kurulmuş olmayacaktır. Bu durumda söz konusu ilişki, ödünç iş ilişkisi niteliğini on sekiz aylık sürenin aşılması ile birlikte kaybedecektir²⁴⁷.

Öğretide bir başka görüşe göre; işçi tarafından verilmesi gereken yazılı iznin bir defa alınması durumunda, bunun altı aya kadar belirlenecek olan ilk süre ve kanunun tanıdığı olduğu imkan gereği yapılabilecek iki yenileme için yeterli olacağı kabul edilmelidir. Ancak, işçinin vereceği izinde süre altı aydan daha kısa olarak belirlenmiş ya da sözleşmenin bir kez yenileneceği ya da yenilenmeyeceği kabul edilmiş olabilir. Söz konusu durumlarda, işçinin vermiş olduğu izin belgesine uygun davranılması ve bunun dışında farklı bir düzenleme yapılmak isteniyorsa yeniden izin alınması gerekir. İşçi, bu tür

²⁴⁵ (Yargıtay 9.HD., 22.09.2003 gün, 2003/2572 E.,2003/15250 K.),Çankaya,Çil, s.173, Akyiğit, “İş Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Mart 2005, s.132.

²⁴⁶ Arslanoğlu, s.58-59.

²⁴⁷ Arslanoğlu, s.58-59, Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 2006, s.231 Eyrenci, s.30.

sınırlandırmalara rağmen çalışmaya devam ederse söz konusu izni zimmen vermiş kabul edilecektir²⁴⁸.

Süreye ilişkin düzenlemelerden, ödünç iş ilişkisinin belirli süreli olarak kurulabileceği anlaşılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasına göre sözleşme süresinin sözleşmede düzenlenmesi gerekir. Ancak, işverenler sözleşme süresini belirlememişler ise ödünç iş ilişkisinin altı ay süre ile, sözleşmede süre belirlenmekle beraber azami sürenin üzerinde bir süre belirlemişlerse, B.K.'nin 20. maddesine göre sözleşmenin Kanun'da belirlenmiş olan azami süre ile kurulduğunun kabul edilmesi gerekir. Yani ödünç iş ilişkisinin belirsiz süreli olarak kurulması mümkün değildir²⁴⁹.

Öğretide bir görüşe göre; sözleşme süresinin kararlaştırılmadığı durumlarda ödünç iş ilişkisinin altı ay süre ile kurulduğunun kabul edilmesi sözleşmenin korunması açısından uygun olacaktır. Ancak sözleşme süresi altı ayın üzerinde belirlenmişse sürenin ödünç iş ilişkisinin kurulması için esaslı bir unsur olduğu düşünülürse, kanunda belirlenmiş olan altı aylık sürenin üzerine çıkıldığı için ödünç işçi verme sözleşmesinin geçersiz olduğu kabul edilecektir. Bu durumda Kanun'da düzenlenen koşullara uygun yeni bir ödünç işçi verme sözleşmesinin yapılması gerekir²⁵⁰.

Ödünç iş ilişkisinin belirli bir süre ile sınırlandırılması önemli ve zorunlu bir unsurdur. Aksi durumun kabul edilmesi halinde ödünç vermenin hangi türüne başvurulmuş olursa olsun, işçi, uzun yıllar bir başka işverenin yanında çalışıyor olmasına rağmen ödünç verilen işverenin değil de aralarında iş sözleşmesi kurulmuş olan işverenin, yani, ödünç veren işverenin işçisi olarak işlem görecektir. Bu durum ise ödünç iş ilişkisinin kurulma mantığı ile bağdaşmaz. Çünkü ödünç iş ilişkisi geçici olarak ortaya çıkan iş gücü

²⁴⁸ Çankaya, Çil, s.149.

²⁴⁹ Mollamahmutoğlu “İş Hukuku”, Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.225-226.

²⁵⁰ Çifter, Demir, s.20.

ihtiyacının karşılanması amacıyla kurulmaktadır. Bu amaç doğrultusunda; ödünç iş ilişkisinin belirli süreli olarak kurulması zorunludur²⁵¹.

Ödünç iş ilişkisi en fazla on sekiz ay süre ile kurulabilecektir. Kanun'da düzenlenmiş olan bu süre emredici nitelik taşımaktadır. Kanun'da öngörülmüş olan bu on sekiz aylık sürenin sonunda işçinin ödünç veren işverenin yanında bir süre çalışmasından sonra yeniden ödünç iş ilişkisi kurulamaz. Aksinin uygulanması halinde kanunda öngörülmüş olan üst sınırın anlamını kalmayacaktır. Sürenin sonunda işçi, ödünç veren işverenin yanında birkaç gün çalıştırdıktan sonra yeniden bir ödünç iş ilişkisi kurulmak istendiğinde gene on sekiz aylık üst sınıra uyulması gerekmektedir. On sekiz aylık süre bir işçinin aynı işverenle olan iş ilişkisinde bir kez uygulanan bir süredir. Ancak ihbar ve kıdem tazminatları ödenmek suretiyle sözleşmesi feshedilen işçi ile yeniden iş sözleşmesi yapılması durumunda daha önceki sözleşme döneminde yapılan ödünç iş sözleşmesinin dikkate alınmaması gerekir. Ancak sözleşmenin muvazaalı feshi halinin bu durumundan ayırık tutulması gerekir²⁵².

Öğretide kabul edilen bir görüşe göre; ödünç verilen işverenin yanında on sekiz ay çalışan işçinin ödünç veren işverenin yanına döndükten kısa bir süre sonra yeniden aynı işverene ödünç verilmesi mümkündür. Bu halde iki durum karşımıza çıkmaktadır. İlk durum, işçinin aynı işverene ödünç verilememesi; ikinci durum ise, belli bir süre geçtikten sonra ödünç verilebilmesidir. Kanun'da düzenlenmemiş olan ilk durumda, işçinin bir işverene sadece bir kez ödünç verilebileceğinin ve aynı işverenler arasında ödünç iş sözleşmesinin sadece bir kez kurulabileceğinin kabul edilmesi "sözleşme serbestisi" ilkesine aykırıdır. Ancak, on sekiz aylık sürenin dolması ile birlikte işçinin ödünç veren işverenin yanında makul bir süre çalıştıktan sonra aynı işverene ödünç verilmesi mümkündür. Makul sürenin, iki sözleşmenin birbirinin devamı niteliğini taşımayacak bir zaman dilimi olması

²⁵¹ Günay Mehmet, s.70.

²⁵² Çankaya,Çil, s.150.

gerekir. Aksi halde ödünç iş ilişkisi için bir süre belirlenmesinin anlamı olmayacaktır. Kanun metnine göre iki sözleşme arasındaki sürenin “bir ödünç süresi” kadar kabul edilmesi mümkündür. Bu durumda ikinci ödünç verme sözleşmesinin yapılabilmesi için ilk ödünç vermeden sonra arada en az altı aylık bir sürenin bulunması gerekir²⁵³. Makul sürenin en az altı aylık bir süre olarak kabul edilmesi, işin yürütülmesinde işçiye duyulan ihtiyaç nedeniyle ödünç alan işvereni zor durumda bırakabilecektir. Bu doğrultuda; Kanun’da konuyla ilgili açık bir düzenleme de bulunmadığına göre makul sürenin, işçinin ve yapılan işin niteliğine göre her sözleşme için ayrı ayrı belirlenmesi gerekir.

Ödünç alan işverenin işyerini bir başka işverene devretmesi durumunda yeni bir süre devreye girmeyecektir. Çünkü işyerinin devredilmesi durumunda mevcut sözleşme de kanun gereği yeni işverene devredilecektir. Kanun’da açıkça ödünç iş ilişkisinden söz edilmese bile ödünç iş ilişkisi de bu kapsamda değerlendirilecektir. Ödünç iş ilişkisi, ödünç veren işveren ile işçi arasında yer alan belirli süreli iş sözleşmesinin süresini aşacak biçimde kurulmuşsa, sözleşmenin ödünç iş sözleşmesinin sonuna kadar uzadığı kabul edilmelidir²⁵⁴. Ayrıca çalışma süresi yönünden ödünç iş ilişkisinin tam süreli çalışma yanında kısmi süreli ya da çağrı üzerine çalışma biçiminde kurulması da mümkündür²⁵⁵.

Ödünç iş ilişkisi Kanun’da öngörülen şartları taşııyorsa; ödünç alan işveren ile işçi arasında belirli süreli sözleşme kurulduğu kabul edilmelidir. Örneğin; işçinin yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılmaması ya da toplu işçi çıkarılan işyerinde altı aylık süre dolmadan aynı işlerde ödünç işçi

²⁵³ Odaman, s.55-56.

²⁵⁴ Çankaya,Çil, s.151-152.

²⁵⁵ Serin, s.1074.

çalıştırılması durumunda artık ödünç iş ilişkisinden söz edilemeyecektir. Bu durumda sözleşmede öngörülmüş süre ile sınırlı olmak üzere belirli süreli sözleşme kurulduğu kabul edilmelidir²⁵⁶.

H. Ödünç İş İlişisine Başvurulamayacak Durumlar

1. Grev ve Lokavt Sırasında Ödünç İş İlişisine Başvurulamaması:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 5. fıkrasına göre; işçiyi geçici olarak devralan işveren grev ve lokavt aşamasına gelen bir uyuşmazlığın tarafı ise, ödünç işçiyi grev ve lokavt sırasında çalıştıramayacaktır. Ödünç iş ilişkisi, ödünç alan işverenin işyerinde toplu uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce kurulmuş olsa dahi, uyuşmazlık grev ya da lokavt aşamasına geldiğinde artık ödünç işçinin o işyerinde çalıştırılması mümkün değildir. Bu durumda ödünç veren işveren işçiye işyerinde iş vermek zorunda olduğu gibi, ödünç işçi de ödünç veren işverenin işyerinde çalışmak zorundadır²⁵⁷. Yani ödünç alan işveren bu süre boyunca ödünç işçiyi işyerinde çalıştıramayacaktır. Bu düzenleme ile grev süreci boyunca çalışamayacak ödünç işçinin mağdur olması önlenmek istenmiştir²⁵⁸. 2822 sayılı TİSGLK'nin 43. maddesine göre ise, işveren hiçbir şekilde grevci işçilerin yerine daimi ya da ödünç olarak başka işçi çalıştıramayacaktır. Bu düzenlemenin amacı; ödünç alan işverenin ödünç işçi çalıştırarak grevi etkisiz kılmasının önüne geçmektir²⁵⁹. Öğretide 2822 sayılı TİSGLK'nin 43. maddesi ile ilgili olarak; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde, ödünç işçilerin sadece greve katılan işçilerin yerine çalıştırılmayacağına kabul edilmesinin yeterli olacağı savunulmuştur. Bu düşünceye göre; 2822 sayılı TİSGLK'nin 43. maddesinde; greve katılacak işçilerin yerine ödünç işçi çalıştırılmayacağı düzenlemesinin yer aldığı, ancak ödünç alan işverenin işyerinde grev başladığı zaman ödünç işçinin greve katılan işçinin yerine çalıştırılıp çalıştırılmadığına bakılmadan 4857 sayılı İş

²⁵⁶ Çankaya,Çil, s.152

²⁵⁷ Serin, s.1081

²⁵⁸ Odaman, s.49

²⁵⁹ Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 2006, s.239

Kanunu'nun 7. maddesinin 5. fıkrası uyarınca ödünç alan işverenin işyerinde çalışmasının önlendiği, ancak bu uygulamanın tartışılabilir nitelikte olduğu savunulmuştur²⁶⁰.

2822 sayılı TİGLK'nin 39. maddesine göre ise; işyerinin faaliyetinin grev ve lokavt sonunda devamını sağlamak, bazı maddelerin bozulmasını önlemek, işyerinin ve ülkenin ekonomisini korumak amacıyla bazı işçiler grev ve lokavt süresince çalışmaya devam eder. Eğer bu işçiler arasında ödünç işçiler varsa onlar da çalışmaya devam edecektir²⁶¹. Söz konusu hüküm emredici nitelikte olduğu için aksinin kararlaştırılması mümkün değildir²⁶². 2822 sayılı TİGLK'nin 43. maddesinde, 39. madde uyarınca grev ve lokavta katılamayacak işçilerden sözleşmeleri haklı nedenle feshedilenler varsa onların yerine yeni işçi çalıştırılması mümkündür. Ancak ödünç alan işverenin ödünç işçinin sözleşmesini haklı nedenle de olsa feshetme imkanı olmadığı için söz konusu hükmü ödünç iş ilişkisi açısından ödünç işçinin yerine yeni bir işçi çalıştırılması imkanının sağlanması olarak yorumlamak gerekir²⁶³.

2. Toplu İşçi Çıkarma Yoluna Başvurulması Durumunda Ödünç İş İlişkisine Başvurulamaması:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 29. maddesine göre 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 başvurabilir²⁶⁴. İşveren, toplu işçi çıkarma kararının kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikte işler için yeniden işçi almak isterse çıkarmış olduğu işçilerden nitelikleri uygun olanları tercihen işe

²⁶⁰ Ekmekçi, s.380, Serin, s.1081.

²⁶¹ Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 2006, s.239, Ekmekçi, s.380, Serin, s.1081.

²⁶² Eyrenci, Taşkent-Ulucan, “Bireysel İş Hukuku”, Legal Yayıncılık, 2004, s.87.

²⁶³ Odaman, s.50.

²⁶⁴ Faruk Andaç, “Yeni İş Kanunu'nun Öngördüğü Yükümlülükler”, TİSK Yayınları İşveren Dergisi, Temmuz 2003, www.tisk.org.tr/isveren, 22.06.2008.

çağırmak zorundadır. Yani toplu işçi çıkarmanın söz konusu olduğu işlerde ödünç iş ilişkisi gerçekleşmeyecektir²⁶⁵. Eğer ödünç iş ilişkisi kurulursa, bu ilişki baştan itibaren geçersiz olacak ve işçiler ödünç alan işverenin işçisi kabul edilerek buna göre işlem görecektir²⁶⁶. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 6. fıkrasında yer alan bu düzenleme; ödünç işçinin, ödünç alan işverenin işyerinde uygulanan greve katılamayacağı şeklindeki yasaklamaya göre daha isabetlidir. Çünkü 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 5. fıkrasına göre; ödünç alan işverenin işyerinde grev başlaması durumunda, ödünç işçinin greve katılan işçilerin yerine çalıştırıp çalıştırılmadığına bakılmaksızın, bu işyerinde çalışması yasaklanmışken; toplu işçi çıkarma durumunda ödünç işçinin sadece toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde çalışması yasaklanmıştır²⁶⁷. Toplu işçi çıkarmanın konusu dışında kalan işlerde ödünç iş ilişkisi kurulması mümkündür. Ancak, toplu işçi çıkarma yoluna gidilen işyerinde önceden ödünç iş ilişkisi ile çalıştırılan işçi varsa ve söz konusu ilişki altı aylık süreyi doldurmuşsa, ödünç işçilerin sözleşmeleri de işçilerin toplu halde çıkarılmalarından başlayarak altı ay içinde yenilenmeyecektir. Çünkü 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. fıkrasında yer alan “toplular işçi çıkarmanın konusu olan işlerde ödünç iş ilişkisinin gerçekleşmeyeceği” düzenlemesi söz konusu durumu da kapsamaktadır²⁶⁸. İşvereni toplu işçi çıkarmaya sevk eden nedenlerin altı aylık süre içinde ortadan kalkması durumunda; gene sonuç değişmeyecek, ödünç iş ilişkisi kurulamayacaktır²⁶⁹. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesi ile getirilen bu düzenleme, ödünç iş ilişkisi kurumunun kötüye kullanılmasını önlemeye yöneliktir²⁷⁰. Söz konusu bu düzenleme; 29. maddenin 6. fıkrasında yer alan düzenlemeyi onaylar niteliktedir²⁷¹.

²⁶⁵ Ekmekçi, s.381, Serin, s.1081-1082..

²⁶⁶ Odaman, s.49.

²⁶⁷ Ekmekçi, s.381, Eyrenci, Taşkent, Ulucan, “**Bireysel İş Hukuku**”, Legal Yayıncılık 2004, s.87.

²⁶⁸ Arslanoğlu, s.68.

²⁶⁹ Odaman, s.48.

²⁷⁰ Çankaya, Çil, s.152.

²⁷¹ Odaman, s.49.

II. TOPLU İŞ İLİŞKİLERİ AÇISINDAN ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ

A. Ödünç İşçinin Sendika Üyeliği:

Ödünç iş ilişkisinde işçi, iş görme borcunu ödünç alan işverenin işyerinde yerine getirmesine rağmen ödünç veren işveren ile arasındaki iş sözleşmesi devam etmektedir. Bu nedenle işçi, sadece iş sözleşmesi ile bağlı bulunduğu işverenin girdiği iş kolunda kurulacak olan sendikanın kuruluşuna katılabilecek, o iş kolunda kurulacak olan sendikanın üyesi olabilecek ya da böyle bir sendikanın üyesi ise o sendika ile ilişkilerini sürdürebilecektir²⁷².

Ödünç işçinin çalışmakta olduğu işyerinde farklı bir iş kolu geçerli olsa da işçi ödünç veren işverenin işçisi olduğu için ödünç iş ilişkisi kurulması işçinin sendika üyeliğini etkilemeyecektir²⁷³. Ödünç işçinin, ödünç iş ilişkisi içinde sendikaya üye olması halinde sendika üyelik bildiriminin ödünç veren işverene yapılması gerekmektedir²⁷⁴.

İşyeri sendika temsilcisi ise, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 34. maddesine göre işyerinde çalışan üyeler arasından seçilmektedir. Ödünç işçi geçici bir süre için ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaktadır. Bu nedenle işçinin, ödünç veren işverenin işyerinde sendika temsilcisi olması mümkündür. Çünkü 34. maddedeki düzenleme ile anlatılmak istenen, fiilen o işyerinde çalışmak değil, o işyerinin işçisi olmaktır²⁷⁵. Ancak doktrinde söz konusu maddenin bu şekilde yorumlanmasının Kanun'un amacına aykırılık taşıdığı, ödünç veren işverenin işyerinden uzakta çalışmakta olan işçinin (Kanun'un 35. maddesinde düzenlenmiş olan) sendika temsilcisinin görevlerini yerine getirmesinin mümkün olmayacağı savunulmaktadır. Ancak işçi, üyesi bulunduğu sendikanın aynı iş kolunda faaliyette bulunan ödünç

²⁷² Çelik, s.39.

²⁷³ Çankaya, Çil, s.158, Odaman, s.63.

²⁷⁴ Çankaya, Çil, s.158, Odaman, s.62.

²⁷⁵ Ekmekçi, s.379, Serin, s.1079.

alan işverenin işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin kesinleşmesi durumunda ödünç alan işverenin işyerinde sendika temsilcisi olabilecektir²⁷⁶.

Ödünç alan işverenin işyerinde sendikal örgütlenme yolunda faaliyetlerde bulunması sebebiyle işçinin ödünç iş ilişkisi sonlandırılırsa ya da sözleşmesi feshedilirse sendikal tazminat talep edebilme hakkı bulunmaktadır. Ödünç alan işverenin işyerinin farklı bir iş kolunda faaliyette bulunuyor olması bu sonucu değiştirmeyecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde sendikal tazminattan dolayı birlikte sorumluluk kabul edilmediği ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde de bu yükümlülük sadece işveren için öngörüldüğü için tazminat sadece ödünç veren işverenden talep edilebilecektir²⁷⁷.

B.Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi ve Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma:

Toplu iş sözleşmesi, işçi sendikaları ile işveren sendikaları ya da işverenler arasında yapılan, onların karşılıklı hak ve yükümlülükleri ile iş sözleşmelerine ilişkin hususları içermektedir. Toplu iş sözleşmelerinin tarafların hak ve borçlarını düzenleyen bölümü borç doğurucu, iş sözleşmesine ilişkin hükümleri düzenleyen bölümü ise düzenleyici bölüm olarak isimlendirilmektedir²⁷⁸. Bizim hukukumuzda düzenleyici bölüm toplu iş sözleşmesinin zorunlu unsurudur. Eğer sözleşmede söz konusu bölüme ilişkin düzenleme yoksa, o sözleşme toplu iş sözleşmesi olarak kabul edilemez. Borç doğurucu bölüm ise B.K.'ye ait bir bölüm olup; bu bölümün sözleşmede yer alması zorunlu değildir²⁷⁹.

İşçi, taraf işçi sendikasına üye olmak koşulu ile ancak arasında iş sözleşmesi bulunan işverenin işyerinde uygulanmakta olan toplu iş

²⁷⁶ Odaman, s.64.

²⁷⁷ Odaman, s.63, Çankaya,Çil, s.158-159.

²⁷⁸ Kenan Tunçomağ,Tankut Centel, “İş Hukukunun Esasları”, BetaYayım, 2003, s.336-33, Murat Şen,”Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Feragat”,TÜHİS İŞ Hukuku ve İktisat Dergisi, Ağustos 2005, s.19.

²⁷⁹ Şen Murat, s.20.

sözleşmesi hükümlerinden yararlanabilir²⁸⁰. Ödünç işçinin ödünç alan işveren ile arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığı için ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanması hukuken mümkün değildir²⁸¹. Ayrıca, ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerindeki toplu iş sözleşmesi hükümlerinden üyelik, dayanışma aidatı, yazılı muvafakat gibi yollarla yararlanması mümkün olmadığı gibi, teşmil edilen toplu iş sözleşmesi hükümlerinden faydalanması da söz konusu değildir²⁸².

Öğretideki bir görüşe göre; toplu iş sözleşmelerinin işçinin işyerindeki çalışma sürelerini, davranışlarını, fazla çalışmalarını düzenleyen hükümlerinin ödünç işçiye de uygulanması gerekmektedir. Bu hükümlerin uygulanması sonucunda işçiye fazla çalışma ve gece çalışmalarının karşılığının ödenmesi gerekmektedir²⁸³. Ancak, gece çalışması ve fazla çalışma karşılığında hak kazanılan primler de ücret niteliğinde olduğu için, ödünç işçinin toplu iş sözleşmesinin söz konusu durumlara ilişkin düzenlemelerinden faydalanmasının mümkün olmadığı da belirtilmektedir²⁸⁴. Ödünç işçi, iş görme borcunu ödünç alan işverene karşı, onun işyerinde yerine getirdiği için ödünç alan işverenin işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin çalışma sürelerini, davranışları, fazla çalışmaları düzenleyen hükümlerinin ödünç işçiye de uygulanmasının uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Ödünç işçi, toplu iş sözleşmelerinin ödünç veren işverenin işyerinde uygulanmakta olan ve işverenin fesih ve ceza verme yetkilerini sınırlandıran hükümlerine tabi olmayacaktır²⁸⁵. Ancak, toplu iş sözleşmelerinin işyerinde daha etkili güvenlik önlemleri getiren düzenlemelerinden ödünç işçi de faydalanabilecektir. Toplu iş sözleşmesinin yönetim hakkına ilişkin

²⁸⁰ Süzek, "İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)" , Beta Yayıncılık, 2006, s.237.

²⁸¹ Serin, s.1079, Ekmekçi,s.378.

²⁸² Odaman, s.66-67.

²⁸³ Engin, s.346-347.

²⁸⁴ Ekmekçi, s.378.

²⁸⁵ Ekmekçi, s.379, Serin, s.1079.

düzenlemeleri de işçi aleyhine olmadığı sürece ödünç işçi için de uygulanacaktır. Aslında 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 3. fıkrasına göre, işveren (toplu iş sözleşmesinin paraya ilişkin düzenlemeleri dışında) yönetim hakkının kullanılması ile ilgili eşit davranma borcu altında olduğu için toplu iş sözleşmesi kapsamında olanlar ile olmayanlar arasında bir ayırım yapamayacaktır. Ancak 2822 sayılı TSGLK'nin 6. maddesinin 2. fıkrasına göre, toplu iş sözleşmelerinde iş sözleşmelerine aykırı hükümler bulunması durumunda iş sözleşmelerinin işçi lehine hükümleri geçerlidir. Bu doğrultuda; toplu iş sözleşmesinin yönetim hakkının kullanılması konusunda işçi aleyhine düzenlemeler getirmesi durumunda işçi yararına şart ilkesi gereği bu kurallar işçiye uygulanamayacaktır²⁸⁶.

Buna karşılık ödünç veren işverenin işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin ücret ve sosyal yardımlara ilişkin hükümleri ödünç işçiye de uygulanabilecek, bu hükümlerden ödünç işçi de yararlanabilecektir²⁸⁷. Toplu iş sözleşmesinde belirlenmiş olan ücretin ödenmemesi durumunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca hem ödünç alan işveren hem de ödünç veren işveren birlikte sorumlu olacaktır²⁸⁸. Toplu iş sözleşmesi yetkisinin belirlenmesinde esas alınacak sayının tespitinde ise ödünç işçi, ödünç veren işverenin işyerindeki işçi sayısına dahil edilecektir²⁸⁹.

C. Grev Hakkı ve Lokavt:

İş hukukunun önemli bir özelliği de toplu ilişkilerde barışçı yöntemlerin yanında kolektif baskı yollarına da başvurulabilmesidir²⁹⁰. Toplu iş uyuşmazlıklarının mücadelecî araçlarla çözümüne ilişkin olarak Türk Toplu İş Hukuku grev ve lokavt sistemi üzerine kurulmuştur²⁹¹. Grev, toplu iş

²⁸⁶ Süzek, "İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)", Beta Yayıncılık, 2006, s.237-238.

²⁸⁷ Engin, s.347.

²⁸⁸ Odaman, s.66.

²⁸⁹ Ekmekçi, s.378, Serin, s.1079, Odaman, s.66.

²⁹⁰ Melda SUR, "İş Hukuku Toplu İlişkiler", Turhan Kitapevi, 2006, s.327.

²⁹¹ Mahmut Kabakçı, "Toplu Pazarlık Sürecinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt", EMO Yayıncılık, Nisan 2004, s.73.

sözleşmesi yapılması sırasında doğan uyuşmazlıklarda uygulanmaktadır. Herhangi bir toplu görüşme süreci olmadan grevden söz edilemez.²⁹² Grev, işçilerin topluca çalışmamak suretiyle işyerindeki faaliyetleri durdurması ya da önemli ölçüde aksatması şeklinde gerçekleştirmiş oldukları eylemlerdir.²⁹³ Lokavt ise, işyerindeki faaliyetin tümüyle durmasına neden olacak şekilde işveren ya da işveren vekilinin kendi girişimi ile ya da işveren kuruluşunun vereceği karar üzerine işçileri toplu olarak işten uzaklaştırmasıdır²⁹⁴. Lokavt, işveren tarafından alınan bir karara dayanmaktadır. İşçiler toplu olarak geçici süreyle işten uzaklaştırılmaktadır²⁹⁵.

Ödünç iş ilişkisinde işçinin grev hakkını iki işverenin işyeri açısından ayrı ayrı incelemek gerekir. Ödünç veren işverenin işyerinde yapılan grev açısından ödünç işçi bu işyerinde yapılan greve katılabilecektir²⁹⁶. 2822 sayılı TSGLK'nin 2. maddesine göre; toplu iş sözleşmeleri iş akitlerini düzenlemek amacıyla yapıldığı için ödünç işçinin, tarafı olduğu iş akdini etkileyecek toplu iş sözleşmesi hükümlerine ulaşmak için yapılan greve katılması mümkündür²⁹⁷. İşçi greve katıldığı veya lokavta maruz kaldığı zaman ödünç alan işverenin işyerinde çalışmadığı için 2822 sayılı TSGLK'nin 42. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; ödünç iş ilişkisinin askıya alındığı söylenebilir. Ancak ödünç iş ilişkisinde işçi, bir başka işverenin işyerinde çalışmakla yükümlü olduğu için işçinin ödünç veren işverenin işyerinde yapılan greve katılamayacağı, lokavta maruz kalamayacağı, bu nedenlerle işi bırakırsa çalışma yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olacağının düşünülmesi mümkündür²⁹⁸. Ancak grev hakkının anayasal bir hak olduğu düşünüldüğünde ödünç iş ilişkisinin bu hakkın kullanılmasına engel bir ilişki olarak görülmesi mümkün değildir. Bu doğrultuda; işçinin ödünç alan

²⁹² Sur, “İş Hukuku Toplu İlişkiler”, Turhan Kitapevi, 2006, s.334.

²⁹³ Günay, “İş hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulaması”, Yetkin Yayınları, 2004, s.450.

²⁹⁴ Günay, “İş hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulaması”, Yetkin Yayınları, 2004, s.456.

²⁹⁵ Sur, s.403.

²⁹⁶ Ekmekçi, s.378, Serin, s.1079.

²⁹⁷ Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 2006, s.238.

²⁹⁸ Mollamahmutoğlu, “İş Hukuku”, Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.227, Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 2006, s.238.

işverenin işyerindeki işini bırakarak greve katılması, iş görme borcunun ihlali anlamı gelmeyecektir. Ödünç işçi, 2822 sayılı TSGLK'nin 39. maddesine göre grev döneminde çalışması gereken işçiler arasında değilse, greve katılmaması veya katıldıktan sonra vazgeçmesi mümkündür. Ödünç alan işveren de bu işçiyi çalıştırıp çalıştırmamak konusunda serbesttir. Greve katılmayan ya da katıldıktan sonra vazgeçen işçi, eğer ödünç veren işveren tarafından çalıştırılacaksa, ödünç işçinin, ödünç alan işverenin yanında çalıştırılması gerekmektedir²⁹⁹. Ancak öğretide; işçinin aralarında iş sözleşmesi ilişkisi bulunan ödünç veren işverenin işyerinde yapılan greve katılmasının iş görme borcunun ihlali anlamına geleceği ve bu nedenle ödünç alan işverenin ödünç veren işverenden söz konusu işçinin sözleşmesinin feshini talep edebileceği görüşü de yer almaktadır³⁰⁰.

2822 sayılı TSGLK'nin 38. maddesinin 2. fıkrasına göre; greve katılan işçi grev sonunda imzalanan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden faydalanabilecektir³⁰¹. Bu düzenleme uyarınca; ödünç işçinin de toplu iş sözleşmesi hükümlerinden faydalanabilmesi için ödünç veren işverenin işyerinde yapılan greve katılmış olması gerekmektedir³⁰².

Ödünç alan işverenin işyerinde yapılan grev açısından ödünç işçi bu işyerinde yapılan greve katılamayacaktır. Çünkü grev toplu iş sözleşmesi düzenine bağlı bir iş mücadelesi aracı olduğu için ödünç işçinin aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayan işverenin işyerinde yapılan greve katılması hukuken mümkün değildir³⁰³. Ödünç alan işverenin işyerinde yapılan grev ve lokavt 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre işveren, grev ve lokavt aşamasına gelen bir uyuşmazlığın tarafı ise işçi, bu dönemde o işyerinde çalıştırılmayacaktır. Aksi durumda ödünç alan işveren ödünç işçiyi grev yapan işçilerin yerine

²⁹⁹ Murat Kandemir, "Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalışma Serbestisi ve Sınırları", AÜHFD, 2005, C.54, S.4, s.201.

³⁰⁰ Engin, s.349.

³⁰¹ Süzek, "İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)", Beta Yayıncılık, 2006, s.238.

³⁰² Mollamahmutoğlu, "İş Hukuku", Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.227.

³⁰³ Mollamahmutoğlu, "İş Hukuku", Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.231.

çalıştırarak grevi etkisiz hale getirebilecektir³⁰⁴. Ödünç iş ilişkisi, ödünç alan işverenin işyerinde bir toplu uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce kurulmuş olsa dahi, uyuşmazlık grev ve lokavt aşamasına geldiğinde, ödünç işçinin o işyerinde çalıştırılması ilgili düzenleme uyarınca mümkün değildir. Greve katılma hakkı olmayan ödünç işçinin işyerinde çalışmak istemesi mümkün olmadığı gibi, ödünç alan işverenin de işçiyi grev sırasında çalıştırma yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumda ödünç alan işverenin, ödünç işçiyi çalıştırmaması, 2822 sayılı TİSGLK bağlamında “çalıştırmama yetkisi” olarak değil, “fiilî bir çalıştırmama” olgusu olarak nitelendirilebilir³⁰⁵. Söz konusu hükmün devamında 2822 sayılı TİSGLK’nin 39. madde hükümleri saklı tutulmuştur. Bu maddenin uygulanması için işçinin iş sözleşmesi ile üstlenmiş olduğu ve ödünç alan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu işin, 39. maddenin 1. fıkrası kapsamında bulunması gerekir³⁰⁶.

³⁰⁴ Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku) ,Beta Yayıncılık, 2006, s.239.

³⁰⁵ Kandemir, s.200.

³⁰⁶ Mollamahmutoğlu , “İş Hukuku”,Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.231.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ TARAFLARI ARASINDAKİ İLİŞKİLER

I. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ TARAFLARI ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

A. Ödünç Veren İşveren ile İşçi Arasındaki Hukuki İlişki:

Ödünç iş ilişkisinde üç ayrı ilişki bulunmaktadır. Bunlardan ilki; ödünç veren işveren ile işçi arasında bulunan iş sözleşmesi ilişkisidir³⁰⁷. Bu sözleşme, ödünç iş ilişkisinin kendi içindeki niteliğinin belirlenmesi açısından önem taşıdığı gibi ödünç iş ilişkisine uygulanacak hükümlerin belirlenmesi açısından da önemlidir³⁰⁸.

İş ilişkisinin bulunmadığı durumlarda ödünç iş ilişkisinden söz edilemeyecektir³⁰⁹. Bu nedenle öncelikle ödünç veren işveren ile işçi arasında karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanı ile kurulmuş olan bir sözleşmenin bulunması gerekir. Söz konusu beyanlar, bizzat tarafların kendisi tarafından yapılabileceği gibi, kanuni ya da iradi temsilcileri tarafından da yapılabilir. Ayrıca iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin getirilmiş olan yaş sınırlamaları ödünç iş sözleşmeleri için de geçerlidir³¹⁰. Eğer işçi iş sözleşmesini 4721 sayılı T.M.K.'nin 16. maddesi uyarınca yasal temsilcisinin izni ile yapmışsa; işçinin ödünç olarak bir işverenin yanında çalışabilmesi için de yine kanuni temsilcisinin izninin alınması gerekir³¹¹.

4857 sayılı İş Kanunu'nda; ödünç iş ilişkisinin dayandığı iş sözleşmesinin herhangi bir şekle tabi olup olmadığı konusunda özel bir

³⁰⁷ Serin,s.1068, Keser,s.66-67.

³⁰⁸ Arslanoğlu,s.56-57.

³⁰⁹ Çankaya,Çil,s.145.

³¹⁰ Odaman,s.86, Serin,s.1069.

³¹¹ Odaman, s.86.

düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle iş sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler bu sözleşmeler için de geçerlidir³¹².

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde; Kanun'da aksi belirtilmedikçe iş sözleşmelerinin herhangi bir şekle tabi olmadığı, ancak süresi bir yıl ve üzerinde olan sözleşmelerin yazılı olarak yapılmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden hareketle; ödünç iş ilişkisine dayanan iş sözleşmelerinin herhangi bir şekle tabi olmadığı, ancak, sözleşmenin bir yıl ya da daha uzun süreli yapılması durumunda yazılı yapılmasının zorunlu olduğu söylenebilecektir. Söz konusu sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli yapılmasına ilişkin olarak Kanun'da bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle ödünç iş ilişkisine dayalı iş sözleşmesi belirli ya da belirsiz süreli olarak yapılabilecektir³¹³.

Belirsiz süreli sözleşmeler, iş ilişkilerinin sürekli olması açısından işçiler lehinedir. Ancak ödünç iş ilişkisine dayalı iş sözleşmeleri nadir olarak belirsiz süreli yapılmaktadır. Çünkü meslek edinilmiş şekilde ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunan bürolar, işçi tasarrufunda olduğu müddetçe işçiye ücret ödemek ve işçinin sosyal güvenlik primlerini yatırmak zorunda olduğu için sözleşmeyi belirli süreli yapmayı tercih etmektedir³¹⁴. Bununla birlikte, ödünç iş ilişkisine dayalı sözleşmelerin belirsiz süreli olarak yapılamayacağı da savunulmaktadır. Bu görüşe göre; taraflar arasında yapılacak olan sözleşmede süre belirtilmeli ve bu süre altı ayı geçmemelidir³¹⁵.

Bunun yanında, iş sözleşmesinin tam gün ya da kısmi süreli, tipik ya da atipik olması ödünç iş ilişkisi kurulması açısından bir farklılık arz etmemektedir. Burada üzerinde durulması gereken bir başka husus da, iş sözleşmesinde kabul edilen deneme süresi devam ederken işçinin bir başka işverene devredilip edilemeyeceğidir. Kabul edilen görüş; deneme süresinin

³¹² Günay Mehmet, s.62-63.

³¹³ Günay Mehmet, s.62-63.

³¹⁴ Günay Mehmet, s.63.

³¹⁵ Serin, s.1069.

devam ediyor olmasının ödünç iş ilişkisinin kurulmasına engel teşkil etmeyeceğidir³¹⁶. Ancak bu noktada deneme süresi içinde kurulan ödünç iş ilişkisinin gerçek olmayan ödünç iş ilişkisi (meslek edinilmiş şekilde işçi verme) olduğu kabul edilmelidir. Çünkü deneme süreli iş sözleşmesinde işveren işçinin niteliklerini tanımayı amaçlamakta, işçiden memnun kalmazsa bu süre içinde iş sözleşmesini sona erdirebilmektedir. Gerçek olan ödünç iş sözleşmesinde (meslek edinilmemiş şekilde işçi verme) ise işveren gerekli niteliklere sahip olduğunu düşündüğü işçisini kaybetmek istememekte, onunla arasındaki iş sözleşmesini devam ettirmek için işçiyi geçici süreliğine bir başka işverene devretmektedir. Bu bağlamda; işçinin niteliklerini tanımak amacıyla deneme süreli iş sözleşme yapan işverenin aynı dönemde ödünç işçi sözleşmesi yapması çelişkili bir durum arz etmektedir. Bu nedenle deneme süresi içinde ödünç ilişkisinin kurulamayacağı kanısındayız.

B. Ödünç Veren İşveren ile Ödünç Alan İşveren Arasındaki İlişki:

Ödünç iş ilişkisi; ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasında kurulan, ödünç veren işverenin işçisini ödünç alan işverenin işyerinde geçici süreyle çalıştırması esasına dayanan bir ilişkidir³¹⁷. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. madde 4. fıkrası; "işçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa..." ifadesiyle, söz konusu ilişkinin kaynağı "ödünç sözleşme" olarak kabul etmiştir. Bu ifadeden ise "Ödünç İşçi Verme Sözleşmesi" anlaşılmalıdır³¹⁸. Tüm sözleşmeler gibi ödünç işçi verme sözleşmesi de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulmakta ve sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin kurallara tabi olmaktadır³¹⁹.

Ödünç işçi sözleşmesinin kurulmasına yönelik icap, her iki işveren tarafından da yapılabilir. Ancak Türk hukukunda sadece meslek olarak yapılmayan ödünç iş ilişkisi düzenlediği için icabın ödünç alan işveren

³¹⁶ Odaman,s.81.

³¹⁷ Serin,s.1069.

³¹⁸ Benli, s.12.

³¹⁹ Serin, s.1069.

tarafından yapılması daha uygundur. Çünkü aksi durumda ödünç veren işverenin diğer işverenlere tek tek teklifte bulunması gerekir. Aslında meslek olarak yapılan ödünç iş ilişkisinde de aynı durum geçerlidir. Ödünç veren işveren ödünç vereceği işçileri önce kendi tasarrufunda toplamakta ve ödünç işçi talebinde bulunan işverenlerden uygun olanları ile işçi verme sözleşmesi yapmaktadır. Bu durumda ödünç işçi almak isteyen işverenlerin iradesi icap niteliği taşımaktadır. Ödünç işçi vermeyi meslek olarak yapan işverenlerin bunu uygun bir şekilde ilan etmesi ise icaba davet niteliği taşımaktadır³²⁰.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren, yapmış oldukları sözleşmenin içeriğini Kanun'un çizmiş olduğu sınırlar içinde serbestçe belirleme yetkisine sahiptir. Tarafların olabilecek her durumu düzenlemeleri uyuşmazlıkların doğmasını önlemek açısından önem taşımaktadır.³²¹ Ödünç iş ilişkisi sözleşmesini, EK-B'de sunulan şekilde düzenlenmek mümkündür³²². Ayrıca; işçi, ödünç işçi sözleşmesine içeriğini bilerek onay verdiği için sözleşme hükümlerinin aleyhine olduğunu iddia edemeyecektir. Ancak, iş hukukundaki "işçiyi koruma ilkesi" bu durumun işçi aleyhine sonuçlar doğurabileceği düşüncesini akla getirmektedir. Bu nedenle işçi aleyhine getirilen düzenlemelerin sadece işveren tarafları bağlayacağı, işçi açısından bağlayıcılığı olmayacağı kabul edilmektedir³²³.

Ödünç veren işveren, sözleşmede kararlaştırılmış niteliklere sahip olan işçiyi ödünç alan işverene temin etmek durumundadır. Ancak sözleşme konusu olan işçinin birebir adıyla belirlenmesi de mümkündür. Bu durumda işveren, ancak bu işçiyi temin ederek borcundan kurtulabilir. Bunun yanında işçinin vasıfları genel olarak belirlenmişse ödünç veren işveren normal ve makul şartları taşıyan işçileri temin etmekle borcundan kurtulabilir. Ödünç

³²⁰ Odaman, s.94.

³²¹ Günay Mehmet, s.66.

³²² Evren, Öcal Kemal, "İş Mevzuatı Açısından İşverenin El Kitabı", Seçkin Yayıncılık, Şubat 2005, s.553.

³²³ Odaman, s.101.

veren işveren, bu durumda ödünç verdiği işçiyi çağırarak yerine başka bir işçiyi gönderebilir³²⁴.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 2 .fıkrasına göre, ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasında kurulan sözleşme altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak kurulabilecektir. Ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasında kurulan bu sözleşmenin kendine özgü bir borç sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir³²⁵.

C. Ödünç Alan İşveren ile İşçi Arasındaki İlişki:

Ödünç iş ilişkisinde; ödünç veren işverenin, kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçisini belli ve geçici bir süreliğine başka bir işverene devretmesi söz konusudur. Bu noktada ödünç alan işveren ile işçi arasında kurulan iş ilişkisine benzeyen bu ilişkinin hukuki niteliğini belirlemek gerekmektedir. Konuya ilişkin doktrinde savunulan görüşlerden biri, söz konusu ilişkinin bir iş sözleşmesi ilişkisi olduğudur. Bu görüşe göre; ödünç işçi çalıştırma ile ödünç alan işveren ile işçi arasında bir işçi-işveren ilişkisi kurulmaktadır³²⁶. Ancak bu görüş, ödünç iş ilişkisinde sadece ödünç veren işveren ile işçi arasında iş sözleşmesi olduğu için kabul görmemiştir³²⁷.

4857 sayılı İş Kanunu; ödünç iş ilişkisi kurulması için ödünç alan işveren ile işçi arasında sözleşme yapılmasını gerekli görmemiştir. Söz konusu bu ilişki, ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanacak olması nedeniyle sözleşmeden kaynaklanan bir görünüm taşımaktadır. İşçinin ödünç alan işverene karşı yerine getireceği iş görme borcu, ödünç veren işveren ile işçi arasında yapılmış olan sözleşmeden kaynaklanmaktadır. İşçi ile birlikte iş sözleşmesine ait bazı unsurlar da geçici

³²⁴ Aydın, "İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları", Seçkin Yayıncılık ,Mayıs 2004, s.189-190, Serin, s.1070.

³²⁵ Günay Mehmet, s.69, Serin, s.1071.

³²⁶ Odaman, s.89-90, Serin, s.1071-1072.

³²⁷ Günay Mehmet, s.73, Serin, s.1071-1072.

süreliliğine ödünç alan işverene devredilerek sözleşmenin tarafları genişletilmektedir. Bu doğrultuda; sözleşme hükümlerinin aynı anda her iki işverene de uygulanması gerekmektedir. Ancak bu durum, 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki düzenleme karşısında dayanaksız kalmaktadır³²⁸ .

Ödünç veren işveren, işçi ile ödünç alan işveren arasında bir iş sözleşmesi yapılmasını değil, bazı dönemsel problemler ve istekler nedeniyle işçisinin belli ve geçici bir süreliliğine bir başka işverene devrini istemektedir. Aksi yönde bir yorum söz konusu ilişkinin “iş aracılığı” olduğu sonucunu doğurur ki iş aracılığının temel amacı, işveren ile işçi arasında iş sözleşmesinin kurulmasını sağlamaktadır³²⁹ .

Ödünç alan işveren; işçi ile arasında sözleşme ilişkisi olmadığı halde, işçi karşısında işveren konumuna benzer bir konuma sahiptir. Ödünç alan işverenin bu konumu, geçici olma niteliğini kaybedecek kadar uzun sürerse; ödünç alan işverenin ödünç veren işveren ile birlikte müşterek işveren olduğu kabul edilmelidir. Hatta ödünç veren işverenin işveren olma niteliğinin sona ereceğinin sadece ödünç alan işverenin işveren olma niteliğine sahip olacağının kabulü iş hukuku açısından uygun bir çözüm yolu olacaktır³³⁰ . Bu durumda ödünç veren işveren ile işçi arasında bulunan sözleşmenin zımnen sona erdiği ve ödünç alan işveren ile işçi arasında zımni irade beyanı ile yeni bir sözleşme ilişkisi kurulduğu kanısındayız.

Ödünç alan işveren ile işçi arasındaki ilişki, bir ödünç iş ilişkisi değildir. Ancak, tarafların hak ve borçları iş sözleşmesinden kaynaklanan hak ve borçların büyük bir kısmını kapsadığı için taraflar söz konusu yükümlülüklerle aykırı hareket ederlerse yine sorumlulukları doğacaktır. Bu nedenle burada kanunun düzenlemediği karşılıklı borç doğuran bir hukuksal ilişki bulunduğu kabul edilmektedir. Söz konusu bu borçlar, iş hukukuna ilişkin olduğu için bu

³²⁸ Arslanoğlu, s.57-58.

³²⁹ Odaman, s.89-90.

³³⁰ Mollamahmutoğlu , “**İş Hukuku**”, Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.135.

ilişkiyi de “iş hukuku karakteri taşıyan sözleşme benzeri ilişki” diye adlandırmak mümkündür³³¹. Bu ilişkide ödünç işçi, ödünç veren işverenin yanında çalışmaya başlamakla birlikte onunla sosyal temas kurmaktadır. Bu sosyal temas, ödünç alan işverenin işyerinde gerçekleşmektedir. İşçinin ödünç alan işveren yanında çalışmaya başlaması ise kendiliğinden değil, iki işveren arasında kurulan ilişkiden ve kendi rızasından kaynaklanmaktadır. Bu ilişkideki sosyal temas, edimden bağımsız bir borç ilişkisi kurmaktadır. İşçi edim yükümlülüğünü geçici olarak ödünç verildiği işverene karşı yerine getirmektedir. Bir başka ifadeyle, işçinin edim yükümlülüğünü ödünç alan işverene karşı yerine getirmesi ödünç veren işveren ile aralarında bulunan iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca bu ilişkide ödünç alan işverenin işçiye karşı edim yükümlülüğünden bağımsız, aralarındaki iş ilişkisinden kaynaklanan koruma ve gözetme borcu vardır. Bu borcun temelinde ise; işçinin, ödünç alan işverenin kişiliği, sağlığını ve iş güvenliğini koruyacağı beklentisi yatmaktadır ki bu beklentinin kaynağını da M.K.2. maddesinde düzenlenmiş olan dürüstlük kuralı oluşturmaktadır³³².

Ödünç iş ilişkisinde; ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesi devam ettiği için yönetim hakkının, ödünç veren işverene ait olduğu kabul edilmelidir. Ancak ödünç işçinin iş görme borcu çerçevesinde ödünç alan işverenin talimatlarına ve işyerinin çalışma düzenine uyması noktasından hareketle sadece iş görme borcunun ifası noktasında ödünç veren işverenin yönetim hakkının kısmen askıya alındığı söylenebilir. Yönetim hakkı kapsamında birçok konuda ödünç veren işverenin yetkileri devam etmektedir. Ödünç alan işverenin yönetim hakkı ise; ödünç veren işverenin askıya alınan yönetim hakkı çerçevesinde ve işin ifasına yönelik olarak ele alınmalıdır. Burada askıya alınan yönetim hakkının ödünç alan işverene devri söz konusu olmayıp, işin ifasına yönelik bağımsız bir yönetim

³³¹ Odaman, s.90-91, Serin, s.1072, Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku) , Beta Yayıncılık, 2006, s.231.

³³² Aydın, “İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları”, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2004, s.194.

hakkı bulunmaktadır³³³. Kanun'da yönetim hakkının kullanımına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Taraflar da ödünç işçi sözleşmesinde konuyla ilgili bir düzenleme getirmediği sürece yönetim hakkının sınırlarının iş görme borcunun ifasının gereklerine göre belirlenmesi uygun bir çözüm yolu olacaktır.

Ç.Taraflar Arasındaki Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme:

İş mahkemelerinin görev alanı, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre; iş mahkemeleri İş Kanunu'na göre işçi sayılan kişilerle işveren ya da işveren vekili arasında iş akinden ya da İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan uyuşmazlıklara bakar. Yani iş mahkemelerinin görevli olabilmesi için tarafların İş Kanunu'na tabi işçi, işveren olması ve uyuşmazlığın iş akinden ya da İş Kanunu'na dayanan bir hak iddiasından doğması gerekir. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda; açılan davada iş mahkemesinin görevli olması için zarar doğuran olayın iş kazası olmasını yeterli görmeyerek 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesindeki düzenlemeye göre, uyuşmazlığın işçi ve işveren (işveren vekili) arasında, iş sözleşmesinden ya da İş Kanunu'ndan kaynaklanması gerektiğine karar vermiştir³³⁴. Ödünç iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar da ise; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesindeki düzenleme dikkate alındığında, ödünç işçinin uğramış olduğu zararların tazmini için ödünç veren ya da ödünç alan işverene karşı açacağı davada görevli mahkeme iş mahkemesi olacakken; iki işveren arasında ödünç işçi sözleşmesinden doğan davalarda görevli mahkeme iş mahkemesi değil genel mahkemeler olacaktır³³⁵. Yargıtay da uyuşmazlığın her iki

³³³ Arslanoğlu, s.85-86.

³³⁴ (Yargıtay 21.HD., 04.07.1995 gün ve 1995/2482 E.,1995/3884 K.), Argun Bozkurt,"İş Yargılaması Hukuku", Seçkin Yayıncılık, 2003, s.132.

³³⁵ Odaman, s.102.

tarafının işveren olması durumunda davanın iş mahkemesinde açılmayacağına karar vermiştir.³³⁶

II. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

Ödünç iş ilişkisinde tarafların borçlarını üç ana başlık altında incelememiz mümkündür.

A.Ödünç Verilen İşçinin Borçları:

İş sözleşmesinde işçinin yerine getirmesi gereken esas borç; yüklenmiş olduğu edimi ifa borcudur. Söz konusu bu borcu içermeyen bir sözleşme iş sözleşmesi niteliği kazanamayacaktır. Ayrıca, iş sözleşmesinde işçi açısından bu asli borcun yanında sadakat, itaat ve rekabet etmeme gibi yan borçlarda bulunmaktadır³³⁷.

1.İş Görme Borcu:

İki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan iş sözleşmesinin işçiye yüklemiş olduğu temel borç iş görme borcudur. Bu nedenle iş görme borcu, iş sözleşmesinin asli unsurları arasında yer almaktadır. İşçi, iş sözleşmesinin kurulması ile birlikte iş görme borcunu yerine getirmekle yükümlü hale gelir. İşçinin iş görme borcu, B.K. 320. maddede düzenlenmiştir³³⁸.

B.K.nin 320. maddesinin 1. fıkrasına göre, işçi, aksi kararlaştırılmadıkça ve hal icabından anlaşılmadıkça, işi kendi yapmakla yükümlüdür. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise; kural olarak iş görme borcunun işverenin

³³⁶ “....Ancak, davacının Romen uyruklu asıl işverenin işçisi olduğu, davacı ile davalı arasında hizmet akdi ilişkisi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davaya bakmaya İş Mahkemesi görevli olmayıp, Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir..” (Yargıtay 9.HD., 06.02.1992 gün ve 1992/12745 E., 1992/1125K.), Akyiğit, “İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi”, Yetkin Yayınları, 2008, s.410.

³³⁷ Kazım Yücel Dönmez, “İşçinin Borçları”, Yetkin Yayınları, 2000, s.33.

³³⁸ Haluk Hadi Sümer, “İş Hukuku”, Mimoza Yayınları, Eylül 2005, s.61.

şahsına karşı yerine getirilmesi gerekir. İşveren de aksi kararlaştırılmadıkça ya da hal icabından anlaşılmadıkça işin yerine getirilmesini isteme hakkını bir başkasına devredemez. Söz konusu maddeye göre; işçinin onayını almak şartıyla iş görme borcunun yerine getirilmesini talep hakkının devredilmesi mümkün olduğu gibi, işyerinin devredildiği ya da işverenin kişilik değiştirdiği (şirket birleşmeleri ya da katılmalarında) durumlarda hal icabı gereği bu hak devredilmiş olmaktadır³³⁹.

B.K.'nin 320. maddesinin 2. fıkrası ile ilgili olarak İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan ödünç iş ilişkisinde; işveren, işin yerine getirilmesini isteme hakkını ödünç alan işverene devretmiş olmaktadır³⁴⁰. Bu durumda, işçi, asli borcunu sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu ödünç veren işverenin yanında değil, ödünç alan işverenin yanında, onun emir ve talimatları doğrultusunda yerine getirmektedir. Ancak, ödünç iş ilişkisinin bu yapısından dolayı iş görme borcunun ikiye bölündüğü ve işçinin her iki işverene karşı iş görme borcu altına girdiği düşünülmemelidir³⁴¹. İşçi; ödünç veren işverenin işçisi olmaya devam etmekle birlikte; iş görme borcunu belli ve geçici bir süre ile ödünç alan işverene karşı yerine getirmektedir³⁴².

İşin yerine getirilmesini talep hakkı, işçinin iş sözleşmesi ilişkisi içinde bulunduğu ödünç veren işverene aittir. Ödünç işçi verme sözleşmesi ile söz konusu talep hakkı ödünç süresince ödünç alan işverene devredilmektedir. Ancak, ödünç veren işverene işçiyi geri çağırma ve onu bir başka işçi ile değiştirme yetkisi tanındığı zaman talep hakkının devrinden değil, o hakkı kullanma yetkisinin devrinden söz edilir. Ödünç alan işverene sadece kullanım yetkisi devredilirse ödünç veren işverenin de işin görülmesini isteme

³³⁹Demir, “**Sorularla Bireysel İş Hukuku**”, Şen Matbaa, Mart 2006, s.106.

³⁴⁰ Çelik, s.122.

³⁴¹ Günay Mehmet, s.76, Süzek, “**İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)**”, Beta Yayıncılık, 2006, s.232.

³⁴² Çankaya,Çil, s.153, Keser, s.69.

yetkisi bulunacaktır. Ancak, bu durumda işçi herhangi bir olumsuz durumla karşılaşırse gene işin ifasından kaçınabilecektir³⁴³.

İşçinin yerine getirmekle yükümlü olduğu edim; esas olarak iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi ile belirlenmektedir. İşçi, kural olarak, sözleşmede belirlenen işi yerine getirmekle yükümlüdür³⁴⁴. Ödünç iş ilişkisinde; işçinin yerine getireceği edim, iş sözleşmesi ile paralel bir nitelik taşımaktadır. Ödünç işçi sözleşmesinde; yapılacak işin türünün, içeriğinin, kapsamının açıkça belirlenmesi uyuşmazlıkların önlenmesi açısından önemli olmakla birlikte; söz konusu hususların örtülü olarak düzenlenmesi de mümkündür. Bu durumda dürüstlük kuralının esas alınması gerekir. Ayrıca işçinin yerine getireceği edimin tüm ayrıntılarının sözleşme ile düzenlenmesi mümkün değildir. Söz konusu ayrıntılar ödünç alan işverenin yönetim hakkına dayanarak verdiği talimatlarla şekillenmektedir³⁴⁵. İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri sözleşmede ne kadar ayrıntılı düzenlenirse; ödünç veren işverenin yönetim hakkı da o kadar sınırlanmış olacaktır³⁴⁶.

Ödünç iş ilişkisinde işçinin iş görme edimini ifa edeceği yerin ödünç işçi sözleşmesinde açıkça düzenlenmesi gerekir. Bu sayede ödünç alan işveren işçiyi başka bir işyerinde çalıştıramayacaktır³⁴⁷. Ödünç alan işveren, işçiyi ancak ödünç veren işverenin ve işçinin rızası ile bir başka işyerinde çalıştırabilir. İşçinin çalışması istenen işyerinin faaliyet alanı, işçinin çalıştığı işle benzerlik taşııyorsa işçinin işyerinin değiştirilmesi mümkün değildir.³⁴⁸

Ödünç alan işverenin işçiyi başka bir işyerinde çalıştırması taraflarca kararlaştırılmamışsa sorunun ödünç veren işverenin işçiyi başka bir işyerine nakletme yetkisi olup olmadığına göre çözümlenmesi gerekir. Yani ödünç

³⁴³ Odaman, s.103-104.

³⁴⁴ Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, s.119.

³⁴⁵ Odaman, s.104.

³⁴⁶ Şükran Ertürk, “İş İlişkisinde Temel Haklar”, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2002, s.94.

³⁴⁷ Serin, s.1070.

³⁴⁸ Günay Mehmet, s.78.

veren işverenin iş koşullarında ağırlaşma olmamak şartıyla işçisini başka bir işyerine nakletmesi mümkün olduğu için, ödünç alan işveren de aynı koşullarla işçiyi bir başka işyerine nakledebilecektir. İş koşullarının ağırlaştığı durumlarda ise; işçi tarafından kabul edilmediği sürece işçinin başka bir işyerine nakli mümkün olmayacaktır³⁴⁹.

İşçinin ödünç alan işverenin yanında çalışacağı sürenin de ödünç işçi sözleşmesinde belirlenmesi gerekir³⁵⁰. İşçi rıza göstermediği sürece ödünç alan işveren yanındaki çalışma süresinin, ödünç veren işveren ile aralarında bulunan sözleşmede yer alan süreden daha uzun olmaması gerekir³⁵¹.

İşçinin hafta tatili ya da yıllık ücretli izin gibi hak kazanmak için belirli bir süre çalışmasının ya da kıdeminin arandığı durumlarda ödünç veren işveren yanında çalışmış olduğu süreler de göz önüne alınacaktır³⁵².

Öğretide yer alan bir görüşe göre; işçinin iş görme borcunu ödünç alan işverenin işyerinde yerine getiriyor olması; Kanun'un çalışma karşılığı olarak işçiye tanımış olduğu hakların doğması ya da kullanılması için öngörmüş olduğu sürelerin kesintiye uğramasına neden olmayacaktır. İzin, kıdem tazminatı, deneme, ihbar ve iş güvencesi sürelerinin hesaplanmasında ödünç alan işverenin işyerindeki çalışma süreleri de dikkate alınacaktır³⁵³. Bu tür bir uygulamanın adaletli olduğunu düşünmekteyiz. Şöyle ki; ödünç iş ilişkisi kurulması sonucunda da işçi çalışmaya devam etmekte, iş görme borcunu yerine getirmektedir. Sadece borcu ifa etmekte olduğu taraf değişmekte, söz konusu borç arasında iş sözleşmesi bulunan ödünç veren işverene karşı değil, ödünç veren işverenin ödünç işçi sözleşmesi yapmış olduğu işverene karşı yerine getirilmeye başlanmaktadır.

³⁴⁹ Çankaya,Çil, s.155-156.

³⁵⁰ Serin, s.1070.

³⁵¹ Odaman, s.109.

³⁵² Serin, s.1078.

³⁵³ Arslanoğlu, s.82.

Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi belirlenirken ise yüzde on ve yarıdan fazla çoğunluğun hesaplanmasında, ödünç işçiler ödünç alan işverenin işyerindeki işçi sayısına dahil edilmeyecektir³⁵⁴.

2.Sadakat Borcu:

Sadakat borcu, işverenin çıkarlarını koruma ve gözetme borcudur. İşçi, işverenin meşru çıkarlarını korumak ve ihlal edici davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür.³⁵⁵

Ödünç iş ilişkisi kurulurken, ödünç alan işveren ile yapılacak olan sözleşmede işçinin hak ve borçlarında değişikliğe gidilip gidilmeyeceğinin belirtilmesi gerekir. Bu konuda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrasının son cümlesinde, "İşçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanun'daki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle ilişkisine de uygulanır." düzenlemesi yer almaktadır. Kanun'da geçen "geçici sözleşme" ile iki işveren arasında yapılan "geçici işçi verme sözleşmesi" anlatılmak istenmektedir. İlgili düzenleme uyarınca, ödünç verilen işçi, İş Kanunu'nda işçiler için öngörülen yükümlülüklerinin tümünden ödünç alan işverene karşı da sorumludur³⁵⁶.

Ödünç iş ilişkisinde, belli ve geçici süreliğine bir başka işverenin yanında çalışan işçinin ödünç veren işverene karşı olan sadakat borcu aralarındaki iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Ödünç işçi, ödünç iş ilişkisi sona erdikten sonra ödünç veren işveren yanına dönmektedir. Bu durumda ödünç veren işveren işçinin bir başka işverenin yanında çalıştığını bildiği için işçinin bir başka işte çalışması sadakat borcuna aykırılık oluşturmaz³⁵⁷. İşçinin aynı zamanda ödünç alan işverene karşı da

³⁵⁴ Odaman, s.93.

³⁵⁵ Mollamahmutoğlu, "İş Hukuku", Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.364-365.

³⁵⁶ Benli, s.18-19, Süzek,"İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku) , Beta Yayıncılık, 2006, s.232.

³⁵⁷ Odaman, s.113.

sadakat borcu bulunmaktadır³⁵⁸. Bu borç, ödünç alan işveren ile arasında bulunan “İş hukuku karakterli bir hukuki ilişki”den kaynaklanmaktadır³⁵⁹.

İşçinin ödünç veren işverene karşı, sadakat borcunun uzantısı olan sır saklama borcu da ödünç iş ilişkisi boyunca devam eder. Bunun yanında işçi ödünç alan işverenle de “İş hukuku karakterli bir hukuki ilişki” içinde bulunduğu için ödünç alan işverene karşı da sır saklama borcu bulunmaktadır. Bu borca aykırı hareket ederse sonuçlarına katlanmak zorunda kalacaktır³⁶⁰. Ayrıca işçi, iş sözleşmesinin devamı boyunca, hem kendi adına işvereni ile rekabet edeceği bir işte, hem de rakip bir işletmede, rekabet teşkil eden bir işte çalışmamalıdır³⁶¹. İşçi, ödünç alan işverene karşı da aralarındaki “İş hukuku karakterli hukuki ilişki” nedeni ile rekabet etmeme borcu altındadır³⁶².

3.İşverenin Talimatlarına Uyma Borcu:

İşçinin bu borcu, işverenin yönetim hakkının karşılığıdır. İşçi; işin yapılması, işyerinin düzen ve organizasyonun sağlanması ile ilgili işverenin yönetim hakkına dayanarak vermiş olduğu talimatlara uymakla yükümlüdür. İşçinin bu borcunun sınırlarını iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, işyerinin ihtiyaçları ve sözleşmenin konusunu oluşturan iş belirlemektedir³⁶³.

Ödünç iş ilişkisinde, ödünç alan işveren işçi üzerinde yönetim hakkına sahip olduğu için işçi onun talimatlarına uymak zorundadır³⁶⁴. İş görme

³⁵⁸ Keser, s.68.

³⁵⁹ Aydın, “İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları”, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2004, s.194, Serin, s.1077, Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 2006, s.232.

³⁶⁰ Odaman, s.118.

³⁶¹ Odaman, s.126.

³⁶² Odaman, s.128, Serin, s.1077, Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), Beta Yayıncılık, 2006, s.232.

³⁶³ Aktay,Arıcı,Kaplan/Senyen, s.121-122, Çelik, s.124.

³⁶⁴ Serin, s.1077.

borcunu talep hakkı ile işverenin işin görülmesine ilişkin talimat verme hakkı bir bütün oluşturmaktadır³⁶⁵.

İşin görülmesini isteme hakkının devredilmesiyle iş görme borcunun ifasına ilişkin talimat verme hakkı ödünç alan işverene devredilmiş olur. Ancak ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işverenin talimat verme yetkisi tümüyle sona ermez. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrasında, "İşçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanun'daki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır." düzenlemesi yer alsa da bu hükmü bütün hak ve borçlara uygulamak mümkün değildir. İşçi, yıllık izin gibi konularda kendi işverenin yönetim hakkına tabi olmaya devam edecektir³⁶⁶. 3 Mart 2004 tarihli Yıllık İzin Yönetmeliği'nin 14. maddesine göre; geçici işçilerin yıllık ücretli izinleri hakkında ödünç iş sözleşmesinde aksine bir düzenleme olmadığı sürece yönetmelik hükümleri uygulanacaktır.

İşin görülmesi ile doğrudan ilgisi olmayan, işyerinin düzeninin sağlanmasına yönelik talimatları verme yetkisinin ödünç alan işverene devredildiği savunulabilir. İşçi ödünç alan işverenin işyerinde çalışacağı için bu talimatlara uymak zorundadır³⁶⁷. Bu noktada ödünç veren işverenin yönetim hakkının kısmen askıya alındığı söylenebilir³⁶⁸.

İşçi, ödünç veren işveren ile arasında iş sözleşmesi bulunduğu için onun verdiği talimatlara uymakla yükümlüdür. Yani ödünç iş ilişkisinde işçi hem ödünç veren işverenin hem de ödünç alan işverenin verdiği talimatlara uymakla yükümlüdür. Ancak işverenler açısından talimatlara uyma borcunun karşılığı olan yönetim hakkının kapsamı aynı değildir. Yönetim hakkının

³⁶⁵ Engin, s.344, Süzek, "İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)", Beta Yayıncılık, 2006, s.232, "İş Akdinin Türleri", **Mercek Dergisi**, Nisan 2001, s.32, Keser, s.69.

³⁶⁶ Benli, s.19-20, Süzek, "İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)", Beta Yayıncılık, 2006, s.233, "İş Akdinin Türleri", **Mercek Dergisi**, Nisan 2001, s.32.

³⁶⁷ Engin, s.344, Süzek, "İş Akdinin Türleri", **Mercek Dergisi**, Nisan 2001, s.32, "İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)", Beta Yayıncılık, 2006, s.233.

³⁶⁸ Arslanoğlu, s.86.

sınırları, genellikle ödünç iş ilişkisine dayalı olarak yapılan ödünç işçi verme sözleşmesi ile belirlenmektedir. Ödünç veren işveren yönetim hakkını işçiyle arasında bulunan iş sözleşmesi kapsamında dürüstlük kuralları sınırları içinde kullanabilirken, ödünç alan işveren kanun, sözleşme, örf adet ve ahlak kuralları sınırları içinde kullanabilmektedir³⁶⁹.

Bu sınırların dışına çıkan talimatların verilmesi durumunda, iş koşulları esaslı şekilde değiştirilmiş olacağı için işçi sözleşmeyi derhal fesh edebilecektir. Örneğin, ödünç iş ilişkisine dair sözleşmede işçinin gece çalıştırılmayacağına dair bir düzenleme yer alıyorsa, ödünç alan işveren işçiye bu yönde bir talimat veremeyecektir. Aynı şekilde ödünç alan işveren işçiye ödünç veren işverenin işyerinde yapmış olduğu işlerden farklı nitelikteki işler yapmasına ilişkin talimat verirse işçinin bu talimatlara uyma yükümlülüğü bulunmamaktadır³⁷⁰.

4.Ödünç İşçinin Borca Aykırı Davranışlar Karşılığındaki Sorumluluğu:

İşçinin yerine getirmekle yükümlü olduğu borçlara aykırı davranması sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır. Ödünç işçinin ödünç veren işverene karşı olan borca aykırı davranışlardan doğan sorumluluğu aralarındaki sözleşme ilişkisi gereği akdi sorumluluğa dayanmaktadır³⁷¹.

Ödünç işverene karşı sorumluluğu ise; aralarında sözleşme ilişkisi bulunmadığı için haksız fiil sorumluluğuna dayanmaktadır. Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrasında; işçinin işyerine ve işe ilişkin ödünç alan işverene karşı kusuru ile vermiş olduğu zararlardan kendisinin sorumlu olacağı düzenlenmiştir. İşçi, ödünç alan işveren karşısında ifa yardımcısı durumunda olmadığı için ödünç veren işverenin B.K.'nin 100. maddesi uyarınca söz konusu zararlardan sorumlu olması mümkün

³⁶⁹ Günay Mehmet, s.85.

³⁷⁰ Çankaya,Çil, s.155.

³⁷¹ Günay Mehmet, s.101.

değildir ³⁷² . Ödünç veren işverenin sorumlu olması için ödünç işçi sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunması gerekir³⁷³ .

B.Ödünç Veren İşverenin Borçları

1. Ücret Ödeme Borcu:

Ücret ödeme borcu; işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan işçinin iş göme borcunun karşılığı olan borçtur³⁷⁴ . İş sözleşmesinin kurucu unsuru olan ücret, işverenin asli borcudur³⁷⁵ .

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7.maddesinin 3.fıkrasına göre, ücret ödeme borcu ödünç veren işverene aittir. Bununla birlikte; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesine göre ücretin üçüncü kişi tarafından ödeneceğinin kararlaştırılması mümkün olduğu için ücretin ödünç alan işveren tarafından ödeneceği kararlaştırılabilir³⁷⁶ . Ancak öğretiyeye göre; bu durumda işçinin rızası alınmalıdır. İşçi; hukuken korunmaya değer bir menfaati olmadığı halde rıza vermezse hakkını kötüye kullanmış olacaktır³⁷⁷ . Ücretin ödünç alan işveren tarafından ödeneceği kararlaştırılsa dahi ödünç veren işveren, iş sözleşmesinin tarafı olarak daima ücret borçlusu olacaktır³⁷⁸ . Öğretiye göre; işçinin ücret alacağını güvence altına almak için getirilmiş olan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrası uyarınca; ödünç alan işveren, işçinin kendisinde çalışmış olduğu süre içinde ödenmeyen ücretinden ödünç veren işveren ile birlikte sorumludur. Bu nedenle; ücretin ödünç alan işveren

³⁷² Mollamahmutoğlu , “İş Hukuku”, Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.230-231.

³⁷³ Serin, s.1077, Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 2006, s.232.

³⁷⁴ Çelik, s.131, E.Tuncay Kaplan, “İşverenin Hukuki Sorumluluğu”, Ankara 1992, s.3.

³⁷⁵ Mollamahmutoğlu , “İş Hukuku”,Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.369.

³⁷⁶ Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 2006, s.233,

“İş Akdinin Türleri”, *Mercek Dergisi*, Nisan 2001, s.32, Demir, “Sorularla Bireysel İş Hukuku”, Şen Matbaa, Mart 2006, s.108.

³⁷⁷ Mollamahmutoğlu , “İş Hukuku”,Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.227, Aktay,Arıcı, Kaplan/Senay, s.98.

³⁷⁸ Serin,s.1077, Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 2006, s.233-234.

tarafından ödenebilmesi için ödünç işçi sözleşmesinde bu yönde bir hükmün yer alması zorunlu değildir³⁷⁹. Ödünç verilen işçinin ücreti belirli bir süre içinde ödenmezse; işçi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde yer alan çalışmaktan kaçınma hakkını her iki işverene karşı da kullanabilecektir³⁸⁰. Çünkü 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7.maddesinin 4. fıkrasına göre; sözleşmede aksine bir düzenleme yapılmadığı sürece işçinin haklarına ilişkin İş Kanunu'ndaki düzenlemeler ödünç alan işveren ile olan ilişkilerine de uygulanacaktır.

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 edecektir³⁸¹.

Kanun'da geçen ücret sözcüğü dar yorumlanırsa; fazla çalışma, bayram tatili, genel tatil ve hafta sonu tatili çalışmaları karşılığı olan ücretten ödünç veren işveren sorumlu olacaktır. Ancak, işçiye fazla çalıştırarak onun yapmış olduğu işten faydalanan ödünç alan işveren olduğu için bu tür çalışmaların karşılığı olan ücretten de ödünç veren işveren ile birlikte sorumlu olmalıdır³⁸². Öğretide savulan bir görüşe göre ise, bayram tatili, genel tatil ve hafta sonu tatilinde yapılan çalışmaların karşılığı olan ücretin sorumluluğu bu tür çalışmalar ödünç alan işverene karşı yapılırsa da ödünç veren işverene ait olmalıdır³⁸³.

Ödünç alan işverenin ödeyeceği fazla çalışma ücretinin sınırlarının yargı organları tarafından çizilmesi gerekir. Ödünç işçi sözleşmesinde ücretin ödünç alan işveren tarafından ödeneceği kararlaştırılsa da ödünç veren işverenin bu çalışmaların karşılığı olan ücrete ilişkin sorumluluğu devam

³⁷⁹ Odaman, s.151-152, Demir, “**Sorularla Bireysel İş Hukuku**”, Şen Matbaa, Mart 2006, s.108.

³⁸⁰ Çankaya,Çil, s.155-156 Serin, s.1078, Süzek, “**İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)**”, Beta Yayıncılık, 2006, s.234.

³⁸¹ Arslanoğlu, s.83.

³⁸² Çankaya,Çil, s.155-156.

³⁸³ Serin, s.1075, Ekmekçi, s.373.

edecektir³⁸⁴. Çünkü işçi, ödünç verilse de ödünç veren işverenin işçisi olmaya devam etmektedir. Bu nedenle ödünç veren işveren işçinin haklarından sorumlu olmaya devam edecektir. Ücret sözcüğünün geniş yorumlanması durumunda ise; fazla çalışma ücretinden ödünç alan işveren sorumlu olacaktır³⁸⁵. Yargıtay da fazla çalışma ve genel tatil ücretinden ödünç alan işverenin sorumlu olacağı görüşündedir³⁸⁶.

İşçinin yıllık ücretli izin hakkından, aralarında iş sözleşmesi bulunduğu için ödünç veren işveren sorumlu olacaktır. Ancak işçi yıllık ücretli iznini ödünç verildiği süre içinde kullanmak isterse; bu durumdan hangi işverenin sorumlu olacağının tespit edilmesi gerekir. Bu sorun; işçinin yıllık ücretli izin hakkının ödünç işçi sözleşmesinde yıllık ücretli izin hakkının ödünç süresince kullandırılmayacağının kararlaştırılması ile aşılabilecektir³⁸⁷. Yargıtay; ödünç iş ilişkisinde ücretli izin hakkından ödünç veren işverenin sorumlu olacağı görüşündedir³⁸⁸.

Ödünç iş ilişkisinde askerlik, zorlayıcı sebepler ve hastalık halinde ücret ödeme borcunun kime ait olacağı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde özel olarak düzenlenmediği için ödeme borcunun kime ait olacağı genel hükümlere bakılarak tespit edilecektir. Askerlik durumunda; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. maddesi uygulanacaktır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. maddesine göre, işçinin işten ayrıldığı günden iki ay sonra sözleşmesi feshedilmiş sayılacağı için ödünç alan işveren yeni işçi talebinde bulunabilecek, ödünç veren işverenin de bu talebi karşılaması gerekecektir³⁸⁹.

³⁸⁴ Arslanoğlu, s.89.

³⁸⁵ Çankaya, Çil, s.155-156.

³⁸⁶ (Yargıtay 9.HD., 29.12.2005 gün ve 2005/37187 E., 2005/40673 K., 24.10.2005 gün ve 2005/6180 E., 2005/34134K., 24.10.2005 gün ve 2005/6164 E., 2005/34126 K., 21.12.2004 gün ve 2004/12122 E., 2004/29046 K., 07.05.2001 gün ve 2001/7837 E.,2001/7889 K., 14.03.2005 gün ve 2004/19810 E.,2005/8203 K., 14.05.1996 gün ve 1996/1014 E.,1996/10093 K.)Çankaya,Çil, s.163-174.

³⁸⁷ Günay Mehmet, s.89-90, Odaman, s.167-168.

³⁸⁸ (Yargıtay 9.HD., 21.10.2004 gün ve 2004/7545 E., 2004/23792 K.) Çankaya,Çil, s.1171.

³⁸⁹ Odaman, s.164-165.

Zorlayıcı sebeplerin doğması durumunda; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 40. maddesi uygulanacaktır. Ancak, 40. maddede öngörülmüş olan bir haftalık sürenin sonunda, zorlayıcı sebepler ortadan kalkmamışsa ödünç veren işveren, zorlayıcı sebepler kendi işyerinde meydana gelmediği için sözleşmeyi feshedemeyecektir. Zorlayıcı sebepler kendi işyerinde meydana gelen ödünç alan işveren ise; işçi ile arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığı için sözleşmeyi feshedemeyecektir. Bu duruma ilişkin en uygun çözüm yolu; işçinin 40. maddede öngörülen bir haftalık sürenin dolmasından itibaren altı iş günü içinde ödünç veren işverene durumunu bildirerek kendisini geri çağırıp çağırmayacağını sorması, çağırmaması durumunda sözleşmeyi feshetmesidir³⁹⁰.

Hastalık durumunda; normal çalışma ilişkilerinde olduğu gibi işçi, ücretini almaya devam edecektir. Ancak sözleşme öncesi görüşmelerde işçi herhangi bir hastalığı olmadığını söylediği halde sonradan böyle bir durum ortaya çıkarsa ödünç veren işveren sözleşmeyi feshedebilecek, ödünç alan işveren de yeni işçi talebinde bulunabilecektir³⁹¹.

İşçiye ödenecek ücret ödünç işçi sözleşmesinde düzenlenmemişse; işçinin ücreti, en az ödünç veren işveren yanında aldığı ücret kadar olmalıdır³⁹². Ayrıca koşulları sağlaması durumunda ödünç alan işveren; diğer işçilere ödediği ikramiye ve primleri ödünç aldığı işçiye de ödemelidir. Çünkü prim işçinin iyi çalışmasının karşılığı olarak ödenmektedir. İş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesine bu yönde hüküm konabileceği gibi sözleşmeden bağımsız olarak da söz konusu ödemeler yapılabilir³⁹³.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde; ücret ödeme borcunun kime ait olduğu, sorumlulukların neler olduğu düzenlenmesine karşın, ücretin ödeme şekli, yeri, zamanı söz konusu madde de düzenlenmiş değildir. Bu

³⁹⁰ Odaman, s.163.

³⁹¹ Odaman, s.164.

³⁹² Günay Mehmet, s.88.

³⁹³ Engin, s.346.

nedenle, ücretin ödeme şekli, yeri, zamanı konusunda 4857 sayılı İş Kanununun genel hükümleri uygulanacaktır. Ancak, ödünç alan işveren ile ödünç veren işverenin, yapmış oldukları sözleşme ile bu hususları genel hükümlere aykırı olmamak şartıyla ayrıntılı olarak düzenlenmesi mümkündür³⁹⁴.

Ödünç alan işverenin işçinin ödünç süresince ödenmeyen ücretinden doğan sorumluluğu hukuki olup, cezai sorumluluk ödünç veren işverene aittir³⁹⁵.

2.Yasal Kesintileri Yapma Borcu:

506 sayılı SSK'nin 2. maddesine göre; bir ya da birkaç işveren tarafından iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılanlar bu Kanun'a göre sigortalı kabul edilmiştir³⁹⁶. Ödünç iş ilişkisinde işçinin bir başka işverene ödünç verilmesi, söz konusu işçinin 506 sayılı SSK uyarınca kazanmış olduğu sigortalı sıfatını sona erdirmeyecektir. Zaten Kanun'da da sigortalı sıfatının sona ereceğinden söz edilmemektedir. Bununla birlikte; bazı yazarlar sigortalı olmak için işverene ait işyerinde işçinin fiilen çalışmasının gerekli olduğunu, işçi ödünç süresince fiilen ödünç veren işverenin yanında çalışmadığı için işçinin sigortalı sıfatının sona ereceğini savunmaktadır. Ancak sigortalı olmak için Kanun'da işverene ait işyerinde fiilen çalışma koşulu aranmamaktadır. İşçi ile ödünç veren işveren arasındaki sözleşme ilişkisi ödünç süresince de devam ettiği için işçinin sigortalı olma niteliği de devam edecektir³⁹⁷.

Sosyal güvenlik ve vergi mevzuatından doğan kesintileri yapma yükümlülüğü ödünç veren işverene aittir. İşçinin belli ve geçici süreliğine bir

³⁹⁴ Günay Mehmet, s.88.

³⁹⁵ Serin, s.1075.

³⁹⁶ Gürbüz Erdoğan, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku”, Detay Yayıncılık, Ekim 2006, s.153.

³⁹⁷ Akyiğit, “Ödünç İşçinin Sosyal Güvenliği”, TÜHİS, Mayıs 1995, s.21.

başka işverene devredilmesi ödünç veren işverenin sorumluluğunu sona erdirmeyecektir³⁹⁸.

Sosyal sigorta primlerini ödeme yükümlülüğü, ücret ödeme borcuna bağlı olarak ödünç veren işverene aittir. Ödünç alan işveren ise; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrasına göre; işçinin kendisinde çalıştığı süreye ilişkin primlerinden ödünç veren işveren ile birlikte sorumludur³⁹⁹. Ödünç alan işveren, işçinin primlerinin süresi içinde ödenmesinden sorumludur. 506 sayılı SSK'nin 79. maddesinin 1. fıkrasında; sadece belge verilmemesi durumuna ilişkin müteselsil sorumluluk kabul edilmiştir. Ancak bu düzenleme, primlerin geç ödenmesi durumunda ödünç alan işverenin sorumlu olmayacağı anlamına gelmemektedir. Çünkü ödünç alan işverenin sigorta primlerine ilişkin sorumluluğu; 506 sayılı SSK'den değil, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7.maddesinden kaynaklanmaktadır⁴⁰⁰.

1475 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı dönemde; ödünç işçinin on sekiz ay sonunda ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi durumunda, ödünç alan işveren ile aralarında zımni olarak iş sözleşmesi kurulacağı ve sigorta primlerinden sadece ödünç alan işverenin sorumlu olacağı, ödünç alan işverenin işçinin işvereni olmadığı iddiasında bulunması durumunda MK 2. maddeye aykırı davranmış olacağı kabul ediliyordu⁴⁰¹. Günümüzde ise konu 4857 sayılı İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş ve ödünç alan işveren; kendisinde çalıştığı süre ile sınırlı olarak işçinin ödenmeyen sigorta primlerinden ödünç veren işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur.

506 sayılı SSK'nin 79. maddesinin 1. maddesi; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrasına paralel olarak yeniden düzenlenmiştir⁴⁰². 506 sayılı SSK'de belirtilen ödünç iş ilişkisine ilişkin

³⁹⁸Odaman, s.163.

³⁹⁹ Serin, s.1080, Ekmekçi, s.379.

⁴⁰⁰Ekmekçi, s.379.

⁴⁰¹Odaman, s.176.

⁴⁰² Arslanoğlu, s.90.

belgelerin kuruma teslim edilmesinden ödünç alan işveren de ödünç veren işveren ile birlikte sorumludur⁴⁰³. Söz konusu belgeler, aylık, prim ve hizmet belgesidir. Bu belgelerin verilmemesi ya da geç verilmesi halinde 506 sayılı SSK'nin 140. maddesine göre idari para cezası ödenmesi gerekmektedir⁴⁰⁴. Bunların dışında; işçinin ödünç veren işverenin yanında çalışması yeni bir işe giriş niteliği taşımadığı için ödünç alan işverenin ödünç işçi için işe giriş belgesi vermesine gerek yoktur⁴⁰⁵.

C.Ödünç Alan İşverenin Borçları

1. İşçiyi Gözetme Borcu:

İş sözleşmesi işçi ile işveren arasında kişisel bir ilişki kurduğu için işveren, işçinin iyiliği ve çıkarları doğrultusunda onun sağlığı ve vücut bütünlüğünü korumak ona zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. İşverenin bu borcunun kapsamı işin niteliğine, teknolojik gelişmeler sonucunda işin riskinin artması ya da azalmasına bağlı olarak değişmektedir⁴⁰⁶. İşverenin işçiyi koruma borcu olarak da isimlendirilen “gözetme borcu” işçinin “sadakat borcunun” karşılığını oluşturmaktadır⁴⁰⁷.

B.K.'nin 332. maddesinde; işverenin işçiyi çalışma sırasında maruz kalacağı işletme tehlikelerine karşı koruma borcu ve bundan doğan sorumluluğu düzenlenmiştir⁴⁰⁸. Söz konusu madde uyarınca; işveren hizmet sözleşmesinin niteliğine ve işin özelliğine göre hakkaniyet kuralları gereğince işçinin işi yaptığı sırada maruz kalacağı tehlikelere karşı gerekli tedbirleri

⁴⁰³ Arslanoğlu, s.90. Serin, s.1080,Ekmekçi, s.379.

⁴⁰⁴ Serin, s.1080,Ekmekçi, s.379.

⁴⁰⁵ Serin,s.1080, Ekmekçi, s.380.

⁴⁰⁶ Leyla Kılıç, “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlam Hükümlülüğü ve Sorumluluğu”, Yetkin Yayınları, Mart 2006, s.46, Kaplan, s.38-39, Keser, s.70.

⁴⁰⁷ Demir, “**Sorularla Bireysel İş Hukuku**”, Şen Matbaa, Mart 2006, s.236, Kaplan, s.8, Keser, s.70

⁴⁰⁸ Keser, s.72-73.

almakla yükümlüdür. Ancak söz konusu maddede alınacak önlemler tek tek sayılmamış, uygulamaya geniş takdir yetkisi tanınmıştır⁴⁰⁹.

Gözetme borcuna ilişkin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma, iş kazasına uğrayan işçiye ilk sağlık yardımını yapma, işçiden sağlık raporu isteme, iş kazası ve meslek hastalığını bildirme, işçinin işyerine getirdiği eşya ve araçları koruma, işçiye sağlığına uygun işlerde çalıştırma, işçiye iş verirken işçinin hastalık, doğum, gebelik gibi özel durumlarını dikkate alma, alınacak önlemlere örnek olarak verilebilir⁴¹⁰.

Ödünç iş ilişkisinde; ödünç veren işverenin kendi işyerinde ve denetimde çalışmayan işçiye gözetmesi mümkün olmadığı için, ödünç veren işveren bu borcunu ödünç alan işveren aracılığı ile yerine getirebilecektir. Ödünç alan işveren bu noktada ödünç veren işveren ile birlikte sorumlu olmaktadır⁴¹¹. Ödünç veren işverenin sorumluluğu; kendi iş sözleşmesinden doğan ödünç süresince devam eden gözetme borcunu ve ödünç alan işverenin vermiş olduğu bilgileri işçiye aktarma borcunu kapsamaktadır. Buna karşın; ödünç alan işverenin sorumluluğu ise; ödünç veren işverenin devam eden gözetme borcunu, sözleşme öncesi döneme ait işle ilgili bilgileri ödünç veren işverene verme borcunu, kendi işyerindeki gözetme borcunu ve işçiye sağlık ve güvenlik ile ilgili eğitim verme borcunu kapsamaktadır⁴¹². Bu husus; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrasında, "ödünç iş ilişkisinde işveren işçiye gözetme borcundan işverenle birlikte sorumludur." şeklinde belirtilmiştir. Ancak, maddenin getirmiş olduğu sorumlulukların kaynağı farklıdır ve eksik teselsül söz konusudur. Ödünç veren işveren işçinin zararını tazmin ederse; B.K.'nin 50. maddesi uyarınca ödünç veren işveren bunu ödünç alan işverene rücu edebilecektir. Doktrinde; ödünç alan

⁴⁰⁹Kaplan, s.10-11.

⁴¹⁰Günay Mehmet, s.91.

⁴¹¹Arslanoğlu, s.84-85.

⁴¹²Keser, s.79.

işverenin ödünç alan işveren ile birlikte müteselsil olarak sorumlu tutulmasının doğru olmadığı savunulmaktadır⁴¹³.

Ödünç iş ilişkisi içinde işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğünün hukuki niteliği konusunda farklı görüşler savunulmuştur. Bu görüşlerden biri; “sosyal temas” görüşüdür. Ödünç iş ilişkisinin kurulmasıyla birlikte; sosyal temas sonucu işçinin maddi ve manevi varlığı ödünç alan işverenin hakimiyet alanına girmektedir. Bu nedenle işçi, maddi ve manevi varlığının korunmasını, M.K.’nin 2. maddesi gereğince ödünç alan işverenden isteyebilecektir.⁴¹⁴

Söz konusu sorumluluğun niteliği konusunda savunulan ikinci görüş; “amaç” görüşüdür. Bu görüşe göre; taraflar bu ilişki ile yeni bir iş sözleşmesi kurulmasını amaçlamamaktadır. Bu ilişki içinde ödünç alan işveren; işçinin emeğinden yararlanmakta, işçi de emeğini geçici bir süreyle başka bir işverene vermektedir. Yani ödünç alan işveren işçiyi istihdam eden işveren niteliğinde olduğu için işçinin çalıştığı iş ve işyeri ile ilgili olarak işçiyi koruma yükümlülüğü hayatın olağan akışına uygundur⁴¹⁵. Sosyal temas görüşüne benzer özellikler taşıyan üçüncü görüş de “koruma” görüşüdür. Bu görüşe göre; ödünç iş ilişkisi içinde işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü B.K. ile açıklanabilir. B.K.’ye göre; söz konusu yükümlülüklerin sözleşmeden kaynaklanması zorunlu değildir. M.K.’nin 2. maddesi uyarınca; edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak güven ilkesinden kaynaklanabilir. Bu maddeye göre; kişi bir başkasından özel bir koruma bekliyorsa ve bunu beklemekte haklı ise kişinin bu güveninin korunması gerekir. Yani ödünç iş ilişkisi içinde de; ödünç alan işveren ile işçi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı halde ödünç alan işveren, B.K.’nin koruma yükümlülükleri uyarınca işçiyi korumak ve gözetmekle yükümlüdür⁴¹⁶. Ödünç iş ilişkisinde iş

⁴¹³ Odaman, s.192.

⁴¹⁴ Keser, s.85.

⁴¹⁵ Engin, s.344, Keser, s.85.

⁴¹⁶ Mollamahmutoğlu, “İş Hukuku”, Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.228-229, Engin, s.344-345, Odaman, s.178-179, Keser, s.85-86, Aydın, “İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkilerinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları”, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2004, s.194-195.

sağlığı ve güvenliğine ilişkin gerekli önlemleri alma yükümlülüğü öğreti tarafından yerinde olarak M.K. 2. maddeye dayandırılırken, 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki düzenleme ile birlikte; kanundan doğan bir yükümlülük niteliğini kazanmıştır. Çünkü 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7.maddesinin 1. ve 3. fıkralarında konu açıkça düzenlenmiştir⁴¹⁷.

Ödünç veren işveren, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür. Bu husus 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 1. fıkrasında, “geçici iş ilişkisinde ödünç veren işveren işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür” şeklindeki düzenleme ile açıkça belirtilmiştir⁴¹⁸. Aslında her işveren; işçilere işyeri ile ilgili olarak iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verme yükümlü olduğu için ödünç alan işveren de ödünç işçilere söz konusu eğitimi vermekle yükümlüdür⁴¹⁹. Ancak, ödünç alan işveren sadece işçi sağlığı ve güvenliğine ilişkin gerekli eğitimi vermekle değil, aynı zamanda gerekli tedbirleri de almakla yükümlüdür⁴²⁰. Bu tedbirler her somut olay için M.K.'nin 2. maddesine göre belirlenmelidir⁴²¹.

2.Gözetme Borcuna Aykırı Davranışların Sonuçları:

İş ilişkisinde işverenin gözetme borcuna aykırı davranması durumunda iki önemli sonuç doğmaktadır. Bunlardan ilki; işçilerin 4857 sayılı İş Kanunu'nun kendilerine tanımış olduğu hakları kullanması, ikinci ise Kanun'da düzenlenmiş olan kamu hukuku ve özel hukuk yaptırımlarıdır⁴²².

⁴¹⁷Keser, s.85-86, Mollamahmutoğlu, “İş Hukuku”, Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.229.

⁴¹⁸ Keser, s.69, Demir, “Sorularla Bireysel İş Hukuku”, Şen Matbaa, Mart 2006, s.106-107.

⁴¹⁹ Odaman, s.194.

⁴²⁰ Serin, s.1077, Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 2006, s.234, Keser, s.71.

⁴²¹Keser, s.72.

⁴²² Keser, s.87.

a. Ödünç İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı:

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması durumunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesi uyarınca işin durdurulması veya işyerinin kapatılması mümkündür. Ancak, işveren bu durumda işsiz kalan işçilerin ücretlerini ödemek ya da onlara uygun bir iş vermek zorundadır⁴²³. Ödünç iş ilişkisinde bu sorumluluk ödünç süresi boyunca ödünç alan işverene aittir. Ödünç alan işveren bu konuda kendi işçileri ile ödünç aldığı işçiler arasında farklı bir uygulamaya başvuramayacaktır⁴²⁴.

Bu önlemlerin alınmaması durumunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinin 3. fıkrasına göre işçi çalışmaktan kaçınma hakkına sahiptir. Ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi, ödünç alan işverenin işyerinde çalıştığı için bu hakkını ödünç alan işverene karşı kullanabilecektir⁴²⁵. İlgili düzenlemeye göre; işçi gerekli tedbirlerin alınmasını iş sağlığı ve güvenliği kurulundan, kurul yoksa ödünç alan işveren ya da vekilinden talep edebilecektir. Kurul; talep yönünde karar verirse işçi gerekli önlemler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınarak ücretinin ödenmesini işverenden isteyebilecektir. Ödünç alan işveren bu sorumluluğunu yerine getirmezse ödünç veren işveren işçinin ücretini ödeyerek ödünç alan işverene fatura edebilecektir⁴²⁶.

Kurul talebi reddederse işçi söz konusu maddenin sağlamış olduğu hukuki imkanı kullanamayacaktır. Ancak doktrinde savunulan görüşe göre; bu durumda işçi B.K.'nin 90. maddesine göre gerekli önlemleri almayan işverene karşı B.K. 325. maddede düzenlenen alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurabilecektir⁴²⁷.

⁴²³ Kaplan, s.38.

⁴²⁴ Keser, s.90-91.

⁴²⁵ Çankaya, Çil, s.157.

⁴²⁶ Odaman, s.201.

⁴²⁷ Keser, s.87-89.

b. Ödünç İşçinin Sözleşmeyi Feshetme Hakkı:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinin 5. fıkrasında tanınmış olan iş sözleşmesini fesih hakkını ödünç işçinin kullanıp kullanamayacağı doktrinde tartışmalı bir konudur. İşçi ile ödünç alan işveren arasında feshedilecek bir sözleşme bulunmadığı için ödünç işçinin bu yetkiyi ödünç alan işverene karşı kullanma imkanı bulunmamaktadır. Sorun, işçinin bu yetkisini ödünç veren işverene karşı kullanıp kullanamayacağı noktasındadır. Bir görüşe göre; ödünç alan işveren işçiyi gözetme borcunun ihlalinden ödünç veren işveren ile birlikte sorumlu olduğu için işçi, ödünç veren işverene karşı fesih hakkını kullanabilecektir. Ayrıca ödünç alan işverenin davranışları da sözleşmenin feshinde haklı neden olarak kabul edilebilecektir⁴²⁸.

Diğer bir görüşe göre ise, ödünç alan işverenin davranışı ödünç veren işveren ile işçi arasındaki sözleşmenin feshi için haklı neden oluşturmayacaktır. Bu durumda işçi, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanarak ödünç veren işverenden kendisine iş verilmesini, verilmemesi durumunda ücretinin ödenmesini talep edebilecektir Ücreti ödeyen ödünç veren işveren bunu ödünç alan işverene fatura edebilecektir⁴²⁹.

c. İşverenin Borca Aykırı Davranışlar Karşılığındaki Sorumluluğu:

İşveren, işyerinde her türlü kazaya karşı gerekli iş güvenliği tedbirlerini almak ve bunları işyerinde uygulamak ile yükümlüdür⁴³⁰.

(1) İşverenin Hukuki Sorumluluğu:

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin koruyucu ve önleyici tedbirleri almayan işveren veya işveren vekili, bu önlemleri almamış olması tehlikeli bir durum

⁴²⁸ Keser, s.93.

⁴²⁹ Odaman, s.203.

⁴³⁰ Erdoğan, s.46.

yaratmakla birlikte zarara yol açmadığı sürece sadece İş Kanunu yaptırımları ile karşılaşacaktır⁴³¹. Ancak gerekli tedbirlerin alınmamış olması sonucu işçi ölür, sakatlanır ya da meslek hastalığına yakalanırsa, işverenin hukuki sorumluluğu gündeme gelecek ve bu durum B.K. ve 506 sayılı S.S.K. hükümlerine göre çözümlenecektir⁴³².

Ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işverenin ödünç iş ilişkisi kapsamında işçisini onayını almak şartıyla bir başka işverenin yanına çalışmak üzere göndermesi, işçinin uğramış olduğu zararlara ilişkin sorumluluğun sona erdiği anlamına gelmez. Çünkü ödünç iş ilişkisinin kurulmasında birinci derecede etkili olan ödünç veren işverendir. İşçinin bu ilişkide rolü çoğunlukla ödünç veren işveren tarafından getirilen teklifi kabul edip etmemek şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda işçi ne ödünç verilecek işvereni tanıyor olacak ne de çalışacağı işyeri hakkında bilgi sahibi olacaktır. Ancak işçi, ödünç veren işverenin vermiş olduğu bilgilere güvenerek sadece işini kaybetmemek için teklifi kabul edebilecektir⁴³³.

Kendi iş yerinde meydana gelen bir olaydan dolayı ödünç alan işveren her zaman sorumlu olacak ancak sorumluluğun niteliği somut olaya göre belirlenecektir⁴³⁴. Bununla birlikte; ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işverenin işçiyi gözetme borcu da devam etmektedir. Ödünç veren işverenin işçinin çalıştığı işyerine ilişkin gerekli önlemleri alması mümkün olmadığı için meydana gelen iş kazalarından sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. Bu durumda ödünç veren işveren söz konusu önlemlerin alınmaması nedeniyle işçisini ödünç alan işverenin işyerine göndermekten kaçınma hakkına sahip olduğu gibi⁴³⁵ iş kazasından doğan tazminatları ödemesi durumunda ödünç alan işverene bu ödemeleri rücu edebilecektir⁴³⁶.

⁴³¹ Kılıç, s.153.

⁴³² Demir, “**Sorularla Bireysel İş Hukuku**”, Şen Matbaa, Mart 2006, s.247-251.

⁴³³ Keser, s.81.

⁴³⁴ Arslanoğlu, s.85, Süzek,”**İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)**”, Beta Yayıncılık, 2006, s.234.

⁴³⁵ Süzek, “**İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)**”, Beta Yayıncılık, 2006, s.234.

Açılacak olan tazminat davasında kusur, önemli bir unsurdur. Hangi işverenin hangi önlemi alması gerektiği ödenecek tazminatın tespitinde önem taşımaktadır. İşçinin fiilen çalıştığı işyerindeki güvenlik önlemlerini alma yükümlüğünün ödünç alan işverene ait olduğu kabul edilerek gerekli önlemlerin ödünç alan işverenin işyerine göre belirlenmesi gerekir. Ödünç veren işverenin sorumluluğu ise ödünç alan işverenin almadığı önlemler ile sınırlı tutulmalıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 1. fıkrası da bu görüşü destekler niteliktedir. Ancak her iki işveren de sadece S.S.K. tarafından karşılanmayan zararlardan sorumlu olacaktır⁴³⁷.

Ödünç veren işverenin işçinin ödünç verilen işyerinde meydana gelen zararlarından B.K.'nin 96 ve 332. maddeleri uyarınca sorumlu olması şekli hukuk açısından mümkün gözükmemektedir. Ancak, hakimiyet ilkesi gereği işçinin uğradığı zararlar ödünç alan işverenin işyerinde gerçekleştiği için asıl sorumluluk ödünç alan işverene ait olacaktır.⁴³⁸ Ödünç alan işverenin sorumluluğunun kaynağı ise haksız fiil hükümleri ya da sosyal temas ilkesinden kaynaklanan güven ilişkisinin doğurduğu dürüstlük kuralına göre belirlenecektir⁴³⁹.

Öğretideki bir görüşe göre; ödünç alan işveren işçiyi kendi işyerinde çalıştırdığı süre ile sınırlı olmak üzere iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri kasden, ihmal ya da tedbirsizlik sonucunda yerine getirmezse, meydana gelen zararlardan sorumlu olacak, sorumluluğunun kaynağını ise B.K.'nin 41.maddesinde düzenlenmiş olan haksız fiil oluşturacaktır⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku”, Beta Yayıncılık, 2006, s.234, Demir, “Sorularla Bireysel İş Hukuku”, Şen Matbaa, Mart 2006, s.108.

⁴³⁷ Keser, s.97, Ekmekçi, s.376-377.

⁴³⁸ Aydın, “İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları”, Seçkin Yayıncılık ,Mayıs 2004 s.198, Keser, s.81.

⁴³⁹ Aydın, “İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları”, Seçkin Yayıncılık , Mayıs 2004, s.198.

⁴⁴⁰ Odaman, s.208.

Ancak bu görüşe karşılık uğranan zararın haksız fiil hükümlerine göre talep edilmesi durumunda işçinin ispat ve zamanaşımı sorunu ile karşılaşacağı, bunun da işçi aleyhine sonuçlar doğurarak iş ilişkisinin hukuken yok sayılması anlamına geleceği belirtilerek, ödünç alan işverenin sorumluluğunun işçi ile arasındaki sosyal temas gereği edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisine göre belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁴¹.

Ödünç işçinin açacağı davanın tabi olduğu zamanaşımı konusunda 4857 sayılı İş Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yapılmadığı için zamanaşımı sorunu genel hükümlere göre çözülecektir⁴⁴².

(2) İşverenin İdari Sorumluluğu:

İşveren iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kurallara aykırı hareket ederse hem hukuki yönden hem de idari yönden sorumlu olacaktır. İşverenin sorumluluğu açısından ödünç işçi ile daimi işçi arasında bir fark bulunmamaktadır⁴⁴³. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kurallara aykırılığın yaptırımı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 79. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre; 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.

Ödünç iş ilişkisinde söz konusu durumlarda ücret ödeme yükümlülüğü ödünç veren işverene ait olacak, ödünç veren işveren ücreti ödemezse ödünç

⁴⁴¹ Aydın, “İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları”, Seçkin Yayıncılık ,Mayıs 2004, s.199.

⁴⁴² Odaman, s.210.

⁴⁴³ Keser, s.98.

alan işverenin müteselsil sorumluluğu gündeme gelecektir⁴⁴⁴. Ancak öğretide; söz konusu sorumluluğunun ödünç işçi sözleşmesi ile sınırlı olarak ödünç alan işverene ait olduğu, ödünç alan işverenin bu sorumluluğu yerine getirmemesi durumunda ödünç veren işverenin sorumluluğunun gündeme geleceği, ücreti ödedikten sonra ödünç veren işverenin ödemeyi ödünç alan işverene fatura edebileceği savunulmaktadır⁴⁴⁵.

Bununla birlikte; gözetme borcuna aykırılık nedeniyle ödünç veren işverenin işyerinin kapatılsa dahi ödünç veren işverenin ödünç işçilere karşı ücret ödeme borcu ödünç iş ilişkisi süresinin sonuna kadar devam edecektir. Ayrıca, ödünç veren işveren, işyerinin kapatılmasını geçerli neden göstererek 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine göre haklı nedenle fesih hakkını kullanarak ödünç iş ilişkisini sona erdirebilecektir. Bu durumda ödünç alan işveren durumu bilmesine rağmen işçiyi çalıştırmaya devam ederse artık işçi ile ödünç alan işveren arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulduğu kabul edilecektir. Ödünç alan işveren ise ödünç aldığı işçilerin ödenmeyen ücretinden sözleşme süresi boyunca sorumlu olacaktır⁴⁴⁶.

(3) İşverenin Cezai Sorumluluğu:

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kurallara aykırı hareket etmesi durumunda cezai sorumluluğu gündeme gelecektir. İşyerinde söz konusu önlemlerin alınmaması 4857 sayılı İş Kanunu'nun 105. maddesinde düzenlenen idari para cezalarının uygulanmasını gerektirir⁴⁴⁷. Söz konusu idari para cezalarının uygulanabilmesi için mutlaka bir iş kazası ya da meslek hastalığının meydana gelmiş olması şart değildir. Tehlikenin yaratılmış olması yeterlidir⁴⁴⁸. İşçinin ölümü ya da yaralanması durumunda ise işveren T.C.K.'nin 22 ve 89. maddeleri gereği taksirli suç faili olarak

⁴⁴⁴ Keser, s.99.

⁴⁴⁵ Odaman, s.201.

⁴⁴⁶ Keser, s.100.

⁴⁴⁷ Demir, "Sorularla Bireysel İş Hukuku", Şen Matbaa, Mart 2006, s.257.

⁴⁴⁸ Keser, s.102.

cezalandırılacaktır⁴⁴⁹. Aynı durum temeli emek ilişkisine dayandığı için ödünç iş ilişkisinin işveren tarafları için de geçerlidir ⁴⁵⁰. Ancak, cezai sorumluluğunun kişisel nitelikte olması nedeniyle burada müteselsil sorumluluktan söz edilemeyecek, hayatın olağan akışına göre söz konusu önlemleri hangi işverenin alması gerekiyorsa onun cezai sorumluluğu gündeme gelecektir⁴⁵¹.

Ödünç alan işverenin kanunda açıkça düzenlenmemiş olan yükümlülüklerden sorumlu olup olmayacağı tartışmalı olmakla birlikte; işçiyi koruma ilkesi gereği her iki işverenin birlikte sorumlu tutulması uygun olacaktır⁴⁵².

3.Eşit Davranma Borcu:

İşverenin eşit davranma borcu; işverenin haklı nedenler bulunmaksızın işçilere farklı davranmaması, işçiler arasında ayırımda bulunmaması, keyfi uygulamalardan kaçınması anlamını taşır. Ancak bu durum, işverenin işçiler arasında mutlak eşitlik uygulamak zorunda olduğu anlamına gelmez⁴⁵³. İşverenin eşit davranma borcunu, herkese eşit haklar sağlamak olarak değil, eşit işlerde çalışanlara eşit haklar sağlamak olarak kabul etmek gerekir⁴⁵⁴. İşverenin eşit davranma borcu hakkaniyet ilkesi ile M.K.'nin 2.maddesinde yer alan dürüstlük ilkesine dayanmaktadır.⁴⁵⁵

Ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işverenin daimi işçiler ile ödünç işçilere karşı eşit davranma borcu bulunup bulunmadığı tartışmalı bir konudur⁴⁵⁶. Ancak söz konusu ilişkide; her iki işverenin de eşit davranma borcu

⁴⁴⁹ Kılıç, s.214, “**Sorularla Bireysel İş Hukuku**”, Şen Matbaa, Mart 2006, s.257.

⁴⁵⁰ Odaman, s.211.

⁴⁵¹ Keser, s.102.

⁴⁵² Serin, s.1077.

⁴⁵³ Mollamahmutoğlu, “**İş Hukuku**”, Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.430-431.

⁴⁵⁴ Demir, “**Sorularla Bireysel İş Hukuku**”, Şen Matbaa, Mart 2006, s.233.

⁴⁵⁵ Aydın, “Çalışma Hayatında Geçici(Muvakkat) İşçilik ve İş Hukuku Düzenlemeleri Karşısındaki Durumu”, **TÜHİS**, Şubat-Mayıs 1999, s.53.

⁴⁵⁶ Serin, s.1058,Çankaya,Çil, s.156.

bulunmaktadır. İş akdinin tarafı olan ödünç veren işveren başka bir işveren yanında çalışıyor olmasını gerekçe göstererek ödünç işçiye ücret yönünden farklı bir işlem uygulayamayacaktır. Ödünç alan işveren de yönetim hakkını kullanırken ödünç işçiye farklı bir işlem uygulayamayacaktır⁴⁵⁷. Ancak işçi ödünç verilmekle ödünç alan işverenin işçisi konumuna gelmediği için çalıştığı işyerindeki işçilere uygulanmakta olan ücret ve benzeri çalışma koşullarının eşit davranma borcu kapsamında kendisine de uygulanmasını istemeyecektir. Aynı zamanda ödünç alan işverenin işçilerine yapmış olduğu prim ve benzeri ödemelerin kendisine de yapılmasını istemeyecektir⁴⁵⁸. Ancak öğretide; ödünç alan işverenin ödünç aldığı işçilere de prim ödemesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁵⁹. Öğretide; eşit davranma borcu ile ilgili olarak ödünç veren işverenin belirli koşul ve sınırlara bağlı olarak ücret, ikramiye, sosyal yardımlar gibi prim dışında kalan ödemeler açısından ödünç işçi ile diğer işçiler arasında farklılık yaratamayacağı, ödünç alan işverenin ise diğer ödemeler ve bunlarla ilgili olarak eşit davranma borcunun bulunmadığı görüşü yer almaktadır⁴⁶⁰. Ancak, ödünç iş ilişkisi çerçevesinde ödünç işçi, ödünç alan işverenin işyerinde ödünç veren işverenin emrinde çalışırken sahip olduğu çalışma koşullarından daha kötü şartlarla çalıştırılmamalıdır. Bu doğrultuda; ödünç işçi verme sözleşmesinde işçiye daha az ücret ödenmesinin kararlaştırılması mümkün olmayacaktır. Bu durum işçinin ödünç alan işverenin işçilerine göre daha az ya da çok ücret alması sonucunu doğursa da eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir⁴⁶¹.

Ödünç alan işveren kendi işçileri ile ödünç aldığı işçilere karşı yönetim hakkının kullanılması yönünden haklı nedenler olmaksızın ayırım yapamayacaktır. Öncelikli olarak işin dağıtımında ayırım yapamayacaktır. Eşit durumda olan işçiler arasında eşit şekilde iş dağıtımı yapılmalıdır. Ayrıca

⁴⁵⁷ Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 2006, s.235.

⁴⁵⁸ Ekmekçi, s.377.

⁴⁵⁹ Engin, s.346, Odaman, s.216-217.

⁴⁶⁰ Çelik, s.96.

⁴⁶¹ Odaman, s.215.

işçinin çalışacağı işyerinin ödünç işçi sözleşmesinde açık olarak düzenlenmesi gerekir. Somut bir düzenleme yoksa işin ve işyerinin neresi olacağı hal koşullarına göre belirlenecektir. Ancak, sözleşmede ödünç alan işverene işyerini belirleme yetkisi tanınmışsa artık sözleşme tarafı olarak hareket ettiği için işçinin işyerini belirlerken eşit davranma borcu olmayacaktır. Bununla birlikte, disiplin cezası verme yetkisini kullanırken eşit davranmak zorundadır⁴⁶². Fazla çalışma konusunda ise fazla çalışma işçinin onayına bağlı olduğu için işverenin fazla çalışma yapmak isteyen işçiler ile istemeyen işçilere arasında eşit davranma borcu yoktur. Ancak fazla çalışma yapmak isteyenlerin sayısı ihtiyaçtan fazla olursa eşit davranma borcunu gündeme gelecektir⁴⁶³. Ödünç alan işveren ancak böyle bir durumda ödünç işçiler ile daimi işçiler arasında eşit davranmak zorundadır⁴⁶⁴.

4.Eşit Davranma Borcuna Aykırılığın Sonuçları:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5.maddesine göre; ödünç alan işveren, kendi işçileri ile ödünç işçiler arasında haklı nedenler olmadıkça ayırım yapamayacaktır. Bu borcuna aykırı hareket ederse işçiye dört aylık ücreti tutarında tazminat ödemek zorunda kalacağı gibi işçinin yoksun kaldığı haklarını da tazmin etmek zorunda kalacaktır⁴⁶⁵. Ancak öğretide; söz konusu maddede ödünç işçiler ile daimi işçiler arasında ayırım yapılmayacağına ilişkin bir düzenleme yer almadığı için tazminat koşullarının oluşmayacağı savunulmaktadır⁴⁶⁶.

⁴⁶² Odaman, s.220-222.

⁴⁶³ Ertürk, s.111.

⁴⁶⁴ Odaman, s.220-222.

⁴⁶⁵ Odaman, s.223.

⁴⁶⁶ Çankaya, Çil, s.157.

III.ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ DÜZENLEMELERİNE AYKIRILIK

4857 sayılı İş Kanunu'nun 99. maddesine göre; 7. maddede öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan işveren ya da işveren vekiline her işçi için elli milyon idari para cezası verilecektir.

7. maddede öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranış, hem ödünç veren işveren hem de ödünç alan işveren tarafından gerçekleştirilebilir. Ancak Kanun'da hangi işverene idari para cezası uygulanacağı düzenlenmiş değildir⁴⁶⁷. Bu durumda ihlal edilen kuralın niteliğine bakarak sonuca varmak gerekecektir. Şöyle ki; toplu işçi çıkarma yoluna başvuran işveren altı ay içinde ödünç iş ilişkisi yolu ile toplu çıkarmış olduğu işçilerin yerine işçi çalıştırırsa ödünç veren işverenin idari para cezası ile cezalandırılması isabetli olmayacaktır. Çünkü ödünç veren işveren, ödünç alan işverenin toplu işçi çıkardığını bu işçileri hangi işlerde çalıştırdığını bilmek zorunda değildir. Ancak, gerekli sağlık ve güvenlik eğitiminin verilmemesi nedeniyle hükmedilecek idari para cezasından ödünç alan işverenin sorumlu olması gerekir. Bununla birlikte; işçinin çalıştığı sırada ödenmeyen ücret ve sosyal sigorta primlerinden ise her iki işveren de sorumlu olduğu için bu durumdaki aykırılıklarda da her iki işverenin sorumluluğu gündeme gelecektir. Kanun'da düzenleme olmadığı ödünç işçi sayısına göre hem ödünç alan işverene hem de ödünç veren işverene ayrı ayrı ceza kesilmektedir. Aslında aynı eylem dolayısı ile ilgili işçi sayısına göre tek bir idari para cezası kesilmesi, ancak kesilen cezadan her iki işverenin de sorumlu olması gerekir⁴⁶⁸. Söz konusu para cezası, Kanun'da her bir işçi için düzenlenmiştir. Maddede aykırılığın devam ettiği her ay için ayrı para cezası öngörülmediği için aykırılığın devam ettiği her aya ayrı para cezası talep edilemeyecektir⁴⁶⁹. Ödünç iş ilişkisine aykırı davranılması durumunda uygulanacak hukuki yaptırımlar konusunda ise Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu yaptırımlar

⁴⁶⁷ Serin, s.1085, Ekmekçi, s.382.

⁴⁶⁸ Benli, s.36.

⁴⁶⁹ Ekmekçi, s.382.

aykırılığın niteliğine göre belirlenecektir. Örneğin; doktrinde yer alan bir görüşe göre; ödünç iş ilişkisinin süresinin aşılması durumunda her iki işveren birlikte işveren sıfatı ile sorumlu olacaktır⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ Serin, s.1086, Ekmekçi, s.382.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ

I.GENEL OLARAK:

Ödünç iş ilişkisi; ödünç veren işveren, ödünç alan işveren ve işçi arasında kurulmuş olan üçlü bir ilişkidir. Söz konusu bu ilişkinin kuruluşu ve tarafların sorumlulukları Kanun’da düzenlenmiş olmasına rağmen sona erme hallerine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır⁴⁷¹.

II. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERME NEDENLERİ:

A.Tarafların Anlaşması:

İş sözleşmesinin tarafları, aralarındaki sözleşmeyi anlaşarak sona erdirebilirler. İş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olmasının sözleşmenin anlaşma yolu ile sona erdirilmesinde bir önemi yoktur.Taraflar belirli süreli olarak yaptıkları sözleşmeyi sürenin sonunu beklemeden sona erdirilebilirler⁴⁷². Ancak, ödünç iş ilişkisi üçlü bir nitelik taşıdığı için normal iş ilişkisinden farklı bir nitelik taşımaktadır⁴⁷³. Bu nedenle ödünç iş ilişkisinde sözleşmenin tarafların anlaşması ile sona ermesi halini iki başlık altında incelemek mümkündür.

⁴⁷¹ Çankaya,Çil, s.160.

⁴⁷² Murat Demircioğlu,Tankut Centel, “İş Hukuku”, Seçkin Yayıncılık Beta Basım, 2006, s.164.

⁴⁷³ Serin, s.1082, Odaman, s.239.

1. İş Sözleşmesinin Anlaşma ile Sona Ermesi:

İş sözleşmesinin tarafları sözleşmeyi nasıl serbest iradeleri ile anlaşarak kurmuşlarsa aynı şekilde anlaşarak serbest iradeleri sona erdirebilirler⁴⁷⁴. Ödünç iş ilişkisinde; ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasında bulunan iş sözleşmesinin de anlaşarak sona erdirilmesi mümkündür. Bu sözleşmenin sona ermesi ödünç iş ilişkisini de etkileyecektir. İş sözleşmesinin taraflarının anlaşması ile iş sözleşmesi, ödünç alan işverenin onay vermesi ile de ödünç iş ilişkisi sona erecektir⁴⁷⁵. Ancak doktrinde ödünç iş ilişkisinin varlığının ödünç işçi ile ödünç veren işveren arasındaki sözleşmenin devamı koşuluna bağlı olduğu, bu nedenle söz konusu sözleşmenin fesih ya da bir başka nedenle sona ermesi halinde ödünç iş ilişkisinin de sona ereceği savunulmaktadır⁴⁷⁶. Ödünç alan işverenin rızası olmadan sözleşmenin sona erdirilmesi, ödünç veren işverenin işçi verme borcunda kusurlu imkansızlık oluşturacak ve ödünç veren işverenin hukuki sorumluluğu doğacaktır⁴⁷⁷. İş sözleşmesinin sona ermesinde ödünç veren işverenin kusuru bulunuyorsa ödünç alan işveren uğramış olduğu zararların tazmini için ödünç veren işverene başvurabilir. Ödünç veren işverenin bu zararları tazmin etmesi gerekir. Sözleşme işçinin kusuru nedeni ile sona ermişse ödünç alan işveren bu zararlar için de ödünç veren işverene başvurabilecektir. Ancak ödünç alan işveren yapmış olduğu bu ödemeleri işçiye rücu edebilecektir. Bu durum, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde ödünç işçinin değiştirilebileceği yönünde sözleşmeye hüküm konulması ile aşılabilecektir⁴⁷⁸. İş sözleşmesi anlaşarak sona erdiği halde işçi ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam ederse işçi ile ödünç alan işveren arasında iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilir⁴⁷⁹.

⁴⁷⁴ Ercan Güven,Ufuk Aydın, “**Bireysel İş Hukuku**”, Nisan Kitapevi, 2004, s.112.

⁴⁷⁵ Serin, s.1082.

⁴⁷⁶ Mollamahmutoğlu , “**İş Hukuku**”,Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.232, Ekmekçi, s.381

⁴⁷⁷ Serin, s.1082.

⁴⁷⁸ Odaman, s.241.

⁴⁷⁹ Ekmekçi, s.381, Süzek, “**İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)**”, Beta Yayıncılık, 2006, s.23, Mollamahmutoğlu ,”**İş Hukuku**”,Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.233.

2.Ödünç İşçi Sözleşmesinin Anlaşma ile Sona Ermesi:

Ödünç iş ilişkisi; hukuki niteliği ve doğası gereği geçici bir ilişkidir. Bunu sağlayan ödünç iş ilişkisi belirli süreli sözleşme niteliği taşımaktadır.⁴⁸⁰

Ödünç iş ilişkisinde; ödünç veren işveren ile ödünç alan işverenin aralarında anlaşarak ödünç işçi sözleşmesini sona erdirmeleri mümkündür. Ancak bu sözleşmenin sona erdirilmesi ödünç veren işveren ile işçi arasında bulunan iş sözleşmesini sona erdirmeyecektir. Bunun yanında ödünç işçi sözleşmesinin sona ermesi halinde iş sözleşmesinin de sona ereceğinin kararlaştırılması mümkündür⁴⁸¹. Ancak öğretide; ödünç iş sözleşmesinin sona ermesi halinde iş sözleşmesinin de sona ereceğine ilişkin getirilen hükmün, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi karşısında geçerli olmayacağı savunulmaktadır. Şöyle ki; eğer işçi ile ödünç veren işveren arasındaki sözleşme belirli süreli olarak yapılmışsa, ödünç işçi verme sözleşmesine bu yönde bir hüküm konursa, sözleşme belirsiz süreli olarak yapılmışsa belirli süreliliye dönüşür. Yani sözleşmenin türü işçinin onayı olmadan değiştirilmiş olacağı için çalışma koşulları da esaslı şekilde değiştirilmiş olacaktır. 22. madde uyarınca her iki durum için de işçiye yazılı bildirim yapılarak onayının alınması gerekir⁴⁸². Ödünç işçi sözleşmesinin anlaşarak sona ermesi halinde, ödünç işçi ödünç veren işverenin iş yerine dönmek, ödünç veren işveren de işçiye iş vermekle yükümlüdür. Ödünç iş ilişkisi sona ermiş olmasına rağmen ödünç işçi ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaya devam ederse, ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilir⁴⁸³. Ödünç iş ilişkisinin kurulmasını sağlayan ödünç işçi sözleşmesinin çeşitli sebeplerle sona ermesi halinde ödünç iş ilişkisi de buna bağlı olarak sona erecektir. Ödünç iş ilişkisi kanunda öngörülen sürelerin dolması ile sona erecektir. Ayrıca, ödünç alan ya da

⁴⁸⁰ Mollamahmutoğlu, “İş Hukuku”, Turhan Kitapevi, Şubat 2005, s.231.

⁴⁸⁰ Serin, s.1082.

⁴⁸¹ Serin, s.1082.

⁴⁸² Odaman, s.243.

⁴⁸³ Ekmekçi, s.381,Odaman, s.241-242.

veren işverenin ödünç işçi sözleşmesini feshetmeleri ile ya da B.K.'den kaynaklanan sebeplerle de ödünç iş ilişkisi sona erebilecektir ⁴⁸⁴.

B.Ödünç İşçi Sözleşmesinin Süresinin Dolması:

Ödünç iş ilişkisi taraflarca belirlenmiş olan sürenin dolması ile sona erer. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca; altı ayı geçmemek üzere yapılan ya da en fazla iki defa yenilebilen sözleşme, sürenin dolması ile sona erecektir⁴⁸⁵. Taraflar söz konusu sözleşmeyi yenilemezlerse işçi ödünç veren işverenin işyerine dönmek işveren de ona iş vermek zorundadır⁴⁸⁶.

C.Sözleşmenin Feshi:

İş sözleşmesini sona erdiren durumlardan bir diğeri de “fesih” tir. Fesih; iş sözleşmesini sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu hak sözleşmenin her iki tarafına yani hem işverene hem de işçiye tanınmıştır⁴⁸⁷. Sözleşmenin feshi ile taraflardan birinin irade açıklaması ile karşı tarafın kabulüne gerek olmaksızın sözleşme ileriye dönük olarak sona erdirilmektedir⁴⁸⁸. Belirsiz süreli sözleşmelerde; taraflardan biri diğerine süre vererek fesih bildiriminde bulunmaktadır. Ancak haklı neden bulunması halinde süre vermeksizin sözleşme feshedilebilecektir⁴⁸⁹. Ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işveren ile işçi arasında ve ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasında olmak üzere iki ayrı sözleşme bulunmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin feshini iki ayrı başlık altında incelemek gerekir⁴⁹⁰.

⁴⁸⁴ Arslanoğlu, s.91 Serin, s.1082, Ekmekçi, s.381.

⁴⁸⁵ Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 2006, s.239.

⁴⁸⁶ Serin, s.1082, Ekmekçi, s.381.

⁴⁸⁷ Erol Akı, “İş Sözleşmesinin Feshi,Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yıl Armağan** Ağustos 2006, s.284.

⁴⁸⁸ Akyiğit, “İş Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Mart 2005, s.175-176.

⁴⁸⁹ Çelik, “İş Hukuku Dersleri”, Beta Basım, Ağustos 2006, s.179.

⁴⁹⁰ Günay Mehmet, s.112.

1.İş Sözleşmesinin Feshi:

İş sözleşmesinin hangi tarihte sona ereceği önceden belirlenmişse ya da sona erme zamanı işin niteliğinden anlaşılıyorsa bu tür sözleşmeler belirli süreli sözleşmelerdir⁴⁹¹.

a.Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sona Ermesi:

Belirli süreli iş sözleşmeleri, kural olarak sürenin bitimi ile sona erecektir⁴⁹². İşçinin ödünç veren işveren ile arasındaki sözleşmenin belirli süreli olması durumunda da sözleşme aynı şekilde sona erecektir.Ancak, sözleşmenin söz konusu şekilde sona ermesinin ödünç iş ilişkisine nasıl yansıyacağı tartışmalıdır. Öğretide; iş sözleşmesinin sona ermesinin ödünç iş ilişkisini sona erdirmeyeceği savunulmaktadır⁴⁹³. Belirli süreli sözleşmenin süresinin ödünç iş ilişkisi içinde sona ermesi halinde ödünç iş ilişkisi de sona erecektir. Ancak, bu durumda söz konusu sözleşmenin süresinden önce işveren tarafından sona erdirilmesi halinde işverenin B.K.'nin 325. maddesi uyarınca ödemekle yükümlü olduğu bakiye ücretten ödünç alan işveren sorumlu olmayacaktır. Aynı şekilde sözleşmenin süresinden önce feshedilmesi durumunda cezai şart ödeneceğinin kararlaştırılması durumunda ödünç alan işveren cezai şarttan sorumlu tutulamayacaktır. Ancak, ödünç alan işveren, ödünç iş ilişkisinin süresinden önce sona ermesi nedeni ile uğramış olduğu zararların tazminini isteyebilecektir⁴⁹⁴. Diğer taraftan işçi ile ödünç veren işveren arasında yapılan sözleşme belirli süreli yapılmışsa ödünç işçi sözleşmesinin de bu süre ile sınırlı olarak yapılması mümkün değildir. Çünkü 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirli

⁴⁹¹ Akı, “Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunu”, **Kamu-İş,İş Hukuku ve İktisat Dergisi**,C.5,S.3,Nisan 2000,s.252-253.

⁴⁹² Güven,Aydın, s.113.

⁴⁹³ Odaman, s.254-255.

⁴⁹⁴ Çankaya,Çil, s.161.

sürelî sözleşme yapılmasını gerektiren objektif nedenler arasında ödünç işçi sözleşmesi yer almamaktadır⁴⁹⁵.

b.Belirsiz Sürelî İş Sözleşmesinin Sona Ermesi:

İş sözleşmesinin hangi tarihte sona ereceği konusunda taraflar arasında bir anlaşma yoksa ya da sözleşmenin hangi tarihte sona ereceği işin niteliğinden anlaşılmıyorsa bu tür sözleşmeler belirsiz sürelî iş sözleşmesidir⁴⁹⁶. Belirsiz sürelî sözleşmenin sona erme hallerini iki başlık altında incelemek mümkündür.

(1) Bildirimli Fesih:

İş sözleşmesinin bildirimli fesih yolu ile sona ermesi iş hukukuna özgü bir yöntemdir. Bildirimli fesihte taraflarından birinin fesih bildiriminde bulunması ile sözleşme sona ermektedir. Ancak fesih bildiriminde bulunulması ile sözleşme hemen sona ermemekte, bir süre daha geçerliliğinin korumaktadır.⁴⁹⁷ Bildirimli fesih; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17., D.İ.K'nin 16. ve B.İ.K'nin 5. ve 6. maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddelere göre yapılacak fesihler ile de ödünç iş ilişkisi sona erdirilebilecektir⁴⁹⁸. Bildirimli fesihte; hem ödünç veren işveren hem de işçi, sözleşmenin feshine ilişkin Kanun'da öngörülen sürelerle uyarak sözleşmeyi feshedebilecektir. Ancak bildirim süreleri sona erene kadar iş sözleşmesi hukuken devam edecektir. Bu nedenle işçi, ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam edecek, ücret ve diğer haklarını talep edebilecektir. Bununla birlikte, bildirim süreleri içinde sözleşmenin haklı nedenle feshini gerektirecek bir durum gerçekleşirse sözleşme devam ettiği için haklı nedenle fesih söz konusu olabilecektir⁴⁹⁹. Bildirimli fesihte iş arama izni, iş görme edimi ödünç alan işverene karşı ifa edildiği için ödünç alan işveren

⁴⁹⁵ Odaman, s.244.

⁴⁹⁶ Akı, "Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunu", **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.5, S.3, Nisan 2000, s.252-253.

⁴⁹⁷ Güven, Aydın, s.118.

⁴⁹⁸ Çankaya, Çil, s.160.

⁴⁹⁹ Serin, s.1083, Odaman, s.258.

tarafından verilmek zorundadır. İş arama iznine aykırılık halinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 27.maddesinde öngörülmüş olan zamlı ücretten ise her iki işveren sorumlu olacaktır⁵⁰⁰. Ancak, ödünç iş ilişkisinde, ödünç veren işverenin işyerinde işçinin çalıştığı bölümünün kapatılması ya da ekonomik nedenlerle işçi azaltma ihtiyacının doğması işçinin sözleşmesinin feshi için haklı neden oluşturmayacaktır. Ayrıca, işçinin yeterliliği ya da davranışları nedeni ile sözleşmenin feshedilmesi için söz konusu nedenlerin ödünç alan işverenin işyerinde gerçekleşmesi gerekir⁵⁰¹. İşçinin sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca feshedilirse işçi işe iade davası açabilecektir. İşçi bu davayı kazanırsa; ödünç iş ilişkisi kendiliğinden kurulamayacaktır⁵⁰². Bununla birlikte; tarafların, işçinin işe iadesi sonrasında yeni bir ödünç ilişkisi kurmaları mümkündür. Bu durumda on sekiz aylık üst sınırın hesaplanmasında daha önce çalışılan süreler de hesaplanacaktır⁵⁰³. Öğretide; sona ermiş ödünç iş ilişkisinde geçen sürelerin yeni kurulan ödünç iş ilişkisi süresinin hesaplanmasında dikkate alınmasının sözleşmenin kurulma amacına aykırı olacağı görüşü yer almaktadır⁵⁰⁴. İş sözleşmesi, işveren tarafından haksız ya da kötüye kullanılarak feshedilmişse ya da fesih geçerli bir nedene dayanmıyorsa ortaya çıkan tazminat ve ücretlerden hangi işverenin sorumlu olacağı sorusu gündeme gelecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde; "İşçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanun'daki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır." düzenlemesi yer almaktadır. Söz konusu alacaklar; ihbar ve kötü niyet tazminatı, kıdem tazminatı, iş güvencesi tazminatı; ayrıca dört aya kadar doğmuş bulunan ücret gibi alacaklardır. Taraflar arasında yapılan ödünç işçi sözleşmesinde, Kanun'un 7. maddesinin 4. fıkrasında yer alan hükmün aksine düzenleme yapılarak yani ödünç alan işverenin sözleşmesinin işveren tarafından haksız ya da kötü niyetle ya da geçerli bir nedene dayanmaksızın

⁵⁰⁰ Çankaya, Çil, s.160.

⁵⁰¹ Ekmekçi, s.374, Serin, s.1076.

⁵⁰² Odaman, s.260, Çankaya,Çil, s.162.

⁵⁰³ Çankaya,Çil, s.162.

⁵⁰⁴ Odaman, s.260.

feshedilmesi durumunda doğacak olan tazminat ve ücretlerden sorumlu olmayacağının kararlaştırılması mümkündür. Aksi halde her iki işveren birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır⁵⁰⁵.

(2) Haklı Nedenle Fesih:

Haklı nedenle sözleşmenin feshi; taraflardan birinin haklı nedenle sözleşmeyi bozduğunu karşı tarafa bildirerek sözleşmeyi derhal sona erdirmesi anlamına gelmektedir. Bu tür fesihte sözleşmenin sona ermesi için bildirimli feshin aksine belirli sürenin geçmesini beklemeye gerek yoktur⁵⁰⁶. Konuyu işçinin ve işverenin haklı nedenle fesih hakkı olmak üzere iki başlık altında incelemek mümkündür.

i. İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesine göre; işveren bazı durumlarda sözleşmeyi sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilecektir⁵⁰⁷. Ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işveren, işçinin iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrası uyarınca haklı nedenle feshedebilecektir. Haklı nedenle fesih açısından ödünç veren işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrasına aykırı davranmama yükümlülüğü yani sadakat ve bağlılığı, işin fiilen ifa edilmesine olduğu kadar, iş sözleşmesinin varlığına da bağlı bir yükümlülüktür. Bu nedenle; işçinin ödünç veren işveren yanındaki davranışları dışında ödünç alan işveren yanındaki davranışları da ödünç veren işveren açısından sözleşmenin feshi için haklı neden oluşturabilecektir⁵⁰⁸. Ancak ödünç alan işveren; ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesinin tamamıyla dışında olduğu için bu sözleşmeyi fesih yolu ile sona erdiremeyecektir. Bununla birlikte; ödünç işçinin ödünç alan işverene karşı da haklı nedenle

⁵⁰⁵ Benli, s.34.

⁵⁰⁶ Demircioğlu, Centel, “İş Hukuku”, Seçkin Yayıncılık Beta Basım, 2006, s.179.

⁵⁰⁷ Andaç, “İş Hukuku (Türk Çalışma Hukuku)”, Yargı Yayınevi, Ankara 2005, s.113.

⁵⁰⁸ Ekmekçi, s.374, Serin, s.1077.

fesih hakkı tanıyacak davranışlarda bulunması mümkündür. Ancak, ödünç alan işverenin bu durumda dahi haklı nedenle fesih hakkını kullanması mümkün olmamakla birlikte; ödünç veren işverenden ödünç işçi ile arasındaki iş sözleşmesinin feshini talep edebilecek ya da ödünç veren işveren ile kendi arasındaki sözleşmeyi feshedebilecektir⁵⁰⁹. Ancak öğretide; ödünç veren işverenin bu yola ancak kendi iradesi ile başvurabileceği, ödünç alan işverenin sözleşmenin feshi için talepte bulunamayacağı belirtilmektedir⁵¹⁰. Öğretide; işçinin, ödünç alan işveren yanında çalıştığı sırada sözleşmenin devamı ödünç alan işveren açısından çekilmez hale gelirse haklı nedenle ödünç iş ilişkisini sona erdirebileceği görüşü yer almaktadır⁵¹¹. Ödünç veren işveren tarafından ödünç iş ilişkisi içinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesine göre sözleşme feshedilirse, feshe bağlı tazminatlar yönünden ödünç alan işverenin hiçbir sorumluluğu yoktur. İşveren tarafından yapılan feshin geçerli bir nedene dayanmadığı iddiası ile dava açılırsa ödünç alan işverenin taraf gösterilmesi mümkün değildir. Buna bağlı olarak ödünç alan işverenin işe başlatmama tazminatı ya da ücreti yönünden de sorumluluğu tek başına ya da ödünç veren işveren yanında sorumluluğu bulunmamaktadır⁵¹². İş sözleşmesinin ödünç veren işveren tarafından fesih yolu ile sona erdirilmesi halinde ödünç iş ilişkisi sona ermeyecektir. Ancak ödünç veren işveren ödünç işçi sözleşmesine aykırı davrandığı için ödünç alan işverene karşı sorumlu olacaktır. Öğretide; iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde ödünç iş sözleşmesinin de sona ereceği kabul edilmektedir⁵¹³.

ii. İşçinin Haklı Nedenle Fesih Hakkı:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesine göre; sözleşme belirli veya belirsiz süreli olsun işçi bazı durumlarda sözleşmeyi sürenin bitiminden önce

⁵⁰⁹ Günay Mehmet, s.113.

⁵¹⁰ Odaman, s.261.

⁵¹¹ Çankaya,Çil, s.161.

⁵¹² Çankaya,Çil, s.162.

⁵¹³ Günay Mehmet, s.113.

ya da bildirim süresini beklemeksizin feshedebilecektir⁵¹⁴. Ancak ödünç işçinin, 24. maddedeki tüm nedenlere dayanarak sözleşmeyi feshetmesi mümkün değildir. Şöyle ki; haklı nedenle fesih sebeplerden olan zorlayıcı sebeplerle sözleşmenin feshinde, zorlayıcı sebepler ödünç alan işverenin işyerinde gerçekleşirse sözleşme haklı nedenle feshedilemeyecektir⁵¹⁵. Ancak öğretiyeye göre; ödünç veren işverenin davranışları dışında ödünç alan işverenin davranışlarına dayanarak da sözleşme haklı nedenle feshedebilecektir⁵¹⁶.

2.Ödünç İşçi Sözleşmesinin Feshi:

Ödünç işçi sözleşmesi; iki tarafa borç yükleyen sürekli bir borç ilişkisi olduğu için sözleşmenin devamını çekilmez hale getiren bir durum gerçekleşirse; ilgili taraf sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecektir. Sözleşmenin tarafları bildirimli feshi konusunda düzenleme yapmışlarsa bu düzenlemeye uymaları gerekir⁵¹⁷. Ödünç işçi sözleşmesinin feshedilmesi ile ödünç iş ilişkisi sona erecek olmakla birlikte iş sözleşmesi devam edecektir⁵¹⁸.

D. İşyerinin Kapanması Sebebiyle Son Bulma:

İşyerinin işveren tarafından kapatılması ile taraflar arasındaki iş sözleşmesi sona erecektir. Yani işyerinin kapatılması ile iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş olmaktadır⁵¹⁹. Konuyu ödünç iş ilişkisi içinde iki başlık altında incelemek mümkündür:

⁵¹⁴ Andaç, “İş Hukuku (Türk Çalışma Hukuku)”, Yargı Yayınevi, Ankara 2005, s.111.

⁵¹⁵ Arslanoğlu, s.92.

⁵¹⁶ Çankaya,Çil, s.161, Ekmekçi, s.378.

⁵¹⁷ Serin, s.1084.

⁵¹⁸ Günay Mehmet, s.114.

⁵¹⁹ Andaç, “İş Hukuku (Türk Çalışma Hukuku)”, Yargı Yayınevi, Ankara 2005, s.107.

1.Ödünç Veren İşverenin İşyerinin Kapanması:

Ödünç veren işverenin işyerinin kapanması durumunda ödünç iş ilişkisi son bulur. Ancak işçi, ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam ederse artık ödünç alan işveren ile arasında iş sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Eğer ödünç veren işveren işçiyle sözleşme yapmak istemiyorsa ödünç işçi sözleşmesinde düzenlenen sürenin sonunda aralarındaki ilişki kendiliğinden sona erecektir⁵²⁰. Ödünç veren işverenin işyerinin kapanması işçinin işçilik haklarından yoksun kalması anlamına gelmez. Ancak ödünç alan işveren bu durumda sadece 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen alacaklardan sorumlu olur. Ancak işveren tarafından işçiye ödenmesi gereken kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, iş güvencesi gibi işçilik hakları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7.maddesinin 3.fıkrasında yer almadığı için ödünç alan işverenin söz konusu haklardan kendisinde çalışılan süre ile sınırlı olmak üzere dahi sorumluluğu bulunmamaktadır⁵²¹.

2.Ödünç Alan İşverenin İşyerinin Kapanması:

İşçinin is görme borcunu yerine getirdiği ödünç alan işverenin işyerinin kapanması halinde ödünç veren işveren ile işçi arasındaki sözleşme ilişkisi devam etmekle birlikte; ödünç iş ilişkisi sona erecektir. Bu durumda ödünç alan işverenin işçiyi kendi işyerinde çalıştırarak ona ücret ödemesi gerekmektedir. Çünkü ödünç iş ilişkisi kurulması ödünç veren işverenin ücret ödeme borcunu ortadan kaldırmayacaktır⁵²². Bu durumda ödünç veren işveren, işçinin ödünç iş ilişkisi içinde çalıştığı süreye ilişkin ücret ve sosyal sigorta primlerinden ödünç alan işverenle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır⁵²³.

⁵²⁰ Benli, s.35.

⁵²¹ Odaman, s.269.

⁵²² Benli, s.35.

⁵²³ Günay Mehmet ,s.117.

E.Ölüm: Ödünç iş ilişkisinin ölüm ile sona ermesi halini iki başlık altında incelemek mümkündür.

1.İşçinin Ölümü:

İş sözleşmesi taraflar arasında kişisel bir ilişki kurduğu ve bağımlı iş görme unsuru bizzat işçi tarafından yerine getirildiği için işinin ölümü ile birlikte iş sözleşmesi sona erecektir⁵²⁴. Ödünç iş ilişkisinde; işçinin ölümü halinde işçi ile ödünç veren işveren arasındaki sözleşme sona erer. Buna bağlı olarak işçinin ödünç alan işveren yanındaki istihdamı da sona erecektir⁵²⁵. İşçinin ölümü ile iş görme borcu mirasçılara geçmeyeceği için işveren edimin ifasını işçinin mirasçılarından talep edemeyecektir⁵²⁶. Eğer sözleşmede ödünç işçinin ifa imkansızlığının söz konusu olduğu durumlarda yerine bir başka işçinin verilmesi kararlaştırılmışsa ödünç işçi verme sözleşmesi sona ermeyecektir⁵²⁷. Öğretide yer alan bir görüşe göre;ödünç işçi sözleşmesinde işçinin kimliği açıkça belirtilmişse ya da işçinin nitelikleri özel olarak düzenlemişse işçinin ölümü ile ödünç işçi sözleşmesi sona erer. Ancak, ödünç işçinin nitelikleri genel olarak belirtilmişse ödünç veren işveren aynı niteliklere sahip bir işçiyi ödünç alan işverene gönderecek ve sözleşme sona ermeyecektir⁵²⁸.

2.İşverenin Ölümü:

İş sözleşmesi; kural olarak işverenin ölümü ile sona ermez.İşverenin ölümü ile birlikte iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar mirasçılara geçer. Çünkü sözleşme kurulurken esas olarak işverenin kişiliği dikkate alınmamaktadır. Buna karşılık sözleşme işverenin kişiliği dikkate alınarak

⁵²⁴ Güven,Aydın, s.112.

⁵²⁵ Serin, s.1085.

⁵²⁶ Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 2006, s.397.

⁵²⁷ Benli, s.29.

⁵²⁸ Odaman, s.279.

kurulmuşsa iş sözleşmesi de sona erecektir⁵²⁹. Ödünç iş ilişkisinde iki işveren bulunduğu için konuyu iki işveren açısından ayrı ayrı incelemek gerekir.

a.Ödünç Alan İşverenin Ölümü:

Ödünç alan işverenin ölümü ödünç işçi ile ödünç veren işveren arasındaki sözleşmeyi etkilemeyecektir. Ödünç alan işverenin sözleşmeden doğan hak ve borçları kişiliğine bağlı olmadığı için ödünç alan işverenin ölümü halinde ödünç verme sözleşmesi sona ermeyecek, ödünç alan işverenin yerini mirasçıları alacaktır⁵³⁰. Ancak ödünç iş ilişkisinin kurulmasında ödünç alan işverenin kişiliği belirleyici olmuşsa ödünç alan işverenin ölümü ile ödünç işçi sözleşmesi de sona erecektir⁵³¹.

b.Ödünç Veren İşverenin Ölümü:

Ödünç iş ilişkisinde; işçi verme borcu şahsen yerine getirilmesi gereken bir borç olmadığı için ödünç veren işverenin ölümü halinde ödünç işçi sözleşmesi ödünç veren işverenin mirasçıları ile devam edecektir⁵³². Ödünç veren işverenin ölümü ödünç veren işveren ile işçi arasındaki sözleşmeyi sona erdirmeyecektir⁵³³. Bununla birlikte; ödünç veren işverenin mirasçıları ödünç işçi sözleşmesini devam ettirmek istemezse sözleşmeyi feshedebileceklerdir⁵³⁴. Diğer taraftan; ödünç işçi verme sözleşmesi ile ödünç veren işverenin ölümünün sözleşmeyi sona ereceği kararlaştırılabilir⁵³⁵.

⁵²⁹ Demircioğlu,Centel, “İş Hukuku”, Seçkin Yayıncılık Beta Basım, 2006, s.165.

⁵³⁰ Odaman, s.281, Serin s.1085.

⁵³¹ Odaman, s.281.

⁵³² Günay Mehmet, s.118.

⁵³³ Serin, s.1085.

⁵³⁴ Odaman, s.280.

⁵³⁵ Günay Mehmet, s.118.

F. İş Sözleşmesinin Devri:

Ödünç iş ilişkisi devam ederken ödünç veren işverenin iş sözleşmesini işçinin rızasını alarak bir başka işverene devretmesi mümkündür. Bu durumda ödünç iş ilişkisi sona erebilecektir. Ancak, ödünç iş ilişkisinin sona ermesi, işçinin tarafı olduğu iş sözleşmesinin de sona ereceği anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte; ödünç iş ilişkisinde işçinin kişiliği özel olarak belirtilmemişse ödünç veren işverenin, ödünç alan işverene yeni bir işçi göndererek ödünç iş ilişkisinin devamını sağlaması mümkündür. Ayrıca iş sözleşmesini devralan işveren yeni bir ödünç iş ilişkisi kurarak işçiyi tekrar ödünç verebilecektir. Ancak, iş sözleşmesi ödünç alan işveren tarafından devralınırsa ödünç alan ve ödünç veren işveren sıfatları aynı kişide birleşeceği için ödünç iş ilişkisi sona erecektir.⁵³⁶

G.İş Sözleşmesinin Geçersizliği:

Tüm sözleşmelerde olduğu gibi iş sözleşmelerinin de kurulma aşamasındaki eksiklikler ve sakatlıklar nedeniyle genel kurallara göre geçersiz sayılması mümkündür⁵³⁷. Ödünç iş ilişki açısından sözleşmelerin geçersizliğini iki başlık altında inceleyebiliriz.

1.İş Sözleşmesinin Geçersizliği:

İş sözleşmesinin geçersizliğine neden olan sebepler ödünç veren işveren ve işçi arasındaki iş sözleşmesine de uygulanacaktır. İş sözleşmesinin geçersiz olması halinde ödünç iş ilişkisi geleceğe yönelik olarak sona erecektir. Ancak, bunun için ödünç iş ilişkisinin işçinin nitelikleri dikkate alınarak kurulmuş olması gerekir. Aksi durumunda ödünç veren

⁵³⁶ Odaman, s.281-282.

⁵³⁷ Çelik, s.118.

işveren benzer niteliklere sahip bir başka işçiyi göndererek ödünç iş ilişkisinin devamını sağlayabilecektir⁵³⁸.

2.Ödünç İşçi Sözleşmesinin Geçersizliği:

Ödünç işçi sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin mevzuatta özel bir düzenleme bulunmadığı için iş sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin genel hükümler ödünç işçi sözleşmesine de uygulanacaktır⁵³⁹. Bu anlamda sözleşme taraflarının ehliyeti ile ilgili eksiklikler, şekil eksiklikleri, hukuka ve ahlaka aykırılık ve imkansızlık halleri ödünç işçi sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğuracaktır⁵⁴⁰. B.K.'nin 20. maddesinin 1. fıkrasına göre; bir sözleşmenin konusu imkansız ve hukuka ya da ahlaka aykırı olursa sözleşme geçersiz olacaktır. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise; sözleşmede yer alan koşulların bir bölümü batıl ise sözleşmenin tümü geçersiz hale gelmeyecek, sadece batıl olan koşullar yok sayılacaktır. Ancak bu koşulların bulunmaması durumunda sözleşme hiç yapılmayacak idiyse, sözleşmenin tümü geçersiz olacaktır.

B.K.'de yer alan bu düzenleme geçmişte etkili olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır. Ancak "İşçiyi Koruma İlkesi" karşısında aynı sonuca İş Hukuku'nda ulaşmak mümkün değildir. Bu sayede, işçi geçersizliğin tespit edilmesinden önceki döneme ilişkin çalışmalarının karşılığı olan haklarını talep edebilecektir. Ödünç iş ilişkisinde de, ödünç işçi sözleşmesi geçersizliğin tespit edildiği ana kadar sonuçlarını doğurmaya devam edecektir. Ancak geçersizliğin tespit edilmesi ile birlikte; ödünç iş ilişkisine temel teşkil eden sözleşme geçersiz olacağından, ödünç iş ilişkisi de sona erecektir⁵⁴¹.

⁵³⁸ Günay Mehmet, s.114-115.

⁵³⁹ Serin, s.1084.

⁵⁴⁰ Odaman, s.277.

⁵⁴¹ Odaman, s.277.

Bunun dışında; iş sözleşmesinde taraf iradelerinin hata, hile, tehdit gibi sebeplerle sakatlanması mümkündür. Bu durumda iş sözleşmesi geçerli olarak kurulmuş olmakla birlikte; iradesi sakatlanan taraf sözleşmeyi iptal edebilecektir. Sözleşmenin iptali halinde B.K. düzenlemeleri uygulanacaktır⁵⁴². B.K.'nin 31. maddesinin 1. fıkrasına göre; iradesi sakatlanmış olan taraf; sözleşmeyle bağlı kalmak istemediği yönündeki iradesini karşı tarafa bildirmeden veya sözleşme gereği almış olduğu şeyleri iade etmeden bir seneyi geçirirse sözleşmeye icazet vermiş kabul edilir⁵⁴³. Ancak B.K.'nin iptal hakkını tanımış olduğu haller iş hukuku açısından sözleşmenin haklı nedenle feshine ilişkin koşulları taşıyorsa İş Kanunu hükümleri B.K hükümlerine göre özel hüküm niteliği taşıdığı için bu hükümler öncelikli olarak uygulanacaktır⁵⁴⁴. Sözleşmenin iptali durumunda iptal beyanının hüküm ve sonuç doğuracağı anın iş sözleşmesi açısından belirlenmesi gerekir. B.K.'ye göre sözleşme irade sakatlığı nedeniyle iptal edildiğinde geçersizlik sözleşme yapıldığı andan itibaren sonuç doğurmaktayken, iş sözleşmesi söz konusu nedenlerle iptal edildiğinde geçersizlik geleceğe yönelik olarak sonuç doğuracaktır⁵⁴⁵. Yani işçi; sözleşmenin yapılmasından iptal edildiği tarihe kadar ki tüm işçilik haklarını her zaman talep edebilecektir. Ödünç iş ilişkisinde de, ödünç işçi sözleşmesi iradeyi sakatlayan nedenlerden biri ile iptal edilirse ve taraflardan biri ödünç iş ilişkisi içinde çalışmakta iken B.K.'nin 31. maddesinde düzenlenen bir yıllık süre içinde sözleşmenin geçersizliği talebinde bulunursa, ödünç işçi sözleşmesi sona ereceği için ödünç iş ilişkisi de sona erecektir. Ancak ödünç iş ilişkisi süreci içinde işçinin hak edebileceği tüm işçilik haklarına zarar gelmeyecek, işçi bu hakları her zaman talep edebilecektir⁵⁴⁶.

⁵⁴² Sümer, s.60, Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 2006, s.277, Eyrenci, Taşkent, Ulucan, “Bireysel İş Hukuku”, Legal Yayıncılık, 2004, s.89.

⁵⁴³ Odaman, s.278.

⁵⁴⁴ Sümer, s.60, Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 2006, s.277, Eyrenci, Taşkent, Ulucan, “Bireysel İş Hukuku”, Legal Yayıncılık, 2004, s.89.

⁵⁴⁵ Süzek, “İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 2006, s.277, Eyrenci, Taşkent, Ulucan, “Bireysel İş Hukuku”, Legal Yayıncılık, 2004, s.89, Çelik, s.177-178.

⁵⁴⁶ Odaman, s.278.

SONUÇ

“Esneklik” olgusu 1970’li yıllardan sonra ekonomik ve toplumsal alanda yaşanan gelişmeler sonucunda ortaya çıkmış ve işletmeleri gerek üretim ve emek sürecinde gerekse de istihdam ilişkilerinde esnek davranmaya, esnek çalışma modelleri geliştirmeye zorlamıştır. Yapmış olduğumuz çalışmanın konusu olan geçici (ödünç) iş ilişkisi de bu gelişmeler sonucunda doğmuş olan yeni bir çalışma modelidir.

4857 sayılı İş Kanunu’nun “Geçici İş İlişkisi” kenar başlıklı 7. maddesine göre; “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.” 4857 sayılı İş Kanunu tasarısının meclis görüşmeleri sırasında “ödünç” ifadesinin işçinin kişiliğine zarar verebilecek nitelikte olduğu belirtilerek “geçici” ifadesinin kullanılmasının uygun olacağı belirtilmiş ve kurum, Kanunda “geçici iş ilişkisi” olarak yerini almıştır.

Geçici (ödünç) iş ilişkisinde, ödünç veren işveren işini görülmesini isteme hakkını bir ya da birden fazla işçi açısından bir başka işverene devretmektedir. Ödünç alan işveren ise arasında iş sözleşmesi olmamasına rağmen devralmış olduğu işçiden işin görülmesini isteme hakkına sahip olmaktadır. Bu bağlamda; ödünç iş ilişkisi içinde üç hukuki suje bulunmaktadır. Bunlardan ilki, işçisini bir başka işverene devreden ödünç veren işveren, ikincisi aralarında sözleşme ilişkisi bulunmadığı halde işin görülmesini isteme hakkına sahip olan ödünç alan işveren ve sonuncusu da ödünç alan işveren ile ödünç veren işveren arasında yapılan ödünç işçi sözleşmesinin konusu olan, işgörme borcunu iş sözleşmesi ile bağlı olmuş olduğu işverenden farklı bir işverene karşı geçici bir süreliğine kendi rızası ile ifa eden ödünç işçidir.

Ödünç iş ilişkisi, ya gerçek ödünç iş ilişkisi (meslek edinilmemiş şekilde işçi verme) ya da gerçek olmayan ödünç iş ilişkisi (meslek edinilmiş şekilde işçi verme) gerçekleşebilmektedir. Gerçek Ödünç İş İlişkisinde (Meslek Edinilmemiş Şekilde İşçi

Verme) çeşitli sebeplerle işveren, arasında iş sözleşmesi bulunan işçisini geçici bir süreliğine başka bir işverenin emrine vermektedir. Bu durumda işçi ile yapılan sözleşme aslında kendi işverenine karşı belli bir edimi ifa etmek amacıyla yapılmıştır. Ancak işçinin rızası ile istisnai olarak işçi bir başka işverenin emrine verilmektedir. İşçi, ödünç alan işveren yanındaki çalışması sona erince arasında iş sözleşmesi bulunan işverenin yanına dönmektedir. Bu tür ödünç iş ilişkisinde, ödünç veren işveren herhangi kazanç sağlamamaktadır. Gerçek Olmayan Ödünç İş İlişkisinde (Meslek Edinilmiş Şekilde İşçi Verme), işveren işçiyi ödünç alan işverene tahsis etmekte, başka işletmelere işçi teminini meslek olarak yerine getirmektedir. İşçiyle sadece ödünç vermek için sözleşme yapmaktadır. İşveren bu amaçla yapmış olduğu sözleşme ile hiçbir işçiyi yanında çalıştırmamakta, işçileri ihtiyacı olan işverenlere ödünç vermektedir. İşçi de arasında iş sözleşmesi bulunan işverenin yanında hiç çalışmamaktadır.

4857 sayılı İş Kanununa ilişkin hazırlanan taslakta ödünç iş ilişkisi “ödünç iş ilişkisi” ve “mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi” iki ayrı başlık altında düzenlenmiştir. Ancak işçi kesiminden gelen tepkiler nedeniyle “mesleki faaliyet olarak yapılan ödünç iş ilişkisi” madde metninden çıkarılmıştır. Çalışma hayatına baktığımızda ise çeşitli isimler altında firmaların mesleki olarak ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunduğu görülmektedir. Ancak konuyla ilgili yasal düzenleme bulunmaması nedeniyle bu tür ilişkilerin kötüye kullanılması, hem işçi hem de işveren açısından olumsuz sonuçlar doğurması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle birçok Avrupa ülkesinde olduğu gibi ülkemizde de konunun yasal düzenlemeye kavuşturulması uygun olacaktır.

Mevcut düzenlemeye göre; ödünç iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılabilmekte, gerekli olması halinde en fazla iki defa yenilebilmekte yani en fazla on sekiz ay süre ile kurulabilmektedir. Hazırlanan tasarıda ise tarafların geçici (ödünç) iş ilişkisini ihtiyaçlarına göre yürütecekleri, hakkın kötüye kullanıldığının ispat edilmesi durumunda buna ilişkin sonuçların doğacağı ve uygun bir süre geçtikten sonra işçinin işverenin işçisi olarak kabul edilmesi şeklinde mahkemenin karar verebileceği bu nedenle ödünç iş ilişkisinin kurulmasına herhangi bir sınırlama getirilmediği belirtilmiştir. Ancak ülkemizde “mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi” kurumu olmadığına göre, işverenin kazanç elde etmeden işçisini sınırsız süre ile bir

başka işverene vermesi bir anlam taşımamaktadır. Bu nedenle ödünç iş ilişkisi süresinin sınırlandırılması bu ilişkinin kurulma amaçlarına da uygundur.

On sekiz aylık sürenin sonunda işçinin ödünç veren işverenin işyerine dönmemesi halinde ödünç alan işveren işçi karşısında işveren konumuna sahip olacağı için ödünç veren işveren ile işçi arasında bulunan sözleşmenin zımnen sona erdiği ve ödünç alan işveren ile işçi arasında zımni irade beyanı ile bir sözleşme ilişkisi kurulduğu kabul edilmelidir. Ancak bu sözleşme ilişkisi iş sözleşmesi devri ile değil yeni bir iş sözleşmesi kurulması ile meydana gelmektedir. Çünkü iş sözleşmesinin devrinde mevcut iş sözleşmesi bir bütün olarak bir başka işveren tarafından üstlenilmektedir. Oysa ki on sekiz aylık sürenin sonunda işçinin ödünç veren işverenin işyerine dönmemesi halinde ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesinin ödünç alan işveren tarafından devralınması değil ödünç alan işveren ile işçi arasında yeni bir sözleşme yapılması söz konusu olmaktadır. Ancak on sekiz aylık sürenin sonunda ödünç veren işverenin yanına dönen işçinin makul bir süre çalıştıktan sonra aynı işverene ödünç verilmesi mümkündür. Bu durumda makul süre ifadesinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Kanunda konuyla ilgili açık bir düzenleme bulunmadığına göre makul sürenin, birbirinin devamı niteliğini taşımayacak şekilde, işçinin ve yapılan işin niteliğine göre her sözleşme için ayrı ayrı belirlenmesi gerekir. Ayrıca hazırlanan tasarıda ödünç iş ilişkisi kurulurken sadece işçinin rızası aranırken, kabul edilen metinde işçinin rızası yanında, rızanın yazılı olmasının gerekli olduğu kabul edilmiştir. Ancak Kanun'da sözleşmenin yenilenmesi esnasında işçinin yazılı rızasının alınacağı yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna rağmen, karşılaşılabilecek sorunlarda ispat sorunu yaşamamak için yenileme dönemlerinde de işçinin yazılı rızası alınmalıdır.

Ödünç iş ilişkisine başvurulamayacak haller açısından ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 5. fıkrasına göre; işçiyi geçici süre ile devralan işveren grev ve lokavt aşamasına gelen bir uyuşmazlığın tarafı ise, işçiyi grev ve lokavt süresince çalıştıramayacaktır. Ödünç iş ilişkisi, ödünç alan işverenin işyerinde toplu uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce kurulmuş olsa dahi, aynı durum geçerli olacaktır.

Yani ödünç veren işveren işçiye işyerinde iş vermek buna karşılık ödünç işçi de ödünç veren işverenin işyerinde çalışmak zorundadır. Getirilen bu düzenleme grev süreci boyunca çalışamayacak olan işçinin mağduriyetini önlemesi açısından olumludur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 6. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde ödünç iş ilişkisi kurulamayacaktır. İşveren, toplu işçi çıkarma kararının kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikte işler için yeniden işçi almak isterse çıkarmış olduğu işçilerden nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırmak zorundadır. Yani toplu işçi çıkarmanın söz konusu olduğu işlerde ödünç iş ilişkisi gerçekleşmeyecektir. Eğer ödünç iş ilişkisi kurulursa, bu ilişki baştan itibaren geçersiz olacaktır.

Ödünç iş ilişkisini toplu iş ilişkileri açısından işçinin sendika üyeliği ve toplu iş sözleşmesinden yararlanma, grev hakkı ve lokavt açısından incelememiz mümkündür. Sendika üyeliği açısından ödünç işçi, sadece arasında iş sözleşmesi bulunan işverenin girdiği iş kolunda kurulacak olan sendikanın kuruluşuna katılabilecek, o iş kolunda kurulacak olan sendikanın üyesi olabilecek ya da böyle bir sendikanın üyesi ise o sendika ile ilişkilerini sürdürebilecektir.

Toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanabilme açısından ödünç işçi, iş görme borcunu ödünç alan işverenin işyerinde yerine getirmesine rağmen ödünç veren işveren ile arasındaki iş sözleşmesi devam ettiği için ödünç veren işverenin işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden faydalanabilecektir. Ancak ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığı için ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanması doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre; toplu iş sözleşmelerinin işçinin işyerindeki çalışma sürelerini, davranışlarını, fazla çalışmalarını düzenleyen hükümleri ödünç işçiye de uygulanmalı ve işçiye fazla çalışma ve gece çalışmalarının karşılığı ödenmelidir. Karşı görüşe göre ise; gece çalışması ve fazla çalışma karşılığında hak kazanılan primler ücret niteliğinde olduğu için ödünç işçiye söz konusu durumlara ilişkin düzenlemeler uygulanmamalıdır.

Ancak ödünç işçi, iş görme borcunu ödünç alan işverene karşı, onun işyerinde yerine getirdiğine göre ödünç alan işverenin işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin çalışma sürelerini, fazla çalışmaları düzenleyen hükümleri ödünç işçiye de uygulanmalıdır.

Ödünç iş ilişkisinde işçinin grev hakkını ise iki işverenin işyeri açısından ayrı ayrı incelemek gerekir. Ödünç veren işverenin işyerinde yapılan grev açısından ödünç işçi bu işyerinde yapılan greve katılabilecektir. 2822 sayılı TSGLK'nin 2. maddesine göre; toplu iş sözleşmeleri iş sözleşmelerini düzenlemek amacıyla yapıldığı için ödünç işçinin, tarafı olduğu iş sözleşmesini etkileyecek toplu iş sözleşmesi hükümlerine ulaşmak için yapılan greve katılması mümkündür. Ancak ödünç iş ilişkisinde işçi, bir başka işverenin işyerinde çalışmakla yükümlü olduğu için işçinin ödünç veren işverenin işyerinde yapılan greve katılamayacağı, lokavta maruz kalamayacağı, bu nedenlerle işi bırakırsa çalışma yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olacağı yönünde görüşler bulunmaktadır. Ancak grev hakkı, anayasal bir hak olduğuna göre ödünç iş ilişkisi bu hakkın kullanılmasına engel bir ilişki olarak görülemeyecektir. Bu bağlamda; işçi ödünç alan işverenin işyerindeki ifa etmekte olduğu işi bırakarak greve katıldığında iş görme borcunu ihlal etmiş olmayacaktır. Ödünç alan işverenin işyerinde yapılan grev açısından ödünç işçi ödünç alan işverenin işyerinde yapılan greve katılamayacaktır. Çünkü grev, toplu iş sözleşmesi düzenine bağlı bir iş mücadelesi aracıdır. Ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığı için ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerinde yapılan greve katılması hukuken mümkün değildir.

Ödünç iş ilişkisinde; ödünç veren işveren ile işçi, ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren ve ödünç alan işveren ile işçi arasındaki olmak üzere üç hukuki ilişki meydana gelmektedir. Ödünç iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda; ödünç işçinin ödünç veren ya da ödünç alan işverene karşı açacağı davalarda görevli mahkeme, iş mahkemesidir. Ancak iki işveren arasında ödünç işçi sözleşmesinden doğan davalarda ise her iki taraf da işveren sıfatında olduğu için görevli mahkeme, iş mahkemesi değil genel mahkemeler olacaktır.

Ödünç iş ilişkisinde tarafların borçlarını söz konusu ilişkinin üç sujesi açısından ayrı ayrı ele almak gerekir. Ödünç verilen işçinin hem ödünç alan hem de ödünç veren işverene karşı işgörme, sadakat ve talimatlara uyma borcu bulunmaktadır. İşçi yerine getirmekle yükümlü olduğu bu borçlara aykırı hareket ederse her iki işverene karşı da sorumlu olacaktır. Kanun metninde ödünç alan işverenin işçiye talimat verme hakkına sahip olduğu belirtilmesine rağmen, hakkın kullanım sınırlarına ilişkin açık bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle ödünç işçi sözleşmesinde taraflarca konuyla ilgili bir düzenleme getirilmediği sürece ödünç alan ve ödünç veren işverenin yönetim hakkının sınırlarının iş görme borcunun gereklerine göre belirlenmesi gerekir.

Ödünç veren işveren, işçiyi bir başka işverene geçici süreliğine devretmiş olmasına rağmen işçiye karşı ücret ödeme, yasal kesintileri yapma ve gözetme borcu devam etmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7.maddesindeki düzenlemeye göre, ödünç alan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı süre içinde ödenmeyen ücretinden, sosyal sigorta primlerinden ödünç veren işveren ile birlikte sorumludur. Yani ödünç iş ilişkisi kurulması ile ödünç veren işverenin sorumlulukları sona ermemekte, kanun gereği ücret ve sosyal sigorta primleri ve gözetme borcuna ilişkin olarak ödünç alan işveren ile birlikte sorumlu olmaya devam etmektedir. İşveren tarafları aralarında söz konusu borçlardan ödünç alan işverenin sorumlu olduğunu kabul etseler dahi ödünç veren işveren kanun gereği ödünç alan işveren ile birlikte sorumlu olmaya devam edecektir. Ayrıca ödünç veren işverenin, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlülüğü 4857 sayılı İş kanunun 7. maddesinin 1. fıkrasında, "geçici iş ilişkisinde ödünç veren işveren işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür" şeklinde düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrasına göre de, ödünç alan işveren, işçiyi gözetme borcundan ödünç veren işverenle birlikte sorumludur. Bu bağlamda; ödünç işçi ödünç alan işverenin işyerinde çalışırken uğramış olduğu zararların tazmini için her iki işverene de başvurabilecek, işverenler işçiye karşı birlikte sorumlu olacaklardır. Ancak maddenin getirmiş olduğu sorumlulukların kaynağı farklı olup eksik teselsül söz konusudur. Yani ödünç işçi uğramış olduğu zararların tazmini için ödünç veren işverene başvurursa, ödünç veren işveren tazmin etmiş olduğu bu zararları ödünç alan işverene rücu edebilecektir.

Ayrıca işverenlerin gözetme borcuna aykırı hareket etmeleri durumunda idari ve cezai sorumlulukları da gündeme gelebilecektir.

Ödünç iş ilişkisi düzenlemelerine aykırı hareket edilmesi durumunda uygulanacak yaptırımlar ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun 99. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; Kanunu'nun 7. maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülöklere aykırı davranan işveren ya da işveren vekillerine her işçi için elli milyon idari para cezası uygulanacaktır.

Ödünç iş ilişkisinin kuruluşu, şekli, hüküm ve sonuçları kanunda düzenlenmiş olmasına rağmen, ödünç iş ilişkisinin sona erme nedenlerine ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamakta, genel olarak iş sözleşmesini sona erdiren nedenler ödünç iş ilişkisine de uygulanmaktadır. Ancak ödünç iş ilişkisi; ödünç veren işveren, ödünç alan işveren ve işçi arasında kurulmuş olan üçlü bir ilişki olduğuna göre, sona erme nedenlerinin bu ilişki yönünden özellik taşıyan durumlarının kanunda ayrıca düzenlenmesi uygulamada kolaylık sağlayacaktır.

Ödünç iş ilişkisinin, 4857 sayılı İş Kanunu ile kanuni bir zemine sahip kılınması, yaşanan belirsizlikleri sona erdirmesi açısından önemli olmakla birlikte, zaman içinde doğan ihtiyaçlar doğrultusunda kanunda gerekli değişikliklerin yapılmasının uygun olacağı kanısındayız.

KAYNAKÇA

- AKI Erol, “İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yıl Armağan, Ağustos 2006
- AKI Erol, “Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunu”, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Nisan 2000,C.5,S.3
- AKTAN Çoşkun Can, “Çalışma Hayatının Esnekleştirilmesi ve Devlet Müdahalesinin Azaltılması”, www.canaktan.org.tr
- AKTAY A.Nizamettin, “İş Hukukunda Esneklik Kavramının Ortaya Çıkışı ve Esneklik Uygulamaları”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999
- AKTAY Nizamettin, Arıcı Kadir, KAPLAN/SENYEN E.Tuncay, “İş Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Mart 2006
- AKYİĞİT Ercan, “Ödünç İş İlişkisinin Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Görünümü”, **TÜHİS**, Şubat 1999
- AKYİĞİT Ercan, “Ödünç İşçinin Sosyal Güvenliği”, **TÜHİS**, Mayıs 1995
- AKYİĞİT Ercan, “İş Aracılığı Üzerine Bazı Düşünceler”, **İş Hukuku Dergisi**, Ekim-Aralık 1992
- AKYİĞİT Ercan, “Ödünç İş İlişkisinin (Başkasına İşçi Vermenin) Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Görünümü”, **TÜHİS**, Şubat 1996
- AKYİĞİT Ercan, “İş Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Mart 2005
- AKYİĞİT Ercan, “İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi”, Yetkin Yayınları, 2008

ALÇELİK Turhan, “Esneklik”, **İşveren Dergisi**, Mart 2002

ALPAGUT Gülsevil, “İstihdam Büroları Konusunda Uluslar arası Alandaki Gelişmeler”, **TÜHİS**, Mayıs 1998

ANDAÇ Faruk, “Yeni İş Kanunu’nun Öngördüğü Yükümlülükler”, **TİSK Yayınları İşveren Dergisi**, Temmuz 2003,

ANDAÇ Faruk, “**İş Hukuku (Türk Çalışma Hukuku)**”, Yargı Yayınevi, 2005

ARSLANOĞLU Mehmet Ali, “**İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler**”, Legal Yayıncılık, Nisan 2005

Avrupa’da Esneklik Uygulamaları Çalışan Bir Avrupa Yaratılması”, **TİSK Yayınları**, Şubat 2001, Yayın No:204

AYAN Özge, “Türk İş Hukukunda Alt İşverenlik İlişkisi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Nisan 2006, C.:3, S:10,

AYDINLI İbrahim, “**İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**”, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2004

AYDINLI İbrahim, “Çalışma Hayatında Geçici (Muvakkat) İşçilik ve İş Hukuku Düzenlemeleri Karşısındaki Durumu”, **TÜHİS**, Şubat-Mayıs 1999

BAŞBUĞ Aydın, “İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki”, **TÜHİS**, Mayıs-Ağustos 2003

BAŞESGİOĞLU Murat, “4857 Sayılı Kanunun Endüstri İlişkilerine Getirdikleri”, **TİSK Yayınları İşveren Dergisi**, Haziran 2003

BAŞOĞLU Sedat, “Esnek Üretim Hukukunun Esnekleştirilmesi ve İşçi Sağlığına Etkileri”, **Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi**, Temmuz 2003

BAŞTERZİ Fatma, “Özel İstihdam Büroları ve İtalya Örneği”, **İşveren Dergisi**, Eylül 2005, www.tisk.org.tr/isveren

BENLİ Abdurrahman, “14857 sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları”, **Kamu İş Dergisi**, 2006, C.:8,S.4

BİLGİLİ Abbas, “**İş Güvencesi Hukuku, İşe İade Davaları**”, Karahan Yayınları, 2005

BİRCAN İsmail, “Türkiye’de İstihdam Sorunu, İŞKUR Yasası ve Özel İstidam Büroları” , **İşveren Dergisi** ,Nisan 2000

BOZKURT Argun BOZKURT, “**İş Yargılaması Hukuku**”, Seçkin Yayıncılık, 2003

BÜYÜKUSLU Ali Rıza, “**Avrupa Birliği Perspektifinden ve Endüstri İlişkileri Boyutuyla Yeni İş Kanunu, Esneklik ve İş Güvencesi**”,Derin Yayınları, 2004

CENTEL Tankut, “Esneklik Uygulamaları ve Türkiye”, **Mercek Dergisi**,Temmuz 1999

“Çalışma Hayatında Esneklik”, **TİSK Yayınları**, Kasım 1999, Yayın No:190

ÇANKAYA Osman Güven, ÇİL Şahin, “**İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**”,Yetkin Yayınları, Ocak 2006

ÇANKAYA Osman Güven, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı,Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar”, **Kamu-İş Dergisi**, 2002, C:6, S.4

ÇELİK Nuri, “**İş Hukuku Dersleri**”, Beta Basım, Ağustos 2006

ÇİFTER Alğun, DEMİR Özge, “4857 sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisi Kavramı, Türleri ve Koşullar”, **İTÜ Sosyal Bilimler Dergisi**, 2006, Yıl:5, S.10

DEMİR Fevzi, “4857 sayılı İş Kanunu’nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 2003

DEMİR Fevzi, “**Sorularla Bireysel İş Hukuku**”, Şen Matbaa, Mart 2006

DEMİRCİOĞLU Murat, CENTEL Tankut, “**İş Hukuku**”, Seçkin Yayıncılık Beta Basım, 2006

DÖNMEZ Kazım Yücel ,”**İşçinin Borçları**”, Yetkin Yayınları, 2000

EKİN Nusret, “Esneklik Çağı”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999

EKİN Nusret, “İş Reformu Yasasının Dayanakları:Güvenlik ve Esneklik”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 2003

EKMEKÇİ Ömer, “4857 sayılı İş Kanununda Geçici(Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması,Hükümleri ve Sona Ermesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, , Nisan-Mayıs-Haziran 2004, S.2

ENGİN Murat , “İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkının Devri:Ödünç İş İlişkisi”, **İş Hukuku Dergisi**, Temmuz-Eylül 1999

ERDOĞAN Gürbüz, “**İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku**”, Detay Yayıncılık, Ekim 2006

ERDUT Tijen, “Esneklik ve İş Süresi”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999

ERDUT Tijen, ”Çalışma Yaşamında Esneklik ve Kurlsızlaştırma”, **TÜHİS**, Kasım 2003

ERKEKLİ Ferit, “İstihdam Politikaları, Esneklik ve Özel İstihdam Büroları”, **TİSK Yayınları İşveren Dergisi**, Eylül 2007

ERTÖR Salih, “Esnek Çalışmanın Sanayi İçin Önemi ve Almanya’dan Örnek Modeller”, **Mercek Dergisi**, Nisan 2005

ERTÜRK Şükran, “İş İlişkisinde Temel Haklar”, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2002

EVREN Gülnur , “**Esnek Çalışma ve İstihdama Etkileri**”, Seçkin Yayınevi, Ocak 2007

EVREN Öcal Kemal, “**İş Mevzuatı Açısından İşverenin El Kitabı**”, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2005

EYRENCİ Öner, TAŞKENT Savaş, ULUCAN Devrim, “**Bireysel İş Hukuku**”, Legal Yayıncılık, 2004

EYRENCİ Öner, “4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Değerlendirme”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, Ocak-Şubat-Mart 2004, S.1

HEKİMLER Alper, “Federal Almanya’da Ödünç İş İlişkisinin Yasal Çerçevesi”,**TİSK İşveren Dergisi**, Nisan 2004

GÜNAY Cevdet İlhan, “Çalışma Sürelerinde Esneklik”, **Kamu-İş** , 2004, C:7, S:3

GÜNAY Cevdet İlhan, “**İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulaması**”, Yetkin Yayınları, 2004

GÜNAY Mehmet, “**İş Hukuku’nda Ödünç İş İlişkisi**”, Adalet Yayınevi, Ağustos 2007

GÜVEN Ercan , AYDIN Ufuk , “**Bireysel İş Hukuku**”, Nisan Kitapevi, 2004

IŞIK Rüçhan , “Esneklik Üzerine Bir Not”, **Mercek Dergisi**, Ekim 2003

KABAKÇI Mahmut, “**Toplu Pazarlık Sürecinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt**”, EMO Yayıncılık, Nisan 2004

KANDEMİR Murat, “Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalışma Serbestisi ve Sınırları”, **AÜHFD**, 2005, C.54, S.4

KAPLAN E.Tuncay, “**İşverenin Hukuki Sorumluluğu**”,1992

KARAKOYUNLU Erdoğan, “Ya Esneklik Olmazsa”, **TİSK Yayınları İşveren Dergisi** , Şubat 2003

KAYA Pir Ali, “**İş Hukukunun Temel Yasaları**”, Nobel Yayıncılık, Ekim 2006

KENAR Necdet, “Özel İstihdam Bürolarının Faaliyete Geçmesini Teminen Bir Yasal Düzenlemeye İhtiyaç Vardır.”, **İşveren Dergisi**, Nisan 2000

KESER Hakan, “İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansıması”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Ocak-Şubat-Mart 2006, S.:9

KILIÇ Leyla, “**İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlam Hükümlülüğü ve Sorumluluğu**”, Yetkin Yayınları, Mart 2006

KONUK Ali Nafiz; “Yasalarda Esneklik ve Yumuşama Gerekli Mi?”, **Mercek Dergisi**, Ekim 2002

KUTATGOBİLİK Tuğrul, “4857 sayılı İş Kanunun Çalışma Hayatımıza ve Ekonomimize Muhtemel Etkileri ve İş Kanununa Bağlı Olarak Yapılması Gerekli Düzenlemeler”, **İşveren Dergisi**, Haziran 2003

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu’nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler”, **Kamu-İş Dergisi** , 2004, C:7, S: 4

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi , “**İş Hukuku**”,Turhan Kitapevi, Şubat 2005

ODAMAN Serkan, “**Türk ve Fransız Hukuku’nda Ödünç İlişkisi**”, Legal Yayıncılık, Ocak 2007

ÖZKAN Ahmet Emin, “Özel İstihdam Büroları”, **Mercek Dergisi** ,Nisan 1997

SERİN İlhan, “4857 sayılı İş Kanunu’nda Geçici(Ödünç) İş İlişkisi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, Temmuz-Ağustos-Eylül 2005, S.:7

SOYER Polat, “4857 sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, **Sicil Dergisi**, Mart 2006

SUR Melda, “**İş Hukuku Toplu İlişkiler**”, Turhan Kitapevi, 2006

SÜMER Haluk Hadi, “**İş Hukuku**”, Mimoza Yayınları, Eylül 2005

SÜRAL Nurhan, “4857 sayılı İş Kanunumuzda Esneklik Açılımları”, **İşveren Dergisi**, Eylül 2007

SÜRAL Nurhan, “Özel İstihdam Büroları”, **İşveren Dergisi**, Eylül 2005,

SÜZEK Sarper, “**İş Hukuku(Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)**”, Beta Yayıncılık, 2006

SÜZEK Sarper, “İş Akdinin Türleri”, **Mercek Dergisi**, Nisan 2001

ŞEN Sabahattin, ”Esnek Üretim ve Esnek Çalışma”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi** , Kasım 1999-Şubat 2000

ŞEN Sabahattin, “**Esnek Üretim-Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkileri**”, Turhan Kitapevi, Mayıs 2004

ŞEN Murat , “Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Feragat”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Ağustos 2005

TARCAN Nurseli, “Çağı Yakalama ve Rekabet Edilebilirlikte Çalışma Mevzuatının Rolü:Esnek ve Çağdaş İş Kanun”, **Mercek Dergisi**, Ekim 2001

TAŞKENT Savaş, “Alt İşveren”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, S.:2

TUNCAY A.Can, “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos 2001, C.:16-17

TUNCAY A.Can, “Esneklik Gerçeği Karşısında Çalışma Mevzuatında ve Olması Gerekenler”, **Mercek Dergisi**, Ekim 2002

TUNCAY A.Can, “Değişim, Esneklik ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri”, **Mercek Dergisi**, Temmuz 1999

TUNCAY A.Can , “Bir Seminerin Ardından:Özel İstihdam Büroları”, **Çimento İşveren Dergisi** ,Ocak 1995

TUNCAY A.Can, “Özel Faaliyet Olarak İş ve İşçi Bulma Hakkında Düşünceler”, **İş Hukuku Dergisi**, Temmuz-Eylül 1991

TUNÇOMAĞ Kenan, CENTEL Tankut, “**İş Hukukunun Esasları**”, Beta Yayım, 2003

Türkiye’de İş ve İşçi Bulma Hizmetlerinin Çağdaş Bir Yapıya Kavuşturulması ve Özel İstihdam Büroları”, **İşveren Yayınları**, Nisan 2000

Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, “**4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi**”

Türkiye’nin Bilgi Ekonomisi Yarışındaki Yeri, **TİSK Yayınları**, Mart 2003

Yayın No:230

UÇKAN Banu, “Geçici İstihdam Büroları”, **TİSK Yayınları İşveren Dergisi**, Mayıs 2002, www.tisk.org.tr/isveren

ULUCAN Devrim, “AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve 4857 sayılı İş Kanunu’nda Yer Alan Esnek Çalışma Modelleri”, **Mercek Dergisi** ,Temmuz 2003

UŞEN Şelale, “İtalyan Emek Piyasasında Biagi Reformu ve Yeni İstihdam Türleri”, www.iibf.kou.edu.tr

UYANIK Yücel, “İşgücü Piyasalarında Esneklik ve Bölünme”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, 2003, C:7, S:2

YÜKSEL Nihat, “Çalışma Hayatında Esnekleşme İhtiyacı”, **TİSK Yayınları İşveren Dergisi**, Şubat 2003, C.41

ZEYTİNOĞLU Emin, “İş Hukukunda Esneklik ve 4857 sayılı İş Kanunu’na Çeşitli Yansımaları”, **İTÜ Sosyal Bilimler Dergisi**, 2006, Yıl:5, S.10

“4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi”, **TİSK Yayınları**, Temmuz 2003, Yayın No:234

“4857 Sayılı İş Kanunu: Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri”, **TİSK Yayınları Hukuk Bölümü**, Aralık 2004

EK-A

Ödünç İş İlişkisi İşçi Onayı

..... tarihli sözleşme uyarınca ödünç iş ilişkisi hükümlerine uygun olarak ödünç alan işverenliği yanında çalışmaya muvafakat ediyorum.(Tarih)

İşçi/Adı Soyadı/İmza

EK-B

ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ SÖZLEŞMESİ

İş bu sözleşme ile ödünç veren işverenliği ile ödünç alan işverenliği arasında işinin yapılması için.....adlı işçinin süre ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7.maddesi uyarınca çalışması amacıyla, ödünç iş ilişkisi kurulmuştur.

Sözleşmenin uygulanması ve diğer işçilik hakları ile ilgili olarak anılan madde hükmü ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun diğer hükümleri uygulanacaktır.
(Tarih)

Ödünç Veren
Unvan/İşveren Vekili

Ödünç Alan
Unvan/İşveren Vekili

Ödünç Veren İşveren Bilgileri

Ödünç Alan İşveren Bilgileri

ÖZET

ZENGİN, Arzu. “Geçici (Ödünç) İş İlişkisi”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008. Teknoloji alanında yaşanan gelişmeler, uluslararası alanda görülen rekabet bir çok alanı olduğu gibi çalışma hayatını da etkilemiştir. Yaşanan bu gelişmeler, çalışma hayatında esnekleşme olgusunu gündeme getirmiş ve esneklik temelli yeni iş ilişkilerinin doğmasını sağlamıştır. İşçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverenle arasındaki sözleşmeyi sona erdirmeden, işin görülmesini talep hakkının geçici bir süreliğine bir başka işverene devredilmesi anlamına gelen geçici (ödünç) iş ilişkisi, bu yeni iş ilişkisi örneklerinden bir tanesini oluşturmaktadır. Ülkemizde 1960’lı yıllardan itibaren uygulanmaya başlayan geçici (ödünç) iş ilişkisi, 1475 sayılı İş Kanunu hükümlerinin bu ilişkiye yönelik ihtiyaçlara cevap verememesi nedeniyle A.B’ye uyum süreci kapsamında yapılan mevzuat çalışmaları ile 10 Haziran 2003 tarihli 4857 sayılı İş Kanunu ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Geçici (ödünç) iş ilişkisi, yasal düzenlemeye yeni kavuşmuş bir kurum olduğu için konuyla ilgili çok fazla mahkeme kararı ve içtihat bulunmamaktadır. Yapılan bu çalışmada; öncelikle esneklik olgusu neden ve sonuçları ile birlikte ele alınıp incelendi. Daha sonra geçici (ödünç) iş ilişkisinin tanımlaması yapılarak, benzer hukuki kavramlardan farkları tespit edilerek kurulma koşulları, doğurmuş olduğu hukuki sonuçlar, sona erme koşulları ve geçici (ödünç) iş ilişkisi düzenlemelerine aykırılığın sonuçları ele alındı. Konuyla ilgili çalışma hayatında yaşanan sorunlara yönelik çözüm önerileri geliştirilmeye çalışıldı. Bu doğrultuda; konuyla ilgili mevzuat hükümleri, yazılmış kitaplar, makaleler, mahkeme kararları araştırıldı. Yapılan inceleme sonucunda varılan sonuçlar, söz konusu üçlü ilişki içinde yer alan asıl işveren, geçici işveren ve işçi menfaatleri yönünden değerlendirildi.

Anahtar Sözcükler

1. Esneklik
2. İşçi
3. İşveren
4. Ödünç
5. Geçici

ABSTRACT

ZENGİN, Arzu, "Temporary (Borrowed) Business Relationship", Master Thesis, Ankara, 2008.

Developments in the field of technology and competition in the international area has also affected business life as it did in several areas. These developments has revived the flexibility phenomenon in business life and provided new business relationships to arise based on flexibility. One of these new business relationship examples is the temporary (borrowed) business relationship which means the right of request for being done of the job is given to another employer temporarily without ending the agreement between the employee and the employer being depended on with a business agreement. The temporary (borrowed) business relationship has been applying since 1960s in our country and since the articles of Business Law No. 1475 could not meet the needs oriented to this relationship, it has had a legal arrangement with the Business Law dated 10th June, 2003 and numbered 4857 by means of legislation studies within the context of adaptation process to European Union. There are not many court decisions and case laws about this issue since the temporary (borrowed) business relationship is an institution which had a legal arrangement ne'Yly. In this study, the flexibility concept has primarily been discussed together with its reasons and results. Afterwards, the definition of temporary business relationship has been made and by determining its differences from similar legal concepts, founding conditions, legal results it may lead to, ending conditions and the results of contradiction with temporary business relationship arrangements have been argued. In addition, it has been tried to present suggestions for solutions to problems encountered in business life related to the subject. In this respect, legislations articles, written books, articles, and court decision about the issue have been researched. The conclusions arrived at the end of the research done have been evaluated in the form of benefits of actual employer, temporary employer, and the worker who placed inside the said triple relationship.

Key Words

1. Flexibility
2. Employer
3. Employee
4. Temporary
5. Borrowed