

Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması

Öz

Ödünç iş ilişkisine ilişkin yasal düzenleme İş Kanununun 7. maddesinde yer almaktadır. Madde 6715 sayılı Yasa ile değiştirilmiş ve yeni düzenlemede yalın haliyle ödünç iş ilişkisi yanında özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisine de yer verilmiştir. Batı'da da "işçi temini" olarak adlandırılan bu uygulama mesleki ödünç iş ilişkisi şeklinde yürütülmektedir. Değişikliğin temelinde küreselleşmenin etkisi, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 181 sayılı Sözleşmesi ile Avrupa Birliği'nin 2008/104/EC sayılı direktifine uyum sağlama amacı yatmaktadır. Yalın haliyle ödünç iş ilişkisinin işverenin devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçisini, holding bünyesi içerisinde veya aynı

şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere devretmesi halinde kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinin ise Kanunda belirtilen sınırlı hallerde kurulabileceği öngörülmektedir. Çalışmamızda işbu yeni düzenlemenin içeriği ve eleştirilebilecek hususları üzerinde durulacak ve uygulama bakımından ortaya çıkması muhtemel sorunlar tespit edilmeye çalışılacaktır. Amacımız İş Kanununun bugün yürürlükte olan 7. maddesinin yaratabileceği öngörülen sorunlarına çözüm önerilerinin getirilerek ortaya çıkabilecek hak kayıplarının önlenmesi bakımından farklı bir bakış açısı sunmaktır.

Anahtar Sözcükler:

Ödünç iş ilişkisi, birlikte sorumluluk, 6715 sayılı Yasa, özel istihdam bürosu, ödünç iş ilişkisinin sona ermesi.

Temporary Employment Relationship In Turkish Labour Law According To New Regulations

Abstract

Temporary employment relationship in our Labour Law is regulated in Article 7. The provision was amended by Law No. 6715 and in the new provision to establish temporary employment relationship through a private employment agency and to establish temporary employment relationship within the structure of the same holding company or the same group of companies have

been regularized. In the West, this practice is referred to as "employee leasing", is carried out in the form of professional temporary employment relationship. The effect of globalization, the aim of harmonizing temporary employment relationship rules with the International Labor Organization Convention No. 181 and the European Union Directive No. 2008/104 / EC

*T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
odamanserkan@yahoo.com

based on this amendment. It is stipulated that a temporary employment relationship may only be established if the employer transfers his employees temporarily, upon obtaining his written consent at the time of transfer, to another workplace in order to perform work within the structure of the same holding company or the same group of companies. Temporary employment relationship established through a private employment agency can be done in limited cases

specified in the Law. In our study, we will focus on the content and the critique points of this new regulation and possible problems that can be came out with the practice of this rule will be determined. Our aim is to present a different point of view in terms of preventing the loss of rights by bringing proposals for solutions to the foreseen problems that may arise with the application of Article 7, which is in force of the Labour Law.

Keywords:

Temporary employment relationship, joint liability, Law No. 6715, private employment agency, termination of temporary employment relationship.

Giriş

Teknoloji ve ekonomide meydana gelen gelişmeler çalışma hayatımızda esnek çalışma modellerinin uygulanmasını gerektirmekte, bu bağlamda çalışma mevzuatına yeni düzenlemeler ve yeni müesseseler dahil edilmektedir. Ödünç iş ilişkisi de 4857 sayılı Yasa ile çalışma yaşamında yerini almıştır. Üçlü iş ilişkilerinin uygulamada sıklıkla rastlanılan olan ödünç iş ilişkisinde iş sözleşmesi ile bir işverene bağlı çalışan işçi iş görme edimini geçici olarak bir başka işverene ifa etmektedir. Ödünç iş ilişkisi işletme açısından değişen koşullara ve ortaya çıkan ihtiyaçlara uygun olarak işgücü talebinin karşılanmasını kolaylaştırmaktadır. İşletmelerin ödünç iş ilişkisini tercih etmelerinin en önemli sebebi, talep dalgalanmalarındaki artış durumu ve askerlik, doğum gibi sebeplerle boşalan pozisyonların varlığında geçici olarak ihtiyaç duyulan işçi çalıştırma ihtiyacını karşılamaktır. İşçi açısından ise, ödünç iş ilişkisi, işgücü piyasasında istihdam olanaklarının artması bakımından önemlidir. Ödünç iş ilişkisi ile ödünç veren işveren işgücünden geçici bir süre yararlanma ihtiyacı duymadığı işçisini onayını alarak başka bir işverene geçici olarak iş görme edimini gerçekleştirmek üzere göndermektedir. Böylelikle ödünç alan işverenin ihtiyacı karşılanmış olacaktır.

4857 sayılı Yasada yer alan ve daha sonra 6715 sayılı Yasa ile değiştirilen düzenleme, değişiklik öncesinde özel istihdam büroları aracılığı ile ödünç iş iliş-

kisi kurulmasına imkan vermemekte idi. Ancak özel istihdam büroları aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin Avrupa Birliği üyesi ülkelerde yasal olarak düzenlenmesi karşısında düzenlemeye Türk iş hukukunda da ihtiyaç duyulmuştur. Bunda küreselleşmenin de etkisi büyüktür. 20.05.2016 tarihli ve 29717 sayılı Resmi Gazete'de "İş Kanunu İle Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" yayımlanmış olup, bu Kanun vasıtasıyla 4857 sayılı İş Kanunu ile 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanununda önemli değişiklikler yapılmıştır. 6715 sayılı Kanun 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesinde düzenlenmiş olan ödünç iş ilişkisi tanımını genişletmiş ve özel istihdam bürolarına ödünç iş ilişkisi kurma yetkisini tanımıştır. Özel istihdam büroları aracılığı ile kurulacak olan ödünç iş ilişkisi özellikle gençlerin iş tecrübesi kazanması, uzun dönemli işsizlerin işsizlikten kurtulması ve işgücü piyasasının dışında kalmış olanların motivasyonlarının artırılması bakımından önemlidir. Bu bağlamda, 11.10.2016 tarih ve 29854 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve aynı tarihte yürürlüğe giren "Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği" ile özel istihdam bürolarının ödünç iş ilişkisi kurmasına ilişkin usul ve esaslar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Çalışmamızda özel istihdam büroları ile ödünç iş ilişkisi uygulamaları 4857 sayılı Yasada yapılan değişiklik ve yürürlüğe giren Yönetmelik çerçevesinde irdelenecektir.

1. Ödünç İş İlişkisi Kavramı

İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 4857 sayılı Yasanın 7. maddesinde yer alan ödünç iş ilişkisine ilişkin düzenlemede köklü değişiklikler yapılmıştır. Bütününde güvenceli esneklik kavramının etkisinin hissedildiği düzenlemede özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin yürütülmesi ve bu ilişkinin yasal temele oturtulması söz konusu olmaktadır. Kanunun genel gerekçesinde yapılan düzenleme ile hem geçici olarak çalışanların korunması ve sistemin etkin işleminin sağlanması, hem de ödünç iş ilişkisini düzenleyen 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifine uyumun sağlanmasının amaçlandığı açıkça ifade edilmektedir.

4857 sayılı Yasanın 7. maddesinde ödünç iş ilişkisinin, özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. O halde yeni düzenlemeyle üçlü iş ilişkisi niteliğindeki ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işveren özel istihdam bürosu da olabilecektir. 6715 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasına özel istihdam bürosunun tanımı da eklenmiştir. Buna göre; özel istihdam bürosu, iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmesine ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık yapmak ve/veya ödünç iş ilişkisi kurma faaliyeti yürütmek üzere Kurum tarafından izin verilen gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulan büroları ifade etmektedir. Ancak 7. maddede sadece Türkiye İş Kurumunca izin verilen özel istihdam bürolarının bir işverenle geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak bir işçisini geçici olarak bu işverene devir yapabileceği düzenlenmektedir.

Genel olarak ödünç iş ilişkisinde, ödünç veren işveren veyahut özel istihdam bürosu işin görülmesini isteme hakkını bir veya birden çok işçi açısından bir başka işverene devretmektedir. Ödünç alan işveren ise işçiyle aralarında bir iş sözleşmesi olmamasına rağmen, geçici bir süre için işçiden kendi işinin görülmesini isteme hakkına kavuşmaktadır. Bir başka deyişle işçi, iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işvereni veyahut özel istihdam bürosu tarafından diğer bir işverene ödünç olarak verilmektedir. İşçinin, ödünç veren işverenle veyahut

özel istihdam bürosu ile olan ilişkisi, aralarındaki iş sözleşmesine dayanmaktadır. İşçinin ödünç alan işverenle olan çalışma ilişkisinin temelini ise, ödünç veren ile ödünç alan arasındaki "ödünç işçi sağlama sözleşmesi" oluşturmaktadır. Bu durumda, "ödünç iş ilişkisi"nin üç öznesi bulunduğunu ve bu ilişkinin üçlü bir hukuki ilişki olduğunu söylemek mümkündür. Ödünç iş ilişkisinde; işçisini bir başka işveren yararına iş görmesi için veren "ödünç veren işveren" veyahut "özel istihdam bürosu", işçiden işin görülmesini talep etme hakkına sahip olacak olan "ödünç alan işveren" ve bu iki işveren arasındaki "ödünç işçi sağlama sözleşmesi"nin konusu olan ve iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işverenden veya özel istihdam bürosundan başka bir işverene karşı iş görme borcunu belirli ve geçici bir süre için yerine getirecek olan "ödünç verilen işçi" bulunmaktadır.

İşçinin holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devredilmesi hâlinde, devir sırasında yazılı rızasının alınması gerekmektedir. Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulacak olan ödünç iş ilişkisinde ise işçinin devir sırasında ayrıca yazılı rızasının alınmasına gerek yoktur. Ödünç iş ilişkisi ister yalın haliyle holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde ister özel istihdam büroları aracılığıyla kurulmuş olsun, ödünç veren işverenle veyahut özel istihdam bürosu ile işçi arasındaki mevcut sözleşme ödünç iş ilişkisinin kurulması ile son bulmayacaktır. Bunun yanında, işçinin geçici olarak emrinde çalışacağı işveren ile arasında bir iş sözleşmesinin kurulması da söz konusu değildir. Burada sadece, ödünç veren işveren veya özel istihdam bürosu, işçiden işin görülmesini talep etme hakkını geçici bir süre ile ödünç alan işverene devretmiş bulunmaktadır¹.

Geçici iş ilişkisi olarak da adlandırılan ödünç iş ilişkisine dayalı olarak çalışan işçi ile geçici işçiyi birbirine karıştırmamak gerekir. Uygulamada özellikle bazı kamu

1 Ercan Akyiğit: İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, s.12; Ömer Ekmekçi: 4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, İHSGHD,2, Nisan-Haziran 2004, s.369; A. Can Tuncay: Çalışma Süreleri ve İstihdam Türlerinde Esnekleştirme, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler Esneklik Semineri, Ankara 1995, s.73.

kuruluşlarında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler geçici işçi olarak adlandırılmaktadır. Bu işçiler geçici işgücü ihtiyacını karşılamak amacıyla kısa ve belirli süreli sözleşme niteliğindeki geçici iş akdi ile sözleşme tarafları işverene iş görme edimini yerine getiren işçilerdir².

Ödünç iş ilişkisi, her şeyden önce şirket topluluklarında ve holdinglerde, şirketlerin daha çok vasıflı işgücü ihtiyacının karşılanmasında veya üst kademe yöneticilerinin yetiştirilmesinde ya da aynı gruptan olmayan şirketlerin birlikte bir işi üstlenmelerinde yahut mali güçlüğüyle karşılaşan bir işverenin işçisini işlerin düzelmesine kadar başka bir işverene vermesinde kendisini göstermektedir³. Bu bağlamda işverenin vasıflı bir işçinin işgücünden geçici bir süre yararlanma ihtiyacı duymaması, buna karşılık başka bir işverenin bu işçiyi geçici olarak çalıştırmak istemesi durumunda bu ilişki gündeme gelecek ve böylelikle hem ödünç veren işverenin yükü hafiflerken hem de işçinin işsiz kalması engellenecektir⁴.

2. Ödünç İş İlişkisinin Türleri

Ödünç iş ilişkisinin iki türü bulunmaktadır. Bunlardan ilki yalın biçimi ile ödünç iş ilişkisi ve diğeri mesleki anlamda ödünç iş ilişkisidir⁵. Ödünç iş ilişkisinin türleri incelenirken, ölçüt olarak ele alınacak olan nokta, işçi ile ödünç veren işveren arasında, "istisnai" olarak mı, yoksa "kural olarak veya münhasıran" mı bir başka işverene ödünç verilmek üzere bir iş sözleşmesi yapıldığı hususudur. Bu anlamda, ödünç iş ilişkisinin ilki muhtelif nedenlerle bir işverenin (ödünç veren) iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işçisini geçici bir süre için bir başka işverenin (ödünç alan) emrine vermesi şeklinde oluşmak-

tadır. Ödünç iş ilişkisinin ikinci türü ise; "meslek olarak yapılan" işçi ödünç vermedir. Bir işverenin, işyerini, kazanç elde etmek amacıyla işçi ödünç vermeye tahsis etmiş olması durumunda, onun işçi vermeye meslek edinmiş olacağından söz edilebilir. Bu durumda, başka işletmelere işçi teminini meslek olarak yapmakta olan işverenin, işçiyi sadece ödünç vermek maksadıyla iş sözleşmesi yapması söz konusudur. İşveren bu amaçla işe aldığı işçileri kendi yanında çalıştırmamakta, gereksinimi olanlara ödünç olarak vermektedir. İşçi, iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işverenin emrinde genellikle hiç çalışmamaktadır. Hatta birçok durumda, ödünç veren işverenin o işçiyi çalıştırabileceği, üretim yapılan kendine ait bir işyeri dahi mevcut değildir.

Nitekim meslek olarak ödünç işçi veren işverenler genellikle bir ofiste faaliyette bulunmakta ve hukuki anlamda olmasa da ekonomik anlamda iş aracılığı yapmaktadırlar. Ödünç veren işverenin amacı, bu yaptığı hizmet karşılığında kazanç elde etmektir. 4857 sayılı İş Kanunu Tasarısında başlangıçta "ödünç iş ilişkisi" ve "mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi" iki ayrı başlık halinde düzenlenmişken, işçi sendikalarından gelen tepkiler üzerine mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisinin kullanılmasına ilişkin madde metinden tümüyle çıkarılmıştır. Oysa mesleki faaliyet olarak yapılan ödünç işçi temini işi tüm dünyada yaygın bir uygulama alanına sahiptir ve birçok ülkede de yasal düzenlemeye kavuşmuştur⁶.

08.02.2016 tarihinde TBMM'ye sunulan ve 20.05.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6715 sayılı İş Kanunu İle Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 4857 sayılı Yasanın 7. maddesinde yapılan değişikliklerle

2 Sarper, Süzek: İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2015, s.301; Fevzi Demir: İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2016, s.109; Bektaş Kar: Sözleşme Serbestisi Kapsamında 5620 sayılı Kanunda Geçici İşçi Pozisyonunda Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına ve Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011, s.233.

3 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesi gerekçesi; Fevzi Demir: İş Güvencesi ve 4857 sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, Tes-İş Eğitim Yayınları, Ankara 2003, s. 123.

4 Demir, İş Hukuku, s.109.

5 Bazı yazarlar mesleki ödünç iş ilişkisini gerçek olmayan ödünç iş ilişkisi olarak tanımlamaktadır. A. Can Tuncay: İş Kanunu Tasarısındaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi, Mercek, Y.: 8, S.: 30, Nisan -2003, s.56.

6 Örneğin; Fransız İş Kanunu md.L.124-1'e göre; "gerçek ya da tüzel kişi olabilecek olan ödünç veren işverenin faaliyet alanı, kullanıcı işletmelere, kararlaştırılan nitelikte işçileri temin etmek ve onları geçici olarak bu işletmelerin hizmetine sunmaktır. Bu faaliyetin, ödünç çalışma işletmeleri dışında bir işletme tarafından yerine getirilmesi yasaktır". Bu tanıma göre; faaliyet sadece ödünç çalışma işletmeleri tarafından yerine getirilmelidir, ödünç iş ilişkisine ilişkin hükümler çerçevesinde yapılmayan tüm kazanç getirici işçilik temini faaliyetleri yasaktır ve İş Kanunu md.L.152-2'ye göre müeyyidelendirilir ve nihayet misyonlar geçici bir nitelik taşımaktadır. Serkan Odaman: Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC4.pdf>, s.67.

2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifine uygun olarak ödünç iş ilişkisinin özel istihdam büroları aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapmak suretiyle iki şekilde kurulabileceği düzenlenmiştir. Özel istihdam büroları aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için özel istihdam bürosunun Türkiye İş Kurumundan ödünç iş ilişkisi kurma iznine sahip olması gerekmektedir.

6715 sayılı Yasa ile 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanununun 17. maddesinde de değişiklik yapılmış ve özel istihdam bürolarının kurulması, faaliyet alanı, ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin verilmesi ve denetimine ilişkin kurallar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Özel istihdam bürosunun ödünç iş ilişkisi kurma yetkisi almak üzere Kuruma başvuru tarihi brüt asgari ücret tutarının iki yüz katına denk gelen miktarda teminat verme zorunluluğu düzenlemede dikkati çekmektedir. Yine maddenin devamında özel istihdam bürosunun kendi isteğiyle ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin sona ermesi halinde teminatın Vergi Dairesi, Sosyal Güvenlik Kurumu ve Kurum alacakları ile işçi alacaklarının ödenmiş olması koşulu ile iade edileceği düzenlenmektedir. Aynı maddede ödenmemiş alacağın bulunması durumunda sırayla ödenmemiş alacakların mahsup edileceği ve teminattan kalan kısmın geri verileceği yer almaktadır. Yine aynı Yasada özel istihdam bürolarının ödünç iş ilişkisi kurmak suretiyle yurt dışına işçi göndermesi halinde işçilerin yurtdışı hizmet akitlerinin Kuruma onaylatılması zorunluluğunu da öngörülmektedir.

Özel istihdam bürolarına verilen ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin iptaline ilişkin düzenlemelere de 6715 sayılı Yasanın 6. maddesiyle 4904 sayılı Yasanın 18. maddesinde yapılan değişiklik hükmünde yer verilmektedir. Düzenlemede, izin verilmesi için aranan şartların kaybedilmesi veya şartların mevcut olmadığının sonradan anlaşılması, Kurumdan izin alınmaksızın ödünç iş ilişkisi faaliyetinin yürütülmesi ve on iki ay boyunca hiçbir işe yerleştirmeye aracılık gerçekleştirilmemiş olunması durumlarında Kurumca verilen özel istihdam bürosu izninin derhal iptal edileceği belirtilmektedir.

Özel istihdam bürolarına ödünç iş ilişkisi kurma yet-

kisi tanıyan 4857 sayılı Yasanın değişik 7. maddesinin son fıkrasında yalın haliyle ödünç iş ilişkisi de hüküm altına alınmıştır. Buna göre Türk iş hukukunda yalın haliyle ödünç iş ilişkisi ancak holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı işyerleri arasında kurulabilecektir. Oysa değişiklikten önceki düzenlemede işçiyi yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılmak koşulu ile birbirinden bağımsız işverenler arasında da ödünç iş ilişkisi kurulmasına imkan verilmekte idi. Bugün yalın haliyle ödünç iş ilişkisi kurabilecek olan işverenlerin mutlaka holding bünyesinde yer alan veyahut aynı şirketler topluluğuna bağlı işverenler olmaları gerekmektedir.

3. Ödünç İş İlişkisinin Kurulamayacağı Haller ve İşyerleri

Ödünç iş ilişkisine başvurulabilecek durumlar 7. maddede sayılmıştır. Bu anlamda, ister yalın haliyle olsun ister özel istihdam büroları aracılığıyla olsun ödünç iş ilişkisinin her zaman kurulabilmesi mümkün değildir. Hatta bazı durumlarda ödünç iş ilişkisinin kurulması yasaklanmıştır. Nitekim İş Kanununun 7. maddesinin dördüncü fıkrasında “*Bu Kanunun 29 uncu maddesi kapsamında toplu işçi çıkarılan işyerlerinde sekiz ay süresince, kamu kurum ve kuruluşlarında ve yer altında maden çıkarılan işyerlerinde bu maddenin ikinci fıkrası kapsamında geçici iş ilişkisi kurulamaz.*” hükmü bulunmaktadır. Burada Kanunun en az 10 ve daha fazla toplu işçi çıkarılan işyerlerinde iş sözleşmesi feshedilen işçilerin yerine ödünç iş ilişkisi yoluyla işçi temin edilmesinin sekiz ay süreyle yasaklanmış olduğuna dikkat edilmelidir⁷. Sekiz aylık sürenin, toplu işçi çıkarılacağına Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirilmesinden sonra otuz günün bitiminden ve toplu işçi çıkarmanın hüküm doğurduğu tarihten itibaren hesaplanması gerekir. Yine Kanun kamu kurum ve kuruluşlarında ve yer altında maden çıkarılan işyerlerinde ödünç iş ilişkisinin kurulmasını yasaklamıştır. Böylelikle 7. maddede işyerleri bazında da ödünç iş ilişkisine yasaklamalar getirildiği görülmektedir. Belirtilen yasaklara uymayan

7 Eski düzenlemede bu süre 6 ay olarak belirlenmektedir. Demir, İş Hukuku Uygulaması, s.111.

bir ödünç iş ilişkisi kurulursa, bu ilişki en baştan itibaren geçersiz olacak ve işçiler ödünç alan işverenin işçisi sayılacak ve buna göre işleme tabi tutulacaklardır⁸.

Bundan başka, 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesinin 5. fıkrasına göre; "Geçici işçi çalıştıran işveren, grev ve lokavttan uygulanması sırasında 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 65 inci maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla geçici iş ilişkisiyle işçi çalıştıramaz". 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 68. maddesi uyarınca işveren, kanuni bir grev veya lokavt süresince, 67. madde hükmü gereğince iş sözleşmeleri askıda kalan işçilerin yerine, süreli ya da geçici olarak başka işçi alamaz veya başkalarını çalıştıramaz. Buradaki başka işçi deyimini geniş anlamda düşünülmesi ve sadece başka işçiler değil işçi niteliği taşımayan eş, dost, akraba da bu yasak içerisinde değerlendirilmelidir⁹. İşverenin bu yasağa aykırı hareketi, taraf sendikanın yazılı başvurusu hâlinde görevli makamca denetlenir ve bu yükümlülüğe aykırı hareket eden işveren SenTİSK md. 78/1 uyarınca idari para cezasına çarptırılır. Bu anlamda ödünç alan işverenin bu dönemde de ödünç işçi çalıştırabilmesi mümkün değildir. Kanun ödünç alan işverenin işyerinde grev süresince çalışmayacak olan ödünç işçinin bu dönem içindeki durumunu da düzenlemiş ve kendisinin mağdur olmasını engellemiştir¹⁰. Ancak hükme göre, greve katılmayacak ve lokavta maruz bırakılmayacak işçilerden, ölen, kendi isteği ile ayrılan veya iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle feshedilenlerin yerine yeni işçi alınabilir.

Bu yasaklar dışında özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulacak olan ödünç iş ilişkisinde 4857 sayılı Yasanın 7. maddesinde bazı sınırlamalar getirilmektedir. Buna göre, özel istihdam büroları aracılığıyla işletmenin iş hacminin öngörülemez ölçüde artması halinde ku-

rulabilecek ödünç iş ilişkisinde, ödünç iş ilişkisi ile çalıştırılan işçi sayısının işyerinde çalıştırılan işçi sayısının dörtte birini geçemeyeceği, ancak on ve daha az işçi çalıştırılan işyerlerinde on işçiye kadar ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği hükümde belirtilmektedir. İşçi sayısı hesap edilirken kısmi süreli iş sözleşmesine dayalı çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür.

Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi çalıştıran işveren, iş sözleşmesi feshedilen işçisini fesih tarihinden itibaren altı ay geçmeden geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştıramaz. Ödünç işçi, ödünç işçi çalıştıran işverenden özel istihdam bürosunun hizmet bedeline mahsup edilmek üzere avans veya borç alamaz.

4. Ödünç İş İlişkisinin Kurulmasının Koşulları

4.1. Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinin Kurulması

4.1.1. Özel İstihdam Bürolarının Ödünç İş İlişkisi Kurabileceği Haller

4857 sayılı Yasanın 7. maddesi uyarınca, özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisi, Türkiye İş Kurumunca izin verilen özel istihdam bürosunun bir işverenle ödünç işçi sağlama sözleşmesi yaparak bir işçisini geçici olarak bu işverene devri ile kurulmaktadır. Ancak ilgili maddenin ikinci fıkrasında özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulabilecek haller sınırlı sayı ilkesine uygun olarak açıkça düzenlenmiştir.

Özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği ilk hal 4857 sayılı Yasanın 13. maddesinin beşinci fıkrası ile 74. maddesinde belirtilen hâller, işçinin askerlik hizmeti hâli ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hâller olarak belirlenmiştir. 4857 sayılı Kanunun "Kısmi Süreli ve Tam Süreli İş Sözleşmesi" başlıklı 13. maddesine 29.01.2016 tarihli ve 6663 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 21. maddesiyle eklenen "Bu kanunun 74'üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden

8 Serkan Odaman: Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007, s.48.

9 Ünal Narmanlioğlu: İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İstanbul 2013, s.712.

10 Amerika'da savunma veyahut saldırı lokavtı esnasında işyerini çalışır durumda tutabilmek için yeni işçi işe alınamayacağı tartışmalıdır. Golman bu durumun sendikacı işçileri bertaraf etme amacını taşıdığını ve bunun mümkün olmaması gerektiğini savunmaktadır. Alvin Goldman: Labour and Employment Law in the United States, Kluwer Law International, London Temmuz 1996, s.353.

biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir. Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz. Bu fıkra kapsamında kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebilir. Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Bu haktan faydalanmak veya tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isteyen işçi işverene bunu en az bir ay önce yazılı olarak bildirir. Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşyle birlikte veya münferiden evlat edinenler de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan faydalanır.” içerikli beşinci fıkrası ile aynı Kanunun “Analık Halinde Çalışma ve Süt İzni” başlıklı 74. maddesinde belirtilen doğumdan önce ve doğumdan sonra verilen toplam 16, çoğul gebelik halinde toplam 18 haftalık analık izni, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren verilen 8 haftalık analık izni, isteği halinde kadın işçiye, 16 haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde 18 haftalık süreden sonra verilen 6 aylık ücretsiz izin, doğum sonrası analık hâli izninin kullanılmak suretiyle tamamlanmasından itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve işçinin istemesi halinde birinci doğumda 60 gün, ikinci doğumda 120 gün, sonraki doğumlarda ise 180 gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin, çocuğun engelli doğması halinde 360 gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin hallerinde bu dönemde işçiye ihtiyaç duyan işverenin özel istihdam bürosuna başvurarak ödünç iş ilişkisi kurulabilmesi mümkündür. İşçinin askerlik hizmeti halinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hallerde de özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulabilir.

Özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulabilmenin mümkün olduğu bir diğer durum, mevsimlik tarım işleridir. Mevsimlik iş tanımına 4857 sayılı İş Kanununda yer verilmemiştir. Sadece bazı maddelerde ve ayrıca iş hukukuna ilişkin bazı kanunlarda mevsim-

lik işlere de değinilmiştir¹¹. Mevsimlik iş doktrinde “çalışmanın sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte çalışmanın yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler” olarak tanımlanmaktadır¹². Yargıtay ise çalışmanın sadece yılın belirli bir döneminde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işleri mevsimlik iş olarak tanımlamakta ve söz konusu dönemlerin işin niteliğine göre uzun veya kısa olabileceğini belirtmektedir. Her zaman aynı miktarda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan ve işyerinde yürütülen faaliyetin niteliğine göre işçilerin her yıl belirli sürelerde yoğun olarak çalıştıkları fakat yılın diğer döneminde işçilerin iş sözleşmelerine ertesi yılın faaliyet dönemi başına kadar ara vermeyi gerektiren işler mevsimlik iş olarak değerlendirilebilmektedir¹³. Tam da bu noktada mevsimlik işin tarım işi niteliğinde olduğu durumlarda işverenin özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurması mümkündür.

Temizlik işleri, hasta, yaşlı ve çocuk bakım hizmetleri gibi ev hizmetlerinde, işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerde, iş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üre-

11 Müjdat Şakar: İş Kanunu Açısından Mevsim ve Kampanya İşlerinde Çalışan İşçilerin Durumu, Yaklaşım Dergisi, Ekim 2010, S. 214, <http://www.ozdogrular.com/content/view/13687/>.

12 Süzek, s.256.

13 “Bununla birlikte, davacı işçi 1999 yılında 345 gün çalışmış olmakla sözü edilen yıl bakımından çalışılan süre işçinin dinlenme hakkının varlığını gerektirmektedir. 4857 sayılı İş Kanununun 53. maddesinde mevsimlik işlerde yıllık izin hakkının doğmayacağı belirtilmiş ise de, yılın ne kadar bölümünde çalışılma halinde mevsimlik iş sayılacağı yönünde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öyle ki yılın tamamına yakın bir bölümünde çalışılma halinde Anayasal temeli olan dinlenme hakkının tanınmasının gerekeceği açıktır. Somut olayda da, davacı işçi 1999 yılında 345 gün çalışmış olmakla, çalışılmayan süre bakımından Anayasal dinlenme hakkını kullanmasına imkan bulunmamaktadır. Bu durumda 1999 yılında fiili çalışma süresine göre mevsimlik statüden vazgeçilmiş, taraflar arasında işçinin yıllık izin ücretine hak kazanacak şekilde sürekli çalışmasına dair bir sisteme geçilmiş olur. Dairemizin istikrar kazanan kararlarında da çalışmanın 11 ayın üzerine çıktığı hallerde mevsimlik iş ilişkisinin dışına çıkıldığı kabul edilmiş ve daha sonraki çalışmalar için yıllık izin hakkının doğduğu sonucuna varılmıştır. (Yargıtay 9. HD. 23.10.2009 gün, 2008/5773 E, 2009/28807 K. Yargıtay 9.HD. 16.3.2007 gün, 2007/5978 E, 2007/6827 K.), Yarg. 9. HD., 12.10.2010, E. 2008/35528, K. 2010/28674, <http://iskanunu.com/portal/wp-content/uploads/2010/10/mevsimlik-calismada-yillik-izin-durumu.pdf>.

timi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması hâllerinde özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulabilir.

Son olarak işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin ödünç iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması ve mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları hâllerinde de ödünç iş ilişkisinin özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulabileceği düzenlenmektedir. Bu iki halin işverenin özel istihdam bürosu aracılığı ile ödünç işçi temin etmesi bakımından uygulamada en çok karşılaşılabilecek durumlar olduğunu söylemek mümkündür.

4.1.2. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan Ödünç İş İlişkisinin Süresi

4857 sayılı Yasanın 7. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, özel istihdam büroları aracılığıyla, 4857 sayılı Yasanın 13. maddesi ile 74. maddesinde belirtilen hallerde, işyerinde bir işçinin doğum nedeniyle işten geçici olarak ayrıldığı, askerlik hizmeti ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı tüm hallerde halin devamınca, mevsimlik tarım işlerinde ve ev hizmetlerinde süre sınırı olmaksızın, işletmenin günlük işlerinden sayılmayan, aralıklı olarak görülen işlerinde, iş güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin varlığında, işletmenin iş hacminin öngörülme- yen ölçüde artması hallerinde en fazla dört ay süreyle ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir. Dört ay için kurulabilecek olan ödünç iş ilişkisi toplam sekiz ayı geçmemek üzere en fazla iki defa yenilenebilecektir. Dönemsellik arz eden iş artışları halinde ise özel istihdam bürosu ile işveren en fazla dört ay süreyle ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir ve bu sürenin uzatılması da mümkün değildir. Düzenlemede ödünç işçi çalıştıran işverenin belirtilen sürelerin sonunda mevsimlik tarım işleri ile ev hizmetleri haricindeki durumlarda sürenin sonunda aynı iş için altı ay geçmedikçe yeniden ödünç işçi çalıştıramayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu noktada aynı işçinin mi yoksa aynı iş için hiç ödünç iş ilişkisi kurulmayan bir başka işçinin mi çalıştırılmayacağı noktasında belirsizlik dikkati çekmektedir. Düzenlemenin açık ifadesinden o iş için aynı veyahut bir başka farklı işçiyle bile olsa ödünç iş ilişkisinin belirtilen süre sonuna kadar kurulmasının yasaklanmış olduğu kanaatinde olduğumuz belirtmek isteriz.

4.1.3. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan Ödünç İş İlişkisinin Şekli

Ödünç iş ilişkisinde işveren özel istihdam bürosudur. 7. maddede özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinin, ödünç işçi ile iş sözleşmesi, ödünç işçi çalıştıran işverenle ödünç işçi sağlama sözleşmesi yapmak suretiyle yazılı olarak yapılacağı hüküm altına alınmaktadır. Özel istihdam bürosu ile ödünç işçi çalıştıran işveren arasında yapılacak ödünç işçi sağlama sözleşmesinde; sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihi, işin niteliği, özel istihdam bürosunun hizmet bedeli, varsa ödünç işçi çalıştıran işverenin ve özel istihdam bürosunun özel yükümlülükleri yer alacaktır. İşbu sözleşmede ödünç işçinin Türkiye İş Kurumundan veya başka bir özel istihdam bürosundan hizmet almasını önleyen ya da iş görme edimini yerine getirdikten sonra ödünç işçi olarak çalıştığı işveren veya farklı bir işverenin işyerinde çalışmasını engelleyen hükümlerin yer alması söz konusu olamayacaktır. Bu tarz hükümler varsa bunlar geçersiz sayılacak ve sadece o hüküm mutlak butlanla batıl olacaktır. Ayrıca ödünç işçi ile yapılacak iş sözleşmesinde, işçinin ne kadar süre içerisinde işe çağrılmazsa haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceği belirtilir. Bu süre üç ayı geçemez.

Düzenleme bu haliyle birçok tartışmayı da beraberinde getirmektedir. Öncelikle ödünç işçi sağlama sözleşmesinde sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihinin bulunmasının zorunlu olması, mevsimlik tarım işlerinde ve ev hizmetlerinde süre sınırı olmaksızın kurulabileceği öngörülen ödünç iş ilişkisi ile çelişmektedir. Diğer taraftan, ödünç işçi ile özel istihdam bürosu arasında yapılacak iş sözleşmesinin niteliği de yasada belirtilmemiştir. Bu bağlamda sözleşmenin belirli mi yoksa belirsiz süreli mi olduğunun tespiti sözleşmenin feshi ve ödünç işçiye sağlanacak hakların tespiti bakımından önem arz etmektedir. Zira bu husus işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı noktasında da belirleyici unsurdur. Yine özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında yapılacak olan iş sözleşmesinde işçinin ne kadar süre içerisinde işe çağrılmazsa haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceğinin hükmüne bağlanabilecek olması ve bu sürenin üç ayı geçemeyecek olması, muğlak bir düzenleme gibi gözükmektedir.

4.2. Yalın Haliyle Ödünç İş İlişkisinin Kurulması

4.2.1. Yalın Haliyle Ödünç İş İlişkisinin Kurulmasının Koşulları

4857 sayılı İş Kanununun 6715 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik öncesindeki 7. maddesinde işverenin, 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 devrettiği durumda ödünç iş ilişkisinin gerçekleşmiş olacağı düzenlenmekte idi. Ancak yapılan değişikliklerle yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla bir holding bünyesi içerisinde veyahut şirket aynı şirketler topluluğuna bağlı olmayan işverenler arasında ödünç iş ilişkisinin kurulması olanağı ortadan kaldırılmıştır. Zira 4857 sayılı Yasanın 7. maddesinin son fıkrasında, “işverenin, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçisini, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi hâlinde de geçici iş ilişkisi kurulmuş olur.” düzenlemesine yer verilmektedir. O halde bugün yalın haliyle ödünç iş ilişkisi sadece holding bünyesi içindeki veyahut aynı şirketler topluluğuna bağlı işverenler arasında mümkündür. Kanuna uygun olarak kurulacak işbu ödünç iş ilişkisinde işçinin ödünç olarak iş görme edimini ifa ettiği işyerinde iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalıştığı işyerindeki işle aynı veyahut benzer işi yapması alternatifleri artık söz konusu değildir. Belirtilen nitelikteki işverenler işçinin devir sırasında yazılı onayını alarak aralarında yapacakları yazılı ödünç işçi sağlama sözleşmesi ile en fazla altı aylık bir süre için gerekli olan işte ödünç işçi çalıştırabileceklerdir.

4.2.2. Yalın Haliyle Ödünç İş İlişkisinin Süresi

4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesinin son fıkrasında, yalın haliyle ödünç iş ilişkisinin altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılabileceği, gerektiğinde de en fazla iki defa yenilenebileceği yönünde bir hüküm getirilmiştir. Maddede de ifade edildiği üzere holding bünyesinde yer alan işverenler veyahut aynı şirketler topluluğuna bağlı işverenler arasında yapılacak ödünç işçi sağlama sözleşmesinin süresi azami

altı aydır ve sözleşme yazılı olarak yapılmalıdır. Ancak bu sözleşme her altı ayda işçinin devir sırasında yazılı onayı alınarak gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilecektir. Bir başka deyişle, ödünç iş ilişkisinin süresinin öncelikle on iki aya, daha sonra da ise on sekiz aya kadar uzatılması mümkündür. İşçinin rızasının her yenileme döneminde ayrı ayrı alınması gerekmektedir¹⁴. Belirtmekte yarar vardır ki ödünç iş ilişkisinin altı aydan kısa bir süre için yapılabilmesi de muhtemeldir. Ancak yine en fazla iki kere yenilenebilecektir¹⁵.

İşçinin ödünç alan işveren yanında uzatmalarla beraber on sekiz ay çalıştıktan sonra ödünç veren işverenin yanındaki işine geri dönmesi, ancak kısa bir süre sonra tekrar aynı işverene ödünç işçi olarak gönderilmesi de ihtimal dahilindedir. Bu durumda iki farklı seçenekle karşı karşıya kalınacaktır. Birinci ihtimalde, işçinin aynı işverene bir kez daha ödünç işçi olarak verilememesi, diğer ihtimalde ise belli bir süre geçtikten sonra tekrar gönderilebilmesi söz konusudur. Doktrinde bu husus 7. maddenin değişiklikten önceki döneminde tartışılmıştır. Zira o dönemde Kanunda bu hususu çözecek bir düzenlemeye yer verilmemişti. Bu dönemde on sekiz aylık yasal sürenin bitiminde işçinin ödünç veren işveren yanında bir süre çalıştırılmasının ardından yeniden ödünç iş ilişkisinin kurulamayacağını savunan görüşler bulunmaktaydı. Bu görüş taraftarlarına göre; aksi bir yorum yapılması halinde kanundaki üst sınırın bir anlamı kalmayacaktı ve ödünç iş ilişkisinin süresi, bir işçinin aynı işverenle olan iş ilişkisinde sadece bir kez ve en çok on sekiz ay olacaktı¹⁶. Ancak işçinin bir işverene sadece bir kez ödünç olarak verilebileceğinin kabul edilmesinin ve ödünç işçi sağlama sözleşmesinin aynı işverenler arasında tekrarlanamamasının “sözleşme serbestisi” ilkesine aykırılık taşıyacağı gerçeği de tarafımızca belirtilmekte idi. Bu nedenle, on sekiz aylık sürenin sonunda işçinin, ödünç veren işverene dönmek mecburiyetinde olduğunu kabul etmekle birlikte, makul bir süre geçtikten sonra aynı işverene tekrar ödünç işçi olarak gönderile-

14 Yarg. 9. HD., 26.06.2008, E. 2008/41042, K. 2008/15622, www.legalbank.net.

15 Ercan Akyiğit: İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2008, s.351; Odaman, Ödünç İş İlişkisi, s.53.

16 O.Güven Çankaya/ Şahin Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s.150.

bilmesinin mümkün olduğu kanaatinde olduğumuzu ifade etmiştik¹⁷.

Bu anlamda, adı geçen "kesinti süresi"nin ne kadar olacağı hususunda, Alman Hukukunun dikkate alınması gerektiği belirtilmişti¹⁸. Alman Hukukunda bu durum "aynı ödünç alan yanındaki kesintiye uğramamış istihdamın neyi ifade ettiği hususunda Federal İş Bulma Kurumu, işçinin aynı ödünç alan yanındaki farklı zamanlardaki istihdamı arasında en az işçinin önceki çalışmasının %25'i tutarında bir zaman aralığının bulunmasını aramaktadır"¹⁹ şeklinde ifade edilmektedir. Böyle bir kıstasın, sorun hakkında herhangi bir düzenleme bulunmayan Türk Hukukunda da uygulanmasının mümkün olabileceği vurgulanmıştı. Yine her iki ödünç verme arasındaki sürenin, en azından "bir ödünç süresi kadar" olması gerektiğinin düşünölebileceği ve bu durumda, ilk ödünç işçi vermeden sonra, ikinci defa aynı ödünç alan işverene, işçinin ödünç verilebilmesi için arada en az altı aylık bir sürenin bulunması gerektiğinin ölçüt olarak alınabileceği de tarafımızca belirtilmiş idi²⁰.

Yeni düzenleme ile bu tartışmaların ortadan kalktığını veyahut geçerliliğini yitirdiğini söylemek mümkün değildir. Zira 7. maddenin 3. fıkrasında ödünç işçi çalıştıran işverenin, belirtilen sürenin sonunda aynı iş için altı ay geçmedikçe yeniden ödünç işçi çalıştırmayacağı düzenlenmektedir. Düzenleme özel istihdam bürosu aracılığıyla işletmenin günlük işlerinden sayılmayan, aralıklı olarak görülen işlerinde, iş güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin varlığında, işletmenin iş hacminin öngörölme ölçüde artması hallerinde en fazla dört ay süreyle kurulan ve toplamda sekiz ayı geçmemek üzere iki kez yenilenebilen ödünç iş ilişkileri için öngörülmüştür ve doktrindeki tartışmaya bir çözüm getirmemektedir. Kaldı ki yalın haliyle ödünç iş ilişkisinin düzenlendiği 7. maddenin son fıkrasında ilgili fıkraya herhangi bir atıf da söz konusu değildir.

17 Serkan Odaman / Ö. Hakan Çavuş: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Turhan Esener'e Armağan, C.1, İstanbul 2016, s.258.

18 Akyiğit, s.105.

19 Akyiğit, s.105.

20 Odaman, Ödünç İş İlişkisi, s.54.

Yine de düzenlemenin varlığı daha önce konuya ilişkin ileri sürülen çözüm önerilerinden kesinti süresinin en az altı aylık bir süre olarak kabul edilmesi yönündeki görüşümüzü kuvvetlendirir niteliktedir.

4.2.3. Yalın Haliyle Ödünç İş İlişkisinin Şekli

4857 sayılı İş Kanunu md.7/son'da, ödünç iş ilişkisinin süresi düzenlenirken, ödünç işçi sağlama sözleşmesinin "yazılı" olarak yapılacağı hükme bağlanmıştır. Aynı fıkra işçinin ödünç olarak verilmesinde, devir sırasında "yazılı rızasının" alınması gerektiği de ifade edilmiştir²¹. Buna göre; yazılı olarak yapılması gereken ödünç işçi sağlama sözleşmesi, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenecek on sekiz aya kadar uzatılabilir. Önemle ifade etmek gerekir ki, her defasında işçinin yazılı rızası alınarak uzatmalar yapılabilir. Ne var ki, uzatmalarda da yazılı rıza alınması gereği olmakla birlikte, ödünç alan işverenin ve işçinin mevcut durumu değiştirmeden devam etmeleri, ödünç veren işverenin de müdahale etmemesi durumunda uzatmanın yazılı rıza olmadan da mümkün olabileceğini düşünmekteyiz. Gerçekten de, zımnı ya da sarıh bir şekilde yenileme yönündeki iradelerin ortaya konulması mümkün olmalıdır. Kaldı ki kanunda da yenilemelerin yazılı olması gerektiği yönünde bir ibareye rastlanmamaktadır. Ancak işçinin ilk başta vermiş olduğu yazılı iznin içeriğinden, yenilemeler için de yazılı şekil şartına uyulması gerektiği sonucuna varılıyorsa, her yenileme için ayrı ayrı yazılı rızanın aranması gerekmektedir²².

21 Yarg. 9. HD., 27.09.2007, E.2007/37441, K.2007/28505, www.legalbank.net.

22 Yarg. 9. HD., 16.06.2008, E.2007/41042, K.2008/15622, "Keza 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, "İşveren, 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. Geçici iş ilişkisinde sürenin bitiminde ödünç alan işyerinde çalışmaya devam eden işçi, ödünç alanın işçisi olur. Tarafların ortak iradeleri ile gerçekleşen bu işlem, hizmet akdi devri olarak adlandırılmalıdır. Ancak, bu uygulamaya sürekli işverenin rızası hilafına gidilmiş ve işçi ile ödünç alan işverenin anlaşması suretiyle işçi, süresi sona eren geçici iş ilişkisinde ödünç alan işçisi olarak çalışmaya devam ediyorsa, ödünç veren işverene ait işyerinden işçinin ayrıldığı kabul edilmelidir. Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren iş sözleşmesindeki nakil yetkisi nedeni ile davacı işçiyi grup şirketlerinden biri olan başka bir işverende çalışmak üzere, görevlendirmiştir.

Ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz ya da belirli süreli olarak yapılabilmesi mümkündür. Ancak, belirli süreli iş sözleşmesinin ödünç iş ilişkisi süresiyle sınırlı olarak yapılması ise mümkün olmamak gerekir. Şöyle ki, İş Kanunu md.11/1 uyarınca belirli süreli iş sözleşmesinin sadece maddede örnekleri sayılan objektif sebeplerle yapılabileceği dikkate alındığında, sadece ödünç süresiyle sınırlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılamayacağı, zira bunun objektif bir neden olarak kabul edilemeyeceği ve söz konusu sözleşmenin belirsiz süreli olarak kabul edilmesi gerektiği ortaya çıkabilecektir²³.

İş Mahkemelerinin görecekları davalar, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde sınırlı olarak gösterilmiştir. Bu maddeye göre, İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle, işveren veya işveren vekilleri arasında iş sözleşmesinden ya da İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri İş Mahkemeleridir. İş Kanunu md.7 dikkate alındığında, ödünç işçinin gerek ödünç veren işverene gerekse ödünç alan işverene karşı zararın giderilmesi talebiyle açacağı davalar da bu açıklama ışığında doğal olarak İş Mahkemelerinde görülecektir. Ancak, iki işveren arasındaki ödünç işçi sağlama sözleşmesinden doğan davaların İş Mahkemelerinde görülmesi mümkün olmayacak, bu çeşit davaların çözüm yeri genel mahkemeler olacaktır. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında bu noktaya değinmiştir. Karar metinlerinde 5521 sayılı Kanunun 1. maddesine göre, bir davaya İş Mahkemelerinde bakılabilmesi için, taraflardan birinin işçi olması gerektiği, her iki tarafın işveren olması halinde ise uyuşmazlığın İş Mahkemesinde görülemeyeceği belirtilmektedir²⁴.

Görevlendirme nedeni olarak, işletme gereklerinden çok, davacının bilgi ve becerisini geliştirmesi, deneyim kazanması, mesleki ve bireysel gelişimini arttırması gösterilmiştir. Bu bir hizmet akdi devridir. Geçici iş ilişkisinde dahi, devir anında işçinin yazılı rızası aranmaktadır. Hizmet akdi devrinde bu rızanın devir anında olması gerekir.; www.legalbank.net

- 23 Münir Ekonomi: 4857 sayılı Kanunun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu, İHSGHD, S.9, 2006, s.29.
- 24 Yarg. 9. HD., 30.06.2016, E. 2016/4601, K.2016/15773; Yarg. 21. HD., 28.03.2006, E. 2005/3653, K. 2006/3082, YKD, Ekim 2006, s.1659-1660.

5. Ödünç İş İlişkisinin Tarafları Arasındaki İlişkiler

Ödünç iş ilişkisinde ödünç işçiden işin ifasını talep etme hakkının, işçinin kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olduğu ödünç veren işverende veyahut özel istihdam bürosunda olduğu, ancak ödünç işçi sözleşmesiyle söz konusu alacak hakkının ödünç süresince ödünç alan işverene verildiği belirtilebilir. Ne var ki, ödünç verene ödünç işçi sağlama sözleşmesindeki bir hükümlerle, işçiyi her zaman geri çağırma ve/veya işçiyi bir başkasıyla değiştirme yetkisinin verilmesi durumunda, bir hakkın devrinden ziyade, o hakkı kullanma yetkisinin devredildiği de söylenebilir. Ödünç alan işverene sadece kullanım yetkisinin verildiği hallerde ise, ödünç veren işverenin de işçiden işin ifasını her zaman istemek imkanı bulunacaktır. İfade etmek gerekir ki, böyle bir ayırım, işçinin herhangi bir olumsuz olayla karşılaştığında işin ifasından kaçınma hakkı açısından bir önem taşımaktadır. Şöyle ki, ödünç veren ya da alan işverenden her birinin, kendilerine ait yükümlülükleri yerine getirmemeleri durumunda, işçinin işi yerine getirmekten kaçınması söz konusu olabilecektir.

5.1. İşçinin Sadakat Yükümlülüğü

Sır saklama borcu sadakat borcunun bir görünümü olması dolayısıyla, iş sözleşmesinden kaynaklanan bir borç olarak ödünç veren işverene karşı mevcut olsa da, söz konusu borcun ödünç alan işverene karşı da gözetilmesi gerektiği kanısındayız. Ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işveren, bir sorun yaşamamak için, genel olarak güvendiği bir işçisini ödünç işçi olarak veremeyi yeğleyecektir. Bunun belki de en önemli nedeni, kendisine ait mesleki sırlarının, işçinin işyerinden ayrılmasından sonra, genel olarak ifşa edilmesinin, özel olarak da ödünç alan işverene açıklanmasının önüne geçmektir. Gerçekten de, işçinin ödünç veren işverenin mesleki sırlarını gerek belli ve geçici bir süreyle yanında çalışacağı ödünç alan işverene, gerekse de aynı işi yapan diğer tüm işverenlere ve bu bilgilerden yararlanabilecek üçüncü kişilere açıklamama zorunluluğu bulunmaktadır. Bu durum, ödünç veren işverenle işçi arasında iş sözleşmesi bulunmasının doğal bir sonucudur. Ancak, ödünç iş ilişkisi süresince ödünç alan işverenin işyerinde çalışacak olan işçinin, ödünç alan işverenin

de mesleki sırlarını öğrenmesi ve bunu öncelikle ödünç iş ilişkisi esnasında ödünç veren işverene, daha sonra da diğer üçüncü kişilere açıklaması pekala ihtimal dahilindedir. Çalışma hayatının daha verimli işlemesi için düzenlenmiş olan "ödünç iş ilişkisi" müessesesinin böylesi bir "muhabirlik" faaliyetini beraberinde getirmesi amaca aykırıdır ve hukukun böyle bir durumu koruması mümkün değildir. Bu nedenle, ödünç iş ilişkisi süresince işçinin ne ödünç veren işverenin mesleki sırlarını ödünç alan işverene, ne de ödünç alan işverenkileri diğerine aktarması doğru değildir.

İşçinin ödünç veren işverenle arasındaki çalışma ilişkisi süresince rekabet etmeme borcu da devam etmektedir²⁵. İşverenin işçisini belli ve geçici bir süreyle ödünç olarak bir başka işverene vermeyi kabul etmesi ise, artık korunmaya değer haklı bir menfaatinin olmadığı anlamına da gelmemelidir. Bunun yanında, işçinin ödünç alan işverene karşı da "sadece borcu"nun bir görünümü olarak "rekabet etmeme borcu" olduğunu söylemek gerekir. Ödünç iş ilişkisi vasıtasıyla, ödünç alan işverenle işçi arasında oluşan kişisel ilişkinin iş sözleşmesi benzeri bir ilişki olduğundan hareketle, böyle bir sonuca varmak mümkündür.

5.2. İşçinin Talimatlara Uyma Yükümlülüğü

4857 sayılı İş Kanununun "ödünç iş ilişkisi"ni düzenleyen 7. maddesinin dokuzuncu fıkrasının a bendinde, ödünç iş ilişkisi kurulan işverenin (ödünç alan işverenin) işçiye talimat verme hakkına sahip olduğu açıkça ifade edilmektedir. Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinde öngörülen bu yükümlülüğün 7. maddenin son fıkrasında yer alan atıf nedeniyle yalın ödünç iş ilişkisinde de geçerli olacağını söylemek gerekir. Bu noktada ödünç işçinin de bu talimatlara kanuna ve ahlaka aykırı olmadığı ve imkansız olmadığı sürece uyma zorunluluğu söz konusudur. İşçiyle ödünç veren işveren arasında bir iş sözleşmesi bulunduğundan bahisle, işçinin onun da talimatlarına uyma borcu olduğu görülmektedir. Bu durumda, işverenin "yönetim

hakkı"nın karşılığını oluşturan "talimatlara uyma (itaat borcu"nun, ödünç iş ilişkisinde her iki işverene karşı da bulunduğu söylenebilecektir²⁶.

5.3. İşverenin Ücret Ödeme Yükümlülüğü

İş Kanununun 7. maddesinde işverenin ücret ödeme borcu bakımından özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisi ile yalın ödünç iş ilişkisi arasında bazı farklılıkların yer aldığı görülmektedir. Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisi bakımından maddenin on birinci fıkrasında özel istihdam bürosunun ödünç iş ilişkisinde işveren olduğu açıkça ifade edilmektedir. Buradaki "işveren"den kastedilen elbette "ödünç veren işveren"dir. O halde ödünç veren işveren konumundaki özel istihdam bürosunun ücret ödeme yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Maddenin on ikinci fıkrasında ise işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin ödünç iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması hâlinde kurulan ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçi çalıştıran işverenin işyerinde bir ayın üzerinde çalışan ödünç işçilerin ücretlerinin ödenip ödenmediğini çalıştığı süre boyunca her ay kontrol etmekle yükümlü olduğu, özel istihdam bürosunun ise ücretin ödendiğini gösteren belgeleri aylık olarak ödünç işçi çalıştıran işverene ibraz etmekle yükümlü olduğu düzenlenmektedir. Yine aynı fıkra uyarınca ödünç işçi çalıştıran işveren, ödenmeyen ücretler mevcut ise bunlar ödenene kadar özel istihdam bürosunun alacağını ödemeyerek, özel istihdam bürosunun alacağından mahsup etmek kaydıyla ödünç işçilerin en çok üç aya kadar olan ücretlerini doğrudan işçilerin banka hesabına yatırır. Ücreti ödenmeyen işçiler ve ödenmeyen ücret tutarları ödünç işçi çalıştıran işveren tarafından Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirilir.

Kanunun 7. maddesinin son fıkrasında ise yalın haliyle ödünç iş ilişkisinde ücret ödeme yükümlülüğünün kimde olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Hüküm-

25 Yarg. 9. HD., 26.06.2013, E. 2011/20759, K. 2013/19695: "İşçinin iş sözleşmesinin feshinden sonra rekabet yasağına uyma yükümü, geçici iş ilişkisi sırasında da devam eder. Bu noktada işçinin ödünç alan işverene bağlı olarak yapmaktaki çalışmaları da rekabet yasağının ihlali olarak değerlendirilmesi mümkündür.", www.legalbank.net.

26 İşçi ödünç işverene işveren adına hizmet veren bir kişi olmadığından, devir sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe, ödünç alan işverene verdiği zarardan ödünç veren işveren sorumlu tutulamaz. Nurşen Caniklioğlu: Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, s.130.

de açıkça işçisini geçici olarak devreden işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün devam edeceği belirtilmektedir. Doktrinde, ücret ödeme borcunun genelde üçüncü kişi, özel olarak da ödünç alan işveren tarafından yerine getirilebileceğinin kararlaştırılabileceği ifade edilmiştir²⁷. Gerçekten de, ödünç veren işveren "işveren" sıfatını koruduğu için, ödünç verdiği işçisine karşı iş sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getirmekle yükümlüdür²⁸. "Ücret" de bu borçların en temeli olarak karşımıza çıkmaktadır. Ne var ki, ödünç veren ve alan işverenlerin ödünç işçi sağlama sözleşmesinde, ücretin ödünç alan işveren tarafından ödenmesine karar vermeleri mümkündür. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanununun 32/1.maddesinde ücretin *işveren veya üçüncü kişiler* tarafından sağlanan bir tutar olduğu ifade edilmiştir.

Ödünç işçi sağlama sözleşmesindeki hükümlerin, işçinin ödünç veren işverenle arasındaki iş sözleşmesindeki hükümlerden daha olumsuz olması mümkün değildir. Zira ödünç iş ilişkisi, işçinin çalışma şartlarının ağırlaşması sonucunu doğurmamalıdır. Bu anlamda, işçinin iş sözleşmesinde belirlenen ücretinden daha az bir miktarın belirlenemeyeceği söylenebilir. Ancak, miktarın ödünç işçi sağlama sözleşmesinde, iş sözleşmesinden daha fazla olmasına engel bir durum ise yoktur. Her halükarda, işçinin ücretinin yasal asgari ücretin altında olamayacağı ise açıktır.

5.4. İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu

"Ödünç iş ilişkisi" gibi esnekleştirilen önemli görünümünden biri olan müessese açısından bakıldığında, Özel Hukukun temel özelliklerinden "sözleşme özgürlüğü" ilkesinin "eşit davranma ilkesi"-ne oranla öncelik taşıması gerektiği düşüncesinde-

yiz. Örneğin, ikili bir iş ilişkisinde işe alma esnasında, gerekse ödünç iş ilişkisi çerçevesindeki ödünç işçi sağlama sözleşmesi görüşmeleri sırasında, işverenin eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Liberal ekonomik düzenin temel niteliklerinden olan sözleşme özgürlüğü bu noktada önceliklidir. Ancak 6715 sayılı Yasa ile değişik İş Kanununun 7. maddesinin onuncu fıkrasında ödünç işçinin, ödünç işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşullarının, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Yine 7. maddenin son fıkrasında özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulacak olan ödünç iş ilişkisi için öngörülen bu yükümlülüğün yalın haliyle ödünç iş ilişkisinde de uygulanacağını ilgili fıkra atfı yapılmak suretiyle düzenlenmiştir.

Bu noktada kanaatimizce işe alma esnasında sözleşme özgürlüğü ilkesinin eşit işlem yapma borcuna göre öncelik taşıdığı kabul edilmesi ve işverenin bu esnada eşit işlem yapma borcuna uyma yükümlülüğünün bulunmamasına karşın, ilgili düzenleme uyarınca ödünç iş ilişkisi süresince eşit işlem yapma borcu söz konusu olacaktır. Zira hükme göre, ödünç işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşullarının, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olması mümkün değildir.

Yine 7. maddenin sadece özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisine uygulanacak olan dokuzuncu fıkrasının b bendi uyarınca ödünç işçi çalıştıran işveren işyerindeki açık iş pozisyonlarını ödünç işçisine bildirmek ve Türkiye İş Kurumu tarafından istenecek belgeleri belirlenen sürelerle saklamakla yükümlüdür.

5.5. İşçinin Çalışma Koşullarının Belirlenmesi

4857 sayılı İş Kanununun 63. maddesinde düzenlenen, genel bakımdan çalışma süresinin haftada en çok kırk beş saat olduğu ve aksi kararlaştırılmamışsa bu sürenin, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanacağı hususu, ödünç işçinin ödünç alan işveren yanındaki çalışması sırasında da

27 Murat Engin: İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkını Devri: Ödünç İş İlişkisi, İş Hukuku Dergisi, C:1, 149.

28 Yarg. 9. HD., 10.02.2010, E.2009/14417, K.2010/1745: "Ödünç iş ilişkisinde, ücret ödemesi yükümlülüğü yine ödünç veren işverene aittir. Ancak geçici iş ilişkisi kurulan işveren de kendisinde çalıştığı süre ile sınırlı olarak ödenmeyen ücretten ve işçiyi gözetme borcu ile sosyal sigorta priminden ödünç veren işverenle birlikte sorumludur. Yasada sözü edilen ücret geniş anlamda ücret olarak kabul edilmelidir. Öyle ki, ödenmeyen prim, ikramiye, sosyal yardımlar ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri de bu kapsamdadır.", www.legalbank.net

geçerlidir. Bununla birlikte, kanun metnindeki “aksi kararlaştırılmamışsa” ibaresinden anlaşıldığı üzere, 1475 sayılı eski İş Kanunundan farklı olarak, haftalık çalışma saati yasal sınırlar içinde kalmak şartıyla, haftanın değişik günlerinde farklı çalışma saatleri de belirlenebilir. Bu konuda ödünç alan işverene ait olan bu yetki, işçi, ödünç alan işverenin işyerinde işe başlamadan önce ödünç işçi sağlama sözleşmesi vasıtasıyla belirlenebileceği gibi, işçinin işe başladığı dönemde ödünç işçi sağlama sözleşmesinin yürürlük süresi içinde de ödünç alan işveren ve ödünç işçi arasında kararlaştırılabilir. Hemen belirtmek gerekir ki; gerek ödünç işçi sağlama sözleşmesi vasıtasıyla, gerekse ödünç işçi sağlama sözleşmesi hükümleri uygulamaya başladıktan sonra ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında belirlensin, her halükarda çalışma süresi tespit edilirken işçinin ücretinde bir azalma vuku bulunmamalıdır. Burada önemli olan husus, ödünç işçinin haftanın değişik günlerindeki farklı çalışma süreleri nasıl belirlenirse belirlensin, haftalık çalışma süresi olan kırk beş saatin üzerine çıkılmamasıdır. Böyle bir durumla karşı karşıya kalınması halinde ise, kırk beş saati aşan kısım doğal olarak “fazla çalışma” olarak değerlendirilecektir. İki taraflı geleneksel bir iş ilişkisinde olduğu gibi, ödünç iş ilişkisinde de, işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanabilmesi için kural olarak fazla çalışmanın işverence istenmesi gerekir. Ödünç iş ilişkisinde işçiden böyle bir talepte bulunabilecek olan işveren, ödünç alan işveren olacaktır. Doğal olarak işçinin fazla çalışma alacağından da ödünç alan işveren sorumlu olacaktır.

Bu noktada Kanunun 7. maddesinin onuncu fıkrasının da kriter olarak dikkate alınacağı vurgulanmalıdır. Zira yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere ister yalın haliyle ödünç iş ilişkisi isterse özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisi söz konusu olsun ilgili fıkra uyarınca, ödünç işçinin, ödünç işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamaz. Yine dokuzuncu fıkranın d bendi uyarınca ödünç alan işveren ödünç işçileri çalıştırdıkları dönemlerde, işyerindeki sosyal hizmetlerden eşit muamele ilkesince yararlandırmak zorundadır. Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan

ödünç iş ilişkisinde ise ödünç işçilerin çalışmadıkları dönemlerde özel istihdam bürosundaki eğitim ve çocuk bakım hizmetlerinden yararlandırılması zorunlu olduğu söz konusudur.

5.6. İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu

4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesinin dokuzuncu fıkrasının c ve f bendinde ödünç işçi çalıştıran işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında yükümlülükleri düzenlenmektedir. İlgili fıkranın c bendi sadece özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkilerinde uygulanacak olup ödünç işçi çalıştıran işverenin ödünç işçinin iş kazası ve meslek hastalığı hâllerini özel istihdam bürosuna derhâl, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 13. ve 14. maddelerine göre ilgili mercilere bildirme yükümlülüğünü öngörmektedir. Fıkranın f bendinde ise ödünç işçi çalıştıran işverenin 20/6/2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 17. maddesinin altıncı fıkrasında öngörülen eğitimleri vermekle ve iş sağlığı ve güvenliği açısından gereken tedbirleri almakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir ve bu yükümlülük her iki tür ödünç iş ilişkisi için de söz konusudur.

Ödünç iş ilişkisinde işçi iş görme borcunu ödünç alan işverenin işyerinde ona karşı yerine getirdiğinden ödünç alan işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu çerçevede ödünç alan işveren sadece eğitim verme değil 6331 sayılı Yasa uyarınca yerine getirmekle yükümlü olduğu tüm önlemleri almak zorundadır. Bu önlemler genel olarak, sağlık gözetimi, çalışanın bilgilendirilmesi, çalışanın görüşünün alınması ve katılımının sağlanması, çalışanın eğitimi, risk analizlerinin yapılması, acil durum planlama ve tahliyeyle ilişkin düzenlemelerin yapılması, çalışanın bu kurallara uyup uymadığının denetlenmesi ve son olarak da Kanunun öngördüğü iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin verilmesidir.

Bu noktada birlikte sorumluluk hükümlerinin ele alınmasında da yarar bulunmaktadır. Zira yalın haliyle ödünç iş ilişkisinde Yasanın 7. maddesinin son fıkrası uyarınca değişiklik öncesinde de söz konusu olan birlikte sorumluluk ilkesi geçerlidir. Bu durum “geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan

ve sosyal sigorta primlerinden, devreden işveren ile birlikte sorumludur.” denilmek suretiyle ilgili fıkrada açıkça belirtilmektedir. Her ne kadar işçiyi ödünç veren işverenin, ödünç alan işveren işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınıp alınmadığını kontrol etme imkanı bulunmasa da ilgili hükmün açık düzenlemesi karşısında birlikte sorumluluk kapsamında ödünç alan işverenle sorumluluğu söz konusu olacaktır²⁹. Örneğin ödünç alan işveren işyerinde bir iş kazası meydana geldiğinde iş kazasından kaynaklanan tazminat alacakları bakımından ödünç veren işveren de ödünç alan işverenle birlikte sorumlu olacaktır. Bu anlamda, ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerinde ve onun talimatlarına uygun bir şekilde çalışırken bir iş kazasına uğraması halinde madde- nin getirdiği müteselsil sorumluluk uyarınca gerek ödünç alan işverene gerekse ödünç veren işverene ya da her ikisine birlikte başvurabilmesi mümkündür. Ancak, işverenlerin sorumluluklarının kaynakları farklıdır. Bu anlamda, böyle bir durum ortaya çıkarsa, ödünç işçinin zararını ödünç veren işverenden talep etmesi halinde, ödünç veren işveren TBK md.61/1 uyarınca ödünç alan işverene rücu edebilecektir.

Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinde ise durum çok farklıdır. 4857 sayılı Yasanın 7. maddesinin on üçüncü fıkrasında sadece özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisine uygulanacak olan düzenleme uyarınca, ödünç işçi sağlama sözleşmesinde belirtilen sürenin dolmasına rağmen ödünç iş ilişkisinin devam etmesi hâlinde, ödünç işçi çalıştıran işveren ile işçi arasında sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılır. Bu durumda özel istihdam bürosu işçinin ödünç iş ilişkisinden kaynaklanan ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden sözleşme süresiyle sınırlı olmak üzere sorumludur. Bu bağlamda sorumluluk sadece özel istihdam bürosunda olup sözleşmenin süresiyle sınırlı bir sorumluluktur.

29 Ödünç veren işverenin ödünç alanın iş sağlığı ve güvenliği önlemleri bakımından kontrol yetkisinin bulunmaması nedeniyle bazı hukukçular ödünç verenin iş kazasından birlikte sorumlu olmaması gerektiğini savunmaktadırlar. Bkz. Tuncay, Ödünç İş, s. 71; Ekmekçi, s.377.

6. Ödünç İş İlişkisinde Sorumluluk ve Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi

6.1. Ödünç İş İlişkisinde Sorumluluk

4857 sayılı İş Kanununun 6715 sayılı Yasa ile değişik 7. maddesinde eski düzenlemede yer alan birlikte sorumluluk hükümleri sadece yalın ödünç iş ilişkisinde öngörülmektedir. Zira md.7/son'a göre; “geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden, devreden işveren ile birlikte sorumludur”. O halde yalın ödünç iş ilişkisinde ödünç iş ilişkisinin kurulması ile ödünç veren işverenin tüm sorumlulukları ortadan kalkmamakta, ücret ödeme, işçiyi gözetme ve sigorta primlerini ödeme gibi borçlardan, ödünç alan işverenle kanun gereği birlikte sorumluluğu doğmaktadır³⁰. Getirilen bu düzenlemeyle, ücret ödenmesi, işçiyi gözetme ve prim borçlarının ödünç alan işveren tarafından da üstlenilebileceği ve sözleşmede böyle bir koşulun öngörülebileceği anlaşılmaktadır. Ne var ki, mevzuattan da anlaşıldığı üzere, böyle bir anlaşma, ödünç veren işverenin birlikte sorumluluğunu yine de ortadan kaldırmayacaktır³¹.

30 Yarg. 9.HD., 16.12.2008, E.2007/26179, K.2008/33761, www.legalbank.net.

31 Yarg. 10. HD., 12.10.2012, E. 2011/14930, K. 2012/18742: “Bu durumda yapılacak değerlendirmede, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'nun 7. maddesinde de belirtildiği üzere, vakfın tabii başkanı olan mülki idare amirinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenen geçici iş ilişkisi kavramı içerisinde, davacıyı, yaz aylarında park ve bağ işlerinde, kış aylarında ise okullarda kalorifer hizmetlerinde, iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiği, bu tür ilişkilerin üç kişinin yani işçi, onun iş akdi ile bağlı olduğu işveren ve bu işveren ile geçici işçi sağlama sözleşmesi yapan diğer (geçici) işverenin iradeleri ile oluşan üçlü bir ilişkiye dayandığı, bu ilişkiye dayanılarak işçinin yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devredilebildiği, bu bağlamda, gerçek işverenin vakıf olduğu, işin görüldüğü yerlerin vakfa ait olup-olmamasının bu durumu değiştirmeyeceği; anılan düzenlemede yer alan, “...Geçici iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılır, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir...” hükmü ile aynı maddede yer alan geçici iş ilişkisinin kurulabilmesi için işçinin “devir sırasında yazılı rızasını alma” koşullarının bulunmamasının vakıf ile sigortalı arasında devam eden varsayımsal (farazi)

Ancak özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinde Yasanın birlikte sorumluluk hükümlerine yer vermemesi dikkat çekicidir. 7. maddenin on üçüncü fıkrasında "Sözleşmede belirtilen sürenin dolmasına rağmen geçici iş ilişkisinin devam etmesi hâlinde, geçici işçi çalıştıran işveren ile işçi arasında sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılır. Bu durumda özel istihdam bürosu işçinin geçici iş ilişkisinden kaynaklanan ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden sözleşme süresiyle sınırlı olmak üzere sorumludur" düzenlemesine yer verilmek suretiyle birlikte sorumluluk dışında bir sorumluluk öngörülümüştür. Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinde, ödünç iş ilişkisinin mevcut olduğu süre boyunca işçinin ödünç iş ilişkisinden kaynaklanan ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden sadece özel istihdam bürosu sorumlu olacaktır. Buna karşın yalın ödünç iş ilişkisinde ise ödünç işçinin ücret, işçiyi gözetme ve sosyal sigorta primlerinden ödünç veren işveren ile ödünç alan işverenin birlikte sorumlu olması söz konusudur. İşçi sayılan hallerden kaynaklanan haklarını ister ödünç alan işverenden ister ödünç veren işverenden isterse her ikisinden talep etme imkânına sahiptir.

6.2. Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi

"Ödünç işçiyile", sözleşmesel ilişki içinde olduğu işvereni veyahut özel istihdam bürosu aralarında anlaşarak diledikleri zaman mevcut iş sözleşmesini sona erdirebilirler ve bu bir fesih olmadığından, herhangi bir tazminat yükümü de söz konusu olmayacaktır. Ancak, iki taraflı olan bu iş ilişkisinin sona ermesi, doğal olarak bu ilişkiye bağlı olarak oluşmuş olan ödünç iş ilişkisini de neticelendirecektir. Zira iş sözleşmesinin hukuki varlığını kaybetmesiyle birlikte, ödünç iş ilişkisinin konusunu teşkil eden işçinin ödünç alan işverenle arasındaki ödünç iş ilişkisi de sona erecektir. Ödünç iş ilişkisinin varlığını sürdürmesi, ödünç veren işverenle

bağımlılık sebebiyle sigortalılık haklarını etkilemeyeceği düşünülerek, davacının iş görme edimini başkasına sunmasının anılan bağımlılık ilişkisine zarar verebilecek yoğunluğa ulaşip ulaşmadığı incelenmeli ve farazi bağımlılık ilişkisinin varlığını koruduğu sürece, davacının vakfa bağlı sigortalılığının süreceği gözetilmelidir.", www.legalbank.net.

işçi arasındaki iş sözleşmesinin devamı koşuluna bağlıdır. Bir başka deyişle, ödünç veren işverenle ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesi fesih veya başka herhangi bir nedenle sona ererse, ödünç iş ilişkisi de doğal olarak nihayetlenecektir.

Ödünç veren işveren veyahut özel istihdam bürosu ile ödünç alan işveren isterlerse anlaşarak ödünç işçi sağlama sözleşmesini sürenin dolmasından önce her zaman sona erdirebilirler. Bu yönde bir anlaşma doğal olarak ödünç iş ilişkisini neticelendirecektir. Bunun yanında, ödünç alan veya ödünç veren işverenin ödünç işçi sağlama sözleşmesini feshetmeleri ile ya da Borçlar Hukukundan kaynaklanan muhtelif sebeplerle de ödünç iş ilişkisi sona erebilecektir. Böylece, ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasındaki ilişki noktalanacak ve işçi ile sözleşmesel ilişki içinde olduğu ödünç veren işveren arasındaki iş ilişkisi bağımsız olarak devam edecektir.

Yalın haliyle ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi sağlama sözleşmesi, taraflarca belirlenmiş olan sürenin sona ermesiyle kendiliğinden sona erer. Ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren tarafından düzenlenen ödünç işçi sağlama sözleşmesi, yine söz konusu üç tarafın iradesiyle yenilenmediği takdirde işçi, kendisine sözleşmesel ilişkiyle bağlı olduğu ödünç veren işverenin işyerine dönmek ve ödünç veren işveren de kendisine iş vermekle yükümlüdür³². Ödünç veren işverenin sürenin sonunda işçisini geri çağırması durumunda ise,

32 Ödünç işçi, bu ilişkinin sona ermesine rağmen, işverene dönmez, ödünç işveren yanında çalışmaya devam ederse, işçi ile ödünç işveren arasında iş sözleşmesinin kurulduğunu kabul etmek gerekmektedir. Süzek, s.286. Yarg. 9. HD., 16.06.2008, E.2008/41042, K.2008/15622: "Keza 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, "İşveren, 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. Geçici iş ilişkisinde sürenin bitiminde ödünç alan işyerinde çalışmaya devam eden işçi, ödünç alanın işçisi olur. Tarafların ortak iradeleri ile gerçekleşen bu işlem, hizmet akdi devri olarak adlandırılmalıdır. Ancak, bu uygulamaya sürekli işverenin rızası hilafına gidilmiş ve işçi ile ödünç alan işverenin anlaşması suretiyle işçi, süresi sona eren geçici iş ilişkisinde ödünç alan işveren işçisi olarak çalışmaya devam ediyorsa, ödünç veren işverene ait işyerinden işçinin ayrıldığı kabul edilmelidir.", www.legalbank.net.

ödünç işçinin ve ödünç alan işverenin birlikte çalışma iradelerine rağmen, ödünç iş ilişkisinin uzayarak devam edeceği sonucuna varılamaz. Çünkü ödünç iş ilişkisinin üç temel ayağından birisi olan ödünç veren işverenin, ilişkinin devamı hususunda bir isteği ve onayı bulunmamaktadır. Böyle bir durumda işçi, ödünç veren işveren yanındaki işine dönmek durumundadır, bunu kabul etmemesi ve ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi durumunda, ödünç veren işverenle aralarındaki iş sözleşmesini süreli fesih bildiriyle feshetmiş olacak ve bunun sonuçlarıyla karşı karşıya kalacaktır. Ancak yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, ödünç iş ilişkisinin süresinin bitiminde, bu ilişkinin her üç tarafının da ortak iradeleriyle işçinin ödünç alan işverenin işyerinde çalışmasına devam etmesi kararlaştırılabilir. Bu durumda doğal olarak işçinin sözleşmeyi feshettiğinden ve bunun sonuçlarından sorumlu olduğundan bahsedilemeyecektir. Zira burada söz konusu olan, tarafların ortak iradeleriyle gerçekleşen bir iş sözleşmesinin devri işlemidir.

İş Kanununun 23. maddesine göre; belirli veya belirsiz süreli sürekli iş sözleşmesi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işveren de birlikte sorumlu olacaktır. Ödünç iş ilişkisi çerçevesinde bir başka işverenin işyerinde çalışan ödünç işçi de süre sona erdiğinde ödünç veren işverenin yanına dönmeyip ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaya devam ediyorsa, yukarıda da belirtildiği üzere ödünç işçi ödünç veren işverenle olan ilişkisini bildirim sürelerine uymaksızın feshetmiş sayılacaktır. Bir başka deyişle, iş sözleşmesi, taraflardan birince kanunda öngörülen bildirim sürelerine uyulmaksızın feshedilirse, örneğin işçi başka bir iş bulduğu için çalışmayı bırakıp, yeni işyerinde çalışmaya başlarsa bu durumda usulünce yapılmış bir fesih söz edilemeyecek, bu bir usulsüz fesih sayılacaktır.

Kanımızca, ödünç işçi sağlama sözleşmesiyle işçinin bir başka işverene devredilmek istenmesi, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olarak yorumlanmalı ve İş Kanunu md.22'nin uygulama alanı bulunmasına mahal verilmemelidir. Zira işçinin işyerinde değişiklik yapılması ya da çalışma şartlarında farklı şekillerde

değişiklikler yapılması mümkün olmakla birlikte, hiçbir işçi ödünç iş ilişkisiyle bir başka işverenin yanında çalışmaya ve iş görme edimini onun yanında ifa etmeye zorlanmamalıdır.

Ödünç iş ilişkisi içindeki iki sözleşmeden biri olan ve ödünç veren işverenle ödünç işçi arasında imzalanmış bulunan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olarak akdedilmiş olması halinde, gerek ödünç veren işverenin gerekse de diğer taraf olan ödünç işçinin sözleşmeyi süreli fesih bildiriyle feshetmeleri mümkündür. İşverenin iş sözleşmesini geçerli sebeple feshetmesi durumunda da ödünç iş ilişkisi sona erecektir. İhbar öneli tanınarak yapılan feshlerde doğal olarak önel sonuna kadar ödünç iş ilişkisi de iş sözleşmesiyle birlikte varlığını sürdürecektir. Ödünç işçi bu arada doğan ücret vb. haklarını da tabii ki talep edebilecektir. Ödünç veren işverenle ödünç işçi arasındaki iş ilişkisine tümüyle yabancı olan ödünç alan işverenin söz konusu sözleşmeyi feshedebilmesi ise kesinlikle mümkün olmamalıdır. Ancak, belli ölçülerde ve ödünç veren işveren adına uygulanmak koşuluyla ödünç alan işverenin ödünç işçiye disiplin cezası verebileceğinden söz edilebilir.

Ödünç veren işverenin, işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu md.25/II uyarınca haklı sebeple feshetmesi de mümkündür. Bu fesih gerek işçinin doğrudan ödünç veren işverene karşı olan davranışları dolayısıyla, gerekse de işçinin ödünç alan işveren yanındaki bir tutumundan kaynaklanabilecektir. Ödünç veren işveren bu yola kendi iradesi neticesinde gidebilecektir, yoksa ödünç alan işverenin ödünç veren işverenden, işçinin sözleşmesini feshetmesini talep etme hakkı kanımızca bulunmamaktadır. Eklemek gerekir ki, iş sözleşmesinin haklı sebeple feshi yoluna gidebilecek olan işveren, sadece ödünç veren işveren olacaktır. Çünkü her şeyden önce ödünç alan işveren feshe konu olabilecek iş sözleşmesinin tarafı değildir. Bu nedenle tarafı olmadığı bir ilişkiye son verebilmesinin, hukukun temel ilkeleriyle örtüşmediği düşüncesindeyiz. Ancak doktrinde, ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin ödünç alan işveren tarafından da sona erdirilebileceğini savunan ve bizim iştirak etmediğimiz görüşler de bulunmaktadır³³. Bu anlamda, ödünç

33 İş hukuku öğretisinde ödünç işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışları nedeniyle, ödünç

alan işverenin, kendisine tümüyle yabancı olan ve ödünç veren işverenle ödünç işçi arasında akdedilmiş olan iş sözleşmesini feshedebilmesi kanımızca mümkün değildir³⁴. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, ödünç alan işverenin, işçinin borçlarını yerine getirmemesi, İş Kanunu md.25/II'de belirtilen davranışların öznesi olması nedeniyle ortaya çıkan zararın tazminini işçiden istemesi mümkündür. Zira İş Kanunu md.7/14 uyarınca ödünç işçi, işyerine ve işe ilişkin olmak kaydıyla kusuru ile neden olduğu zarardan, geçici işçi çalıştıran işverene karşı sorumludur. Bu anlamda, ödünç veren işverenin ödünç alan işverene bu hususta bir yetki vermesi de söz konusu olamayacaktır. Belirtmek gerekir ki, işçinin ödünç iş ilişkisi çerçevesinde bir başka işverene iş görme edimini sunmaya devam etmesi, kendisinin ödünç veren işverenle arasındaki iş sözleşmesini feshedemeyeceği anlamına da gelmektedir. Ödünç veren işveren nasıl sözleşmesinin bir tarafı olarak her zaman fesih yoluna gidebilecekse, ödünç işçinin de sözleşmenin diğer tarafı olarak aynı hakka sahip olması yadırganmamalıdır.

Ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasında imzalanan ve "ödünç işçi sağlama sözleşmesi" olarak adlandırılan sözleşmede düzenlenmemiş olsa bile ödünç veren işverenin, ödünç işçinin sözleşmede belirtilen şekilde işe gelip ödünç alan işverenin gözetimi altında çalışmaya başlamasını taahhüt borcu bulunmaktadır. Ödünç işçi sözleşmesinin varlık nedeni de bu devir işlemini düzenlemek ve güvence altına almaktır. Ne var ki, söz konusu işçi devri işlemini düzenlediğini ve güvence altına aldığını belirttiğimiz ödünç işçi sözleşmesinin doğal olarak gerek ödünç veren işveren tarafından gerekse de ödünç alan işveren tarafından feshedilmesi ya da Borçlar Hukukundan kaynaklanan diğer nedenlerle sona ermesi her zaman ihtimal dahilindedir. Bunun sonucunda da tabiatıyla ödünç iş ilişkisi neticelenmiş olacaktır, zira bu iliş-

alan işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabileceği öne sürülmektedir. Demir, 78.

34 Yargıtay da iş sözleşmesinin ödünç veren işverenle devam etmesi dolayısıyla ödünç işçinin iş sözleşmesinin sadece ödünç veren tarafından feshedilebileceğini kararlarında belirtmektedir. Yarg. 9. HD., 29.12.2005, E.2005/37186, K.2005/40672, www.legalbank.net.

kiye temel karakterini veren sözleşme, ödünç işçi sözleşmesidir.

Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinde kanun koyucu özel bir düzenlemeye yer vermektedir. Özel istihdam bürosu aracılığıyla bir ödünç iş ilişkisi kurulması halinde ödünç işçi sağlama sözleşmesinde belirtilen sürenin dolmasına rağmen ödünç iş ilişkisinin devam etmesi hâlinde, ödünç işçi çalıştıran işveren ile işçi arasında sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır. Böylelikle bu tür ödünç iş ilişkisinde yukarıda belirtmiş olduğumuz iş sözleşmesinin devri hükümlerinin uygulanmasından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Yine 7. maddenin on birinci fıkrasının son cümlesi uyarınca, ödünç işçi ile yapılacak iş sözleşmesinde, işçinin ne kadar süre içerisinde işe çağrılmazsa haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceği belirtilir. Bu süre üç ayı geçemez.

7. Toplu İş Hukuku Bakımından Ödünç İş İlişkisi

Ödünç iş ilişkisine ilişkin olarak toplu iş hukuku açısından incelenmesi gereken husus, işçinin, sendikaya üyelik için gerekli diğer koşulları da sağladığını kabul ettiğimiz takdirde, ödünç alan işverenin çalıştığı işkolundaki bir sendikaya mı yoksa işverenin girdiği işkolundaki bir sendikaya mı üye olacağı konusudur. Ödünç işçinin üye olabileceği sendika, ödünç veren işverenin işyerinin girdiği işkolundaki sendika olabilecek, toplu iş sözleşmesi yetkisinin kazanılması açısından da ödünç işçi ancak ödünç veren işverenin işyerindeki işçi sayısına dahil olacaktır. Zira işçinin devreden işverenle iş sözleşmesi devam ettiğinden, işçi iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverene ait işyerinin girdiği işkolundaki sendikaya üye olabilecektir. Öte yandan toplu iş sözleşmesi yetkisinin tespitinde de bu işverenin işyerindeki işçi sayısına dahil olacakken³⁵, ödünç alan işverenin işyerinde mevcut işçi sayısının hesabında dikkate alınmayacaktır³⁶.

35 Süzek, s.284.

36 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.157.

Ne var ki, özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinde bu durum bazı tereddütlere yol açabilecek niteliktedir. Zira bu durumda ödünç veren işverenin işçiyi çalıştırabileceği bir işyeri dahi bulunmamaktadır. Ancak işçinin her ödünç verilisinde değişik bir işkolunun söz konusu olmasındansa, tüm tereddütlere rağmen ödünç veren işverenin faaliyet gösterdiği işkolunu yeğlemek daha doğru olacaktır kanısındayız.

Ödünç işçinin sözleşmesel ilişki içinde bulunduğu işvereni ödünç veren işverendir, bu nedenle kendisine karşı iş görme edimini ifa ettiği ödünç alan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün değildir³⁷. Zira ücret ve sosyal yardımlara ilişkin hükümlerden yararlanması için gerekli olan sözleşmesel ilişki ödünç alan işvereni işçi arasında bulunmamaktadır. Ödünç işçi sadece ödünç veren konumunda olan kendi işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecektir. Ne var ki adı geçen toplu iş sözleşmesinde yer alan ücrete ilişkin hükmün uygulanmaması halinde, söz konusu ödemedeki gerek ödünç alan gerekse de ödünç veren işveren sorumlu olacaktır. Zira İş Kanununun 7. maddesi uyarınca ödünç alan işveren de işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden ödünç veren işveren ile birlikte sorumludur. Diğer yandan, ödünç işçi ödünç alan işverenin işyerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesinin çalışma süresine, ara dinlenmelerine, iş sağlığı ve güvenliğine ve o işverenin yönetim hakkına ilişkin düzenlemelerine tabi olacaktır. Ayrıca yemek paydosu, çalışmanın başlangıç ve bitiş saatlerine ilişkin hükümler de niteliğine uygun düştüğü ölçüde ödünç işçiyi de etkileyecektir³⁸.

4857 sayılı İş Kanununun ödünç iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesinin beşinci fıkrasında, ödünç alan işverenin grev ve lokavt aşamasına gelen bir toplu iş uyuşmazlığının tarafı olması halinde, 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 65 inci maddesi

hükümleri saklı kalmak kaydıyla grev ve lokavtın uygulanması sırasında ödünç işçi çalıştıramayacağı hüküm altına alınmaktadır. Buna göre; ödünç iş ilişkisi, ödünç alan işverenin işyerinde bir toplu iş uyuşmazlığı vuku bulmadan önce kurulduğunda ve bu uyuşmazlık grev ve lokavt aşamasına geldiğinde, ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerinde çalıştırılması mümkün olmayacaktır. Ödünç veren işveren bu süre boyunca işçisini kendi işyerinde çalıştırmak mecburiyetinde bulunacaktır. Ancak ödünç işçi SenTİSK md.65 uyarınca kanuni grev ve lokavta katılamayacak işçi kadrosu içinde yer alıyorsa, bu durumda çalışmaya elbette devam edebilecektir. Diğer yandan kanundışı bir grevin vuku bulması halindeyse, greve katılanların sözleşmeleri askıda kalmayacağından, onların işinde ödünç işçi çalıştırılabilecektir. Söz konusu hüküm ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik olarak düzenlenmiştir. Ancak yeri gelmişken ifade etmek gerekir ki; uyuşmazlık grev ve lokavt aşamasına gelse dahi, bu esnada yeni bir ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi ya da süresi bitenin yenilenmesi mümkündür. Ne var ki doğal olarak bu durumda da, grev ve lokavt devam ettiği sürece ödünç işçi ödünç veren işverenin işyerinde çalışmaya devam edecek, grev ve lokavtın son bulmasından sonra ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaya başlayabilecektir. Diğer yandan kanımızca ödünç işçinin ödünç veren işverenin işyerindeki greve katılması mümkün olamamalıdır, zira böyle bir durumda "ödünç iş ilişkisi" müessesesinin bir anlamı kalmayacak ve bu ilişki ödünç veren işverenin işyerindeki özel şartlardan kaynaklanan nedenlerle sürekli kesilme tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Ödünç işçinin yine de böyle bir tasarruf içinde bulunması ise, doğal olarak iş görme borcunun ihlali olacaktır. Bu ihlalden dolayı ödünç işçi sağlama sözleşmesine aykırılık oluşacaktır.

Sonuç ve Değerlendirme

İki işveren ve bir işçinin söz konusu olduğu ödünç iş ilişkisi üçlü bir ilişkidir ve esnekleşmenin etkisiyle 4857 sayılı Yasamızın 7. maddesinde kendisine yer bulmuştur. İlgili hüküm daha sonra değişikliğe uğramış ve bugünkü halini almıştır.

37 Demir, s.79; Akyiğit, Ödünç İş, s.175; Çelik, Nuri/Canıklıoğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s.157.

38 Odaman, Ödünç İş İlişkisi, s.69.

Değişiklik öncesi düzenleme çerçevesinde ödünç iş ilişkisinin koşullarını, işçinin devir sırasında yazılı rızasının alınması, ödünç işçinin holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veyahut yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması, başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmesi ile ödünç iş ilişkisinin altı ayla sınırlı olması ve en çok iki defa yenilenebilmesi oluşturmaktaydı.

Diğer üçlü iş ilişkilerinde de olduğu gibi yasa koyucu işçinin korunması ilkesini de göz önüne alarak bu ilişkide birlikte sorumluluğa ilişkin düzenlemeye yer vermişti. Ödünç iş ilişkisinin en önemli özelliği iş sözleşmesinin işçi ile ödünç veren işveren arasında devam ediyor olmasıdır. İşçi sadece iş görme edimini sözleşme tarafı işveren dışında bir başka işverene karşı yerine getirmektedir.

Ancak Yasanın eski düzenlemesinde genel olarak mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi ve yalın ödünç iş ilişkisi olmak üzere iki türü bulunan ödünç iş ilişkisinden sadece yalın haliyle ödünç iş ilişkisi düzenlenmiş, birçok Avrupa ülkesinde yasal olarak uygulanmakta olan mesleki anlamda ödünç iş ilişkisine ise yer verilmemişti. Mesleki ödünç iş ilişkisine yer verilmemiş olması başta küreselleşme olmak üzere teknolojik ve ekonomik gelişmeler karşısında eleştirilmekte ve gerekliliği tarafımızca da desteklenen doktrindeki çoğu yazar tarafından önerilmekte idi.

Birçok yeniliğin başlangıcı olan 2016 yılında AB'nin 2008/104/EC sayılı direktifi temel alınarak bu konuda yepyeni bir sisteme yer veren hükümleri içeren bir yasa tasarısı hazırlanmış ve 08.02.2016 tarihinde tasarı TBMM'ye sunulmuştu. İşbu tasarı TBMM'de görüşüldükten ve uygun bulunduktan sonra 20.05.2016 tarihli ve 29717 sayılı Resmi Gazete'de "İş Kanunu İle Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" adıyla yayınlanmıştır. 6715 sayılı Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu ile 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanununda önemli değişiklikler yapılmıştır.

Yapılan değişikliklerle 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesi yeniden kaleme alınmıştır. Maddede yalın haliyle ödünç iş ilişkisi yanında özel istihdam

bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisine de yer verilmiştir. Hükmün genelinde özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinin sınırlandırıldığı görülmektedir. Diğer taraftan yalın haliyle ödünç iş ilişkisinin sadece holding bünyesi içerisinde veyahut aynı şirket topluluklarına bağlı işyerleri için öngörülmüş olması kanaatimizce isabetlidir. Zira özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesinin öngörüldüğü düzenleme karşısında aynı veyahut benzer işleri yapmak koşulu ile holding bünyesi içerisinde yer almayan veyahut aynı şirket topluluklarına bağlı olmayan işverenler arasında ödünç işçi çalıştırılmasına ilişkin düzenlemenin yer almasının anlamı kalmamıştır.

Sonuç olarak, İş Kanununun 7. maddesinde yapılan değişiklikle özel istihdam büroları aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulma imkanının gelmesiyle birlikte ödünç iş ilişkisi sistemi baştan aşağıya değiştirilmiştir. Düzenlemede ödünç iş ilişkisinde güven- celi esnekliğin etkileri hissedilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: (1995) İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara.
- Akyiğit, Ercan: (2008) İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara.
- Benli, Abdurrahman/Yiğit, Yusuf: 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/841.pdf>, s. 48 vd.
- Caniklioğlu, Nurşen: (2008) Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul, s. 121-155.
- Çankaya, O. Güven / Çil, Şahin: (2006) İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara.
- Çavuş, Ö. Hakan: Ödünç (Geçici) İş İlişkisi Kurulan İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu, Yaklaşım Dergisi, Temmuz-2011, s. 60 vd.
- Çelik, Nuri: (2009) İş Hukuku Dersleri, İstanbul.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: (2015) İş Hukuku Dersleri, İstanbul.

- Demir, Fevzi: (2016) İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir.
- Demir, Fevzi: (2003) İş Güvencesi ve 4857 sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, Tes-İş Eğitim Yayınları, Ankara, s. 120 vd.
- Ekmekçi, Ömer: 4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, İHSGHD,2, Nisan-Haziran 2004, s. 367-382.
- Ekonomi, Münir: 4857 sayılı Kanunun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu, İHSGHD, S.9, 2006, s. 15-38.
- Engin, Murat: İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkını Devri: Ödünç İş İlişkisi, İş Hukuku Dergisi, C:1, s. 146 vd.
- Goldman, L. Alvin: Labour and Employment Law in the United States, Kluwer Law International, London Temmuz 1996.
- Kar, Bektaş: (2011) Sözleşme Serbestisi Kapsamında 5620 sayılı Kanunda Geçici İşçi Pozisyonunda Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına ve Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul, s. 233-240.
- Narmanlıoğlu, Ünal: (2013) İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İstanbul.
- Odaman, Serkan: Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC4.pdf>, s. 67-123.
- Odaman, Serkan: (2007) Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul.
- Odaman, Serkan/ Çavuş, Ö. Hakan: (2016) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Turhan Esener'e Armağan, C.I, İstanbul, s. 249-279.
- Süzek, Sarper: (2015) İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul.
- Şakar, Müjdat: İş Kanunu Açısından Mevsim ve Kampanya İşlerinde Çalışan İşçilerin Durumu, Yaklaşım Dergisi, Ekim 2010, S. 214, <http://www.ozdogrular.com/content/view/13687/>.
- Tuncay, A. Can: (1995) Çalışma Süreleri ve İstihdam Türlerinde Esnekleştirme, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler Esneklik Semineri, Ankara, s. 55-74.
- Tuncay, A. Can: İş Kanunu Tasarısındaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi, Mercek, Y.: 8, S.: 30, Nisan-2003, s. 56-75.