

TÜRK HUKUKUNDA ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ

I- Giriş

Gelişen ekonomi ve bu arada çeşitlenen yatırım veya istihdam şekilleri, beraberinde yeni bir kısım ihtiyaçlar doğurmaktadır. Özellikle işyerlerinin ticaret veya vergi hukukunun güncel gerekleri karşısında işverenlerce yeniden yapılandırılması; yeri geldiğinde iş hukuku açısından işveren sayılabilecek gerçek veya tüzel kişi bir yatırımcının işlerini farklı işyerlerinde ve fakat farklı tüzel kişilikler oluşturarak organize etmeyi tercih etmesi, lehine olabilmektedir.

Ayrıca, işyerlerinin bir şemsiye altında¹ ve fakat farklı tüzel kişilikler bünyesinde organize edilmesi; niteliği veya oluşan ihtiyaçlar gereği, iş hukuku açısından da yeni kurumlara ihtiyaç duyurmaktadır. Bu kurumlardan birisi de Geçici (Ödünç) İş İlişkisi'dir. Ülkemizde 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu devrede de uygulanmakla olan “Geçici İş İlişkisi”², 4857 sayılı yeni İş Kanunu³ ile birlikte yasal bir zemine kavuşturulmuştur⁴.

¹ Bu konuda bkz. dipn. 13.; bu makale 12.01.2012 tarihinde hazırlanmıştır.

² Kanunen “Geçici İş İlişkisi” şeklinde ifade edilmekle birlikte, kurum, öğretide “Ödünç İş İlişkisi” şeklinde de ifade edilmekte olup; bu çalışmada da “Geçici İş İlişkisi” ve “Ödünç İş İlişkisi” kavramları aynı anlamda kullanılmıştır. Bu nedenle, her iki terimin kullanıldığı yerde de ifade edilenin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 7. maddesinde düzenlenen “Geçici İş İlişkisi” olduğu sonucuna varılmalıdır. Yeni İş Kanunu taslağında kurumun ifadesi “ödünç” şeklinde hazırlanmasına karşın, işçi temsilcilerinden gelen yoğun tepkiler nedeni ile “geçici” ifadesinin seçilmesine ilişkin açıklamalar için bkz. **ODAMAN**, Serkan : Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007, s. 14; <http://www.iskanunu.com/icerik/icerik/gerekceli-is-kanunu-metni.html#1> (e.t. 12.01.2012)

³ Kanunun metni için bkz. 10.06.2003 gün ve 25134 sayılı Resmi Gazete.

⁴ 1475 sayılı İş Kanunu’nun yürürlüğü sırasında da “ödünç işçi uygulamasının” benimsendiğine ilişkin Y. 9. HD. 24.05.1999 gün 1999/8252 E. – 1999/9295 K. sayılı kararı için bkz. **GÜNAY**, Cevdet İlhan : İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005, s. 296; Y. 9. HD. 07.07.1997 gün ve 1997/10276 E. – 1997/13882 K. sayılı kararı için bkz. **GÜNAY**, s. 297; ayrıca kurum Y. 9. HD.’nin 12.10.1998 gün ve 1998/1704 E. – 1998/4289 K. sayılı kararında da “Davacı sigorta primlerini yatıran şirketin işçisidir. Bu şirketin muvafakati ile ortağı M.E. yanında bir süre çalışması, işverenin şirket olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Öğretide de benimsendiği gibi burada bir tür “ödünç ilişkisi” söz konusudur.” şeklinde bir neticeye varılarak, kurumu “ödünç (iş) ilişkisi” şeklinde ifade edilmiştir. Buna karşın işçinin bir işverende çalışırken, dilekçe vererek başka bir işverene geçmesi hali ise, Y. 9. H.D.’nin 14.03.2001 gün ve 2001/225 E. 2001/3914 K. sayılı ilamında “hizmet sözleşmesinin devri” olarak nitelendirilmiştir. **ÇİL**, Şahin : İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 109.

A- İş İlişkisi (İş Sözleşmesi) Kavramı

Genel bir ifade ile belirli bir kişiye belirli bir karşılık beklenerek, bir ekonomik değer ifade eden faaliyetlerde bulunulduğunda ortaya çıkan ilişki “*iş ilişkisi*” olarak tanımlanabilir⁵. Bahsedilen kapsamdaki iş ilişkisi ile oluşan sözleşme, bu çalışmada “*İş Sözleşmesi*” olarak değerlendirilecektir⁶.

Diğer yandan, bahsedilen sözleşme, mevzuatımızdaki çeşitli yasal hükümlerde tanımlanmış⁷ ve çeşitli isimlerle de olsa, tipik sözleşme niteliğine büründürülmüştür⁸. İş Hukuku genel başlığı altında toplanabilecek bu düzenlemeler, esasen daha güçsüz durumdaki işçinin korunmasını hedeflemektedir⁹.

⁵ DEMİR, Fevzi : İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005 (**İş Hukuku**), s. 3 vd.

⁶ Bilindiği gibi, BK’daki “**hizmet akdi**” ifadesi (m. 313, vs.), 1475 sayılı (mülga) İş Kanunu’nda da aynen muhafaza edilmiş (m. 1, vs.) ve fakat 4857 sayılı İş Kanunu, ifadeyi “**İş Sözleşmesi**” olarak değiştirmiştir. Diğer yandan, BK m. 313’de hizmet akdi ve mukavele ifadeleri peş peşe kullanılmıştır. Büyük Türkçe Sözlükte akit kavramı “1. *Sözleşme*. 2. *Nikâh*.” (bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=akit&ayn=tam> e.t. 11.01.2012) aynı şekilde mukavele kavramı da sözleşme olarak tanımlanmaktadır. (bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=mukavele&ayn=tam> e.t. 11.01.2011) Bu çalışmada hizmet akdi veya mukavele ifadeleri, salt BK’da yer alan hükümlere; İş Sözleşmesi ifadesi ise 4857 sayılı İş Kanunu’nda yer alan hükümlere değinilmek istenen hususlarla ilgili olarak kullanılmıştır. Bu konuda ayrıca bkz. ZEVLİLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat/Petek, Hasan : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 1998, s. 305.

⁷ Öğretide sözleşmeler, çeşitli ayrımlara tâbi tutulmaktadır. Bu ayrımlardan birisi de, bir borç doğuran sözleşmenin (borç sözleşmesi) çeşitli hüküm veya sonuçlarının kanunda düzenlenip düzenlenmediğine göre yapılmaktadır. Bu ayrıma göre sözleşmeler : Tipik/isimli veya Atipik/isimsiz/kendine özgü sözleşmeler olarak iki ana başlık altında incelenmektedir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s. 192 vd; AKYİĞİT, Ercan : İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, s. 5 vd.

⁸ Çeşitli sözleşme tiplerinin çeşitli kanunlarla düzenlenmesinin temel gayesi; kurmak istedikleri sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşılan taraflarca herhangi bir nedenle düzenlemedikleri hususların, temelde tamamlayıcı nitelikteki hükümlerle doldurulmasıdır. Çoğunlukla ekonomik gereklilikler veya yargının yerleşen uygulamalarının mevzuata dönüştürüldüğü bu uygulama, esasen uyumsuzluğun çözümünde hâkimin işini de kolaylaştırmaktadır. Zira, çeşitli sözleşme tiplerine ilişkin unsurlar, kendine özgü sözleşmelerden kaynaklanabilecek ihtilaflar veya bu sözleşmeler ile ilgili olarak yapılması gereken yorumlara model de oluşturmaktadır. Örneğin, BK 386/2. maddesinin “*Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur.*” hükmü gereğince, özellikle iş görme borcu doğuran sözleşmelerden kaynaklanacak ihtilaflarda, vekaletle ilişkin BK hükümleri uygulanacaktır. Diğer yandan, tipik sözleşmelerdeki hükümler, TMK m. 1 gereğince hareket etmek istediğinde hâkime, uygulanabilir bir hüküm de sağlamaktadır. Bu konulardaki sair açıklamalar için bkz. TANDOĞAN, Halûk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1988, s. 8-9; EREN, s. 192 vd.

⁹ DEMİR, İş Hukuku, s. 5.

Mevzuatımızda iş ilişkisini düzenleyen temel/genel hükümler Borçlar Kanununda yer almaktadır¹⁰. Nitekim, BK 313. maddesine göre: “*Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt eder. (f.1) Ücret, zaman itibariyle olmayıp yapılan işe göre verildiği takdirde dahi işçi muayyen veya gayri muayyen bir zaman için alınmış veya çalışmış oldukça, hizmet akdi yine mevcuttur; buna parça üzerine hizmet veya götürü hizmet denir. (f.2) İş K. 8. maddesine göre ise*

Ancak, çeşitli iş ilişkisi türlerini düzenleyen Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, vs. yasal düzenlemelerde de ilgisine göre çeşitli hükümler mevcuttur.

B- İş Sözleşmesi Çeşitleri

İş sözleşmesi, çeşitli şekillerde düzenlenebilmektedir. Öğretide kabul edilen genel ayrımlara göre iş sözleşmeleri, yasal düzenlemelerdeki unsurlarının da nazara alınması neticesinde, çeşitli öncelikle bireysel ve toplu olup olmamasına göre çeşitlendirilmektedir. Bireysel iş sözleşmeleri de çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Nitekim öğretide bireysel iş sözleşmesi: sürekli veya süreksiz olmasına, belirli veya belirsiz süreli olmasına, tam süreli veya kısmi süreli olmasına, deneme süreli olup olmamasına ve takım sözleşmesi olup olmamasına göre, veya sair bir kısım kriterler nazara alınarak, ayrımlara tâbi tutulmaktadır¹¹.

İncelemenin konusunu oluşturan *Geçici İş İlişkisi* teknolojik, ekonomik ve sosyal gerekliliklerden kaynaklanan niteliği ile 4857 sayılı İş K.’da yasal zeminini almıştır.

II- Geçici İş İlişkisi Kavramı

A- Tanımı

Geçici iş ilişkisi, dayanağı olan İş K. m.7’de tanımlanmamıştır. Ancak, bahsedilen düzenlemede yer alan unsurlar nazara alındığına ve genel olarak, “*Bir işverenin kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçisinin iş görme edimini, onun da rızasını almak koşuluyla belli ve*

¹⁰ Hizmet Akdi, BK.’nın 313-354. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

¹¹ DEMİR, İş Hukuku, s. 37, vd.

geçici bir süre için bir başka işverenin emrine vermesi, işçinin aralarında iş sözleşmesi olmayan bir başka işverenin hizmetinde çalışması”¹² şeklinde tanımlanmaktadır^{13 14 15}.

¹² **ODAMAN**, s. 23. Başka tanımlar için bkz. **ÇANKAYA/ÇİL**, s. 144; ödünç iş ilişkisinin kurulması için işçinin rızasının varlığını 1475 sayılı İş K. zamanında da arayan Yargıtay, işçinin rızası hilafına başka bir işverene ait işyerinde çalıştırılmak istenmesini, hizmet akdinin işveren tarafından sona erdirilmesi olarak yorumlamış ve işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağına hükmetmiştir. Y. 9. HD. 07.10.1999 gün ve 1999/11508 E. – 1999/15535 K. sayılı kararı için bkz. **GÜNAY**, s. 295.

¹³ İş K. m. 7/1’de anılması nedeni ile kısaca değinilmek gerekirse: Holding TTK 466/4. maddesindeki ifadeye göre: gayesi esas itibarıyla başka işletmelere iştirakten ibaret olan şirket olarak tanımlanabilir. Genel maksat itibarıyla holdingler, büyük bir organizasyonun çeşitli avantajlarından yararlanmak maksadı ile hareket eden ve yavru şirketlerinin yönetimini kontrol altında bulunduran bir (çatı) anonim şirkettir. Holdingler ile ilgili sair hususlar için bkz. **TEKİL**, Fahiman: Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1998, s. 76 vd. Ancak, holding terimini de kapsayacak şekilde ve ortak sevk ve idare altında bulunan ve hukuken birbirinden bağımsız işletmeler (şirketler) bütünü ise en geniş anlamda konzern kavramı ile ifade edilmektedir. **BOYACIOĞLU**, Cumhuriyet : Konzern Kavramı, Ankara, 2006, s. 25. Bu çerçevede İş K. 7/1. maddesinde ifade edilen şirketler topluluğu ifadesinin holding kavramından daha geniş bir hüküm ve sonuç doğuracağı anlaşılmaktadır. Diğer yandan, ortada bir şirketler topluluğu olup olmadığı konusundan ölçü verebilecek benzer bir etki, Rekabet Hukuku açısından da söz konusudur; nitekim rekabete ilişkin kuralların uygulanması açısından teşebbüs kavramı Rekabet Hukukundaki tek ekonomik birim ilkesinden de hareketle: “Teşebbüs, piyasada mal veya hizmetlerin üretimi, pazarlanması veya satışı gibi iktisadi faaliyet gösteren ve bu faaliyetleri sırasında bağımsız karar verebilen gerçek veya tüzel kişileri ifade eder. İktisadi faaliyetleri sırasında piyasada bağımsız karar veremeyen gerçek veya tüzel kişiler, ekonomik kararlarını, kontrolü altında verdikleri gerçek veya tüzel kişilerle birlikte ekonomik bir bütün oluşturur ve tek bir teşebbüs sayılırlar.” şeklinde tanımlanmaktadır.. **AŞCIOĞLU ÖZ**, Gamze: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez88.pdf> s. 164. (e.t. 04.01.2012)

¹⁴ Yargıtay’ın iş sözleşmesi ve geçici iş ilişkisini değerlendiren bir kararına göre : “4857 sayılı İş Kanunu’na göre, iş sözleşmeleri, Kanun hükümleri ile getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlara uygun türde düzenlenebilirler. İş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli yapılır. Söz konusu sözleşmeler çalışma biçimleri bakımından tam süreli veya kısmi süreli yahut dönem süreli ya da diğer türde yapılabilir. Geçici İş İlişkisi (Ödünç İş İlişkisi), 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen yeni bir sözleşme türüdür. Üçlü bir şekilde ortaya çıkar, şirket topluluklarında veya holdinglerde vasıflı işgücü ihtiyacının karşılanmasına yöneliktir. Buna 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.” Y. 9. HD. 11.7.2005 gün ve E. 2005/18996 - K. 2005/24710 sayılı kararı (Kazancı)

¹⁵ Yargıtay bir kısım kararlarında, hizmet alım ihalelerini geçici iş ilişkisi olarak değerlendirmiş ve “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. Somut olayda, Ankara H.O.İ.G.M. ile B. B U D 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 uyumsuzluğun 4857 sayılı İş Kanunun yedinci maddesinde sözü edilen geçici iş ilişkisi bağlamında çözümü gerekir. Aynı Kanunun 2/VI. maddesinde sözü edilen asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bu uyumsuzlukta uygulama yeri yoktur. Hizmet alım sözleşmesini karşılayan sözleşme tipi geçici iş ilişkisidir. Mahkemece uyumsuzluğun geçici iş ilişkisi kapsamında, çözümlenmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, kararın bu nedenlerle bozulması gerekmektedir.” sonucuna varmıştır. (Y. 9. HD 26.09.2005 gün ve E. 2005/27068 - K. 2005/31187 sayılı kararında Kazancı)

B- Şekli

İş K.'daki düzenlemeler gereğince, ödünç iş ilişkisine ilişkin sözleşmelerin “işçinin yazılı rızası” ile (m. 7/1) ve “yazılı” şekilde düzenlenmesi (m. 7/2) gerekmektedir.¹⁶ Esasen niteliği gereği üçlü bir ilişki¹⁷ olan ödünç iş ilişkisinde, öncelikle geçerli bir iş sözleşmesinin varlığı, bu sözleşmeye taraf olan işçinin rızasının alınması ve ödünç iş ilişkisine ilişkin sözleşmenin düzenlenmesi çeşitli özellikler gösterebilmektedir.

a. Geçerli Bir İş Sözleşmesinin Varlığı

Geçici iş ilişkisi kurulabilmesi için, öncelikle işçi sıfatına sahip bir kişi ile işveren sıfatına sahip bir başka kişi arasında mevcut ve geçerli bir iş sözleşmesinin varlığı aranmalıdır¹⁸. Zira, ortada unsurları açısından İş Sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek bir sözleşme mevcut değil ise ve/veya sözleşme geçerli olarak oluşmamış ise , sözleşmeden kaynaklanacak hak ve/veya borçların varlığı veya işçinin iş görme ediminin devrinden de söz etmek mümkün değildir¹⁹.

¹⁶ ODAMAN, s. 58; ÇANKAYA/ÇİL, s. 145. Şüphesiz ki, kanundaki açık düzenleme, sözleşmenin gerek kuruluşu ve gerekse hükümlerine ilişkin çeşitli tereddüt veya uygulamada sıkça karşılaşılan suistimalleri engellemeye yöneliktir. Ancak, öğretilde 1475 sayılı İş Kanunu’nun yürürlükte olduğu devrede ileri sürülen görüşler çerçevesinde kanunda bahsedilen düzenlemeye yer verilmeseydi dahi, sair çeşitli yasal düzenlemeler nazara alınarak ödünç iş ilişkisi sözleşmesinin yazılı olması gerektiği sonucuna varılmıştır. Örneğin: sözleşmenin konusu, işçinin işgörmeye ilişkin ediminin üçüncü kişiye devri (temlik) niteliğini taşıdığı için bahsedilen sözleşmenin yazılı yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu konudaki yorumlar ve tartışmalar açısından bkz. ODAMAN, s. 58, vd; AKYİĞİT, s. 118-119.

¹⁷ İş Hukukumuzdaki üçlü ilişkiler için bkz. ÇANKAYA/ÇİL, s. 13 vd.

¹⁸ ÇANKAYA/ÇİL, s. 145.

¹⁹ Örneğin: 4857 sayılı İş Kanunu’nun 4. maddesine sayılan istisnalarda belirtilen işlere dair tanzim edilmiş hizmet akitleri İş K. kapsamı dışında kabul edileceğinden, bu sözleşmelerden kaynaklanacak ilişkilerde de 4857 sayılı İş Kanunu’nun 7. maddesinde bahsedilen şekildeki ödünç iş ilişkisinden söz etmek mümkün olamayacaktır. ÇANKAYA/ÇİL, s. 145. Diğer yandan, bu konuda üzerinde durulması gereken sair bir husus ise BK 320. maddesindeki düzenlemelerdir. Bilindiği gibi BK 320. madde metni “*Hilafı mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmağa mecbur olup başkasına devredemez. (f.1) İş sahibinin dahi hakkını başkasına devredebilmesi, aynı kayıtlara tabidir. (f.2)*” şeklindedir. Ayrıca BK m. 319 hükmüne göre “*Hizmet mukavelesinin şartları kanuna, ahlaka (adaba) mugayir olmamak üzere istenildiği gibi tayin olunabilir.*” Bu düzenlemelere göre, salt BK hükümlerinin uygulanacağı hizmet akitlerinde taraflar, iş sahibinin haklarını üçüncü kişiye devredebileceğini kararlaştırabilirler. Bu gibi hallerde; diğer bir deyişle hilafı mukaveleden anlaşılabilen hallerde, iş sahibi hizmet akdinden kaynaklanan hakkını, üçüncü bir kişiye devredebilecektir. Böylece, özellikle İş K. (veya diğer iş kanunları) kapsamına girmeyen hizmet akitlerinde de ödünç iş ilişkisinin kurulması hukuken mümkündür. Ancak bu durumda karşımıza hilafına düzenlenmenin mevcut olduğunun nasıl ispat edileceği sorunu çıkmaktadır. BK m. 314/1 hükmünün, hizmet akdini “*hilafına bir hüküm bulunmadıkça, şekle tâbi kılmadığı*” nazara alındığında, bu konuya ilişkin hükmün varlığı veya yokluğunun ispatı konusunda HUMK 288 vd. maddelerinde belirtilen delillere başvurulması mümkündür. Bu

b. İşçinin Yazılı Rızası

Temelinde üçlü bir iş ilişkisi kuran ödünç iş sözleşmesinin tanzimi için, İş K. m. 7/1'in açık hükmü nedeni ile, aynı zamanda sözleşme konusunu da oluşturacak işçinin yazılı rızası alınmış olmalıdır²⁰. Bahsedilen yazılı rıza, yine aynı hüküm nedeniyle devir sırasında alınmalıdır²¹. Bu nedenle, iş sözleşmesinin tanzimi esnasında (diğer bir deyişle başlangıçta) bu konuya ilişkin olarak konulacak genel bir devir izni geçersiz sayılmalıdır²².

Öğretide, ödünç iş ilişkisinin temsilen veya vekaleten ödünç iş ilişkisi kurulması için, işçinin kanuni temsilcisi veya vekilinin bu konuda ayrıca ve açıkça yetkilendirilmiş olması benimsendiğinden²³; toplu iş sözleşmelerine bu konuda konulacak hükümler geçersiz kabul edilmelidir²⁴. Rızanın, ödünç iş ilişkisini düzenleyen sözleşme metninde yer alması ve böylelikle devir sözleşmesinde işçinin de taraf olması; izninin varlığının ispatını kolaylaştıracaktır. Ancak bununla birlikte, işçinin rızasının ayrı bir belgede yer alması ve devir ile ilgili olarak işverenler arasında ayrı bir sözleşmenin düzenlenmesi de mümkündür²⁵.

konuda ayrıca bkz. **AKYİĞİT**, s. 99; **ODAMAN**, s. 31 – 32; **YAVUZ**, Cevdet : Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2000, s. 235; **DEMİR**, Fevzi : Sorularla Bireysel İş Hukuku, 2006, C:1, s. 106; **SÜZEK**, Sarper : İş Hukuku Genel Esaslar – İş Akdi, Ağustos 2002, s. 249.

²⁰ **EYRENCİ**, Öner/**TAŞKENT**, Savaş/**ULUCAN**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, s. 115; **AKYİĞİT**, s. 95. Ancak **ÇANKAYA/ÇİL**'e göre, kanunun bahsedilen hükmünü geçerlilik koşulu değildir. Üç taraflı bir hukuki ilişki olan geçici iş ilişkisinde, ortada işçinin yazılı rızası olmasa dahi, ilişkinin işçinin kendisinden bu yönde talep edilen hususların gereğini yerine getirmek sureti ile eylemli olarak kurulması da mümkündür. Ancak, bu halde ispat için her üç tarafın da beyanlarının nazara alınması gereklidir. Ayrıca eylemli olarak kurulan ilişkiye işçinin sonradan vereceği yazılı rıza, ilişkiyi baştan itibaren geçerli hale getirir. **ÇANKAYA/ÇİL**, s. 145. Esasen işverenin iş sözleşmesini feshedebilecek halde olmasına karşın, işçi ile arasındaki iş sözleşmesini ayakta tutmaya çalışması şeklinde de yorumlanabilecek bu hal, işçinin işveren nazarındaki değerinin de bir işaretidir. Diğer yandan, bahsedilen izin tamamen rızaya dayalı olup, rızanın verilmemesinin bir yaptırımı bulunmamaktadır. Bilakis, işçinin geçici iş ilişkisine rızasının olmaması nedeni ile hizmet akdi feshedilemez. **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s. 115.

²¹ Yargıtay'a göre "İşçinin bu konuda rızası olmaması halinde, geçici iş ilişkisi kurulamaz." Y. 9. HD. E. 2006/30168 – k. 2006/34624 sayılı kararı için bkz. **LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2007, S. 15, s. 1073 vd.

²² **ODAMAN**, s. 59 – 60;

²³ **ÇANKAYA/ÇİL**, s. 145.

²⁴ **ODAMAN**, s. 60; **ÇANKAYA/ÇİL**, s. 145.

²⁵ **ÇANKAYA/ÇİL**, s. 146. Bu görüşe karşın, tarafların üçünün de bir araya gelerek tanzim edecekleri bir sözleşme, gerek işçinin bu konuya ilişkin rızasının varlığının; gerekse kurulan ilişkinin her üç taraf açısından ortaya çıkaracağı sonuçların tüm taraflarca biliniyor ve kabul ediliyor olduğun ispatı açısından kolaylık sağlayacaktır. Bu konuda bizzat vekil sıfatı takip ettiğimiz bir inşaat, inşaatı (dördüncü kişi yükleniciye) yaptıran bir şirket ile aynı şirketler topluluğunda yer alan ve çeşitli teknik personel istihdam eden başka bir şirket

c. Sözleşmenin Yazılı Olarak Düzenlenmesi

İş K.'nın 7/2. maddesindeki açık düzenlemeye göre, ödünç iş ilişkisinin kurulmasına dair sözleşmenin *yazılı şekilde* yapılması gerekmektedir²⁶.

C- Hukuki Niteliği

Kavramı ifade eden terimde “*ödünç*” ifadesine yer verilmiş ise de; temel niteliği itibariyle ödünç iş ilişkisinin konusu; işverenin, işin görülmesine ilişkin hakkını (alacağını) üçüncü bir kişiye devretmesidir²⁷. Bu hal nazara alındığında, ödünç iş ilişkisinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde, öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüş ve genel olarak “*kendine özgü bir alacağın temlik müessesesi*” olduğu görüşü ileri sürülmüştür²⁸.

D- Türleri

Öğretide geçici iş ilişkisinin kuruluş maksadının altında yatan temel gayeye göre bir ayırım yapılmaktadır. Bu ayrıma göre geçici iş ilişkisi “*istisnai*” veya “*kural olarak veya münhasıran*” kurulup kurulmamasına göre iki şekilde oluşabilmektedir²⁹. Bunun yanında, “*karma nitelik*” taşıyan geçici iş ilişkilerinden de bahsedilmesi mümkündür.

a. İstisnai Geçici İş İlişkisi

arasında; bahsedilen teknik personelin, inşaatı yaptıran şirketçe ödünç istihdamına ilişkin olarak, tüm tarafların katılımı/huzuru ile tanzim edilmiş bir sözleşme ve bu sözleşme süresinin uzatılmasına yönelik yine aynı şekilde tanzim edilmiş bir protokol, çalışmanın sonuna uygulamadan bir örnek verilebilmesi umuduyla eklenmiştir.

²⁶ Bu konuda yazılı şeklin öngörülmüş olması, işçinin güvenceye alınması ve suistimallerin önlenmesi maksadı ile. **ODAMAN**, s. 58. Bahsedilen şeklin geçerlilik/sihhat şekli olmadığına ilişkin görüş için bkz. **ÇANKAYA/ÇİL**, s. 145.

²⁷ **ALP, Devir**, s. 195. Kavramın ifadesinde kullanılan ödünç kelimesi akla BK'daki ariyet ve karz akitlerini getirmekte ise de; BK'nın 299 ve 306. maddelerindeki düzenleme gereğince, her iki müessesenin konusu da para ve/veya şey olup; niteliği itibariyle “*ödünç iş ilişkisine*” uygulanamayacaktır. **ZEVLİLER/AYDOĞDU/PETEK**, s. 367 vd.

²⁸ Ancak, niteliği itibariyle alacağın temlikinde, temlik konusu hak temlik edenin mal varlığından çıkmakta ve kesin ve süresiz olarak temlik alanın mal varlığına dahil olmaktadır. Ödünç iş ilişkisinin kurulmasındaki maksat ise ödünç iş alanın, ödünç iş ilişkisi konusu işi devir kesin ve süresiz şekilde istihdam etmesi olmadığından, alacağın temlikine ilişkin hükümlerin tamamı, niteliği itibariyle ödünç iş ilişkisine uymamaktadır. Öğretide ödünç iş ilişkisinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde ileri sürülen görüşler için bkz. **ODAMAN**, s. 32 vd. **ALP**, geçici iş ilişkisinde ödünç alan işverenin gerçek işveren niteliği kazandığı görüşündedir **ALP, Devir**, S. 195.

²⁹ **ODAMAN**, s. 24 vd; **AKYİĞİT**, s. 32 vd.

Geçici iş ilişkisinin bu türünde, işçisini başka bir işverenin emrine veren işverenin işçiyi istihdam etmekteki niyeti, işgücünden başka bir işverenin yararlanmasını temin etmek değildir. Bu tip sözleşmelerin tarafı olan işverenin gerçek niyeti, işçiyi bizzat çalıştırmak için istihdam etmektir. Ancak, herhangi bir nedenle (örneğin esasen fikri haklara konu teşkil edebilecek nitelikteki know-how veya lisans sözleşmesi düzenlemektense, holding veya grup içerisindeki başka bir işveren şirkette çalışan işçilerin bilgi, görgü veya tecrübelerini artırmak için kendi işçilerini görevlendirmek, ekonomik kriz ortamında işçinin hizmet akdini feshetmek yerine hizmetinden başka bir işveren çatısı altında yararlanmak, vs.³⁰) geçici iş ilişkisi kurmaktadır.

b. Münhasır Geçici İş İlişkisi

İşveren açısından münhasır geçici iş ilişkisinin kurulmasındaki niyet; istihdam ettiği işçilerin iş gücünden istifade ederek gelir elde etmektir. Bu tip işverenler, özünde iş aracılığı yapmak maksadında olduklarından, salt organizasyonu idare ettikleri bir ofis dışında, işyerleri dahi olmayabilmektedir³¹. Ancak, ülkemizde iş aracılığı ayrı bir yasal düzenlemeye tâbi tutulduğundan³², faaliyetlerin de bu yasal düzenleme çerçevesinde yürütülmesi gerekecektir.

c. Karma Nitelikteki Geçici İş İlişkileri

Diğer yandan, bahsedilen hususlar dışındaki bir kısım sözleşme ilişkilerinde, başka bir işveren emrine tahsis edilen herhangi bir makinenin veya taşıtın, onu kullanan işçisi (operatörü, şoförü, vs.) ile birlikte teslim edilebilmektedir. Öğretide, bu durumda ortada karma nitelikli bir sözleşmenin bulunduğu kabul edilmektedir³³.

³⁰ ODAMAN, s. 24.

³¹ Mesleki faaliyet olarak geçici iş ilişkisi teminin işçi kesiminden gelen yoğun tepkiler nedeni ile taslaktan çıkarılması ve bu nedenle yasalaşamamasına ilişkin değerlendirmeler için bkz. ODAMAN, s. 26.

³² Öğretide bu konudaki mevzuata örnek olarak: Türkiye İş Kurumu Kanunu ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği gösterilerek, bu tarz mesleki faaliyetlerin İş K. m. 7 kapsamı dışında değerlendirilmesi gerektiğine işaret edilmektedir. ODAMAN, s.. İş aracılığı faaliyetleri ve işleyiş şekli açısından yapılan değerlendirmeler için bkz. ÖZBOYACI, Alper : İş Aracılığı ve Diğer Üçlü İş İlişkileri İle Mukayesesi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 4, S. 29, Ocak 2009, s. 55 vd.

³³ AKYİĞİT, s. 48 vd; ODAMAN, s. 27.

Ancak, yukarıda da değinildiği gibi, hukukumuzda geçici iş ilişkisi kurulmasına ilişkin temel faaliyet, mesleki bir faaliyet olarak kabul edilmemiştir. Bu nedenle, bahsedilen türdeki faaliyetler veya araç teslimlerini, geçici iş ilişkisine ilişkin hükümler açısından değil, baskın niteliklerine bakılarak (örneğin: kira, vs.) bir değerlendirme yapılmalıdır³⁴.

III- Geçici İş İlişkisi ve Benzer Kurumlar

A- İş Aracılığı

Çeşitli işverenlere işçi; iş arayan işçilere ise iş bulmak için yapılan faaliyetler, müstakil bir mesleki faaliyet olarak organize edilebilen ve İş K.'da da yerini bulan bir aracılık faaliyetidir³⁵. Bu nitelikteki aracılık faaliyetleri, İş K. m. 90 gereği “*Türkiye İş Kurumu ve bu hususta izin verilen özel istihdam bürolarınca yerine getirilir.*” Bu konudaki sair ve özellikle “*Özel İstihdam Büroları*” ile ilgili düzenlemeler ise, Türkiye İş Kurumu Kanunu’nda yer almaktadır³⁶.

Geçici iş ilişkisi ile iş aracılığı arasındaki temel fark; geçici iş ilişkisine konu işçi ile, geçici iş ilişkisi kuran işveren arasında bir iş sözleşmesi bulunmasına karşın, iş aracılığı faaliyetinde bulunan kişi ile, iş bulmasına aracılık edilen işçi arasında herhangi bir iş ilişkisi bulunmamasındadır³⁷. İş aracılığı faaliyetinde, işçi aracının işçisi değildir.

³⁴ Baskın niteliğin tayininde, teslim edilen aracın değeri ve kurulan ilişkideki temel beklentinin ne olduğunun tespiti önemli bir kriter olmaktadır. Örneğin: bir kısım araç kiralama şirketleri, kiraladıkları araçları şoförleri ile birlikte teslim etmektedirler. Kiralayanın temel maksadının, araç kiralamak olduğu hallerde, aracı kullanacak kişinin de beraber gönderilmesi, araç kiralama ilişkisini doğurur. „Şoför gönderilmesi ise, bir yan edim olarak değerlendirilebilir. **ODAMAN**, s. 27.

³⁵ Bu konudaki faaliyetlere yasal zemin oluşturabilecek bir yasal hüküm olarak 26 Haziran 2009 tarih ve 5920 sayılı İş Kanunu İşsizlik Sigortası Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu'na 7/A maddesi eklenerek, bu maddeyle mesleki anlamda geçici iş ilişkisi konusunda düzenlemeler getirilmişti. Ancak söz konusu Kanun ile getirilen düzenlemeler Cumhurbaşkanlığı tarafından Anayasa'nın 89 ve 104. maddeleri uyarınca yayımlanması uygun bulunmamıştır. Yeniden incelenmek üzere TBMM'ye geri gönderilmiş ve kanunlaşmamıştır. <http://www.iskanunu.com/icerik/acikacik/mesleki-anlamda-gecici-is-iliskisi-melek-mi-seytan-mi.html> (e.t. 11.01.2012)

³⁶ 4904 sayılı Kanun için bkz. 05.07.2003 gün ve 25159 sayılı Resmi Gazete.

³⁷ **ODAMAN**, s. 34.

Bunun dışında, iş aracılığı faaliyetinde işçi ile aracı arasında sürekli bir ilişki söz konusu olmamasına karşın, geçici iş ilişkisinde, üç taraf arasında sürekli bir ilişki mevcuttur. İş aracılığında ise, işçi arayan ve iş arayanlar arasında sözleşmesel bir ilişkinin kurulması amaçlanmış olmasına karşın, geçici iş ilişkisinde, ödünç alan işveren ile işçi arasında bir iş sözleşmesi oluşmamaktadır³⁸.

B- Alt İşverenlik

Alt işverenlik, İş K. m. 2/6' da *“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.”* şeklinde tanımlanmıştır.

Yasal tanımında yer alan unsurlar nazara alındığında, alt işverenlik, geçici iş ilişkisinden temel olarak tarafların amaçları ve doğan sonuçlar açısından farklılık göstermektedir. Geçici iş ilişkisinde bir işçinin hizmetinden istifade maksadı olmakla birlikte, alt işverenlik, asıl işverenden iş almak maksadı ile kurulan bir ilişkidir³⁹. Geçici iş ilişkisi, belirli bir süre için ve

³⁸ ODAMAN, s. 36. Buna karşın: özel istihdam bürosu olarak faaliyette bulunmak üzere izin alarak, belirli süreli hizmet sözleşmeleri ile istihdam ettiği işçileri, üçüncü kişi şirketler ile tanzim ettiği sözleşmeler ile üçüncü kişilerde çalıştıran bir şirket ile ilgili olarak *“iki şirket arasındaki sözleşmenin, işçilerin çalıştırıldığı şirket tarafından feshedilmesi”* üzerine işçi tarafından açılan bir işe iade davasında verilen bir Yargıtay kararında : *“Davacı işçi ile davalılardan A... Hizmet ve Danışmanlık A.Ş. arasında yapılan belirli süreli hizmet sözleşmesinin 7. maddesinde işyeri işverenin yukarıda belirtilen adresinde veya taşınabileceği yeni adresindeki işyeri ve/veya işverenin işgöreni çalıştırmayı uygun göreceği başka yerlerdir şeklinde tanımlanmıştır... davalı A. A.Ş. ile diğer davalı I.. Türk Ltd. Şti. arasında tanzim edilen sözleşmede ...yüklenici hizmetleri yerine getirmek üzere görevlendireceği elemanların gelir vergisi ve sosyal güvenlik kesintileri de dahil olmak üzere ücretlerinin ödenmesinden,... kısaca istihdam ettiği elemanların tüm haklarından münferiden sorumludur şeklinde düzenleme yapılmıştır...ancak, işçi ile yasanın yürürlük başlangıç tarihinden önce davalı A.. Hizmet Danışmanlık A.Ş.'nin davacıyı istihdam edecek bir işyeri olmaksızın yaptığı sözleşme iş bulmaya aracılık sözleşmesi olup, davacı ile aralarında iş sözleşmesinin temel unsuru olan bağımlı olarak iş görme söz konusu değildir. Böyle olunca, belirli süreli olarak düzenlenen iş sözleşmesine itibar edilemez”* gerekçesi ile davacı işçinin, iş gördüğü şirket arasında *“fili bir iş sözleşmesinin varlığı”* sonucuna varılarak *“Davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının (görünüşte aralarında herhangi bir iş sözleşmesi bulunmayan) I ... Türk Ltd. Şirketindeki işe iadesine”* karar verilmiştir. Yargıtay 9. HD.'nin 04.04.2005 gün ve 2005/7774 E. 2005/11838 K. sayılı kararı için bkz. ÇANKAYA/ÇİL, s. 168-169.

³⁹ İşçi her ne kadar asıl işverenin işyerinde işini görmekte ise de, iş gördüğü kişi asıl işveren değil, alt işverendir. ODAMAN, s. 39. Ancak, bu ilişkide asıl işveren işçiye talimat vermeye başladığı veya işe alma veya çıkartma

işin niteliği konusunda bir kısıtlama söz konusu olmaksızın kurulabileceği halde; alt işverenlik ilişkisi işin niteliği konusunda bir kısıtlama içermesine karşın, süre konusunda bir kısıtlamaya tâbi değildir⁴⁰.

Diğer yandan, geçici iş ilişkisinin kurulabileceği iş ve/veya işverenler konusunda bir kısım sınırlamalar bulunmasına karşın, alt işverenlik ilişkisinin kurulabileceği işverenler açısından herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Geçici iş ilişkisinde, ilişkinin tarafı olan işverenler arasında netice taahhüdü yönünden bir yükümlülük bulunmamakla birlikte; alt işveren, aradaki ilişkinin niteliği gereği aynı zamanda “yüklenici” sıfatına da sahiptir. Bu nedenle, başta tekeffül olmak üzere, çeşitli borçlar altına da girmektedir; oysa geçici iş ilişkisinde taraf olan ödünç veren işverenin tekeffül başta olmak üzere, netice taahhüdü sorumluluğu bulunmamaktadır⁴¹.

Diğer yandan öğretilde alt işverenlik ve ödünç alan işveren sıfatlarının tek bir kişide birleşmesi halinde bu işverenin ilişkide olduğu işçilerden dilediği nitelikte olanları çalıştırabileceği; diğer bir deyişle bir işverenin, alt işveren sıfatı ile girdiği herhangi bir hukuki ilişkide kendi işçilerini çalıştırabileceği gibi; dilerse geçici iş ilişkisi kurarak işçi çalıştırabileceği de kabul edilmektedir⁴².

Tıpkı alt işverenlik ilişkisi gibi, geçici iş ilişkisi de üçlü bir ilişkidir⁴³. Her iki ilişkide de, asıl işveren veya geçici işçi alan işverenin, işçinin ücreti, vs.’den sorumluluğu bulunmaktadır (İş K. m. 2/6 ve m. 7/3).

konusunda karar verdiği ve özellikle iş güvenliğinin teminine ilişkin uyuşmazlıklarda akla “*kanunen yasaklanmış işçi tedariki maksadı ile muvazaa yapıldığı*” gelmekte ve özellikle işe iade davalarında işçinin asıl işveren nezdinde işe iadesine karar da verilebilmektedir. Bu konudaki örnek Yargıtay kararları için bkz. ÇANKAYA/ÇİL, s. 41. vd.

⁴⁰ ODAMAN, s. 40.

⁴¹ ODAMAN, s. 41.

⁴² Bu konudaki görüş ve tartışmalar için bkz. ODAMAN, s. 45 vd.

⁴³ ODAMAN, s. 43; ÇANKAYA/ÇİL, s. 17.

IV- Süresi ve Yenilenebilirliği

Niteliği itibariyle, geçici iş ilişkisinin bir süre ile sınırlandırılması gereklidir. Aksi durum, ilişkinin hukuki niteliği ve hukuki güvenlikle bağdaşmayacaktır⁴⁴. Nitekim, geçici iş ilişkisinin süresi, İş K. m. 7/2’de “*Geçici iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılır, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir.*” Şeklinde belirlenmiştir⁴⁵.

Yasal düzenleme gereğince, geçici iş ilişkisinin başlangıcındaki azami süre altı aydır. Ancak, bu süre iki defayı aşmamak kaydı ile uzatılabilir. Diğer bir deyişle, geçici iş ilişkisi en fazla 18 ay için düzenlenebilir⁴⁶.

Uzattmaya esas olabilecek hal veya şartlar, yasada belirlenmediği için, taraflar arasındaki anlaşmaya tâbi sayılmalıdır⁴⁷. Ancak işçi geçici iş ilişkisinin kurulduğu anda, izni bir defalığına verebileceğinden, ilişkide yenilenme söz konusu olmayabilir. Bu nedenle, baştan bir kez rıza alınarak ve toplam süresi 18 ay olan bir sözleşme tanzim edilemez. Diğer yandan, başlangıçta ilişkiyi tek defalık kurmak konusunda rıza veren işçi, zaman içinde fikir değiştirebilir ve sözleşme süresinin sonunda, bu iradesinden vazgeçerek, sözleşmenin yenilenmesine açık veya örtülü şekilde onay da verebilir⁴⁸.

Sözleşmenin yenilenmesi konusunda özel bir hal ise, BK m. 339/1 hükmünün, geçici iş ilişkisi açısından uygulanabilir olup olmadığı konusundadır⁴⁹. Öğretide ODAMAN, bu gibi bir durumda işçinin azami süre sonunda ödünç veren işveren yanındaki asıl işine geri dönmesi

⁴⁴ AKYİĞİT, s. 103; ODAMAN, s. 50; SÜZEK, s. 253; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 117.

⁴⁵ Ancak, madde hükmünün nasıl uygulanacağı konusunda, öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bu sürenin salt azami müddetin belirlenmesine yönelik olduğu; bu süre aşılmamak kaydı ile ikiden fazla yenilemenin söz konusu olabileceğine ilişkin tartışmada ileri sürülen görüşler için bkz. ODAMAN, s. 53.

⁴⁶ ÇANKAYA/ÇİL, s. 150.

⁴⁷ ODAMAN, s. 53.

⁴⁸ ODAMAN, s. 53. Ayrıca ÇELİK, her yenilemede işçiden yeni rıza alınması gerektiği görüşündedir. ÇELİK, Nuri : İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul 2007, s. 101.

⁴⁹ Sükut ile tecdit başlıklı BK 339. maddesi hükmü “*Muayyen bir müddet için yapılan hizmet akdi bu müddetin mürrurundan sonra her iki tarafın sükutu ile temdit edildiği takdirde, akit, aynı müddet ve fakat nihayet bir sene için tecdit edilmiş sayılır.*(f.1) *Akdiñ feshi ihbar vukuuna mütevakkıf iken iki taraftan hiç biri ihbar etmemiş ise, akit, tecdit edilmiş sayılır.*(f.2)” şeklindedir.

gerektiğini; aksi takdirde ise hizmet akdini süreli fesih bildirimi sureti ile feshetmiş sayılması gerektiği görüşündedir⁵⁰.

Diğer yandan, geçici iş ilişkisinin toplam süresinin sona ermesinden sonra eski işine geri dönen işçinin, yeniden geçici iş ilişkisi ile başka (veya önceki) işverene ait bir işyerinde çalıştırılıp çalıştırılmayacağı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmektedir⁵¹. Kanımızca gerek (istisnalar hariç) iş aracılığının genel bir mesleki faaliyet olarak düzenlenmemesi (İş K. m. 90), gerek işçi ve işveren arasındaki ilişkinin özelliği ve gerekse geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektiren objektif kriterler nazara alınarak; mesleki olarak iş aracılığı yapılması sonucu doğurmamak kaydı ile, kanunda belirtilen azami sürenin dolmasından sonra dahi “*işçiye/işe ihtiyaç devam etmekte ise*” işçinin yasal ücretli izin süresi kadar bir süre geçmesi ve dinlenmesinin sağlanmasından sonra, yine işçinin rızası ile yeni bir geçici iş ilişkisinin kurulabileceğini kabul etmek, kurumun varlık nedenine uygun düşebilecektir⁵².

V- Kurulamayacağı Haller

İş K.’nın geçici iş ilişkisine dair 7. maddesinde, bu ilişkinin kurulamayacağı haller de sayılmıştır. Kanundaki düzenlemeye göre:

a. Toplu İşçi Çıkarma Yoluna Gidilen Hallerde, Geçici İş İlişkisi Kurulamaması

İş K. m. 29 toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler içermektedir. İşyerinde çalışan işçi sayısını esas alan düzenlemeye göre:

i) 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin,

⁵⁰ ODAMAN, s. 55.

⁵¹ Bu konudaki görüşler ve Almanya’daki uygulamanın “*önceki çalışma süresinin %25’i kadar bir süre geçtikten sonra, yeniden ödünç iş ilişkisi kurulabileceğine ilişkin*” açıklamalar için bkz. ODAMAN, s. 56 vd.

⁵² Örneğin: Yeni imar planı itibarıyla İzmir’in gökdelen bölgesi olarak düzenlendiği bilinen Bayraklı’da, bir veya birden çok gökdelen inşaatı yaptırmak isteyen herhangi bir holdingin iştiraki olan bir banka; yine holding iştiraki olan başka bir şirkette istihdam edilen belirli bir kısım personelin bu konudaki tecrübesi ve işin niteliği gereği “*onlara*” duyulan güven nedeni ile, tüm inşaat/lar süresince geçici iş ilişkisi kurmak isteyebilir. Kanımızca inşaatın 18 aydan fazla sürmesi halinde; çalışıkları asıl işveren şirketten, yine herhangi bir nedenle ayrılmak istemeyen personelin bilgi, görgü ve tecrübelerinden inşaat süresince yararlanmak isteyecek inşaat sahibi bankanın ihtiyacı nedeni ile ve bahsedilen şekilde birden fazla geçici iş ilişkisi kurulması, muvazaa sayılmamalı ve iş aracılığı olarak da nitelendirilememelidir.

ii) 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin,

iii) 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin işine 17 nci madde uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi toplu işçi çıkarma sayılacaktır. (m. 29/2)

İş K.'nın geçici iş ilişkisini düzenleyen hükümlerine göre ise “*Toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde geçici iş ilişkisi gerçekleşmez.*” (m. 7/son)

Bahsedilen hükümlere göre, işyerinden hizmet akitlerinin işveren tarafından feshi sureti ile ayrılan işçi sayısının toplu işçi çıkarma neticesini doğurmadığı hallerde, geçici iş ilişkisi kurulabilecektir. Aksi halde ise, ilişki baştan itibaren kurulmamış sayılacaktır⁵³. Böylelikle, İş K. m. 29/6’da iş sözleşmeleri feshedilen işçilere tanınan haklar da korunmuş olacaktır.

b. Grev ve Lokavt Sırasında Geçici İş İlişkisi Kurulamaması

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nun⁵⁴ “*İşçi Alma ve Başka İşe Girme Yasağı*” başlıklı 43. maddesi gereğince: “*İşveren, kanuni bir grevin veya lokavtın süresi içinde, 42 nci madde hükmü gereğince hizmet akitlerinden doğan hak ve borçları askıda kalmış olan işçilerin yerine, hiçbir surette daimi veya geçici olarak başka işçi alamaz veya başkalarını çalıştıramaz. 39 uncu madde uyarınca grev ve lokavta katılamayacak işçilerden, haklı sebeple hizmet akti feshedilenlerin yerine yeni işçi alınması imkanı saklıdır. İşverenin bu yasağa aykırı hareketi, grev gözcülerinin ya da taraf sendikanın yazılı başvurusu halinde ilgili bölge müdürlüğünce denetlenir. (f.1) 38 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştıran işveren, bu işçileri ancak kendi işlerinde çalıştırabilir, bunlara, greve katılan işçilerin işlerini yaptıramaz. (f.2) Kanuni bir grev ve lokavt dolayısıyla hizmet aktinden doğan hak ve borçları askıda kalan işçiler, başka bir iş tutamazlar. Aksi halde, işçinin hizmet akti, işverence feshin ihbarına lüzum olmaksızın ve herhangi bir tazminat ödenmeksizin feshedilebilir. (f.3)*”

⁵³ ODAMAN, s. 49.

⁵⁴ Kanunun metni için bkz. 07.05.1983 gün ve 18040 sayılı Resmi Gazete

İş K. m. 7/5 hükmüne göre ise “İşçiyi geçici olarak devralan işveren grev ve lokavt aşamasına gelen bir toplu iş uyuşmazlığının tarafı ise, işçi grev ve lokavtın uygulanması sırasında çalıştırılmaz. Ancak, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 39 uncu maddesi hükümleri saklıdır. İşveren, işçisini grev ve lokavt süresince kendi işyerinde çalıştırmak zorundadır.”

Böylelikle, her iki kanun arasında uyum sağlanmış ve TİSGLK hükümlerinin, İş K. m. 7 hükmü ile dolandırılmasının/bertaraf edilmesinin⁵⁵; grev ve lokavt uygulaması sırasında geçici iş ilişkisi kurulmasının önüne geçilmiştir⁵⁶.

VI- Etki ve Sonuçları

A- Taraflar Arasındaki İlişkiler Açısından Sonuçları

a. Ödünç Veren ile Ödünç İşçi Arasındaki Hukuki İlişki

Ödünç veren ile ödünç işçi arasındaki ilişki, geçici iş ilişkisinin temelini oluşturan iş sözleşmesi ilişkisidir⁵⁷. Her ne kadar içeriği veya doğasında yer alan bir kısım hak veya yükümlülükler geçici iş ilişkisi süresince uygulanamayacak olsa da; geçici iş ilişkisinin kurulması, temelini oluşturan iş sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiği veya feshedildiği anlamına da gelmez⁵⁸. Bu nedenle, ödünç veren işveren, iş sözleşmesinden kaynaklanan hakları, geçici iş ilişkisine tesir etmemek kaydı ile kullanmaya devam edebilir⁵⁹.

⁵⁵ ÇANKAYA/ÇİL, s. 152. Bu nedenle, iş sözleşmesinden kaynaklanacak borç ve yükümlülükler de sona ermez. Örneğin, geçici iş ilişkisi esnasında işçinin iş sözleşmesi ödünç veren işveren tarafından feshedilecek olursa, işe iade davasındaki husumet ödünç veren işverene ait olacaktır. ERTÜRK, Şükran : İşe İade Davalarına İlişkin Yasal Düzenleme ve Uygulamanın Yarattığı Sorunlar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2009, S. 23, s. 949.

⁵⁶ İş K. 7/5 maddesinde “sadece işçiyi devralan işverenin grev ve lokavt aşamasına gelen uyuşmazlığın tarafı olması halinde işçinin iş görme borcunu, grev ve lokavta katılamayacak işçiler arasında sayılması durumu dışında, kendisini devreden işverenin yanında yerine getirmesi kuralı kabul edilmiştir. Buna karşılık, Kanunda, işçiyi devreden işverenin taraf olduğu uyuşmazlığın grev ve lokavt aşamasına gelmesi ile ilgili olarak işçinin durumu düzenlenmemiştir. Bu konuda işçinin kendisini devreden işveren ile iş sözleşmesinin devam ettiği göz önüne alınarak Anayasa ve Kanun ile tanınan grev hakkını kullanmaktan yoksun bırakılamayacağı, lokavta maruz kalabileceği sonucuna varılmalıdır” ÇELİK, s. 104.

⁵⁷ Yukarıda Bölüm II/B/a’da da değinilen bu/temel iş sözleşmesi ilişkinin mevcut olmaması hali, iş aracılığı yapıldığı sonucunu doğurabilecektir. ODAMAN, s. 81.

⁵⁸ ÇANKAYA/ÇİL, s. 153; SÜZEK, s. 249; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 117; ÇELİK, s. 101.

⁵⁹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 117 - 118.

İş sözleşmesinin, süreli veya süresiz olmasının önemi bulunmadığı gibi⁶⁰; deneme süresi içinde dahi geçici iş ilişkisinin kurulması mümkün kabul edilmektedir. Kanundaki hükümler, işçinin geçici iş ilişkisinin kuruluşu anında rıza göstermesini gerektirdiğinden; bu sözleşmenin tanzimi esnasında geçici iş ilişkisine imkan veren hükümler konulması mümkün değildir. Bu hükümler mevcut ise de geçersiz sayılmalıdır⁶¹.

Diğer yandan, TMK m. 16 gereğince kanuni temsilci vasıtası ile yapılan iş sözleşmelerinde, geçici iş ilişkisi de yine aynı şekilde kurulmalıdır⁶². Bu nedenle, iş sözleşmesinin varlığı ve içeriği, temsil yönünden de önem arz etmektedir.

b. Ödünç Alan İle Ödünç İşçi Arasındaki Hukuki İlişki

Geçici iş ilişkisinde, ilişkiyi doğuran sözleşmenin niteliği gereği, ödünç alan işveren ile işçi arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulmaz. Ortada tek bir iş sözleşmesi mevcuttur⁶³.

Ancak, ödünç veren işveren ile aralarındaki iş sözleşmesi sona ermeyen işçi ile ödünç alan arasındaki hukuki ilişki, tarafların hak ve yükümlülükleri itibarıyla *iş sözleşmesi* ilişkisine benzemektedir.

Nitekim, geçici iş ilişkisinin kurulması ile birlikte, İş K. m. 7/1. gereğince “*işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, iş sözleşmesine geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur.*” Buna karşın “*geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlü*” hale gelir⁶⁴.

⁶⁰ Ancak öğretide, ödünç iş ilişkisinin belirli süreli hizmet akitleri için uygulanmasının ve her iki sözleşme süresinin de aynı olarak belirlenmesinin, iş aracılığı yapıldığı sonucunu doğurabileceği de ifade edilmektedir. Bu konudaki görüş ve tartışmalar için bkz. **ODAMAN**, s. 87 vd.

⁶¹ **ODAMAN**, s. 81 vd.

⁶² **ÇANKAYA/ÇİL**, s. 153; **ODAMAN**, s. 86.

⁶³ **AKYİĞİT**, s. 88; **ODAMAN**, s. 90.

⁶⁴ **ODAMAN**, bu halin iş hukuku karakteri taşıyan sözleşme benzeri bir ilişki olduğunu ileri sürmektedir. Bu konudaki diğer görüşler için bkz. **ODAMAN**, s. 91 vd.

Bahsedilen hususların doğal neticesi olarak, işçinin çalışma süresine bağlı (yıllık ücretli izin, kıdem⁶⁵, vs. gibi) haklarının, geçici iş ilişkisinin süresi yansıtılarak değerlendirilmesi ve hesap edilmesi gerekecektir⁶⁶ (iş güvencesinin varlığı için aranan 30 işçinin varlığı veya eski hükümlü, özürlü, terör mağduru çalıştırılması için aranan işçi sayısı, vs. gibi) Ancak geçici işçi, ödünç alan işverenin işyerinde işçi sayısına bağlı kılınan (iş güvencesine ilişkin hükümler açısından aranan 30 işçinin varlığı veya eski hükümlü, özürlü, terör mağduru çalıştırılması için aranan işçi sayısı, vs. gibi) hususlarda ise hesaba katılmayacaktır.

Diğer yandan, kanundaki açık düzenleme gereğince “İşçi, işyerine ve işe ilişkin olup kusuruyla sebep olduğu zarardan geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı sorumludur. İşçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır.” (İş K. m. 7/4) Bu hal, ödünç alan işveren ile işçi arasındaki “iş sözleşmesi benzeri” ilişkinin doğal bir sonucudur.

c. Ödünç Veren İle Ödünç Alan Arasındaki Hukuki İlişki

Temel niteliği itibariyle bir borçlar hukuku sözleşmesi olan geçici iş ilişkisi sözleşmesi; dayanağı olan İş K. m. 7’de belirtilen haller dışında, BK’nın bu konudaki temel prensiplerine uygun olarak kurulur.

Bahsedilen prensipler çerçevesinde, sözleşmenin kurulması, birbirine uygun icap ve kabulün varlığını gerektirmektedir. İcap ve kabulün sözleşme taraflarından hangisince ileri sürüleceği ise, önemsiz kabul edilmektedir⁶⁷. Temelinde ödünç alana belirli bir neticeyi taahhüt etmeyen ödünç veren bu sözleşmenin içeriği, tamamen tarafların özgür iradeleri ile belirlenecektir.

⁶⁵ Yargıtay iş güvencesi açısından aranan 6 aylık kıdeme ilişkin olarak verdiği bir kararında “Geçici iş ilişkisiyle (ödünç iş ilişkisiyle) çalışan işçinin altı aylık kıdemi, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 7. maddesinden hareketle, işçinin başka işverende (ödünç alan) geçen süresi, işverende (ödünç veren) geçirilmiş gibi sayılır. Söz konusu işçinin daha sonra ödünç alan işverenin işyerinde yeni bir iş ilişkisi kapsamında istihdam edilmesi hâlinde, onun nezdinde ödünç iş ilişkisi kapsamında geçirilmiş süreler, yeni iş ilişkisindeki altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınmaz” sonucuna varmıştır. Y. 9. HD 08.04.2008 gün ve E. 2007/27725 – K. 2008/7812 sayılı kararı için bkz. LEGAL Hukuk Dergisi, Eylül 2008, S. 69, s. 3131.

⁶⁶ ODAMAN, s. 93.

⁶⁷ ODAMAN, s. 94.

Bu sözleşme, İş K. m 7/2 gereğince yazılı olarak yapılmalıdır. Sözleşmenin konusu belirli bir işçi olabileceği gibi; tarafların niteliklerinde mutabık kalacakları herhangi bir işçiyi de kapsayabilir⁶⁸. Taraflarca aksi kararlaştırılmayan hallerde, ödünç verenin, işçinin faaliyetlerinden sorumlu olmayacağı kabul edilmekte olduğundan bu konuda ödünç alan işverenin dikkatli davranması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Ödünç verenin sözleşme ile üstleneceği temel edim; sözleşme konusu işçinin, ödünç alanın yanında ve gözetiminde çalışmasıdır (İş K. m. 7). Niteliği itibariyle bu edim, BK 110. maddesi çerçevesinde üçüncü kişinin filini taahhüt olarak da değerlendirilebilmektedir. Bahsedilen niteliği ile ödünç veren işveren, ödünç alan işverene, işçinin edimlerini yerine getireceğini taahhüt ve bir yönden de garanti etmektedir. Bahsedilen husus, geçici iş ilişkisinin “*garanti sözleşmesi*” ile ilgili unsurları da bünyesinde barındırmakta olduğu sonucunu doğurmaktadır⁶⁹. Bu durumda, işçinin edimlerini yerine getirmekten kaçınması halinde, ödünç veren işveren, bu nedenle sorumluluk altına girebilecektir.

Diğer yandan, İş K. 7/1. maddesine göre geçici iş ilişkisi, işçinin “*başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere*” devredilmesi ve bu devrin öncesinde “*işçinin yazılı rızasının alınması*” nedeni ile “*neden devredildiğini bilebilecek durumda olması*” asıl olup; devralan işveren, bu gerekçe ile dahi işçiden özenle hareket etmesini beklemek hakkına sahiptir. Çünkü devredilen işçi, işini, devralan işverene ait işyerinde getirmektedir. İşçinin kendisinden beklenen özeni göstermemesi halinde, devreden işverenin, devralan işverene ait işyerinde yönetim faaliyetinde bulunması beklenemeyecektir⁷⁰. Bu durumda, ödünç alan işveren, işçinin yeni bir işçi ile değiştirilmesini talep imkanına da sahiptir⁷¹.

Ödünç alanın birden fazla işletmesinin/işyerinin bulunduğu hallerde, işçinin hangi işletmede/işyerinde iş göreceği de iki işveren arasındaki sözleşme ilişkisinde önem taşıyabilir. Nitekim, eğer taraflar işçinin “*hangi işletmede/işyerinde*” çalışacağını açıkça

⁶⁸ AKYİĞİT, s. 97; ODAMAN, s. 95.

⁶⁹ ODAMAN, s. 96.

⁷⁰ AKYİĞİT, s. 100.

⁷¹ Ancak, “*ismen*” talep edilmiş bir işçi için böyle bir hakkın varlığından söz edilebilmesi için, bu hakkın sözleşmede saklı tutulmuş olması gerektiği de ileri sürülmektedir. ODAMAN, s. 98. Bu konuda AKYİĞİT, değiştirme hakkının ancak sözleşmede kabul edilmiş olması halinde mümkün olabileceği görüşündedir. AKYİĞİT, s. 100.

kararlaştırmışlarsa, işçinin başka bir işletmede/işyerinde çalıştırılmak istenmesi, akde aykırı bir hal yaratacaktır⁷².

Diğer yandan, ödünç alan işverenin, işçiyi başka bir işverene ödünç verip veremeyeceği konusu da değerlendirilmelidir. Bir nevi “*alt ödünç*” sözleşmesi niteliği taşıyacak bu hal, kanunda açıkça yasaklanmamış olmasına karşın, konu öğretide tartışmalıdır. Geçici iş ilişkisi kurumunu doğuran temel nedenlerden birisi esneklik prensibi olduğuna göre, kanımızca işçinin ve işverenin bu konuda rıza göstermesi halinde, işçinin ödünç alan işveren tarafından, yine aynı nitelikteki başka bir işverene alt geçici iş ilişkisi ile devri mümkün olabilmelidir⁷³.

Devreden işveren, esasen işveren sıfatını yitirmediği için, geçici iş ilişkisine konu işçiyi korumaya ilişkin hususlarda, gereken tedbirleri almalı; özellikle iş sözleşmesine konu işçi haklarının ne şekilde kullanılacağına dair hususları (rneğin: yıllık ücretli izinin nasıl ve ne şekilde kullanılacağı, vs.) sözleşmede belirlemesi gerekecektir⁷⁴. Diğer bir yönü ile bu

⁷² **ODAMAN**, s. 99; **AKYİĞİT**, s. 101.

⁷³ ğretide ODAMAN bu fikri savunmakla birlikte, AKYİĞİT, holding şeklinde organize de olsa, her bir işverenin ayrı bir tüzel kişilik olmasından hareketle, aksi fıkirdedir. **ODAMAN**, s. 100; **AKYİĞİT**, s. 101. Ayrıca alt sözleşme kavramından kısaca bahsetmek gerekirse: herhangi bir sözleşmede, taraflar aksini kararlaştırmamışlar veya borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça, borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur olmadığı için (BK m. 67) alacaklı, borcun üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesine karşı çıkamaz, **KOCAYUSUFPAşAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN, Rona/ARPACI** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, nc Cilt, İstanbül, 1998., s. 20. Diğer bir deyişle Hukukumuzda, kişiye sıkı sıkıya bağlı borçlar içeren sözleşmeler dışındaki taahhütlerin üçüncü kişiler vasıtası ile ifa edilmesi mümkündür. Bahsedilen esaslardan hareketle alt sözleşme: “*herhangi bir sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin, asıl sözleşmenin tarağı olmayan bir üçüncü kişiye icra ettirilmesi maksadı ile tanzim edilen sözleşmedir*” **YALÇINDURAN, Türker** : Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara, 2000, s. 32 vd. Diğer bir deyişle alt sözleşmeler, asıl sözleşmeden bağımsız olmakla birlikte, asıl sözleşme ile ilişkili sözleşmelerdir. **KAHVECİ, Nalan** : Alt Kira ve Kiranın Devri, İzmir, 2005, s. 63. Diğer yandan bir sözleşmenin alt sözleşme olarak adlandırılabilmesi, iki sözleşme arasındaki fiili irtibat yanında, karakteristik edimlerinin de benzerliğini gerektirir. Bu konudaki sair açıklamalar için bkz. **AKKANAT, Halil** : Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbül, 2000, s. 16 vd.; **YALÇINDURAN**, s. 35; **KAHVECİ**, s. 64 vd. Prensip olarak, asıl ve alt sözleşmeler birbirlerinden bağımsız niteliktedirler. Ancak, alt sözleşmenin bağlayıcılığı, asıl sözleşmenin kurulmasına bağlanabilir veya alt sözleşmenin asıl sözleşmeden önce kurulması dahi mümkündür. **YALÇINDURAN**, s. 34.

⁷⁴ **ODAMAN**, s. 100. Buna karşın öğretide yıllık izin hakkının kullanılması konusunda talimat verme yetkisinin ödünç alan işverene ait olacağı görüşü de ileri sürülmektedir, **ÇELİK**, s. 96; buna karşın **SÜZEK**, bu konudaki yetkinin, ödünç veren işverene ait olacağı görüşündedir, **SÜZEK**, s. 251; Yargıtay ise bu konuda verdiği bir kararda da “*dn iş ilişkisinde ödenmeyen yıllık izin ücretinden işçinin kendi işverenin sorumlu olacağı*” benimsenmiştir. Y. 9 HD 21.10.2004 gün ve 2004/7454 E. 2004/23972 K. sayılı kararı için bkz. **GÜNAY**, s. 293.

sözleşme, devir alan işverenin, işçi üzerindeki idare hakkının da genel çerçevesini çizecektir⁷⁵.

Niteliği itibariyle ikili iş ilişkisine konu teşkil edebilecek bir kısım haller, örneğin işçi buluşları ile ilgili sonuçların ne olacağı konusunda, kanunda (m. 7/4. maddedeki genel düzenleme dışında) açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuya ilişkin BK m. 336'daki düzenleme nazara alındığında, işçinin görevsel buluşlarının⁷⁶ işverene ait olacağına dair prensip göze çarpmakta ise de; özellikle bu buluşun iş görme ediminin ifası esnasında cereyan etmesi nazara alınarak; işçi buluşlarına ilişkin hakların ödünç alan işverene ait olacağı sonucuna varmak da mümkündür⁷⁷.

B- Ödünç Verilen İşçi Açısından Sonuçları

a. İş Görme Borcu Açısından Sonuçları

İş sözleşmesinde, işçinin temel borcu iş görmedir. Bu borç, işçinin bizzat ifa etmesi gereken nitelikte olup, başkasına devredilemez (BK m. 320/1). Esasen işçinin yerine getirme borcunun muhatabı, işverendir. Ancak, niteliği gereği geçici iş ilişkisinde bu borç, işçinin de rızası ile başka bir işverene ifa edilmektedir⁷⁸. Bu nedenle, salt iş görme borcunun ifası ve kabulü açısından, ödünç alan ve işçi arasında bir ilişki de doğmaktadır. Bu ilişki, iş ilişkisindeki talimat verme hak ve imkanını, devir alan işverene intikal ettirmektedir⁷⁹.

Benzer şekilde, işçinin iş görme borcunun muhatabı da, ödünç alan işveren haline gelmektedir. Bu nedenle, ödünç veren işveren, ödünç iş ilişkisine konu işçiyi, sözleşme

⁷⁵ ODAMAN, böyle bir çerçevenin çizilmemesi halinde, işverenin uygulamalarının, aynen geçici iş ilişkisinde de geçerli olacağı; örneğin vizite kağıdı verilmesi gibi imkanların da devir alan işveren tarafından kullanılabileceği görüşündedir. **ODAMAN**, s. 100-101; **AKYİĞİT** ise aksi görüştedir, **AKYİĞİT**, s. 102-103.

⁷⁶ İşçi buluşlarına dair terminoloji, hüküm ve sonuçlar açısından bkz. **ORTAN**, Necip : İşçi Buluşları Hukuku, İzmir 1987, s. 107 vd.

⁷⁷ **ORTAN**, işçi buluşları hakkındaki bahsedilen neticeye, işverenin MK m. 699'da anılan (TMK m. 775) işleme hakkı sahibi; diğer bir deyişle işleyen olmasından hareket ile varmaktadır. **ORTAN**, s. 128 – 129.

⁷⁸ **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s. 117.

⁷⁹ **ODAMAN**, s. 102; **SÜZEK**, s. 250; **ÇİL**, s. 104.

süresince geri çağırılmaz⁸⁰ zira, geçici iş ilişkisi süresince, işçini edimini ifayı kabul hakkı, devralan işverene aittir⁸¹ (BK m. 320/2).

Diğer yandan, işçi devir konusu veya işveren ile arasındaki iş sözleşmesine aykırı taleplerde bulunulması veya uyulmaması halinde, iş görme edimini ifadan kaçınabilecektir⁸². Zira, işçinin ifa ile yüklendiği işi, iş sözleşmesi ile zaten belirlenmiştir. Geçici iş ilişkisi de bu iş tanımına üzerine kurulabilecektir. Bu hal, İş K. 7/1. maddesinde “*yapmakta olduğu işe benzer işlerde*” şeklinde ifade edilmektedir⁸³.

Esasen geçici iş ilişkisine konu işçinin kim veya hangi konumdaki bir işçi olabileceğine dair bir kısıtlama mevcut değildir. Bu nedenle, herhangi bir işyerindeki en vasıflı veya en vasıfsız işçinin; hatta işveren vekili sayılabilecek işçinin dahi geçici iş ilişkisine konu teşkil edebileceği kabul edilmelidir. İşçinin vasıflı ve görev tanımının da iş sözleşmesi ile belirgin olarak yapıldığı hallerde özellikle holding veya aynı şirketler topluluğunun söz konusu olmadığı işverenler açısından değerlendirme konusu teşkil edecek objektif kritere esas olmak üzere ⁸⁴“*aynı veya benzer iş*” saptaması kolaylıkla yapılabilecektir⁸⁵. Ancak, iş sözleşmesinde işçinin göreceği işe dair saptamanın belirgin olmaması veya çerçevesinin hiç çizilmemesi söz konusu ise; ödünç alan işverenin, işçinin iş görme ediminin somut çerçevesini, talimat verme hakkına dayalı olarak ve dürüstlük kuralları çerçevesinde (TMK m. 2) belirleyebileceği kabul edilmelidir⁸⁶.

⁸⁰ ODAMAN, s. 103.

⁸¹ AKYİĞİT, s. 128.

⁸² ODAMAN, s. 104.

⁸³ ÇANKAYA/ÇİL’e göre, İş K. m. 7’deki bu konuya ilişkin düzenlemenin mevcut içeriğinin, işçinin ödünç veren işverenin işyerinde bir iş yapıyor olması ve ödünç alan işverenin işyerinde de buna benzer bir işle görevlendirilmesi zorunluluğunu doğurmaktadır. ÇANKAYA/ÇİL, s. 148.

⁸⁴ ÇİL, s. 105; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 116.

⁸⁵ Diğer yandan, “*Benzer işlerde çalıştırılma koşulunun isabetsiz bir sınırlama olduğu ve geçici iş ilişkisinin bir süre için çalıştırılmasına ihtiyaç duyulmayan işçinin başka bir işveren yanında çalıştırılması suretiyle feshi önleyici işlevinin de bulunduğu dikkate alınarak, benzer iş kavramının geniş yorumlanması gerektiği söylenebilir*” ÇELİK, s. 101’den naklen.

⁸⁶ ODAMAN, s. 104.

İşçinin iş görme edimine konu işin değiştirilmesi söz konusu olacak ise; bu takdirde değerlendirme İş K. m. 22 çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu konuda öğretide İş K. m. 22'deki “benzeri kaynaklar” ifadesinin “geçici iş ilişkisine dair sözleşmeyi de kapsadığı” ve işçinin kabulü halinde, gördüğü işin değiştirilebileceği ileri sürülmektedir⁸⁷. Geçici iş ilişkisinde, ödünç işçinin çalışacağı işyerinin de belirlenmiş olması, işçinin edimlerinin nerede ifa edileceğinin belirlenmesi yanında; her iki işveren arasında tanzim edilecek sözleşmeye uygun davranılıp davranılmadığının da denetlenmesi imkanını yaratacaktır⁸⁸. Bu çerçevede, işçinin işini göreceği yerin, tarafların müşterek rızası ile saptanması ve değiştirilmesinin de sözleşmeye aykırı hal sayılması uygun çözüm olacaktır⁸⁹.

İşçinin iş görme edimine ilişkin sürelerin belirlenmesinde ise; işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi hükümleri esas alınmalıdır⁹⁰. Ancak, işçinin rızasının alınması söz konusu olacağına göre; “işçinin bu konudaki sözleşme hükmünü bildiğinin ispat edilebileceği hallerde” bu konuya ilişkin iş sözleşmesi hükmünün değiştirilebileceği kabul edilebilecektir. Diğer yandan; iş sözleşmesinde veya (işçinin rızası ile çerçevesinin çizilmiş olması halinde) geçici iş sözleşmesinde bu konularda bir hüküm bulunmaması halinde, artık ilgili mevzuat hükümlerinin geçici iş ilişkisine de aynen uygulanabileceği sonucuna varılmalı⁹¹ ve ödünç alan işverenin, ödünç işçi ile aynı durumdaki işçilerinin tâbi olduğu çalışma koşullarının uygulanacağı kabul edilmelidir. İşçinin iş görme ediminin ifasında “kısmi zamanlı uygulama” yapılıp yapılamayacağı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Öğretide bu konuda uygulama yapılabileceği ve geçici iş ilişkisinin kısmi zamanlı çalışma düzeni şeklinde de kurulabileceği kabul edilmektedir⁹².

⁸⁷ ODAMAN, s. 107. Her ne kadar görüşe, “sonucu itibariyle” katılıyor olmakla birlikte; görüşün gerekçesi olarak belirtilen hususlara katılmıyoruz. Zira görüşün dayanağı olarak gösterilen “benzeri kaynaklar” ibaresi; geçici iş ilişkisini de kapsayacak şekilde kabul edilecek olursa; varılan nokta, kötüye kullanılacak nitelikte ve geçici iş ilişkisine dair yasal dayanak olan İş K. 7/1. maddesine uygun düşmeyecektir. Zira, geçici iş ilişkisinin kurulmasındaki temel koşul, işçinin “yapmakta olduğu işe benzer işlerde” çalıştırılmaya devam edilmesidir. Eğer geçici iş ilişkisinin kurulmasına ilişkin ve çoğunlukla işçinin taraf dahi olmadığı sözleşme, işçinin iş görme edimine dair iş sözleşmesinin kaynakları arasında kabul edilecek olursa; işçinin işgörme ediminin devredildiği işverene ait işyerindeki koşullar, esasen bu işverenin tarafı dahi olmadığı iş sözleşmesinin konusunu oluşturan “iş görme ediminin” gerekliliği veya gereksizliği de tartışmaya açılabilir hale gelecektir.

⁸⁸ AKYİĞİT, s. 101; ODAMAN, s. 108.

⁸⁹ AKYİĞİT, s. 126; ODAMAN, s. 108.

⁹⁰ ODAMAN, s. 109.

⁹¹ AKYİĞİT, s. 127.

⁹² ODAMAN, s. 110.

Diğer yandan, ödünç alan işverenin içinde bulunduğu ekonomik koşullar kısa çalışma yapılmasını gerektirir bir hale bürünür ise, o takdirde ödünç işçi de (başlangıçtaki rızası da nazara alınarak) kısa çalışma yapmak zorunda kalabilecektir⁹³.

b. Sadakat Borcu Açısından Sonuçları

Açık bir kanun hükmü ile düzenlenmemiş olmasına karşın sadakat borcu, iş sözleşmelerinde, işçi açısından temel edimlerden birisidir⁹⁴. Öğretide sadakat borcunun genel olarak; işçinin işveren ile ilişkilerinde içtenlikle bağlılık gösterilmesi, işin doğruluk ve vefa duyguları ile yerine getirilmesi, işveren ile rekabet edilmemesi, vs.'yi kapsadığı kabul edilmektedir⁹⁵. Bahsedilen kapsamı ile sadakat borcu; olumlu edimleri içerdiği gibi, olumsuz bir kısım tutum ve davranışlardan kaçınılmasını da bünyesinde barındırmaktadır.

Her ne kadar ödünç alan işveren ile işçi arasında bir iş sözleşmesi kurulmamakta ise de; işçinin edimi temel olarak işvereni ile arasındaki sözleşme gereğince ifa edilmek gerekeceğinden, işçinin edim yükümlülükleri; bu arada sadakat borcu da aynen devam edecektir⁹⁶. Ancak, geçici iş ilişkisindeki sadakat borcu, devralan işverene karşı da sürecektir; zira, geçici iş ilişkisi “*iş sözleşmesi benzeri*” bir sözleşmenin konusunu oluşturmaktadır⁹⁷.

İşçinin sadakat borcunun bir diğer görünümü ise, sır saklama borcu şekline bürünmüştür. Esasen sır saklama borcu, işin ifası sırasında edinilen bilgiler açısından önem

⁹³ **ODAMAN**, s. 230; Ancak, niteliği gereği “*ücretsiz izin*” dönemi sayılabilecek bu hallerde, işçinin iş sözleşmesi askıda kalmakta ve işçi İŞKUR tarafından “*kısa çalışma ödeneği ile desteklenmektedir*” **DEMİR**, Fevzi: Kısa Çalışmalar ve İş Sözleşmeleri Üzerine Etkileri, **LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2009, S. 22, s. 549. Bu durumda, ödünç veren işverenin ekonomik krizden, vs. etkilenmemiş olması halinde, işçinin geçici iş ilişkisinin sona erdirilerek geri dönmek veya hiç değilse, ücretinin tam ödenmesini istemek hakkı olduğunun kabul edilmesi, işçi lehine olacaktır. Diğer yandan, ödünç alan işverenin ekonomik bir kriz nedeni ile işlerinin bozulması halinde, iş hukuku açısından feshin son çare olması ilkesi gereğince değerlendirme yapılmalı, işçilerin başka şekilde çalıştırılması imkan ve ihtimalleri de araştırılmalıdır. Bu arada, varlığı mutlaka gerekli olmayan ödünç işçilerin de asıl işverenlerindeki işlerine iadesi sağlanmalıdır. **ALP**, Mustafa: İşletme Gerekleri İle Fesih; Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Korunma 1. Sempozyum, Kocaeli Üniversitesi ve Kocaeli Barosu, 2009, s. 106.

⁹⁴ Diğer yandan, sadakat borcunun “*asli borcu etkileyebilecek denli tesirli yan borç*” olduğuna ilişkin görüş için bkz. **AKYİĞİT**, s. 130.

⁹⁵ **NARMANLIOĞLU**, Ünal : İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, Ankara 1988, s. 187.

⁹⁶ **SÜZEK**, s. 252.

⁹⁷ **ODAMAN**, s. 112 vd; **ÇELİK**, s. 102.

arz eder bir niteliktedir. Bu nedenle, geçici iş ilişkisinde, işçinin sır saklama borcu iki yönlü bir nitelik arz edecektir. İşçi, geçici iş ilişkisi kuran her iki işverene karşı da bu borcu ifa ile mükellef olacaktır⁹⁸. Nelerin sır sayılacağı temelinde somut olaya göre değerlendirilecek olmakla birlikte; genel olarak, işverenin şahsına, işletmesine, işyerine, müşteri portföyüne, işyerindeki işleyişe, vs., dair bilgiler sır kapsamına dahil kabul edilmelidir. Tarafların birbirleri ile veya aralarında düzenleyecekleri sözleşmelere, bu konularla ilgili açık düzenlemelere yer vermeleri de mümkündür.

Diğer yandan, geçici iş ilişkisinin taraflarının tacir olmaları, beraberinde bu konuya ilişkin özel sorunları da beraberinde getirmektedir. Nitekim; haksız rekabete ilişkin TTK hükümleri gereğince: “*Müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri iğfal suretiyle, istihdam edenin veya müvekkillerinin imalat veya ticaret sırlarını ifşa ettirmek veya ele geçirmek* (m. 57/7); veya “*hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak*” (m. 57/8) haksız rekabet sayılan ve özel bir düzenleme ile TTK 64. maddesinde cezai yaptırıma da bağlanan hallerdendir. Ayrıca yine TTK m. 59/1 hükmüne göre “*Haksız rekabet fiili, hizmet veya işlerini gördükleri esnada müstahdemler veya işçiler tarafından işlenmiş olursa* (TTK m. 58’in) *birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar, istihdam edenlere karşı dahi açılabilir*”⁹⁹.

Genel olarak sadakat yükümlülüğüne aykırı davranış olarak kabul edilebilecek bir kısım fiiller, TCK’da suç olarak kabul edilmiştir. Nitekim: “*Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması*” TCK’da yaptırımı bulunan bir cürümün işlenmesi sonucunu da doğuracaktır. Bu konuda TCK 239/1. maddesine göre “*Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı*

⁹⁸ ODAMAN, s. 114 vd.

⁹⁹ Bu konudaki Ticari Sırlar Kanunu Tasarısı’nın 3. maddesine göre Ticarî sırlar: “bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, rakiplerince bilinmemesi ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin bilgi, belge, elektronik ortamdaki kayıt ve verilerden oluşur. Ticarî sır, bu Kanun ve diğer kanunlarda öngörülen esas ve sınırlamalara tâbi olmak kaydıyla açıklanamaz, kullanılamaz ve verilemez. Tasarı metni için bkz. http://www.alomaliye.com/ticari_sirlar_kanun_tasarisi.htm (e.t. 03.01.2012)

niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi hâlinde de bu fıkra göre cezaya hükmolunur.”¹⁰⁰

Sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlar, TCK açısından suç teşkil etmese dahi; İş K. m. 25/II-e ile de hukuki açıdan yaptırıma bağlanmıştır. Maddede sayılan (diğer bir deyişle sadakat yükümlülüğünün ihlali/aksi davranış kabul edilecek) hallerde, işçinin iş sözleşmesi haklı sebeple feshedilebilecektir. Ancak “iş sözleşmesinin feshi” temelinde iş sözleşmesinde taraf olmaya bağlı bir hak/yaptırım olduğundan; ödünç iş ilişkisinin niteliği nazara alınarak başvurulabilecek imkanlar; ödünç veren işveren açısından iş sözleşmesinin feshi, ödünç alan işveren açısından ise, işçinin yenisi ile değiştirilmesini talep olarak değerlendirilebilir.

c. Rekabet Yasağı Açısından Sonuçları

İş Sözleşmesi, işçiye rekabet etmemek konusunda bir kısım yükümlülükler de yükler (BK m. 348 vd.) Esasen sadakat borcunun özel bir görünümü şeklinde de kabul edilebilecek bu yasak; temelinde işçi-işveren arasındaki ilişkiden doğsa da; niteliği gereği, işçi ve ödünç alan işveren arasında da “kendiliğinden” hüküm ifade edecektir. İşçinin rekabet yasağı, iş ilişkisi sürdüğü müddetçe uygulanacağı gibi; iş sözleşmesinin veya geçici iş ilişkisinin bitiminden sonra uygulanmak üzere de kararlaştırılabilir¹⁰¹.

Ancak, geçici iş ilişkisinin niteliği gereği, işveren işçiyi başka bir işverenin emrine sunduğundan; geçici iş ilişkisinin devamı boyunca, işveren ile işçi ve giderek her iki işveren arasında rekabet yasağının söz konusu edilmemesi de gerekecektir¹⁰².

¹⁰⁰ Ancak, kanunda nelerin sır sayılacağına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiş olması, ceza hukukunun temel ilkelerinden olan ve Anayasa’nın 38. maddesinde yazılı kanunilik ilkesine aykırı değerlendirilmektedir. Bu konudaki görüş ve eleştiriler için bkz. **DURSUN**, Hasan : Ticari Sır, Banka Sırrı İle Müşteri Sırrının Açıklanması Suçlarına Genel Bir Bakış, Kamu İş Dergisi C:11, 2009, S:1, s. 213 vd.

¹⁰¹ **ODAMAN**, s. 125 vd.

¹⁰² **AKYİĞİT**, s. 133; ancak **ODAMAN**, sadakat borcunun rekabet yasağını da kapsayacağı görüşündedir. **ODAMAN**, s. 128.

Rekabet yasağı konusundaki özel bir hal, taraflar arasındaki ilişkinin sona ermesinden sonraki safhada cereyan edecek ilişki ile ilgilidir. Bu konudaki genel düzenleme olan BK m. 348/1 hükmü genel olarak “işçi - işveren” arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Oysa, üçlü ilişki niteliğindeki geçici iş ilişkisinde, ödünç alan işveren, “bahsedilen ilişkinin” tarafı değildir. Ancak, BK’nın bahsedilen hükmünün, ödünç alan işveren ve işçi arasında bir sözleşme düzenlenmesi sureti ile uygulanması da mümkün olmalıdır¹⁰³.

İşçi ile ödünç alan işveren arasında bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılması halinde, bunun yazılı olması gerekeceği gibi (BK m. 350); işçinin bu sözleşmeye aykırı davranması, ödünç alan işverenin uğrayacağı zararları tazmin etmesi gereğini de doğuracaktır (BK m. 351/1).

d. İşverenin Talimatlarına Uyuma Borcu Açısından Sonuçları

Geçici iş ilişkisinin yasal dayanağı olan İş K. m. 7/1’in son cümlesi, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin, işçiye talimat verme hakkına¹⁰⁴ sahip olduğunu düzenlemiştir¹⁰⁵. Bu durumdan, asıl işverenin iş sözleşmesindeki yönetim/talimat verme hak ve yetkisinin (en azından işin fiili idaresine dair kapsamdaki) bir kısmının, ödünç alan işverene geçtiği anlaşılmaktadır.

Esasen işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi devam etmekte olduğundan; bu konuda ödünç alan işverenin kullanabileceği hakların sınırları, geçici iş ilişkisinin kurulacağı sözleşmede belirlenmelidir. Ancak, bu haklar da şüphesiz ki, kanun, sözleşme, örf ve adetler ile genel ahlak kuralları ile sınırlandırılmalıdır¹⁰⁶.

¹⁰³ ODAMAN, s. 131.

¹⁰⁴ Talimat verme hakkı, tek taraflı olarak kullanılabilen niteliktedir ve işverene aittir. AKYİĞİT, s. 136. Ancak, bir kısım yazarlarca bu durum “hak” değil “yetki” olarak değerlendirilmektedir. Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz. ODAMAN, s. 137; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 117.

¹⁰⁵ Öğretide, bu niteliğin “ödünç iş ilişkisi” ile “alt işverenlik” kurumları arasındaki temel farklardan olduğuna ve alt işverenlik ilişkisinde, işçinin talimatları yine de kendi işvereninden almaya devam edeceğine işaret edilmektedir. ODAMAN, s. 136.

¹⁰⁶ ODAMAN, s. 135 vd.

e. İşin Özen İle Yapılması Borcu Açısından Sonuçları

İşin ifası esnasında özen göstermek, işçi açısından asli bir edimdir. (BK m. 321¹⁰⁷) Özen yükümlülüğü her işin niteliğine göre farklılık gösterecek olmakla birlikte; genel kabul gören hususlara göre işçi, verimliliğin artması, israfın önlenmesi, işin düzen içinde yürütülmesi, işin yerine getirilmesinde hatanın en aza indirilmesi için gereken çabayı göstermelidir. Geçici iş ilişkisinde, işçi işgörme edimini ödünç alan işverene ait işyerinde gerçekleştirmekte olduğundan, temelinde işçinin bu yükümlülüğünün öncelikli muhatabı da ödünç alan işveren olacaktır¹⁰⁸.

Genel olarak işçinin özen yükümlülüğünün tayininde, iş sözleşmesinde belirlenen hususlar yol gösterici kabul edilmekle birlikte; bu konudaki genel, özel veya iş sözleşmesinde yer almamasına karşın ödünç alan işveren tarafından önem atfedilen düzenlemelere, geçici iş ilişkisini kuracak sözleşmede yer verilmesi¹⁰⁹, tüm taraflar açısından yararlı olacaktır. İşçinin özen yükümlülüğüne aykırı davranması, tazminat sorumluluğu doğuracağı gibi; İşveren açısından İş K. 25. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin haklı sebeple feshi imkanı da doğuracaktır.

C- Ödünç Veren İşveren Açısından Sonuçları

a. Ücret Ödeme Borcu Açısından Sonuçları

İş Sözleşmesinde işçinin ücretini ödemek, işverenin borcudur (İş K. m. 8). Ancak, geçici iş ilişkisinde, işçinin karşısında iki adet işveren bulunmaktadır. Buna rağmen İş K. m. 7/3.'de işçinin ücretinin bu işverenlerden hangisi tarafından ödeneceğine ilişkin olarak “*İşverenin, ücreti ödeme yükümlülüğü devam eder. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumludur*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

¹⁰⁷ Nitekim Kanun’da bu husus “*mecburdur*” şeklinde ifade edilmektedir.

¹⁰⁸ ODAMAN, ödünç alan işverene karşı olan sorumluluğun derecesinin öncelikle geçici iş sözleşmesinde tayin edilmesi gerektiği görüşündedir. ODAMAN, s. 143.

¹⁰⁹ ODAMAN, s. 143 vd.

Böylece, geçici iş ilişkisinin tarafını teşkil eden işverenler arasında, sınırları kanunda belirtilen alacaklar açısından birlikte sorumluluk söz konusudur^{110 111}.

Geçici iş ilişkisi kurulması ile işçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesi feshedilmediğine göre; bu düzenlemeden anlaşılması gereken, geçici iş ilişkisi kurulması halinde dahi ödünç veren işverenin ücret borcunun ortadan kalkmayacağıdır¹¹². Buna karşın, iş sözleşmesindeki ücretin, işçiye ödünç alan işveren tarafından ödenmesine engel bir husus da bulunmamaktadır¹¹³.

İş K. m.7’de iş sözleşmelerinde asli unsur olan ücrete ilişkin olarak, sair hususlar yönünden ayrı bir düzenlemeye yer verilmemesi nedeni ile; ücretin miktarı, ödeme zamanı, ödeme şekli, vs. konularda, genel hükümlere göre değerlendirme yapılmalıdır. Ancak bu değerlendirmede, işçinin iş sözleşmesinde mevcut hükümler de nazara alınmalıdır. Zira, geçici iş ilişkisi kurulması, işçinin durumunun ağırlaştırılmasına sebebiyet veremez¹¹⁴.

¹¹⁰ ODAMAN, s. 152. Ücret kavramından anlaşılması gerekenin ikramiye, prim, vs. gibi geniş anlam ifade eden bir nitelik taşıyacağına ilişkin olarak bkz. ÇANKAYA/ÇİL, s. 153. Diğer yandan Y. 9. HD. 29.12.2005 gün ve E. 2005/37186 - K. 2005/40672 sayılı kararında “Davacı, S. Digital İletişim A.Ş.’nin işçisi olduğu, ücret, giyim, yol ve yemek paraları bu şirket tarafından ödendiği halde diğer davalı G.P. Genel Merkezinde güvenlik görevlisi olarak çalıştırılmıştır. İş akti yine şirket tarafından devamsızlık nedenine dayanarak fesh edilmiştir. Ancak fesih nedeni ispatlanmadığından ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağından şirket sorumludur. Buna karşılık davacı tüm mesaisini ödünç işçi olarak G.P. Başkanlığının Genel Merkezinde güvenlik görevlisi olarak geçirdiğinden fazla çalışma ücreti ve genel tatil ücret alacaklarından G.P. Başkanlığı sorumludur. Bu durum dikkate alınmaksızın gerekçesiz olarak davacının tüm tazminat ve işçilik alacaklarından davalıların müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulması hatalıdır.” yine Y 9. HD. 16.12.2008 gün ve E. 2007/26179 - K. 2008/33761 sayılı kararında ise “Yasada sözü edilen ücret geniş anlamda ücret olarak kabul edilmelidir. Öyle ki, ödenmeyen pirim, ikramiye, sosyal yardımlar ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri de bu kapsamdadır.” sonuçlarına varılmıştır. (Kazancı)

¹¹¹ Y. 9. HD 24.04.2007 gün ve E. 2007/1341 - K. 2007/11798 sayılı kararında “Ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işverenin feshe bağlı haklarının sorumluluğunun söz konusu bulunmadığı kabul edilmektedir. 4857 Sayılı yasanın 7/2 maddesinde geçici iş ilişkisinin süresinin 18 ayla sınırlandırıldığı görülmektedir. Ancak işçinin yeni kanunun yürürlük tarihinden sonraki çalışması davalı işyerinde 10 ayı geçmemektedir. Bu durumda fazla mesai ücreti Ulusal Bayram, genel tatil çalışma ücretleri dışında davalı sorumlu tutulamaz.” sonucuna varmıştır. (Kazancı)

¹¹² Üçlü ilişki niteliği nedeni ile, ödünç veren işveren, işçiye ödeyeceği ücretleri, ödünç alan işverene bilahare fatura edecektir. Ödediği ücretin karşılığını böylelikle yerine koyabileceği gibi, bir kısım kâr dahi elde edebilecektir. ODAMAN, s. 149. Ancak kanımızca, geçici iş ilişkisi meslek olarak icra edilemeyeceğinden, ödünç veren işverene bu ilişki nedeni ile kazanç elde etme imkanı verilmesi; kurumun esneklik veya iş sözleşmesinin ayakta tutulması için gereğinde çare olarak başvurulması imkanı da veren varlık nedeni ile bağdaşmayacağı gibi, kanuna karşı hile yapılması ile ilgili girişimlere de yol açabilecektir.

¹¹³ Nitekim, BK m. 67’ye göre, borcun bizzat ifasında alacaklının yararı bulunmadıkça, borç başka bir kişi tarafından da ifa edilebilir. ODAMAN, s. 151.

¹¹⁴ ODAMAN, s. 153 vd.

Ücret konusunda ayrıca değinilmesi gereken sair bir husus ise, işin yapılmamasına rağmen ücretin ödenip ödenmeyeceği konusudur. Bu konuda ayrı ve açık bir düzenlemeye yer verilmediği için, geçici ifa veya ifayı kabul imkansızlığının söz konusu olduğu hallerde, İş K. 24/III, 25/III. veya 40. maddelerine göre değerlendirme yapılması gerekecektir. Diğer ihtimaller olarak işçinin hasta, izinli veya mazeretli olduğu hallerde İş K. m. 49/4 gereğince; tatil günlerinde ise İş K. m. 46/2 hükmü gereğince değerlendirme yapılması ve ücretin tam olarak; haftalık azami çalışma sürelerinin aşılması söz konusu ise de, ücretin kanuni artışla ödenmesi gerekecektir¹¹⁵. İşçinin yıllık ücretli izninin söz konusu olduğu hallerde ise, iznin ödünç veren işveren tarafından verilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁶.

Geçici iş ilişkisinde, ödünç alan işverenin (alacaklının) temerrüdünden söz edilebilecek (işçiye iş verilmemesi, vs. gibi) hallerde, işçi bu durumdan olumsuz şekilde etkilenmeyecek ve ücrete ilişkin hakları aynen korunacaktır. Ancak, işçinin bu gibi durumlarda işini ifaya hazır olmasına karşın, işverenin ifayı kabulden haklı bir sebep olmaksızın kaçınmış olması aranacaktır¹¹⁷.

b. Yasal Kesintilerin Yapılması Gerekliliği Açısından Sonuçları

Bilindiği gibi sosyal güvenlik hakkı, herkes için Anayasal bir haktır (Anayasa m. 60). İş ilişkisinde, özellikle sosyal güvenlik mevzuatı gereğince, işçinin ücretinden işverenlerce kanunda belirli kesintilerin yapılması gerekmektedir. Ancak, üçlü bir ilişki olan geçici iş ilişkisinde durum bir kısım özellikler arz etmektedir. Temelde geçici iş ilişkisi kurulmuş olması halinde iş sözleşmesinin feshedilmemesi nedeni ile, işverenin bahsedilen yükümlülükleri aynen devam etmekle birlikte İş K. m. 7/3'deki "*Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumludur.*" şeklindeki düzenleme ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun bu düzenlemeye paralel hükümler içeren 14/2. maddesine göre "*..4857 sayılı İş Kanununda tanımlanan geçici iş*

¹¹⁵ ODAMAN, s. 163 vd.

¹¹⁶ AKYİĞİT, s. 146; ancak ODAMAN, yıllık ücretli izne hak kazanılması için gereken bir yıllık sürenin, aynı işverene ait işyerlerinde yapılacak çalışmalar için söz konusu olabileceği, bu nedenle, geçici iş ilişkisi süresinin nazara alınması gerektiği, ancak bu konunun sözleşmede düzenlenebileceği görüşündedir. ODAMAN, s. 166 vd.

¹¹⁷ ODAMAN, s. 169 vd.

ilişkisi kurulan işveren, bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.”¹¹⁸

D- Ödünç Alan İşveren Açısından Sonuçları

a. Gözetme Borcu Açısından Sonuçları

İş sözleşmesi ile oluşan hukuki ilişkide, işverenin temel borçları arasında işçinin yaşamını ve sağlığını korumak, işçinin kendisinin ve beraberinde getirdiği eşyanın güvenliğini temin etmek, vs. şeklinde tezahür edecek kapsamda gözetme borcu bulunmaktadır (BK m. 332, İş K. m. 77). Geçici iş ilişkisi, ödünç alan işveren ile işçi arasında bir iş sözleşmesi kurulması neticesi doğurmaz. Bu nedenle, üçlü bir ilişki olan geçici iş ilişkisinde, ortaya çıkan ilişkinin “*iş hukuku karakteri taşıyan sözleşme benzeri*” niteliği önem kazanmaktadır¹¹⁹. Esasen bu nitelik nazara alındığında, ödünç alan işverenin gözetme borcunun varlığı sonucuna varmak dahi mümkün ise de; konuya ilişkin yasal düzenleme olan İş K. 7/3. maddesinde, geçici iş ilişkisi kurulan (ödünç alan) işverenin sorumlulukları düzenlenirken “*işçiyi gözetme borcundan işveren ile birlikte sorumlu*” olduğu, açık bir şekilde belirtilmiştir. Esasen istisnai gözüken bu durum; işçinin üzerindeki fiili hakimiyetin ve işin görüleceği yerin ödünç alan işverene ait olacağı gerçeği karşısında, yerinde bir düzenlemedir¹²⁰.

Diğer yandan, İş K. m. 28/1 uyarınca işten ayrılan işçiye işinin çeşidinin ne olduğunu ve süresini gösteren bir belge verilmesi gereklidir. Geçici iş ilişkisinde de esasen işçinin edimi asıl konuyu oluşturduğu için, işçi geçici iş ilişkisinin sonunda, ödünç alan işverenden benzeri nitelikte bir belge talep edebilmelidir. Bunun sonucu olarak, ödünç alan işveren de bu belgeyi tanzim ve teslim etmelidir.

¹¹⁸ Esasen sorumluluk bununla da sınırlı değildir. Nitekim 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun “Prim belgeleri ve işyeri kayıtları” başlıklı 86/3. maddesine göre “*İşverenin, sigortalıyı, 4857 sayılı İş Kanununun 7 nci maddesine göre başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi halinde, sigortalıyı devir alan, geçici iş ilişkisi süresine ilişkin birinci fıkrada belirtilen belgelerin aynı süre içinde işverene ait işyerinden Kuruma verilmesinden, işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur*”. Maddeye muhalefet, idari para cezası uygulanmasını gerektirmektedir (m. 102/c)

¹¹⁹ ODAMAN, s. 178.

¹²⁰ Bu konudaki görüşler için bkz. ODAMAN, s. 178 vd; ÇANKAYA/ÇİL, s. 156; SÜZEK, s. 251; ÇELİK, s. 102.

Öğretide, esasen ikili iş ilişkisinin konusunu oluşturan sair hususlardan iş kazasını ve meslek hastalığını bildirme yükümlülüğünün ödünç alan işveren aracılığı ile işveren tarafından yerine getirilmesi gerektiği; iş kazası halinde ilk yardımın ise ödünç alan işveren tarafından yapılmasının halin icabından olduğu; özellikle tanzim edilecek belgelerde talep edilecek bilgilerin ödünç alan işverende olması da nazara alınarak, işçiye vizite kağıdı verilmesi ile ilgili işlerin ödünç alan işveren tarafından yerine getirilmesi konusunda bir yetkilendirmenin yapılmasının uygun olacağı ve fakat grev ve lokavt halinde ödünç alan işverenin işçiyi İş K. m. 7 gereğince çalıştıramaması nedeni ile vizite kağıdının işveren tarafından düzenlenmesi gereğinin doğacağı; işçiden sağlık raporu istenmesine ilişkin yükümlülüğün ödünç alan işverene ait olması gerektiği işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlülüğünün geçici iş ilişkisi süresince ödünç alan işveren tarafından yerine getirilmesi gerektiği; ödünç alan işverenin bu yükümlülüklerine aykırı davranması halinde ise İş K. m. 79/1'deki işin durdurulması veya işyerinin kapatılması yaptırımlarına maruz kalabileceğine işaret edilmektedir¹²¹.

Diğer yandan, İş K.'nda işçinin haklarının genişletilmesi sonucu da doğuran yeni bir kurum olarak *“işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, İş Sağlığı ve Güvenliği Kuruluna başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul aynı gün acilen toplanarak kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar işçiye yazılı olarak bildirilir.”* hükmüne (m. 83/1) yer verilmiştir. İş ilişkisi geçici de olsa, ödünç alan işverenin yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, işçi bu hakkını ödünç alan işverene karşı da kullanabilecektir¹²².

b. Eşit Davranma Borcu Açısından Sonuçları

İş ilişkisinde işverenin temel borçlarından birisi de; işverenin aynı statüdeki işçilerine eşit şekilde davranmak yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük gereğince işveren, aralarında kıdem, eğitim, vs. gibi objektif; çalışkanlık, bağlılık, vs. gibi sübjektif farklılıklar bulunmayan işçilere, eşit davranmalıdır.

¹²¹ ODAMAN, s. 187 vd.

¹²² ODAMAN, s. 201; EVREN, Öcal Kemal : Çalıştırma ve Başka İş Gördürme Yasakları, Çalışma ve Toplum, 2007/4, S. 15, s. 147.

Ancak, üçlü bir ilişki olan geçici iş ilişkisinde, (özellikle iş barışının sürdürülebilirliği açısından) işverenin genel iş koşulları açısından tüm işçilere aynı hak ve imkanları sağlaması asıl olmakla birlikte¹²³; asıl işçileri ile geçici işçiler arasında, kurumun niteliğinden kaynaklanacak bir kısım farklılıkların olması da doğaldır¹²⁴. Bu nedenle ödünç alan işverenin özellikle ücret konusunda eşit davranmak yükümlülüğü olmadığı öğretide ileri sürülmektedir¹²⁵.

VII- Sona Erme Sebepleri

a. Tarafların Anlaşması Sureti İle Sona Erme

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflar sözleşmeyi karşılıklı ve birbirlerine uygun rıza beyanları ile ve genel olarak uygulamada “ikale” sözleşmesi olarak da tanımlanan şekilde ortadan kaldırılabirler¹²⁶. Ancak, niteliği itibariyle üçlü bir ilişki olan geçici iş ilişkisinde, konu bir kısım özellikler arz etmektedir¹²⁷.

Öncelikle, işçi ile işverenin aralarındaki iş sözleşmesini feshetmeleri, kaçınılmaz olarak ödünç alan işvereni de etkileyecektir¹²⁸. Bu durumda, ödünç alan işveren ile işçi arasındaki ilişki de sona erecektir¹²⁹. Ancak, işçi buna karşın ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaya

¹²³ Örneğin: ödünç alan işveren işin dağıtımında, giriş-çıkış kontrolü ile ilgili uygulamalarda, işçiler arasında herhangi bir ayırım yapmamalıdır. **ÇELİK**, s. 103.

¹²⁴ **ÇANKAYA/ÇİL**, s. 156.

¹²⁵ **ODAMAN**, s. 215; **ÇELİK**, s. 103.

¹²⁶ **AKYİĞİT**, s. 195; **ODAMAN**, s. 239. **ALP**, Mustafa : İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları, **LEGAL**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, S: 17, s. 29. (**İkale**)

¹²⁷ Diğer sözleşmelerle ilgili genel prensiplerin aksine ve özellikle iş güvencesine ilişkin hükümlerin korunması düşüncesi ile, iş hukukunda işçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesinin ikale yolu ile feshedilmesine dair işlem geçerlilik denetimine açıktır. Yargıtay’ın henüz yerleşik bir içtihadının oluşmadığı bu kurumla ilgili olarak yapılacak geçerlilik denetimine ilişkin olarak öğretide “*menfaat dengesi ve makul yarar*” ölçütlerine göre değerlendirme yapılması gerektiği; bu ölçütlerin temelde iş sözleşmesinin bozulmasında işçinin uğrayacağı maddi kayıpların nazara alınması sureti ile yapılması gerektiği ve gereğinde ikale sözleşmesinin geçersiz sayılması ve özellikle işçinin iş güvencesine ilişkin sonuçların uygulanması gerektiğine işaret edilmektedir. **ALP**, **İkale**, s. 29.

¹²⁸ **ODAMAN**, s. 239.

¹²⁹ **ODAMAN**, s. 240; ancak bu konuda **AKYİĞİT**’in görüşü, aradaki ilişkinin üçlü niteliğinden hareket etmekte ve böyle bir halin ödünç veren işverenin sözleşmeye aykırılık nedeni ile sorumluluğunun doğacağına işaret etmektedir. **AKYİĞİT**, s. 196. Kanımızca geçici iş ilişkisi, İş K. m. 7 hükümleri gereğince “*işçinin yazılı rızası*” ile gerçekleşmekte olduğuna göre; işçi ve işverenin aralarındaki iş sözleşmesini ödünç alan işverenin rızası dışında ve anlaşarak feshetmeleri, esasen sadece ödünç veren işverenin değil, işçinin de “sözleşmeye aykırılık nedeni ile” sorumluluğunu doğurabilecek niteliktedir. Bu halin BK m. 51. çerçevesinde değerlendirilmesi ve

bilgi ve rızası ile devam ediyor ise; o takdirde ödünç alan işveren ile işçi arasında “yeni” bir iş sözleşmesi kurulmuş olduğu kabul edilmelidir. Diğer bir ihtimal ise, ödünç iş ilişkisinin iki işverenin anlaşması sureti ile sona erdirilmesidir. Bu durumda ödünç iş ilişkisinden bağımsız bir niteliği olan iş sözleşmesi varlığını sürdürür¹³⁰.

b. Geçici İş İlişki Sözleşmesi Süresinin Sona Ermesi

Geçici iş ilişkisi, niteliği gereği “geçici, diğer bir deyişle süre ile sınırlı” olduğundan, taraflarca kararlaştırılan süresinin sona ermesi, geçici iş ilişkisinin de kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğuracaktır¹³¹.

Buna karşın, özellikle belirli süreli iş sözleşmelerine dayanan geçici iş ilişkilerinde yenilenme konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Bu konuda, belirli süreli hizmet akdinin süresi sona ermeden düzenlenen ve fakat süresi belirli süreli hizmet akdinin süresinden uzun olan geçici iş ilişkisinin, geçici iş ilişkisinin belirli süreli iş sözleşmesini aşan süresi kadar uzatılmış sayılacağı ileri sürüldüğü gibi¹³²; BK m. 339/1 hükümlerinden hareket eden diğer bir görüşte ise, belirli süreli hizmet akdinin süresini aşan bir geçici iş ilişkisi kurulmasının, belirli süreli hizmet akdini “süresi kadar ve fakat nihayet bir sene için” yenilemiş sayılması gerektiği belirtilmektedir¹³³.

ödünç alan işveren tarafından da kabul edilebilir bir sebep olmaksızın ikale yoluna gidilmesi ile ortaya bir zarar çıkmış ise, “işçi ile işvereni” arasında (işveren açısından sözleşmeye aykırılık, arada bir sözleşmesel ilişki olmaması karşısında işçi açısından ise haksız fiil nedeni ile) eksik teselsülün varlığının kabul edilmesi mümkün olabilecektir. Nitekim ODAMAN da aynı sonuca “sözleşmenin sona ermesinde işçi veya işverenden hangisinin kusurlu olduğunun değerlendirilmesinin yapılması sureti” varmaktadır. **ODAMAN**, s. 241.

¹³⁰ **ODAMAN**, s. 242.

¹³¹ **AKYİĞİT**, s. 197; **ODAMAN**, s. 244. Bir ihtimal olarak geçici iş ilişkisine dair sözleşme süresinin sona ermesi ile birlikte işçinin çalışmaya devam etmesi halinin örtülü bir iş sözleşmesi devri sayılabileceği akla gelmekte ise de; öğretide ALP geçici iş ilişkisine dair sürenin sona ermesi halinde durumun tarafların gerçek iradelerine göre tespit edilmesi ve yorumlanması gerektiği; yasal düzenlemedeki süreden haberi dahi olmayabilecek işçiye, 18 aylık sürenin geçmesine karşın iş verilmesi ve onun da iş görmeye devam etmesi halinin kendiliğinden iş sözleşmesi devri sayılmaması gerektiği görüşündedir. **ALP, Devir**, s. 196.

¹³² **AKYİĞİT**, s. 198.

¹³³ **ODAMAN**, s. 245.

c. İşyerinin Kapatılması

İşgörme edimi, belirli bir işyerinin varlığını da beraberinde getirmektedir. Üçlü bir ilişki niteliğindeki geçici iş ilişkisinde ödünç alan işverene ait işyerinin kapatılması, işçinin iş sözleşmesine tesir etmez; işveren işçiyi kendi işyerinde çalıştırmaya devam etmek borcundan da kurtulamaz. Ancak, geçici iş ilişkisine dair sözleşmede imkan tanınmış ve ödünç alan işverenin aynı nitelikte birden fazla işyeri varsa, işçinin diğer bir işyerinde çalışması veya çalıştırılması mümkündür. Bu ihtimalde önem arz edecek nokta, işçinin iş koşullarında önemli bir değişikliğin yaratılmamasıdır.

Bu konuda bir ihtimal olarak ödünç veren işverenin işyerinin kapatılması da değerlendirildiğinde; işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin sona ermesi nedeni ile ve fakat (işçinin ücretinin ödenmesinden ödünç alan işverenin de müşterek sorumluluğunun yarattığı imkandan da istifade ile işçi lehine bir yorum yapılarak) geçici iş ilişkisinin sona ereceği tarih itibarıyla sona ermelidir¹³⁴.

d. Geçersizlik Hali

Diğer tüm sözleşmeler gibi, iş sözleşmesi ve/veya geçici iş ilişkisi kuran sözleşmenin de geçersizliği söz konusu olabilir. Bu konuda öncelikle değinilmesi gereken konu, geçici iş ilişkisinin temelini oluşturan iş sözleşmesinin geçersizliğidir.

İş sözleşmesinin ehliyet, şekil noksanı, hukuka veya ahlaka aykırılık ve imkansızlığı söz konusu ile, BK m. 20/1 uyarınca mutlak butlan ile maluliyetinden bahsedilecektir. Bu durumda, iş sözleşmesi, baştan itibaren hiç yapılmamış sayılacaktır. Ancak, tarafların edimlerini kısmen veya tamamen yerine getirmiş olmaları halinde ise, sebepsiz zenginleşmeye dayanarak, talepte bulunmak imkanı doğacaktır¹³⁵.

¹³⁴ ODAMAN, s. 267 vd.

¹³⁵ REİSOĞLU, Safa : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 124. Ancak, özellikle iş hukukunun işçiyi koruyan şekilde yorum yapılmasına dair temel prensipleri gereğince, başlangıçtaki geçersizliğin, iş sözleşmesinin taraflarca uygulanmaya devam edilmesi ve/veya hâkim tarafından iptal edilmesinden önce ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu hallerde, iş sözleşmesi hayatta tutulmalıdır. Bunun en tipik örneği yabancıların çalışmasına ilişkin yasal düzenlemelere dayalı olması gereken iş sözleşmelerinde görülmektedir. Bilindiği gibi, yabancıların çalışması 72.02.2003 gün ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile yeniden düzenlenmiştir. Kanuna göre yabancıların çalışması “izin” sistemine bağlanmış olduğundan, izin alınmayan ve kanun kapsamında kalan çalışmalar “yasak” olarak değerlendirilecektir. (Her ne kadar 4817 sayılı kanun, 2007 sayılı Türkiye’deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkındaki kanunu yürürlükten kaldırmış ise de; özel bir kısım yasalardaki hükümler nedeni ile sadece Türk vatandaşları tarafından

Hukukumuzdaki diğer bir geçersizlik şekli ise iptal edilebilirliktir. Herhangi bir sözleşmenin hata, hile, ikrah gibi temel iradeyi sakatlayan bir halden etkilenilerek yapıldığı olaylarda; bahsedilen durumların ortadan kalkmasından itibaren belli bir süre içerisinde, sözleşmenin iptalinin talebi mümkün hale gelmektedir. Bu süre BK m. 31’de, bir yıl olarak ifade edilmiştir¹³⁶. Bahsedilen hususlar, iş sözleşmesini temel alan geçici iş ilişkisini kuran sözleşme açısından da geçerli kabul edilmelidir¹³⁷.

e. Ölüm

İş ilişkisi, işçi açısından kişisel edimli bir nitelikte olduğundan; işçinin ölümü, iş sözleşmesinin mutlak sona erme sebeplerindendir (BK m. 347/1). Diğer yandan, iş sözleşmesinin muhatabı olan işverenin kişiliğinin önemli olduğu hallerde, işverenin ölümü de iş sözleşmesini sona erdirecektir (BK m. 347/2).

Ancak gerek işçinin, gerekse işverenin ölümü; geçici iş ilişkisi açısından sona erme neticesi doğurmayabilir. Zira, geçici iş ilişkisinin kurulması esnasında işçinin ismen belirlenmemiş olduğu hallerde, işçinin yenisi ile değiştirilmesi her zaman için mümkün olacaktır. Aynı şekilde, işverenin bir gerçek kişi olması ve ölümünden sonra işyerinin mirasçılarınca açık tutulması halinde de geçici iş ilişkisi devam edecektir¹³⁸.

Ölüm gerçek kişiler için bir sonu ifade etmekte ise de, mevcut yasal düzenleme açısından ödünç alan işverenin bir holding veya şirket olması da söz konusu olabileceği için, sayılanların hükmi şahsiyeti ancak fesih ve dağılma ile (TTK m. 434 vd.) sona erebilecektir.¹³⁹

yapılabilecek işlerle ilgili yasaklar halen devam etmektedir. Bunların en tipik örnekleri Avukatlık, eczacılık, noterlik, vs. mesleklere ilişkin kanunlardaki düzenlemelerdir. **ALP**, Mustafa : Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 53, 2004 Ayı Bası, S. 2, s. 37) Bir kanunun yasakladığı hale ilişkin sözleşme, prensip olarak BK m. 20/1 çerçevesinde değerlendirilecek ve izin verilmemesi halinde, ortada butlan ile malûl/geçersiz bir sözleşmenin varlığından söz edilecektir. Ancak, geçersizliğin tespitinden önce yabancıların çalışması ile ilgili iznin alınması halinde ise, sözleşme baştan itibaren geçerli sayılmalıdır. Böyle bir halin söz konusu olduğu ve bahsedilen durumdaki bir işçinin konu ettirildiği geçici iş ilişkisi de ayakta tutulmalıdır. **ODAMAN**, s. 272.

¹³⁶ **REİSOĞLU**, s. 110.

¹³⁷ **ODAMAN**, s. 277 vd.

¹³⁸ **ODAMAN**, s. 280.

¹³⁹ 4857 sayılı İş Kanunu’nun yürürlükte olmadığı devrede kurulan geçici iş ilişkileri açısından bu konuda bir sınırlama olmadığı için, ölüm genel bir sona erme sebebi olarak değerlendirilmiş ise de (**AKYİĞİT**, s. 212)

f. İş Sözleşmesinin Devri

Esasen iş sözleşmesinin devri kurumu, yasalarımızda açıkça düzenlenmemiştir¹⁴⁰. Ancak, uygulamada, işçinin de rızasının olduğu hallerde¹⁴¹, işçinin iş sözleşmesinin başka bir işverene devredilebileceği benimsenmektedir¹⁴². Ancak bu rıza tıpkı geçici iş ilişkisinde olduğu

kurumun yasal zeminini oluşturan 7. maddedeki düzenleme “*holding veya şirketler topluluğundan*” da bahsetmekte olduğu için, çeşitli yazarlarca ödünç alan işverenin ölümü şeklinde ifade edilenin ayrıca “*fesih ve dağılma*” şeklinde anlaşılması gerektiği görüşündeyim. Bu konudaki açıklamalar için bkz. ÇANKAYA/ÇİL, s. 161; ODAMAN, s. 280-281. Ancak, öğretide işverenin iflasının, iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğurmayacağı; işçi ve iflas masasının rızalarının uyuşması halinde, tasfiyenin sonuna değin de süreceği, zira işçinin iş görmekten kaynaklanan haklarını masadan tahsil edebileceği gibi, müflisin işletmesinin aniden durmamasının masanın yararına da olduğu kabul edilmektedir. PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet : İcra ve İflas Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2008, s. 547; TERCAN, Erdal : İflasın Sözleşmelere Etkisi, Ankara, 1996, s. 250. Ancak, BK m. 346 hükümlerine göre, işverenin borcunu ödemekten aciz hale düşmesi söz konusu olduğunda, işçi kendisine bir teminat gösterilmemesi halinde sözleşmeyi feshetmek hakkına da sahiptir.

¹⁴⁰ ALP, Devir, s. 189.

¹⁴¹ İş sözleşmesinin devrinde işçinin olurunun mutlak varlığını değerlendiren Y. 9. HD. 16.06.2008 gün ve E. 2007/41042 - K. 2008/15622 sayılı kararında “*Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren iş sözleşmesindeki nakil yetkisi nedeni ile davacı işçiyi grup şirketlerinden bir olan başka bir işverende çalışmak üzere, görevlendirilmiştir. 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. Başlangıçta sözleşmede diğer grup şirketine nakil yetkisi verilmiş olması bu olguyu ortadan kaldırmaz. Davacı hizmet akdi devri uygulaması yaratan davalı işverenin bu uygulamasına, rıza göstermiş değildir. Davalı işveren fesih sonucu doğuran bu uygulamada, nakil nedenini ve sonuç olarak fesih nedeninin geçerli nedene dayandığını kanıtlamış değildir. Feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından, istemin kabulü gerekir.*” Sonucuna varılmıştır. (Kazancı)

¹⁴² ÇANKAYA/ÇİL, s. 243 vd. Ancak bazı iş ilişkilerinde işçi başka bir işverene geçici olarak devredildiği ve eski işyerine döneceği konusunda bir kanı uyandırılmak sureti ile devredilebilir; öğretide ALP bu gibi ihtimalleri de göz önünde bulundurarak, olası bir ihtilafta işçinin devre örtülü (veya açık) rıza gösterdiği hususunun bunu ileri süren “*işveren tarafından ispat edilmesi*” (TMK m. 6) aksi halde ise, devredilen işverenin de taraflar arasındaki iş sözleşmesine “*işveren olarak katıldığıının kabul edilmesi*” gerektiği görüşündedir. ALP, Devir, s. 198. Nitekim Y. 9. HD. 16.12.2008 gün ve E. 2007/26179 - K. 2008/33761 sayılı kararında “*İş sözleşmesinin bağımlılık unsuru yönünden gerekli araştırma da yapılmalı ve davacının davalı şirket ile dava dışı kamyon sahibi tarafından birlikte istihdam edilip edilmediği açıklığa kavuşturulmalıdır. Özellikle gurup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçiminde işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Bu hizmetlerin, kısmi süreli iş ilişkisinin varlığına imkan verecek şekilde ayrıştırılması da mümkün değilse, “birlikte istihdam” olarak adlandırılabilir bir çalışma şekline söz edilebilecektir. Bu gibi bir ilişkide, işçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisi vardır. Dairemiz uygulamasına göre işverenlerin tamamı işçilik haklarından sorumludur. Ancak ücretin işverenlerin biri yada birkaçı tarafından ödenmesi mümkündür. Zira, iş ilişkisinde ücretin üçüncü kişi tarafından ödenmesi dahi mümkün olduğundan, işverenlerden birinin diğer işverenler adına bu ödemeyi yapması olanaklıdır. Birlikte istihdamın bulunduğu bir ilişkide ücretler ayrı ayrı işverenler tarafından ödendiğinde ortada tek bir iş ilişkisi olmakla, ücretlerin toplamı üzerinden sigorta primi ödenmesi ve iş sözleşmesinin feshine bağlı ortaya çıkabilecek olan ihbar, kıdem tazminatı ile izin ücretinin bu ücretlerin toplamı üzerinden hesaplanması gerekir. Birlikte istihdamın varlığı halinde ihbar ve kıdem tazminatı ile diğer tüm işçilik alacaklarından her iki işveren birlikte sorumludur.*” Sonucuna varmıştır. (Kazancı)

gibi, iş sözleşmesinin devri esnasında verilmelidir. Bu nedenle, iş sözleşmesinin kuruluşunda bu konuda verilen rıza geçersizdir¹⁴³.

Bir ihtimal olarak, geçici iş ilişkisinin konusunu oluşturan işçinin iş sözleşmesinin başka bir işverene devri halinde, geçici iş sözleşmesinin sona erebileceği; ancak işçinin kişiliğinin önemli olmadığı¹⁴⁴ geçici iş ilişkilerinde, ödünç veren işverenin, aynı özelliklere sahip başka bir işçiyi ödünç alan işverene ait iş yerinde çalıştırabileceği kabul edilmektedir¹⁴⁵.

VIII- İş Hukuku Mevzuatının Diğer Hükümleri Açısından Geçici İş İlişkisi

İş K. m 116., 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 6 ncı maddesinin son fıkrasını değiştirmiş ve hüküm "*İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29 uncu maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.*" şekline dönüştürülmüştür. Böylece, geçici iş ilişkisine imkan veren hükme atıf yapılmamıştır.

Ancak, geçici iş ilişkisi kavramı, 4857 sayılı İş K. öncesinde uygulama ve öğretide benimsenen niteliği ile uygulanmış olduğu için; gerek 5953 sayılı Kanun kapsamındaki iş sözleşmeleri gerekse diğer bir kanun olan 854 sayılı Deniz İş K. açısından da açısından da geçerli olmalıdır¹⁴⁶. Geçici iş ilişkisi ile asıl işveren ve işçi arasındaki iş sözleşmesi sona ermediği için, geçici iş ilişkisine konu işçi, ancak asıl işverene ait işyerinin ait olduğu işkolunda kurulacak bir sendikaya kurucu veya üye olabilir. Keza, devralan işverene ait işyerindeki toplu sözleşme hükümlerinden de yararlanamaz. Fakat, işyerindeki genel iş koşulları açısından işçiler arasında bir ayırım söz konusu olamayacağından, işçi toplu iş

¹⁴³ Y. 9. HD. 16.06.2008 gün ve E. 2007/41042 – K. 2008/15622 sayılı kararı için bkz. YKD Cilt: 35, S. 3, Mart 2009, s. 460 vd.

¹⁴⁴ Bu konuda üzerinde durulması gerekebilecek önemli bir husus, işçinin cinsiyetinin işe girişte (en azından İş K. m. 5/3 nedeni ile kanunen) önem taşıması gerektiğidir. Uygulamada kadın işçilerin işe alınmalarında özellikle gebelik yönünden bir kısım tereddütlerin yaşanmakta olduğu görülmekte ise de; örneğin kendisine bu konuda sorulan soruya işçinin cevap vermek yükümlülüğünde olmadığı ve giderek yanlış cevap vermiş olmasının dahi İş K. m 25/II açısından herhangi bir sorumluluğunu doğurmayacağına ilişkin açıklamalar için bkz. **EKONOMİ**, Münir : Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum; 2009/3, S. 22, s. 16 vd.

¹⁴⁵ **ÇANKAYA/ÇİL**, s. 243;

¹⁴⁶ Bu konudaki uygulamanın İş K. 7. maddesindeki sınırlamaları kapsamayacağı ve fakat niteliği itibarıyla üçlü bir iş ilişkisi olmasından hareketle, işçinin rızasının her koşulda alınması gerektiğine ilişkin görüşler için bkz. **ÇANKAYA/ÇİL**, s. 153.

sözleşmesi ile de sağlansa, bu haklardan ödünç alan işverenin diğer işçileri ile aynı şekilde yararlanır¹⁴⁷.

SONUÇ

1475 sayılı (mülga) İş K. zamanında da fiilen uygulanmakta olan geçici (ödünç) iş ilişkisi, 4857 sayılı İş K.'nın bu konuda özel düzenlemeler ile yasal bir zemine kavuşmuştur. Esasen üçlü iş ilişkilerine dahil kabul edilebilecek özellikler de gösteren geçici iş ilişkisi; temelinde işin düzenlenmesinde işverene esneklik imkanı sağladığı gibi, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin önüne geçilebilmesine imkan veren bir enstrüman niteliği de göstermektedir.

Tarafları arasında hak ve borçlar doğuran iş sözleşmesine tesirleri dikkate alınarak, geçici iş ilişkisi, işçinin devir anında alınacak yazılı onayına bağlanmıştır. Böylelikle, işçinin meta olarak görülmesi, nitelik itibariyle güçsüz durumunun kötüye kullanılması; esasen (istisnaları hariç) tekel niteliğinde ve resmi kuruluşlarca yerine getirilen iş aracılığı uygulamasının muvazaa ile hayata geçirilmesi engellenmek istenmiştir.

Maksadı itibariyle belirli/geçici bir süreyi kapsayacak ve yine işçinin rızası ile salt iki kez yenilenebilecek şekilde uygulanması mümkün olan geçici iş ilişkisinde; işçi ve asıl işvereni arasındaki iş sözleşmesi hayatiyetini korumaktadır. Buna karşın, gerek işçinin ve gerekse işverenin bir kısım edimlerinin muhataplarında geçici değişiklikler söz konusu olmaktadır. 4857 sayılı İş K.'nın 7. maddesi, geçici iş ilişkisinin genel çerçevesini çizmiş ve ücretin ödenmesinde olduğu gibi bir kısım hususlarda, ödünç alan ve ödünç veren işverenin müşterek sorumluluğunu açıkça düzenlemiştir.

Diğer yandan, maddenin 4. fıkrasında özel olarak düzenlenmeyen hususlarla ilgili genel bir hüküm getirilmiş ve işçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin maddede açıkça düzenlenmeyen diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin olarak İş K.'daki düzenlemelerin geçici iş ilişkisi kurulan işvereninle olan ilişkisine de uygulanacağını benimsemiştir. Böylelikle, İş Hukuku'na hakim tüm kurumlar, niteliğinin uygun düştüğü şekli ile geçici iş ilişkisine uygulanabilir hale gelmiştir.

¹⁴⁷ ÇELİK, s. 104.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKKANAT, Halil** : Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul, 2000.
- AKYİĞİT**, Ercan : İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995.
- ALP**, Mustafa: **İşletme** Gerekleri İle Fesih; Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Korunma 1. Sempozyum, Kocaeli Üniversitesi ve Kocaeli Barosu, 2009, s. 90-118.
- ALP**, Mustafa : Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 53, 2004 Ayrı Bası, S. 2, s. 33 – 59.
- ALP**, Mustafa : İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı, İzmir 2007, s. 189- 209. (**Devir**)
- ALP**, Mustafa : İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları, LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, S: 17, s. 29-46. (**İkale**)
- BOYACIOĞLU**, Cumhur : Konzern Kavramı, Ankara, 2006.
- ÇELİK**, Nuri : İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 20. Bası İstanbul 2007.
- ÇİL**, Şahin : İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004
- DEMİR**, Fevzi : İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005. (**İş Hukuku**)
- DEMİR**, Fevzi: Kısa Çalışmalar ve İş Sözleşmeleri Üzerine Etkileri, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2009, S. 22, s. 539 – 554.
- DEMİR**, Fevzi : Sorularla Bireysel İş Hukuku, 2006, C:1
- DURSUN**, Hasan : Ticari Sır, Banka Sırrı İle Müşteri Sırrının Açıklanması Suçlarına Genel Bir Bakış, Kamu İş Dergisi C:11, 2009, S:1
- EKONOMİ**, Münir : Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum; 2009/3, S. 22, s. 11-34.
- EREN**, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.
- ERTÜRK**, Şükran : İş İade Davalarına İlişkin Yasal Düzenleme ve Uygulamanın Yaratdığı Sorunlar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2009, S. 23, s. 939 – 962.
- EVREN**, Öcal Kemal : Çalıştırma ve Başka İş Gördürme Yasakları, Çalışma ve Toplum, 2007/4, S. 15, s. 117 – 149.
- EYRENCİ**, Öner/**TAŞKENT**, Savaş/**ULUCAN**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006
- GÜNAY**, Cevdet İlhan : İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2000.

- GÜNAY**, Cevdet İlhan : İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005.
- KAHVECİ, Nalan** : Alt Kira ve Kiranın Devri, İzmir, 2005.
- KAZANCI** Hukuk Kaynakları İçtihat Programı (Kazancı)
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN, Rona/ARPACI** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, Üçüncü Cilt, İstanbul, 1998.
- LEGAL** İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
- LEGAL** Hukuk Dergisi
- NARMANLIOĞLU**, Ünal : İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, Ankara 1988.
- ODAMAN**, Serkan : Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007.
- ORTAN**, Necip : İşçi Buluşları Hukuku, İzmir 1987
- ÖZBOYACI**, Alper : İş Aracılığı ve Diğer Üçlü İş İlişkileri İle Mukayesesi, Terazî Aylık Hukuk Dergisi, Y. 4, S. 29, Ocak 2009, s. 55 – 61.
- REİSOĞLU**, Safa : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- SÜZEK**, Sarper : İş Hukuku Genel Esaslar – İş Akdi, Ağustos 2002, s. 249
- TANDOĞAN**, Halûk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1988.
- TEKİL**, Fahiman: Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1998.
- YAVUZ**, Cevdet : Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2000.
- YALÇINDURAN, Türker** : Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara, 2000.
- YARGITAY KARARLARI DERGİSİ**
- ZEVLİLER**, Aydın/**AYDOĞDU**, Murat/**Petek**, Hasan : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 1998.