

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNÇ (GEÇİCİ) İŞ İLİŞKİSİ

Yüksek Lisans Tezi

Orhan Ersun CİVAN

Ankara-2008

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNÇ (GEÇİCİ) İŞ İLİŞKİSİ

Yüksek Lisans Tezi

Orhan Ersun CİVAN

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Süleyman BAŞTERZİ

Ankara-2008

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI

MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNC (GEÇİCİ) İŞ İLİŞKİSİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı :

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	IX
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİR BAKIŞ

1. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ KAVRAMI	7
2. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN TARİHİ VE HUKUKİ GELİŞİMİ	10
3. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN TARAFLARI VE ARALARINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER.....	17
A. TARAFLARI	18
aa. Ödünç Veren İşveren.....	18
bb. Ödünç Alan İşveren.....	20
cc. İşgücü Ödünç Verilen İşçi(Ödünç İşçi)	21
B. TARAFLAR ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER	22
aa. Ödünç Veren İşveren ile İşgücü Ödünç Verilen İşçi Arasındaki Hukuki İlişki	22
bb. Ödünç Veren İşveren ile Ödünç Alan İşveren Arasındaki Hukuki İlişki	26
cc. Ödünç Alan İşveren ile İşgücü Ödünç Verilen İşçi Arasındaki Hukuki İlişki.....	29
4. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN TÜRLERİ VE BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	34
A. TÜRLERİ.....	34
aa. Meslek Edinilmemiş Ödünç İş İlişkisi	34
bb. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi	37
cc. Ödünç İş İlişkisinin Her İki Türü Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar.....	40
B. BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	42
aa. Alt İşverenlik ile Karşılaştırılması	43

aaa. İki Hukuki Kurum Arasındaki Farklar	45
1. Bir İşverenden İş Alınması Bakımından.....	45
2. İfa Borcu Bakımından	45
3. İşçinin Verdiği Zarardan Sorumluluk Bakımından	46
4. Kurulan İlişkinin Sürekliliği Bakımından	46
5. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulabilmesindeki Yardımcı İş ve Asıl İş Ölçütü Bakımından ve Muvazaa Kistası.....	47
6. Yönetim Hakkı Bakımından.....	56
bbb. Yargıtay Kararları ile Belirlenmiş Bir Ölçüt – Hizmet Alım Sözleşmeleri	61
ccc. Alt İşverenin Aldığı İşte Ödünç İşçi Çalıştırması.....	66
bb. İş Aracılığı ile Karşılaştırılması.....	70
cc. Makineyle Birlikte İşçi Verilmesi ile Karşılaştırılması.....	84
aaa. Makineyle Birlikte İşçi Verilmesinin Oluşturduğu Ödünç İş İlişkisi Türü	91
bbb. Bir taşıtla Birlikte Şoför Verilmesi	95
ccc. Gemiyle/Uçakla Birlikte İşçi Verilmesi ve Çarter Sözleşmeleri	105
dd. İşyeri Devri ile Karşılaştırılması.....	116
ee. İş Sözleşmesinin Bireysel Devri ile Karşılaştırılması.....	122
ff. Geçici Sporcu Transferi ile Karşılaştırılması	137
5. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	143
A. ALACAĞIN TEMLİKİ GÖRÜŞÜ VE HUKUKUMUZDAKİ DAYANAĞI	145

İKİNCİ BÖLÜM

DÜNYADAKİ GELİŞMELER

1. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE AVRUPA BİRLİĞİ

DÜZENLEMELERİ.....	153
A. ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ(ILO) SÖZLEŞMELERİ.....	153
aa. ILO ve İşleyişi.....	153
bb. İşsizlik Hakkındaki 2 No.lu Sözleşme	158
cc. Ücretli İş Bulma Büroları Hakkındaki 34 No.lu Sözleşme	159

<i>dd. İş ve İşçi Bulma Servisi Kurulması Hakkındaki 88 No.lu Sözleşme</i>	160
<i>ee. Ücretli İş Bulma Büroları Hakkında 96 No.lu Sözleşme</i>	162
<i>ff. Özel İstihdam Büroları Hakkında 181 No.lu Sözleşme</i>	166
B. AVRUPA SOSYAL ŞARTI	175
C. AVRUPA BİRLİĞİ DÜZENLEMELERİ	179
<i>aa. AB Organlarının İşleyişi</i>	179
<i>bb. İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkındaki 91/383/CE No.lu Direktif</i>	186
<i>cc. Sınır Ötesi Ödünç İşçi Gönderilmesi Hakkında 96/71/CE No.lu Direktif</i>	191
<i>dd. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Direktif Tasarısı</i>	197
aaa. Son Haliyle AB Direktif Önerisi ve İçeriği	205
aaaa. Kapsamı	205
bbbb. Amacı	206
cccc. Tanımlar	208
dddd. Sınırlama ve Yasakların Gözden Geçirilmesi.....	209
eeee. Eşit İşlem İlkesi	210
ffff. Nitelikli Sürekli İşe Erişim.....	214
gggg. Ödünç İşçilerin Temsili ve İşçi Temsilcilerinin Bilgilendirilmesi	217
hhhh. Diğer Hükümler	218
bbb. Direktifle İlgili Gelişmeler.....	220
2. İSTİHDAM KURUMLARI	230
A. KAMU İSTİHDAM KURUMLARI	234
<i>aa. Türkiye’de Kamu İstihdam Kurumu ve Gelişimi</i>	240
<i>bb. Ödünç İş İlişkisinden Yararlanan Kamu İstihdam Kurumları</i>	245
B. ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI	248
<i>aa. Özel İstihdam Bürolarının Tarihi Gelişimi</i>	248
<i>bb. Özel İstihdam Bürosu Kavramı</i>	255
<i>cc. Özel İstihdam Bürolarının Türleri</i>	258
aaa. Geçici İstihdam Büroları	260
bbb. Personel Leasing(Kiralama) Büroları	265

<i>dd. Türkiye’de Özel İstihdam Büroları.....</i>	269
<i>ee. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi ile İlgili Uluslararası Organizasyonlar</i>	275
aaa. Özel İstihdam Büroları Uluslararası Konfederasyonu-CIETT	276
aaaa. CIETT’in Amacı.....	277
bbbb. CIETT’in Görevleri ve Hedefleri	278
cccc. CIETT Üyeliği.....	280
dddd. CIETT’in Yapısı	283
eeee. CIETT Davranış Kuralları	284
ffff. Euro-CIETT	285
bbb. UNI-Global Union	286
C. KAMU İSTİHDAM KURUMLARI İLE ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI ARASINDAKİ İLİŞKİLER	287

3. MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN

DİĞER ÜLKELERDEKİ UYGULAMASI..... 290

A. GEÇİCİ İSTİHDAM BÜROLARI İÇİN ÖNGÖRÜLEN YETKİ REJİMLERİ.....	298
B. GEÇİCİ İSTİHDAM BÜROSU İLE ÖDÜNÇ İŞÇİ ARASINDA İŞ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI.....	310
C. GEÇİCİ İSTİHDAM BÜROSU İLE ÖDÜNÇ ALAN İŞVEREN ARASINDA ‘İŞÇİ SAĞLAMA SÖZLEŞMESİNİN’ YAPILMASI.....	322
D. MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNE BAŞVURMA NEDENLERİ VE GETİRİLEN YASAKLAR	325
E. MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNDE SÜRE.....	336
F. BİREYSEL İŞ HUKUKU İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER	340
aa. Eşit İşlem Yükümlülüğüne Yönelik Düzenlemeler	340
bb. Ödünç İşçi ile Ödünç Alan İşverenin İş Sözleşmesi Kurabilme Güvencesinde İlişkin Düzenlemeler.....	346
cc. Ödünç İşçilerin Mesleki Eğitimlerine İlişkin Düzenlemeler	348
dd. Ödünç İşçilerin Çeşitli Hak ve Yükümlülüklerine Yönelik Düzenlemeler	351

<i>ee. Ödünç İşçilerin Ücreti, Sosyal Sigorta Primleri ve Diğer Ödemelerine İlişkin Düzenlemeler</i>	355
<i>ff. İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmasına İlişkin Düzenlemeler</i>	362
<i>gg. Geçici İstihdam Bürosu ile Ödünç Alan İşverenin Sorumluluğuna İlişkin Düzenlemeler</i>	367
<i>hh. Geçici İstihdam Bürosu ile Ödünç Alan İşverenin Yönetim Hakkına Dair Düzenlemeler</i>	370
G. TOPLU İŞ HUKUKU İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER	372
H. KANUNDA ÖNGÖRÜLEN DÜZENLEMELERİN İHLALİ HALİNDE UYGULANACAK YAPTIRIMLAR	384
I. BAHSEDİLEN ÜLKELERİN SİSTEMLERİNE İLİŞKİN GENEL BİR DEĞERLENDİRME	389
4. DİĞER ÜLKELERDE MESLEK EDİNİLMEMİŞ ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ UYGULAMASI	391
5. MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN İŞGÜCÜ PİYASASINA ETKİSİ.....	397
A. MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN FAYDALARI VE SAKINCALARI	399
<i>aa. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinin Faydaları</i>	400
aaa. Ödünç Alan İşverenler Açısından Faydaları.....	400
bbb. İşçiler Açısından Faydaları	401
ccc. Toplumsal Açısından Faydaları	402
<i>bb. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinin Sakıncaları</i>	404
B. MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN TÜRKİYE’DEKİ MUHTEMEL ETKİLERİ	405

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRKİYE’DE ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ

1. TÜRKİYE’DE MESLEK EDİNİLMEMİŞ ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ	409
A. ÜLKEMİZDE MESLEK EDİNİLMEMİŞ ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASININ KOŞULLARI	411
<i>aa. İşçinin Yazılı Onayı</i>	412

<i>bb. İşçinin Benzer İşlerde Çalıştırılması</i>	415
<i>cc. Ödünç İş İlişkisinin Geçici Olması ve Yenilenmesi</i>	419
B. ÖDÜNÇ İŞÇİ, ASIL İŞVEREN VE ÖDÜNÇ ALAN İŞVEREN ARASINDAKİ İLİŞKİ	425
<i>aa. İş Sözleşmesi Bakımından</i>	425
<i>bb. İşçi Sağlama Sözleşmesi Bakımından</i>	428
C. BİREYSEL İŞ HUKUKU AÇISINDAN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER	432
<i>aa. İş Görme Borcu Açısından</i>	432
aaa. Meslek Edinilmemiş Ödünç İş İlişkisinin İşçinin Çalışma Koşullarında	
Değişikliğe Yol Açması ve Md.22'nin Uygulanabilirliği.....	433
bbb. Özen Borcu	437
<i>bb. Sadakat Borcu Açısından</i>	438
<i>cc. İtaat Borcu ve Yönetim Hakkı Açısından</i>	441
<i>dd. Ücret Ödeme Borcu Açısından</i>	445
<i>ee. İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Açısından</i>	455
<i>ff. Eşit Davranma Borcu Açısından</i>	462
D. TOPLU İŞ HUKUKU AÇISINDAN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER	466
<i>aa. Sendika Üyeliği</i>	466
<i>bb. Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma</i>	471
<i>cc. Ödünç Veren İşverenin İşyerindeki Grev ve Lokavt</i>	475
E. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU AÇISINDAN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER	478
F. MESLEK EDİNİLMEMİŞ ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNE BAŞVURULAMAYACAK HALLER.....	484
<i>aa. Toplu İşçi Çıkarma Açısından</i>	485
<i>bb. Ödünç Alan İşverenin İşyerindeki Grev ve Lokavt Açısından</i>	487
G. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ.....	491
<i>aa. Tarafların Anlaşması</i>	491
<i>bb. Ölüm</i>	494
<i>cc. Geçersizlik</i>	496
<i>dd. İşyerinin Kapatılması</i>	498
<i>ee. Fesih</i>	501

<i>ff. Sürenin Dolması</i>	511
H. MESLEK EDİNİLMEMİŞ ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN HÜKÜMLERİNE AYKIRILIK	515
2. TÜRKİYE’DE MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ	519
A. İŞÇİ ÖDÜNC VERME NE ZAMAN MESLEK EDİNİLMİŞ NİTELİK KAZANIR.....	519
B. İŞ KANUNU ÖN TASARISINDAKİ MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNE DAİR HÜKÜM VE DEĞERLENDİRİLMESİ	521
C. GÜNCEL GELİŞMELER	527
D. ANAYASA MAHKEMESİNİN ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNE DAİR KARARI	530
E. MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN ÜLKEMİZDE UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU	535
<i>aa. 4857 Sayılı Yasadan Önceki Dönem</i>	536
<i>bb. 4857 Sayılı Yasadan Sonraki Dönem</i>	539
aaa. Kanun Boşluğu Kavramı	543
bbb. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinin Uygulanabilirliğine İlişkin Öğreti Görüşleri ve Yargıtay Kararları	546
aaaa. İlgili Yargıtay Kararları	546
bbbb. Yasak Olduğunu Belirten Görüşler	554
I. İş Kanunu Md.7 ‘Benzer İş’ Koşulu Bakımından.....	554
II. Kanunda Açık Bir Düzenleme Bulunmaması Bakımından	556
cccc. Yasak Olmadığını Belirten Görüşler	563
F. ÜLKEMİZDE MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN NE ŞEKİLDE UYGULANACAĞI	569
<i>aa. Geçici İstihdam Bürolarının Türkiye İş Kurumundan İzin Alması</i>	572
<i>bb. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisine Başvuru Nedenlerinin Öngörülmesi</i>	574
<i>cc. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinde Süre</i>	578
<i>dd. Geçici İstihdam Bürosu ile Ödünç İşçi Arasındaki İş Sözleşmesi</i>	581
<i>ee. Ödünç İşçinin Onayı</i>	585
<i>ff. İşçi Sağlama Sözleşmesi</i>	586

<i>gg. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinde Bireysel İş Hukuku</i>	
<i>Açısından Hak ve Yükümlülükler</i>	<i>590</i>
aaa. İş Görme Edimi Bakımından	590
bbb. Sadakat Borcu Bakımından.....	591
ccc. İtaat Borcu ve Yönetim Hakkı Bakımından	595
ddd. Eşit İşlem ve Ücret Ödeme Borcu Bakımından	596
eee. İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Bakımından	607
<i>hh. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinde Toplu İş Hukuku</i>	
<i>Açısından Hak ve Yükümlülükler</i>	<i>611</i>
aaa. Ödünç İşçinin Sendika Üyeliği.....	611
bb. Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma.....	613
cc. Grev ve Lokavt Halinde	614
<i>ii. Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Hak ve Yükümlülükler</i>	<i>617</i>
<i>kk. Meslek Edinilmiş Ödünç iş ilişkisine Başvurulamayacak Haller ve Sona</i>	
<i>Ermesi</i>	<i>623</i>
<i>ll. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinin Yasal Bir Çerçeveye Kavuşturulması</i>	
<i>İhtiyacı.....</i>	<i>625</i>
SONUÇ	628
KAYNAKÇA.....	638

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AÜG	: Profesyonel Amaçlı Ödünç Çalışma Kanunu(Alman Yasası)
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch(Alman Medeni Kanunu)
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
Bs.	: Bası
CIETT	: Özel İstihdam Büroları Uluslararası Konfederasyonu
DİK	: Deniz İş Kanunu
DİSK	: Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu
dn.	: Dip not
EİK	: Eski İş Kanunu
EGO	
Genel Müdürlüğü	: Ankara Havagazı ve Otobüs İşletmesi Genel Müdürlüğü
Euro-CIETT	: Özel İstihdam Büroları Uluslararası Konfederasyonu Avrupa Komitesi
HD	: Hukuk Dairesi
ILO	: International Labour Organisation(Uluslararası Çalışma Örgütü)
İK	: İş Kanunu
İİBK	: İş ve İşçi Bulma Kurumu
İSGHD	: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İŞKUR	: Türkiye İş Kurumu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
md.	: Madde
TİSK	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
Türk-İş	: Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu
PSA	: Personel Servis Acenteleri

s.	: Sayfa
sy.	: Sayılı
SK.	: Sendikalar Kanunu
SPUR	: The Swedish Association of Temporary Employment Business and Staffing Service(İsveç Geçici İstihdam Büroları ve Personel Hizmetleri Birliği)
SSK	: Sosyal Sigortalar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TİS	: Toplu İş Sözleşmesi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UNI	: UNI-Global Union(Uluslararası Sendika Ağı)
UNI-Europa	: Uluslararası Sendika Ağı Avrupa Bölgesel Organizasyonu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire
Y	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
WAADI Act	: Emek Piyasası Aracıları Kanunu

Giriş

Çağdaş Anlamda işçi, işveren kavramı ve iş hukuku sanayileşme olgusu ile birlikte ortaya çıkmıştır. Sanayi devriminin yarattığı olumsuz çalışma koşullarının düzeltilebilmesi amacıyla devlet pasif rolünü bırakarak işçi-işveren ilişkilerine müdahale etmek zorunda kalmıştır. Bu müdahalenin temel sebebi ise sözleşmenin zayıf tarafını oluşturan ve iş ilişkilerinde güçsüz konumda bulunan işçinin korunması kaygısına dayanmaktadır. Fakat son zamanlarda işçinin korunması düşüncesinin karşısına gerek öğretide gerekse sosyal taraflarda çok geniş tartışmalara yol açan iş hukukunun esnekleştirilmesi talepleri ile çıkmaktadır¹.

Günümüzün sanayileşmiş Avrupa Ülkeleri 1945–1970 döneminde istikrarlı bir ekonomik büyüme dönemi yaşamışlar, kalkınmışlar ve ekonomik sistemleri istikrarlarını korudukları sürece, iş hukukunda var olan katı ve korumacı kurallara ses çıkarmamışlardır², fakat 1970’li yıllara gelinceye kadar uygulanan Fordist Üretim Sisteminin³ ve Taylorist İş Organizasyonunun⁴ ortaya çıkan enflasyon sorununu çözememiş olması ve 1973’de endüstrileşmiş ülkelerde yaşanan petrol krizinin ekonomik büyümeyi yavaşlatması, işsizliği arttırması, ekonomik verileri olumsuz

¹ *Süzek*, 7-17.

² *Centel*, 25.

³ Fordist üretim biçimi; kapitalist sistemin 1929 krizi öncesi ve sonrasındaki en yaygın ve 20. yüzyıla damgasını vuran üretim biçimiydi ve üretim için entegre tesisi veya fabrikayı, hammaddeyi, yoğun emeği gerektirirdi. Fordist üretim biçimi işçilerin binlercesinin aynı fabrika ve tesis çatısı altında bir arada çalışmalarına ve ortak bir yaşamı paylaşmalarına olanak sağlamıştır. Binlerce işçi aynı vardiya saatlerinde işe başlamakta, aynı yemekhanelerde, aynı zamanda yemek yemekte, aynı alanlarda dinlenmekte, aynı zamanlarda yıllık izne çıkarılmaktaydı ve bu durum pek çok birlikteliği meydana getirmekteydi. Üretim sürecindeki bu ortaklaşma ise işçilerin sendikalarda örgütlenmelerini kolaylaştırmıştır. (*Yılmaz*, <http://www.antimai.org/mkl/sy0306inadina.htm>, 23.12.2006).

⁴ Eski Taylorist iş organizasyonu teorisinde, işçilere işleri üzerinde fazla kontrol hakkı verilmez. İş bölümlenmiş ve sıkıca tanımlanmıştır. Yarı becerili ya da becerisiz işçi, montaj hattında gösterilen işi aynen yapar, karar vermez. Karar gerektiren durumlarda, yönetici ya da ustası kararı verir. Böylece montaj hattındaki işçi, bütün gün aynı, monoton işi defalarca yapar. (*Kenar*, Esneklik, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=482&id=29, 23.12.2006).

etkilemesi esneklik arayışlarının başlangıç noktasını oluşturmaktadır⁵. Dolayısıyla iş hukukunda esnekleştirme yönündeki talepler özellikle son yıllarda ortaya çıkan ekonomik krizlere, gerek ulusal düzeyde gerekse küreselleşme sonucunda uluslararası düzeyde ortaya çıkan çetin rekabet ortamına, teknolojik gelişmelerin olağanüstü hız kazanması neticesinde yaygın bir biçimde bilgisayar kullanımına ve otomasyona geçilmesine dayanmaktadır⁶. Hukukumuzda esnekliğe geçiş, diğer ülkelere benzer şekilde ülkemizde de teknolojik, ekonomik ve sosyal gelişmelerin sonucu olarak özellikle 1980’li yılların başında dışa açılmanın yarattığı rekabet şartlarının da zorunlu kıldığı bir olgudur⁷.

Esneklik kavramına değinilecek olursa, kuralsızlaştırma ile eş anlamlı olmadığı görülür. Hiç kuşkusuz kuralsızlaştırma yani emredici normların azaltılması, akit serbestisine daha geniş bir alan bırakacağı için daha fazla esneklik getiren bir etkiye sahiptir. Fakat esneklik için her zaman böyle bir durum zorunlu değildir. Gerçekten esneklik çok sayıda kural ile de sağlanabilir; örneğin emredici bir hukuk kuralına çok sayıda istisna koyan düzenlemeler getirilerek asıl kuralın uygulama alanı çok sınırlanmış, istisnalara ilişkin normlar ile esnekliğe yönelik bir alan kazanılmış olur ki, bu durumda esneklik kuralsızlaştırmanın aksini (çok sayıda kuralı) getirmiş olur⁸. Bu bakımdan özü itibarıyla işçinin korunması ile kuralsızlaştırma arasındaki formül “mümkün olduğu ölçüde işçinin korunması ve gerekli olduğu ölçüde kuralsızlaştırma” şeklinde açıklanmaktadır⁹.

⁵ *Aktay*, 55.

⁶ *Süzek*, İş Aktinin Türleri, 17.

⁷ *Ekonomi*, 57.

⁸ *Ekonomi*, 60.

⁹ *Süzek*, İş Aktinin Türleri, 18.

Esnekliği ortaya çıkaran yukarıda belirtilen ekonomik ve teknolojik gelişmeler personel istihdamında esneklik arayışlarını gündeme getirmiştir¹⁰. Bu kapsamda işletmeler bir yandan üretimi, bir yandan da istihdamı dışsallaştırma stratejilerini izlemeye başlamışlardır¹¹. Bu tür bir yaklaşım esneklik türlerinden sayısal(dışsal) esnekliđi¹² ifade etmekte ve esas olarak işletmedeki işgücü miktarının değışen talebe uyumlu kılınmasını sağladığından çağrı üzerine çalışma, iş paylaşımı(job share), geçici(ödünç) iş ilişkisi, evde çalışma gibi yeni atipik istihdam türlerinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır¹³. İşte günümüz sosyal ve ekonomik koşullarının bir yansıması olarak öncelikle uygulamada ortaya çıkıp daha sonradan yasal düzenlemelere konu olan bu yeni çalışma biçimlerinin ortak özelliğini klasik istihdam modelinin bir veya bir kaç unsuruna yer vermemeleri teşkil etmektedir. Bu yeni istihdam modellerinin her biri işyeri dışında, kısa süreli ve işçi topluluğundan soyut çalışma özelliklerinden en az birini bünyesinde ihtiva etmektedir. Bu gelişmelerin neticesinde klasik istihdam modeline göre oluşturulan iş hukuku mevzuatı yeni çalışma biçimleri karşısında genellikle etkisiz kaldığı için birçok ülkede ve nitekim ülkemizde de 4857 sayılı İş Kanunu ile bazı yeni istihdam türlerine ilişkin yasal düzenleme yapılması yoluna gidilmiştir¹⁴.

¹⁰ **Akyiğit**, Ödünç İş, 2.

¹¹ **Güzel**, 21.

¹² Sayısal esneklik, harici(external) ve dahili(internal) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Harici sayısal esneklik, işçilerin işe alınması ve işten çıkartılması sürecindeki esnekliğe denirken, dâhili sayısal esneklik, piyasa ihtiyaçları temelinde, işçilerin çalışma saatlerinin düzenlenmesinde işverenlerin esneklik oranını ifade etmektedir. (**Nekolová**, <http://www.eurofound.europa.eu/ewco/2007/08/CZ07080191.htm>, 22.06.2008). Harici sayısal esneklik, işçilerin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi veya belirli süreli iş sözleşmeleri ile istihdam edilmeleri veya işçilerin işe alınması ve işten çıkartılmasına yönelik düzenlemelerin bir diğeri ifadeyle iş güvenliği mevzuatının gevşetilmesi ile sağlanabilir. Dâhili sayısal esneklik ise, firmada çalışan işçilerin çalışmalarının bir programa bağlanması veya çalışma saatlerinin ayarlanması ile sağlanabilir. Bu kapsamda ise part-time çalışma, gece veya hafta sonu vardiyaları, fazla çalışmalar söz konusu olabilmektedir. (**Labour market flexibility**; http://en.wikipedia.org/wiki/Labour_market_flexibility, 22.06.2008).

¹³ **Uşen**, 1. **Engin**, Atipik, 117.

¹⁴ **Engin**, Atipik, 117-118.

Şu ana kadar yapılan açıklamaların temel özelliği esnekliğin nasıl ortaya çıktığı, tanımı ve sebep olduğu atipik istihdam türlerine dayanmaktadır. Bunun yanında değinilmesi gereken çok önemli bir konu daha bulunmaktadır. Şüphesiz ki; bu konu, günümüz dünyasının en önemli toplumsal sorununu oluşturan işsizliktir. Tüm dünya ülkelerinin ekonomik, sosyal, psikolojik ve kültürel yapılarındaki gelişmişlik düzeyi, işsizlik olgusunun azaltılabilmesindeki başarı ile ölçülmektedir¹⁵. Dolayısıyla sosyal devletin ve Anayasanın 49. maddesi gereği çağdaş iş hukuku sadece çalışanları korumakla yetinemez, aynı zamanda işsizlerinde korunması, onlara istihdam olanakları yaratılması iş hukukunun başlıca görevleri arasında yer almaktadır¹⁶. İş hukukundaki esnekleşmeninde istihdam sorununa belirli ölçüde katkıda bulunabileceği düşünüldüğünde, esnekliğin bir ürünü olan ödünç iş ilişkisi ve onun uygulamada en yaygın türü ‘meslek edinilmiş ödünç(geçici) iş ilişkisi’nin göz önüne alınması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Avrupa piyasa ekonomilerinde, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dayalı çalışma, ekonomik durgunluk sonucunda ortaya çıkan işsizliğe bir çare olarak görülmektedir. Fakat hemen belirtilmesi gereklidir ki; bu kurum ile ilgili tartışmalar sadece ülkemizde değil, yurtdışında da hararetle devam etmektedir¹⁷.

Ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işveren, işin görülmesini isteme hakkını bir veya birden çok işçi açısından bir başka işverene devretmektedir. Ödünç alan işveren ise işçiyle aralarında bir iş sözleşmesi olmamasına rağmen, geçici bir süre için işçiden kendi işinin görülmesini isteme hakkına kavuşmaktadır. İşçinin ödünç veren işverenle arasındaki ilişki ‘iş sözleşmesine’ dayanırken, ödünç veren işveren ile

¹⁵ *Buluttekin*, 33.

¹⁶ *Süzek*, İş Hukuku 4. Bs., 839.

¹⁷ *Uşen*, 1.

ödünç alan işveren arasındaki ilişki ‘işçi sağlama sözleşmesine’ dayanmaktadır. Dolayısıyla ödünç iş ilişkisini, üç öznesi bulunduğu üçlü bir hukuki ilişki olarak nitelendirebiliriz. Fakat ödünç iş ilişkisi, iş hukukunun bünyesinde barındırdığı tek üçlü ilişki değildir¹⁸. Ödünç iş ilişkisinin yanında bu üçlü ilişkilere, asıl işveren-alt işveren ilişkisi, işyerinin devri, iş sözleşmesinin devri, birlikte istihdam olgusu ilave edilebilir¹⁹. Bu tür üçlü iş ilişkilerinin aralarında bazı benzer özellikleri paylaşmaları kimi zamanlarda birbirleriyle karıştırılmalarına yol açmaktadır. Özellikle alt işverenlik uygulaması ile ödünç iş ilişkisi çoğu kez karıştırılmaktadır. Her iki çalışma biçiminde, işçiler sendikal örgütlenme ve toplu sözleşme düzeninin dışına itilebilmekte, daha ağır çalışma koşullarına tabi kılınabilmekte ve daha düşük ücret ve sosyal yardımlara tabi tutulabilmektedirler²⁰ ancak gerek alt işverenlikle, gerek sonraki bölümlerde bahsedeceğim iş aracılığıyla, gerekse de diğer tür üçlü iş ilişkileri ile karıştırılabilir de ödünç iş ilişkisi kendine has bir çalışma biçimidir.

Çalışma yaşamındaki ihtiyaçlar neticesinde ortaya çıkan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, şimdiye kadar bahsettiğimiz esnekliğin bir ürünü olması, işsizlik sorununu hafiflemeye katkıda bulunabilecek olması ve benzer kurumlara benzerliği nedeniyle araştırılması ve açıklığa kavuşturulması gereken bir konudur. Nitekim bu araştırmanın amacı, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kavramını, tarafları arasındaki hukuki ilişkiyi, ilişkili olduğu kurumları, yabancı ülke uygulamalarını ayrıntılı bir şekilde inceleyerek bu önemli konuya ilişkin bir fikir vermek ve katkıda bulunmaktır. Bu kapsamda çalışmanın üç bölüme ayrılarak incelenmesi

¹⁸ *Odaman*, 16.

¹⁹ *Çankaya-Çil*, 13.

²⁰ *Güzel*, 21.

planlanmaktadır. İlk bölümde ödünç iş ilişkisi kavramına, tarihi ve hukuki gelişimine, benzer kavramlarla karşılaştırılmasına ve hukuki niteliğine yer verilecektir.

İkinci bölümde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili uluslararası düzenlemeler ile AB düzenlemelerine, istihdam kurumları kısmından kamu istihdam kurumları ile özel istihdam bürolarına, diğer ülkelerde meslek edinilmiş ve edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin ne şekilde düzenlendiğine ve meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin işgücü piyasası üzerindeki etkilerine değinilecektir.

Son bölüm olarak planlanan üçüncü bölüm ile ödünç iş ilişkisinin Türkiye'deki durumunu üzerine tespitler yapılacak ve ödünç iş ilişkisi uygulaması üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda öncelikle açık yasal düzenlemeye kavuşturulmuş olan ve iş kanununun 7. maddesinde düzenlenen meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulma şartları, hükümleri ve sonuçları üzerinde durulacaktır. Zira söz konusu düzenleme değinileceği üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından önem arz etmektedir. Daha sonra meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin ülkemizde uygulanabilirliği sorusunun cevabı aranacak ve ne şekilde uygulanacağı belirlenmeye çalışılacaktır.

Birinci Bölüm

Genel Bir Bakış

1. Ödünç İş İlişkisi Kavramı

Klasik bir iş ilişkisinde, işçinin iş akdinden doğan temel borcu iş görme borcu olup bu borcunu bizzat iş akdinin tarafını oluşturan işverenine karşı yerine getirmesi gereklidir. Hâlbuki ödünç(geçici) iş ilişkisinde bir işveren, iş sözleşmesi ile işe aldığı bir işçiyi çeşitli nedenlerle zaman zaman veya hiçbir zaman yanında çalıştırmayıp onun başka bir işveren yanında çalışmasını istemektedir. Dolayısıyla İşçinin böyle bir teklifi kabul zorunluluğu olmamakla birlikte, bu durumu kabulü halinde ödünç iş ilişkisi olarak ifade edebileceğimiz hukuki kurum ortaya çıkmış olur²¹.

Ülkemizde uzun yıllardan beri ödünç iş ilişkisi olarak anılan ve uygulanan bu ilişki ‘geçici iş ilişkisi’ adı altında 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmiştir. İsimlendirme de ‘ödünç iş ilişkisinin’ değil de yasa metninde ‘geçici iş ilişkisi’ kavramının tercih edilmesinin nedeni ise; İş Kanunu Tasarısının Meclis’te görüşülmesi esnasında ödünç sözcüğünün işçinin kişiliğini zedeleyici nitelikte olduğu yönünde yapılan eleştiriler oluşturmaktadır²². Fakat bu durum karşısında ‘geçici iş akdi’ ile ‘geçici iş ilişkisi’ kavramlarını birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Zira ikisi birbirinden oldukça farklı nitelikleri içermektedirler. Her şeyden önce geçici iş akdi kavramı, geçici işgücü ihtiyacını karşılamak üzere yapılan kısa ve belirli süreli sözleşmeleri ifade etmektedir²³. Dolayısıyla geçici iş akdi, direkt işçi ile işveren arasında kurulmakta, araya ödünç iş ilişkisinde olduğu gibi işçisinin iş

²¹ *Süzek*, 265. *Akyiğit*, Ödünç İş, 12.

²² *Çelik*, 93.

²³ *Süzek*, 228.

görme edimini devreden bir işveren girmemektedir. Başka bir deyişle geçici iş ilişkisi kendi içinde üç ayrı hukuki ilişkiyi barındırmaktadır. Geçici iş akdinde ise ödünç iş ilişkisinin aksine bu şekilde bir üçlü bir ilişki söz konusu olmamaktadır.

Görüldüğü gibi kullanılan terim açısından ülkemizde farklı yönde düşünceler ortaya çıktığı gibi Avrupa ülkelerinde de terim karmaşası sürmektedir. Alman Hukukunda bazı yazarlar Alman Medeni Kanunu(BGB)'nun 535. maddesinde düzenlenmiş bulunan kira sözleşmesinden yararlanarak terim karmaşasına son vermeye çalışmışlardır. Buna göre 'kiralık iş ilişkisi' deyiminin daha yerinde olduğunu ve bunun sadece karşılık esasına dayandığını, insanlarla ilgisi bulunmadığını ileri sürmüşlerdir. Fakat bu deyim, bir kısım yazarca eleştirilmiş ve gerek ödünç işçi(ülkemizdeki benzer tartışma gerekçesinde olduğu gibi) gerekse de kiralık işçi kavramlarının insan onuruna yapılan bir saldırı olduğunu ifade etmişlerdir. Her iki terimde Roma Hukukundaki esir kirasına benzetilerek, bu ifadelerin esir ticaretini çağrıştırdıkları bu nedenle de geçici iş deyiminin kullanılması gerektiğini belirtmişlerdir²⁴.

Avrupa Birliği düzeyinde hazırlanmış olan direktiflerde ve tarihçe kısmında belirttiğimiz konuya ilişkin kapsamlı direktif taslağında kullanılan kavramların 'temporary agency work', 'temporary worker' olduklarını ve bunların da 'geçici büro işi', 'geçici işçi' kavramlarına denk düştüğünü görmekteyiz. Geçici iş ilişkisi deyimine, ödünç iş ilişkisine ait geçici bir süre için işçi verilmesi unsurunun dâhil olduğunu görmekteyiz²⁵. Yani geçici iş ilişkisi deyimi, ödünç iş ilişkisini de bünyesinde ihtiva eden geniş bir kavramdır. Bu kavram içerisine ödünç iş ilişkisinin yanı sıra belirli süreli iş sözleşmelerine dayalı olarak yapılan tüm işlerde

²⁴ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 131.

²⁵ *Odaman*, 15.

katılabilmektedir. Öyle ki; Avrupa Topluluğunun 1990 yıllarındaki atipik iş ilişkilerine ait yönerge taslaklarında ve yönerge halini almış olan 383/1991/CE sayılı yönergede bu kavram ayrıca mevsimlik işi kapsayacak şekilde oldukça geniş kullanılmıştır²⁶.

Bazı yazarlar ise ‘personel leasing’ deyimini kullanmaktadırlar. Bu terim aslında Amerikan kaynaklı olup, bir işverenin kendi işçisini belirsiz süreli olarak başka bir işverenin kontrolünde ve o işyerinde çalışmak için göndermesini ifade etmektedir. Leasing firmaları, müşterilerinin isteği üzerine onlara bir eşyayı(malı) temin ederler. Personel Leasing firmaları da, müşterilerinin personel bulma ve seçme, bordro, performans değerlendirme, ücret dışı sosyal yardımları belirleme, işe alma ve işten çıkarma dâhil tüm insan kaynakları işlevlerini yerine getirmektedirler. Bu niteliği itibariyle söz konusu kavram meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin belirsiz süreli olarak kurulabileceği halleri bünyesinde barındırmakla birlikte ödünç iş ilişkisinin diğer türü olan meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisini ve tüm unsurlarını içermemektedir²⁷.

Bu açıklamalar çerçevesinde ‘ödünç iş ilişkisi’ kavramının kullanılmasının bahsettiğimiz hukuki ilişkiyi tanımlamakta daha yerinde olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte yeni iş yasasına ilişkin meclisteki tartışmalar sonucunda ‘ödünç iş ilişkisi’ kavramının yerine ‘geçici iş ilişkisi’ kavramının kullanılmış olması dolayısıyla mevcut yasal düzenleme çerçevesinde anlaşılma kolaylığı sağlayabilmek için bu çalışma da ‘ödünç iş ilişkisi’ kavramının yanı sıra yeri geldikçe ‘geçici iş ilişkisi’ kavramına da yer verilecektir. Nitekim her iki terimle kastedilen ve amaçlanan aynı kurumdur, yani bir işverenin, kazanç amacıyla olsun veya olmasın,

²⁶ *Akyiğit*, Ödünç İş, 27.

²⁷ *Akyiğit*, Ödünç İş, 29. *Uşen*, 10.

kendisine iş akdi ile bağlı olan işçisini, iş görme edimini yerine getirmek üzere bir başka işveren yanına göndermesi sonucunda oluşan hukuki ilişkiyi ifade etmektedirler.

2. Ödünç İş İlişkisinin Tarihi ve Hukuki Gelişimi

Ödünç İş İlişkisinin ne zaman ortaya çıktığı konusunda kesin bir tarih verilememekle birlikte doktrinde, ilk kez 19. yüzyılın ortalarında çıktığı söylenen bu olguya verilen ilk örnek 1837 yılında Almanya’da Berlin Makine Fabrikasında yaşanan bir olaydır. Prusya İmparatorluğu sırasında August Borsing adlı bir işveren, kendisine ait makine fabrikasındaki işleri yine kendi yanında çalışan daimi işçilerle bitiremediğinde (kısacası iş yükünde geçici artış meydana geldiğinde) Prusya ordusuna başvurarak, kura yoluyla kışladan asker gönderilmesini istemekteydi. Kışladan gönderilen askerler, gerekli çalışmaları ve işleri bitirdikten sonra herhangi bir fesih beyanına ihtiyaç duyulmaksızın kışlaya geri gönderiliyorlardı. Böylece işyerine yeni bir işçi alınmadan işletmedeki geçici personel eksikliği gideriliyordu. Ancak bu olayın günümüzde yaşanan ödünç iş ilişkisinden farklı olduğu açıktır. Her şeyden önce çalıştırılan kişiler işçi değil askerdiler²⁸. Burada gerçekleşen olay sadece ödünç iş ilişkisini anımsatıyordu.

Özellikle II. Dünya Savaşından sonraki dönemde, yıkıma uğrayan ülkelerde büyük bir işgücü açığı ortaya çıkmış ve işçileri kendisine ait çalıştırabileceği bir işyeri dahi olmayan bazı kişilerin, işçilerle iş sözleşmesi yaparak onları sırf başkasına vermek üzere işe aldıkları görülmeye başlanmıştır²⁹. Ekim 1946’da girişimci William Russell Kelly, geçici istihdam bürosunun kapılarını açmış ve iş piyasası devrimini

²⁸ *Akyiğit*, Ödünç İş, 12-14.

²⁹ *Akyiğit*, Ödünç İş, 14.

tetiklemiştir. Gerçekten de Kelly'nin kurmuş olduğu şirket günümüzde hala mevcudiyetini korumakla birlikte, o dönemde temelleri atılan geçici istihdam sektörü ise şimdi Amerika Birleşik Devletlerinde ulusal iş gücü piyasasının %5'ini yönetmektedir³⁰. Nitekim günümüzde de genel olarak geçici istihdam büroları aracılığıyla yürütülen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, en yaygın işçi ödünç verme türünü oluşturmaktadır³¹.

1960'lı yıllardan itibaren Avrupa Birliği ülkelerinde çeşitli işletmelere işçi temini ile uğraşan ve sadece bu alanda çalışan kuruluşların sayısında hızlı bir artış görülmekle birlikte, başlangıçta bu kuruluşlar neredeyse kanun dışıydı. O yıllarda İsveç hükümeti, geçici istihdam sektörünün 96 nolu ILO sözleşmesine aykırı olarak ücret karşılığı işçilerin yerleştirilmesi olarak ele alınıp alınmayacağı konusundaki ihtilaflı sorusuyla ILO'ya başvuruda bulunmuştur. ILO Sekreteryası, bu hususu 'evet' şeklinde cevaplamıştır. Dolayısıyla geçici istihdam sektörü, içlerinde Japonya, İtalya, İsveç ve İspanya'nın da bulunduğu pek çok ülkede kısmen veya tamamen kanundışı haline gelmiştir³². Bununla birlikte ILO geçici istihdam sektörünün ücret karşılığı yasaklanmış işe yerleştirmeyi oluşturduğu yönündeki görüşünü çabucak bir kenara koymuştur. 1960'ların sonunda ve 1970'lerin başında geliştirilen bir teoriye göre, ödünç iş ilişkisi üçlü bir ilişki kuruyordu ve bu ilişki çerçevesinde geçici istihdam bürosu ödünç alan işverene gönderdiği ödünç işçinin işvereniydi ve ödünç veren işveren, ödünç alan işverene yönetim yetkisinin bir bölümünü devretmekteydi.

³⁰ *Temporary Job Placement*, http://www.salary.com/careers/layouthtmls/crel_display_nocat_Ser105_Par204.html, 13.05.2008.

³¹ *Akıgıt*, Ödünç İş, 14.

³² *Blanpain*, 2. *Uşen*, 37.

Bu teori çerçevesinde artık işçinin bir başka işyerine yerleştirilmesi söz konusu olmadığından ödünç alan işveren, işveren olarak da kabul edilmiyordu³³.

1970 tarihli *Manpower Davasında* Avrupa Adalet Divanı yukarıda belirtilen teoriyi benimsemiştir. Bu davada Alman Ödünç alan işveren için çalışan bir Fransız ödünç işçi, Fransız geçici istihdam bürosunun çalışanı(işçisi) olarak kabul edilmiştir. Bunun neticesinde işçi, 12 aydan daha kısa bir süreyi kapsayan ödünç için işe alındığından, 1971 tarih ve 1408/71 sayılı ‘İşçilere, Bağımsız Çalışanlara ve Birlik İçerisinde Bir Yerden Başka Bir Yere Taşınan Aile Üyelerine Sosyal Güvenlik Programının Uygulanması’ direktifine uygun olarak Fransız sosyal güvenlik primlerinin Fransa da ödenmesi sonucuna ulaşılmıştır³⁴.

İşletmeler, iş yönetiminde daha fazla esneklik aradıkları için, 1980’lerin başından itibaren ödünç iş ilişkisi ve özelde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi Avrupa iş piyasası mekanizmasının önemli bir çarkı haline gelmiştir³⁵. Bu çerçevede Avrupa’da ödünç iş ilişkisini meslek edinen kuruluşların faaliyetlerinin basit bir işe aracılık olarak nitelendirilmesinin önüne geçilmesini sağlamak amacıyla birlik organları 1980’den itibaren bu konuda düzenleme getirmeye çalışmaktadırlar. İlk olarak 27 Haziran 1980 tarihli ve “Meslek Edinilmiş Şekilde İşçi Verme Alanında Bir Topluluk Hareketi İçin Komisyon Direktifi” adlı bir taslak hazırlanmıştır. Daha sonra 25 Mayıs 1982’de “Geçici Çalışmanın Düzenlenmesine Yönelik Komisyon

³³ *Blanpain*, 2.

³⁴ *Blanpain*, 2.

³⁵ *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

Yönerge Önerisi” adıyla bir taslak daha hazırlanmıştır. 1984 tarihinde söz konusu taslakta değişikliklere gidilmişse de yönerge halini alamamıştır³⁶.

1989’da Avrupa Konseyi Strasburg Zirvesinde İngiltere Hariç, 11 ülkenin devlet ve hükümet başkanlarınca kabul edilen İşçilerin Temel Sosyal Haklarına İlişkin Topluluk Şartında(Avrupa Topluluğu Sosyal Şartı), atipik çalışma türlerinin düzenlenmesi gerekliliği tekrar yinelenmiştir³⁷. Neticede 1990’da komisyonda, çeşitli sözleşme türleri arasında asgari derecede bir tutarlılığın olmasını temin amacıyla temel ilkelerin belirlenmesi ileri sürülmüş ve part-time işe, belirli süreli iş akitlerine ve ödünç iş ilişkisini kapsayan atipik istihdamla ilgili üç tane Konsey direktifi önerilmiştir. Bu direktif önerileri, İşçilerin Temel Sosyal Haklarına İlişkin Topluluk Şartıyla ilişkilendirilen eylem planının bir parçasıydılar ki; yeni yaşam ve çalışma koşullarının, (kastedilen belirli süreli iş sözleşmesi ile veya part-time, ödünç iş ilişkisi çerçevesinde ya da mevsimlik olarak çalışmadır) tipik ve belirsiz süreli çalışma biçimiyle uyumlu kılınmasını hedeflemekteydiler³⁸.

Komisyonca sunulan taslaklardan ilk ikisi, tüm işçilik haklarıyla ilgili olarak atipik iş sözleşmelerine göre çalışan işçilerle tam zamanlı daimi işçileri aynı seviyeye getirmeyi amaçlıyordu³⁹. Fakat ‘iş şartları açısından belirli iş ilişkileriyle ilgili komisyon yönergesi için öneri’ ve rekabet ihlalleri açısından belirli iş ilişkileriyle ilgili komisyon yönergesi için öneri’ adlarını taşıyan bu tasarılar yönerge haline gelememişlerdir⁴⁰. Üçüncü tasarı ise 25 Haziran 1991’de Avrupa Birliği Komisyonu

³⁶ Uşen, 37. Akyiğit, Ödünç İş, 16-17. *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

³⁷ Uşen, 39.

³⁸ *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

³⁹ *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

⁴⁰ Akyiğit, Ödünç İş, 17.

tarafından kabul edilmiş olup, 91/383/CE sayılı yönerge, “Belirli Süreli Hizmet veya Geçici İş İlişkisiyle Çalışan İşçilerin Çalışma Esnasında Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerinin İyileştirilmesine Yönelik Önlemler Yönergesi” adını taşımaktadır. Söz konusu yönerge, ödünç iş ilişkisine yönelik hükümler içeren tek AB yönergesi niteliğini taşımaktadır⁴¹. Bu yönerge sadece geçici çalışmaya özgülenmiş olsa da, yönergede geçen geçici çalışma kavramıyla aynı zamanda mevsimlik çalışma kapsanacak şekilde belirli süreli iş sözleşmeleri ve ödünç iş ilişkisi ifade ediliyordu⁴² ve ödünç alan işverenin işyerinde çalışan işçilerle, ödünç işçilerin aynı iş sağlığı ve güvenliği koşulları altında çalışmalarının güvence altına alınması amaçlanmıştı⁴³. 1996 yılında ise, AB’ne üye devletler arasında sınır ötesine işçi gönderme ile ilgili hükümler içeren 96/71/CE sayılı ve ‘Hizmetlerin Yerine Getirilmesi Amacıyla Ödünç İşçi Gönderme’ başlıklı bir yönerge kabul edilmiştir⁴⁴.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili olarak asıl büyük hamle(sıçrama), Avrupa Adalet Divanının, İtalya’daki meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini yasaklayan 1997 tarihli *Job Centre* davasındaki kararı ile gerçekleşmiştir. Mahkeme, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini yasaklayan İtalyan düzenlemesini, kamu istihdam hizmetlerinin iş piyasası ihtiyaçlarını karşılayabilme yeterliliğine sahip olmaması nedeniyle rekabet özgürlüğüne aykırı bulmuştur. Aynı zamanda ILO, iş piyasasının işleyişini dikkatlice inceledikten sonra, kar amacı güden özel istihdam büroları ile ilgili 96 sayılı sözleşmenin çağdışı kaldığı sonucuna varmıştır. Bu sayede 1997

⁴¹ *Tuncay*, Tasarı, 62.

⁴² *Akyiğit*, Ödünç İş, 18.

⁴³ *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

⁴⁴ *Uşen*, 41.

yılında özel istihdam bürolarına kapıların ardına kadar açıldığı 181 sayılı Özel İstihdam Büroları sözleşmesi benimsenmiştir⁴⁵.

Geçici iş ilişkisine ilişkin 91/383/CE sayılı ‘Belirli Süreli Hizmet veya Geçici İş İlişkisiyle Çalışan İşçilerin Çalışma Esnasında Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerinin İyileştirilmesine Yönelik Önlemler Yönergesi’nin’ yetersiz olmasından ötürü Avrupa Birliği Komisyonu’nda ödünç iş ilişkisi ile ilgili yeni ve oldukça kapsamlı bir yönerge taslağı hazırlanmasında sosyal taraflara danışma kararı alınmıştır⁴⁶. Mayıs 2000’de Avrupa düzeyinde sosyal taraflar arasında ödünç iş ilişkisi ile ilgili başlayan görüşmelerin bir yıl sonra kesilmesiyle birlikte AB Komisyonu, ödünç iş ilişkisi konusunda bir yönerge hazırlama kararını alarak 20 Mart 2002 tarihinde COM(2002)149 sayılı ‘Geçici İşçilerin Çalışma Koşulları Üzerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktif Önerisi’ hazırlanmış olup 28 Kasım 2002’de ilgili kesimlerden gelen eleştiriler doğrultusunda değişikliğe tabi tutulmuştur. Fakat günümüzde hala sosyal taraflar arasında bir fikir birliğine varılamadığından yönerge önerisi, yönerge halini alamamıştır⁴⁷. Öneri bu haliyle kabul edilirse meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik ayrıntılı düzenlemeleri beraberinde getirecektir. Buraya kadar bahsedilmiş olan AB’nin adı geçen yönergeleri ile ILO’nun hem 96 sayılı hem de 181 sayılı sözleşmelerine ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak tekrar değinilecektir.

Türk çalışma hayatında da ödünç iş ilişkisi ve onun bir türü olan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi yeni bir olgu değildir. 1960’lı yıllardan başlayarak, özellikle holdinglerin gittikçe yaygın bir girişim olarak faaliyete geçmeleriyle, ödünç

⁴⁵ *Blanpain*, 3.

⁴⁶ *Tuncay*, Tasarı, 62. *Uşen*, 42.

⁴⁷ *Uşen*, 42.

iş ilişkisi uygulamaları sayıları artan şekilde görülmüş, 1980’li yılları takiben serbest piyasa ekonomisinin temel devlet politikası olması sebebiyle şirketleşme oranının artışına bağlı olarak ödünç iş ilişkisine dayanan işçi devirlerinde de büyük bir artış meydana gelmiştir. Ödünç iş ilişkisini mesleki bir faaliyet olarak yürütüp gelir sağlamayı amaçlayan girişimcilerin sayısında da önemli bir artışın olduğu ortaya çıkmıştır⁴⁸. 25.08.1971 tarih ve 1475 sayılı iş kanunu zaman içerisinde artık ülkenin ekonomik ve sosyal gelişmeleri ile çağdaş ihtiyaçlarını yeterince karşılayamaz hale geldiğinden ve uygulama da ortaya çıkan yeni atipik çalışma türlerinin işçinin korunması amacı da gözetilerek yasal düzenlemeye kavuşturulması zorunluluğu gibi sebeplerden dolayı yeni iş kanunu tasarısının hazırlanması görevi dokuz kişilik bilim kuruluna verilmiştir⁴⁹. Bilim kurulunca hazırlanan taslakta, zamanın ihtiyaçlarına cevap verebilecek olan iki ayrı madde halinde hem meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi, hem de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yer verilmiştir. Fakat yasa çıkartılırken yaşanan tartışmalar sonucunda işçinin sömürüleceği endişesiyle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini düzenleyen tasarının 93. maddesi metinden çıkartılmıştır. Bununla birlikte kimi zaman alelade ödünç iş ilişkisi olarak da adlandırılabilen meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı iş kanununun 7. maddesinde yer verilmiştir. Bu suretle ülkemiz, hiç değilse ödünç iş ilişkisi kavramı ile tanışmış ve geleceğe yönelik olarak tartışma zemini oluşmuştur. Bununla birlikte ülkemizin kronikleşen işsizlik sorununu hafifletmeye yardımcı olabilecek bir kurum olan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin, açık yasal zemine oturtulabilme fırsatı şimdilik kaçırılmış görünmektedir.

⁴⁸ *Güven-Aydın*, 66. *Arslanoğlu*, 53-54.

⁴⁹ *Süzek*, 13-14.

3. Ödünç İş İlişkisinin Tarafları ve Aralarındaki Hukuki İlişkiler

Klasik(standart) iş ilişkilerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ve bir işveren bulunur⁵⁰. Hâlbuki ödünç iş ilişkisinde, üç ayrı hukuksal örgü ve dolayısıyla üç kişi bir arada bulunur⁵¹. Şöyle ki, bu tür bir hukuki ilişkide; işçisini bir başka işveren yararına iş görmesi için işe alan ve bir başka işverenle de işçi sağlama sözleşmesini yapan, ‘ödünç veren işveren’; işçiden işin görülmesini talep hakkına sahip olan ve geçici bir süre için işçinin emeğinden yararlanan, ‘ödünç alan işveren’ ve ödünç verilmek üzere veya ödünç verilmeyi de içerir şekilde bir işverenle iş sözleşmesi yapan ve ödünç verenle ödünç alan işveren arasında yapılan işçi sağlama sözleşmesi gereği iş görme borcunu belirli ve geçici bir süre için ödünç alan işveren yanında yerine getiren ‘ödünç işçi’ bulunur⁵². Ayrıca, işçinin iş görme borcunu iş sözleşmesi ilişkisi içerisinde bulunduğu işverenine karşı getirmeyip üçüncü bir kişi olan ödünç alan işveren yanında getirmesi, ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında ödünç veren işverenin bulunması, işçinin ödünç verildiği süre içerisinde ödünç verenle olan iş sözleşmesinin sona ermemesi, ödünç veren işverenin işçiyi verirken işin sonucunu garanti etmeksizin sadece işin görülmesine yönelik olarak ödünç alan işverenin emrine vermesi, ödünç veren işverenin ödünç iş ilişkisini ekonomik bir çıkar karşılığı veya bir menfaat beklemeksizin de kurabilmesi, ödünç iş ilişkisinin temel unsurları olarak karşımıza çıkmaktadır⁵³. Görüldüğü üzere ödünç iş ilişkisi, üçlü bir iş ilişkisi

⁵⁰ *Bronstein*, 292.

⁵¹ *Arslanoğlu*, 56.

⁵² *Uşen*, 19. *Odaman*, 16-17. *Akyiğit*, Ödünç İş, 83.

⁵³ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 132-133.

olması itibariyle klasik iş ilişkilerinden farklıdır⁵⁴. Bu nedenlerle konunun ilerleyen bölümlerinin daha iyi bir şekilde anlaşılabilmesi ve netliğin sağlanabilmesi amacıyla ödünç iş ilişkisinin taraflarının ve tarafları arasındaki hukuki ilişkilerin açıklığa kavuşturulması gereklidir.

a. Tarafları

aa. Ödünç Veren İşveren

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi çerçevesinde “Bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren” deneceği belirtilmiştir. Dolayısıyla ödünç veren işverenden bahsedebilmemiz için istihdam ettiği kişiyle arasında bir iş sözleşmesinin bulunması zorunludur. Taraflar arasında yapılmış olan iş sözleşmesi işçinin ödünç verilmesi kaydını içerebileceği gibi aynı zamanda sözleşme devam ederken de işçiden iş görme ediminin bir başka işverene devredilebilmesi yönünde onay alınabilir⁵⁵. Kısacası ödünç veren işveren kavramından kendi işçisini üçüncü bir kişiye devreden işveren anlaşılmaktadır⁵⁶. Başka bir deyişle ödünç veren işverenden bahsedebilmemiz için sadece işçinin ödünç verilmesi kaydını içeren bir iş sözleşmesinin yapılmış olması veya işçiden ödünce yönelik rıza alınmış olması yeterli olmayıp aynı zamanda işçinin hukuken başkasına(ödünç alan işverene) ödünç verilmesi gerekmektedir. Çünkü bir işveren, ödünç veren niteliğini üçlü iş ilişkisi diye tabir ettiğimiz ödünç iş ilişkisinin

⁵⁴ Geçici işçilerin çalışma koşullarına dair Avrupa Birliği Direktif önerisinde de; ödünç iş ilişkisinin temel özelliğinin, hukuki durumun Avrupa Birliğine üye olan ülkeden ülkeye önemli derecede değişmesiyle birlikte geçici istihdam bürosu, kullanıcı işletme(ödünç alan işveren) ve ödünç işçi arasında üçlü bir ilişki olduğu vurgulanmıştır. (*Hendrickx-Sengers*, 99. *Dereli*, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1219&id=68, 04.11.2006).

⁵⁵ *Serin*, 1067.

⁵⁶ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 135.

kurulmasıyla kazanmaktadır⁵⁷. İş kanununun tanımından da çıktığı gibi ödünç veren işverenin, gerçek veya tüzel kişi ya da tüzel kişiliği bulunmayan kurum veya kuruluş olabilmesi mümkündür. Salt bu tanım içerisinde kalınırsa ödünç veren işverenin, gerçek kişilerin yanı sıra şirket, dernek, vakıf, kooperatif, sendika gibi bir özel hukuk tüzel kişisi veya KİT, üniversite, belediye gibi bir kamu hukuku tüzel kişisi ya da tüzel kişiliği olmamakla birlikte işçi çalıştıran bakanlıklar gibi kamu kurumları veya adi şirketler gibi özel hukuk kuruluşları olabilmeleri mümkün gözükmektedir⁵⁸.

Teoride yukarıda belirttiğimiz gibi bir ödünç veren işveren tanımı verilebilmekle birlikte, ayrıntılarına ilerleyen bölümlerde değineceğimiz ödünç iş ilişkisinin türlerine göre de adı geçen kavram farklılık gösterebilmektedir. Her şeyden önce meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde ödünç veren taraf, işçiyle arasında iş ilişkisi bulunan kişi olup, iş sözleşmesinin ödünç verilmeyi de içermesi veya işçinin bu konuda rızasının alınmış olması yeterlidir⁵⁹. Dolayısıyla bir önceki paragrafta belirttiğimiz gibi örneğin işçi çalıştırdığı takdirde sendikaların, bakanlıkların veya üniversitelerin, gerekli koşulları gerçekleştirmeleri halinde ödünç veren işveren sıfatını taşımalarına bir engel bulunmamaktadır.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ise, ödünç veren taraf geçici istihdam bürosudur⁶⁰. Geçici istihdam bürosu da, geçici olarak sık aralıklarla işçisini, iş görme edimini yerine getirmek üzere başka işletmelere gönderen bir kuruluştur. İşçi bu durumda gönderilmiş olduğu işletmede iş görme edimini yerine getirir, ücretini geçici istihdam bürosundan alır ve iş sözleşmesi de geçici istihdam bürosuydur⁶¹.

⁵⁷ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 361. *Akyiğit*, Ödünç İş, 64.

⁵⁸ *Süzek*, 130.

⁵⁹ *Uşen*, 19.

⁶⁰ *Uşen*, 20.

⁶¹ *Selwyn*, 73-74.

Geçici istihdam bürolarının hukuki biçimleri de ulusal mevzuatlarda yapılan hukuki düzenlemelerle belirlenir. Bu bakımdan kimi ülkelerde hem gerçek kişiler, hem de tüzel kişiler bu sıfatı taşıyabilecekken kimi bazı ülkelerde ise sadece anonim şirket şeklinde kurulabilecekleri kabul edilebilmektedir. Bazı ülkelerde ise faaliyette bulunmaları ilgili mercilerden alacakları izinlere bağlıdır. Ayrıca bürolardan, gelecekte aciz haline düşme, iflas gibi durumlarda kullanılmak üzere teminat alınması da yaygın bir uygulama niteliğini taşımaktadır⁶².

bb. Ödünç Alan İşveren

İşçinin iş görme edimine ilişkin borcunu geçici olarak ifa ettiği işyerinin işvereni, üç köşeli özellik taşıyan ödünç iş ilişkisinde ‘ödünç alan işveren’ sıfatını taşımaktadır. Bir diğer ifadeyle, işçi ödünç alan, geçici bir süre için işçinin kendisine ödünç verildiği kişidir⁶³.

Ödünç alan işverenin de gerçek veya tüzel kişi olması veyahut tüzel kişiliği bulunmayan kurum veya kuruluş olması mümkündür. Tüzel kişi olduğu takdirde ise, özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi olması durumu değiştirmeyecektir. Önemli olan, iş hukuku anlamında işveren niteliğine sahip olmasıdır⁶⁴. Hatta ödünç alan işverenin, bu sıfata sahip olabilmesi için mutlak anlamda kendisine ait ve işçilerini çalıştırdığı müstakil bir işyerinin bulunmasının gerekli olmadığı dahi düşünülebilir. Bu bakımdan örneğin, evinde çocuğuna bakmak üzere bakıcı⁶⁵, hastanın bakımının sağlanabilmesi için hemşire, bürodaki sekreterlik işlerinin

⁶² *Akyiğit*, Ödünç İş, 84. *Tuncay*, Tasarı, 63.

⁶³ *Serin*, 1068.

⁶⁴ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 136. *Akyiğit*, Ödünç İş, 87. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 363.

⁶⁵ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 363.

yürütülebilmesi için sekreter, bir yattın idaresi için kaptan, lokanta dışı siparişler için servis elemanı ödünç alan bir kimse, ödünç alan işveren olarak algılanabilecektir.

Bir işverenin ödünç alan sıfatına sahip olabilmesi için ister meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi olsun isterse de meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi olsun her şeyden önce işçinin iş görme edimine yönelik olarak gönderilmesini içeren ‘işçi sağlama sözleşmesinin’ tarafı sıfatını teşkil etmesi gereklidir⁶⁶.

cc. İşgücü Ödünç Verilen İşçi(Ödünç İşçi)

İş sözleşmesi ile bağlı olduğu işveren tarafından kendisinin de rızası alınarak geçici olarak iş görme edimini ödünç alan işveren yanında ve yönetimine tabi olarak yerine getirmek üzere ödünç alan işverenin işyerine gönderilen kişi, ‘işgücü ödünç verilen işçi’ veya başka bir ifadeyle ‘ödünç işçi’ olarak tanımlanmaktadır⁶⁷. Nitekim şuan Avrupa Birliği’nde yoğun tartışmalara yol açan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik direktif önerisinde ödünç işçi; “Ödünç alan işletmenin gözetimi altında geçici olarak çalışmak üzere ödünç alan işverenin işyerine gönderilen ve bir geçici istihdam bürosu(acentesi) ile istihdam ilişkisi veya iş akdi olan kişi(md.3/1-b)” şeklinde ifade edilmiştir. Bu bakımdan bir kişiye ödünç işçi denilebilmesi için o kişinin, ‘işçi’ sıfatına sahip olması yani ödünç veren işveren ile işçi arasında serbest iradeleri ile kabul etmiş oldukları iş sözleşmesi ilişkisinin bulunması zorunludur⁶⁸. Ödünç işçinin tarafı olduğu iş sözleşmesinin türü ayrıca söz konusu sıfatın kazanılabilmesi açısından önemli değildir. Bu bakımdan belirli süreli iş sözleşmesi mevcut olabileceği gibi, belirsiz süreli iş sözleşmesi de mevcut olabilir. Bununla birlikte bir işçinin, işvereniyle yapmış olduğu iş sözleşmesinde ‘işçiden onayın

⁶⁶ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 136.

⁶⁷ *Uşen*, 22.

⁶⁸ *Serin*, 1067. *Süzek*, 119.

alınması halinde iş görme edimini bir başka işverenin yanında getireceğine' ilişkin bir hükmün bulunmuş olması veya işçinin böyle bir şart bulunmadan da işverenin işçiyi bir başka işverene göndermeye yönelik talebine olumlu cevap vermesi, başlı başına işçinin, 'ödünç işçi' sıfatına sahip olmasını olanaklı kılmaz. İşçinin, bu sığata sahip olabilmesi için ödünç iş ilişkisinin kurulmuş ve işçinin de ödünç alan işveren yanında çalışıyor olması gereklidir⁶⁹.

b. Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiler

aa. Ödünç Veren İşveren ile İşgücü Ödünç Verilen İşçi Arasındaki Hukuki İlişki

Çoğu yabancı ülke uygulamasında, ülkelerin yasa koyucularının, işgücü ödünç verilen kişiyi, ödünç veren işverene bağımlı olarak görmekte ve ödünç veren işveren ile işgücü ödünç verilen kişi arasındaki ilişkiyi 'iş sözleşmesine' dayanan bir ilişki olarak kabul etmektedirler⁷⁰. Bu yaklaşımın, son olarak 4857 sayılı iş kanunumuz ile Türk Hukukunda da benimsendiğini görmekteyizdir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair Avrupa Birliği direktif taslağında da geçici istihdam bürosunun, geçici işçinin işvereni olduğu ve emeğı ödünç verilen kişinin, işçi olarak kabul edileceğı genel kabul görmektedir⁷¹. O halde ödünç iş ilişkisinin hangi türü olursa olsun, ödünç işçi ile ödünç veren işveren arasındaki ilişki 'iş sözleşmesine' dayanmaktadır⁷². Bu bakımdan, söz konusu iş sözleşmesinin, işçinin ödünç alan yanında çalışması esnasında da varlığını sürdürmesi, ödünç iş ilişkisinin temel koşullarından biri olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu sayede iş sözleşmesi, 'iş aracılığı'

⁶⁹ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 363.

⁷⁰ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 139.

⁷¹ *Hendrickx-Sengers*, 99.

⁷² *Odaman*, 81.

ile meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin birbirinden ayrılmasına olanak sağlayan önemli bir gösterge olarak ortaya çıkmaktadır⁷³.

İş sözleşmesinin kurulmasında pek tabii ki temel ilkeler uygulanacaktır. Borçlar hukukunun temel prensibi gereği taraflar arasında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerektiği gibi, iş hukukunun ilkeleri de göz önünde alınacak ve mesela yaş sınırlamaları (iş kanunu md.71 vd.) ile çeşitli sözleşme türlerine göre şekil şartlarına da uyulması gerekecektir⁷⁴. Her ne kadar genel olarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde, özellikle iş sözleşmesinin belirli süreli mi, yoksa belirsiz süreli mi yapılabileceği konusundaki tartışmalar ilerleyen bölümlerde belirtilecekse de, teoride söz konusu iş sözleşmesinin tam gün yahut kısmi süreli veyahut tipik ya da atipik iş sözleşmesi olması mümkündür ve ister çağrı üzerine çalışma, ister evde çalışma isterse de mevsimlik iş sözleşmesi olsun hepsinde de ödünç iş ilişkisi söz konusu olabilecektir⁷⁵.

Taraflar arasında varlığını kabul ettiğimiz iş sözleşmesi, standart iş sözleşmesine uymayan özellikleri bünyesinde taşır. İşçi, hizmet sözleşmesinden doğan iş görme borcunu geçici bir süre için bir başka işveren yanında ve onun otoritesi altında yerine getirmektedir. Fakat her şeyden önce ilgili işçinin, bu yöndeki devre muvafakat etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte işçinin, bir başka işveren yanında iş görme edimini yerine getirmek üzere ödünç verilmiş olması bunun mutlak suretle tam zamanlı olacağı, bir başka deyişle hiçbir suretle ödünç veren yanında iş görme edimini sunmayacağı anlamına gelmez. Kimi hallerde iş görme borcunun kısmen ödünç veren işverene sunulabilmesi de mümkündür. Mesela; haftanın altı günü

⁷³ *Odaman*, 81. *Akyiğit*, Ödünç İş, 88.

⁷⁴ *Serin*, 1069.

⁷⁵ *Odaman*, 81.

çalışan bir işçinin haftanın bir/birkaç gününde veya saatinde ödünç verilmesi ve geriye kalan çalışma süresinde de ödünç verene hizmet sunması olasıdır⁷⁶. Böyle bir durumda da, iş görme borcu tektir ve ödünç alan işveren yanında yerine getirilen iş görme borcu da ödünç veren işverene karşı ifa edilmiş olarak kabul edilecektir⁷⁷.

Ödünç işçi, işin yapılmasına yönelik talimatları kendi işvereninden veya onun adına hareket eden bir işveren vekilinden değil, kendisiyle iş sözleşmesi bulunmayan fakat iş görme edimini yerine getirmek üzere gönderildiği ödünç alan işverenden almaktadır. Burada hemen şu husus belirtilmelidir ki; ödünç iş ilişkisinde işverenin yönetim hakkı tamamen ödünç alan işverene geçmemekte bazı hallere ilişkin olarak da ödünç veren işveren yönetim hakkını örneğin yıllık ücretli izinde olduğu gibi muhafaza etmektedir. Ödünç iş ilişkisi esnasında ayrıca iş sözleşmesi devam etmekte ücretini de aksi belirtilmediği takdirde ödünç veren işverenden almaktadır. Dolayısıyla ödünç işçinin, ödünç süresince çalıştığı işyeri açısından bir yabancı firma işçisi olduğu kabul edilebilir⁷⁸. Eğer ki, ödünç esnasında ödünç veren işverenle iş sözleşmesi ilişkisi işçinin devam etmiyorsa artık ödünç işçi sıfatına sahip olduğu da söylenemeyecek ve durumun özelliğine göre belki de iş aracılığı olarak nitelendirilebilecektir⁷⁹.

Taraflar arasındaki iş sözleşmesi, ödünç iş ilişkisinin niteliğinin belirlenmesi açısından önemli olduğu kadar ödünç iş ilişkisine uygulanacak hükümlerin

⁷⁶ Böyle bir durum, bir üst paragrafta belirttiğimiz ödünç iş ilişkisine konu olabilecek iş sözleşmesi türleri, bilhassa kısmi süreli iş sözleşmesi ile karıştırılmamalıdır. Zira ödünç iş ilişkisinin kurulmasına dayanak teşkil edecek bir kısmi süreli iş akdinin ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasında bulunması farklı bir durumken; bir işçinin, iş görme ediminin kısmi olarak bir başka işveren yanında yerine getirmek üzere ödünç verilmesi farklı bir durumu içermektedir.

⁷⁷ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 139. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 364.

⁷⁸ *Serin*, 1067.

⁷⁹ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 363.

belirlenmesinde de önem taşımaktadır⁸⁰. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde işçi, salt üçüncü bir kişinin işyerinde çalıştırılmak üzere işe alınırken, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde, işçinin iş sözleşmesi yapmış olduğu işveren yanında çalışması asıl olmakla birlikte iş sözleşmesinin yapılması esnasında veya daha sonraki bir tarihte sözleşmeye işçinin bir başka işverene ödünç verilebileceği kaydı koyulabilir⁸¹. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde, işçi ile geçici istihdam bürosu arasında ‘çerçeve sözleşme’ veya ‘çerçeve iş sözleşmesi’ adı altında ödünç işçinin nasıl, hangi branşta ve ne zaman çalışabileceği hususunda genel ama bağlayıcı olmayan bilgiler içeren bir sözleşme imzalanabilmektedir. Bundan sonra, geçici istihdam bürosu, duruma uygun bulduğu ödünç isteyen işvereni ve özelliklerini işçiye bildirmekte, ancak işçinin bunu kabulüyle birlikte işçiyle geçici istihdam bürosu arasındaki çerçeve sözleşme kapsamında bir iş sözleşmesi oluşacağı kabul edilmektedir. Anılan çerçeve sözleşme işçiye, ödünç vermeyle uğraşan işverenin bulduğu ödünç almak isteyen işveren yanında çalışmak konusunda ne bir hak vermekte ne de bu konuda bir borç yüklemektedir⁸². Görüldüğü üzere her iki tür ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için gerekli bir diğer temel koşul da, işçinin onayı yani işverenince yapılan önerinin kabul edilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Her ne kadar ödünç veren işveren ile işgücü ödünç verilen işçi arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığı yukarıda yaptığımız açıklamalardan anlaşılrsa da kimi ülkelerde bu husus tartışma yaratmış ve özellikle İngiltere’de mahkeme kararlarına yansımıştır. Her şeyden önce tartışma iş görme edimini yerine getiren çalışanın, hukuki statüsünden kaynaklanmaktadır. Bu çalışanın geçici istihdam

⁸⁰ Arslanoğlu, 57.

⁸¹ Uşen, 23.

⁸² Serin, 1068. Uşen, 24, Akyiğit, Ödünç İş, 90.

bürosunun işçisi mi, yoksa müşteri firma ödünç alan işverenin işçisi mi veyahut bağımsız çalışan mı olduğu tartışmalıdır. Kısacası hukuki işverenin kim olduğu sorusu cevap bulamamıştır⁸³. İngiltere’de genel olarak ödünç iş ilişkisine dayalı olarak çalışanlar, bağımsız(kendi hesabına çalışanlar) çalışan olarak göz önüne alınmaktadır⁸⁴. Bazı hallerde de mahkemeler, dönemsel çalışanların geçici istihdam bürosu veya devralan işverenin işçileri olmadıkları görüşünden hareketle kendine özgü(sui generis) özel bir sözleşmeyle çalıştıkları yönündeki kararlara varmışlardır⁸⁵.

bb. Ödünç Veren İşveren ile Ödünç Alan İşveren Arasındaki Hukuki İlişki

Ödünç iş ilişkisinin hangi türü olursa olsun, ödünç iş ilişkisinin ortaya çıkabilmesi için ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasında bir ilişkinin bulunması zorunluluğu söz konusudur. Bu ilişki, işçinin iş görme ediminin devrini içeren iki taraflı bir hukuki işlemdir. Bu sayede taraflar, kendi iradeleri ile kendi aralarında uygulanacak hukuk normunu koymaktadırlar⁸⁶. İşte iki taraflı olan ve karşılıklı edimleri de içerebilen bu ilişki, sözleşme ilişkisi olarak adlandırılır. Söz konusu sözleşmeye, taraflarının bağımsız birer müteşebbis ve işveren sıfatını taşıdıkları için iş hukuku kuralları uygulanmaz⁸⁷. Bu bakımdan ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasındaki hukuki ilişkinin ticari bir sözleşme ya da kendine

⁸³ *Selwyn*, 74. *Arrowsmith*, <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2005/139/en/1/ef05139en.pdf>, 13.11.2007.

⁸⁴ *Uşen*, 22. İngiltere ve benzer bir şekilde İrlanda’da mahkeme kararları ile, hukuk sistemimizde ödünç işçi olarak adlandırabileceğimiz ve geçici istihdam bürosuna bağlı olarak çalışan kişilerin genel olarak ‘kendi adına çalışanlar’ olduğunu belirtmiştik. Bununla birlikte şu hususta belirtilmelidir ki; bazı İngiliz ve İrlanda geçici istihdam büroları açıkça çalıştırmış oldukları kişilere işçi statüsünü vermektedirler. Burada önemli olan son nitelendirmenin mahkeme kararına dayandığıdır. (*Hendrickx-Sengers*, 100).

⁸⁵ *Dereli*, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1219&id=68, 04.11.2006. *Tuncay*, Tasarı, 63.

⁸⁶ *Eren*, 190-191.

⁸⁷ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 142.

özgü bir sözleşme olduğu kabul görmektedir⁸⁸. Dolayısıyla söz konusu sözleşme, kural olarak medeni hukuk ve borçlar hukuku çerçevesinde değerlendirilecek ve bu hukuk dallarına hâkim olan kurallara tabi olacaktır⁸⁹.

Belirtilen sözleşmeye, doktrinde çeşitli adlar verilebilmektedir. Adlandırma da temlik sözleşmesi, işçi verme/sağlama sözleşmesi, ödünç işçi sözleşmesi, ödünç iş ilişkisi sözleşmesi⁹⁰ gibi çeşitli adlar kullanılabilmektedir. Bu adlandırma da verilen örnek sayısının arttırılabilmesi mümkün olmakla birlikte, bu ilişkiyi ifade etmek için ‘işçi sağlama sözleşmesi’ kullanılacaktır.

İşçi sağlama sözleşmesi, genel hukuk kuralları çerçevesinde ele alındığından, genel olarak sözleşmelerin kurulması için söylenebilecek olan hususlar, bu sözleşme türü içinde söylenebilecektir. Bu itibarla, sözleşmenin kurulabilmesi için BK. md.1 gereğince iki tarafın karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarının bulunması gerekmektedir⁹¹. Teoride sözleşme özgürlüğü gereğince, karşılıklı hak ve yükümlülüklerin içerik itibariyle taraflar düzenleyebilirler. Fakat işgücünün devri faaliyetlerinin kontrol altına alınabilmesi, ödünç iş ilişkisinin işçilerin sömürülmesine yer vermeyecek şekilde işleyebilmesi, işgücü politikaları çerçevesinde ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasındaki ilişkinin özel hükümlerle düzenlenmesi gerekliliği söz konusudur⁹². 4857 sayılı iş kanunu md.7 ile bu düşünce meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi açısından geçerlilik kazanmıştır, ama henüz meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair yasal mevzuata sahip olmayan ülkemizde bu alan

⁸⁸ **Tuncay**, Tasarı, 64. **Dereli**, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1219&id=68, 04.11.2006. İtalya ve Fransa’da ticari bir sözleşme olarak görülen ‘işçi sağlama sözleşmesi’, Almanya’da sui generis bir işçi devir sözleşmesi olarak ele alınmaktadır. (**Uşen**, 29-30).

⁸⁹ **Akıntürk Türkmen**, Ödünç İş, 142.

⁹⁰ Sırasıyla adlandırmayı kullananlar; **Engin**, İşveren, 113. **Akyiğit**, Ödünç İş, 95-96. **Odaman**, 93. **Uşen**, 29.

⁹¹ **Eren**, 191-192.

⁹² **Akıntürk Türkmen**, Ödünç İş, 142.

bir boşluk olarak kalmakta, doktrinde yapılan yorumlar çerçevesinde giderilmeye çalışılmaktadır.

Bir sözleşmeyi meydana getirme amacı taşıyan, tek taraflı, karşı tarafa yöneltilen irade beyanı olan icabı, bağış sözleşmesi gibi tek tarafa borç yükleyen veya satım sözleşmesi gibi iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki tarafta yapabilecektir⁹³. Bu bakımdan ödünç iş ilişkisinin türü ne olursa olsun, her iki tarafça yani ödünç veren ya da ödünç alan tarafça, icapta bulunulabilir. Uygulamada ise genellikle icabın, ödünç alan işveren tarafından yapıldığı görülmektedir. Bilhassa meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından durum bu niteliktedir. Bu tür ödünç iş ilişkisinde, ödünç veren öncelikle ödünç işçi olarak çalışmak isteyenleri yanına toplamakta, sonradan ödünç işçi isteyen müşterilerden gelen uygun taleplerin kabulü ile birlikte işçi sağlama sözleşmesi kurulmuş olmaktadır⁹⁴. Bu bakımdan ödünç işçi almak isteyen müşterinin beyanı icap, ödünç vermek isteyen irade beyanı ise akdi icaba uygun olarak meydana getirme arzusunu kesin olarak ifade eden kabuldür⁹⁵. Her ne kadar Türk Hukukunda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik açık bir yasal düzenleme bulunmasa da ülkemizde yıllardır bu faaliyetin yürütüldüğünü daha önceden de belirtmiştik. Bu faaliyeti yürüten geçici istihdam bürolarının gazetelere veya internet sitelerine verdikleri ilanlar ile çeşitli işyerlerinde dönemsel çalışma pozisyonları ile dönemsel çalışmak isteyen kişilerin niteliklerini ilan ettiklerine tanık olmaktayız. Bu bakımdan özellikle geçici istihdam bürolarınca yapılan bu ilanlar geçici istihdam bürosunun niyetini açıklamakta ve belirli bir sözleşmeyi yapmaya hazır olduklarını bildirmektedir. Bu durumun niteliği ise, gerek potansiyel işçiler

⁹³ *Oğuzman-Öz*, 45-46.

⁹⁴ *Odaman*, 94. *Akyiğit*, Ödünç İş, 96.

⁹⁵ *Odaman*, 94. *Oğuzman-Öz*, 57.

açısından iş sözleşmesinin yapılmasına gerekse de potansiyel ödünç alan işveren açısından işçi sağlama sözleşmesinin yapılmasına yönelik olarak ‘icaba davet’ olarak nitelendirilebilir⁹⁶.

İşçi sağlama sözleşmesinde ödünç veren, kendisine ait ve işe hazır bir işçiyi belirlenen zaman süresince iş görme edimini yerine getirmesi için ödünç alanın emrine vermeyi üstlenirken, ödünç alan ise ödünç iş ilişkisinin türüne ve yapılan kararlaştırmaya bağlı olarak ücret ödemeyi taahhüt edebilir⁹⁷. Bu bakımdan sözleşmenin, bedelli veya bedelsiz olması veyahut aynı şirketler grubu içinde ya da dışında işçi vermeye yönelik olması mümkündür⁹⁸. Hemen belirtmek gereklidir ki; ilgili sözleşmede, ödünç veren işveren ödünç alana karşı bir işin ifa edilmesi değil, sadece işçinin devredilmesini üstlenmektedir⁹⁹.

cc. Ödünç Alan İşveren ile İşgücü Ödünç Verilen İşçi Arasındaki Hukuki İlişki

Ödünç iş ilişkisinin yukarıda da ifade edildiği üzere ayırıcı niteliği; işçinin, sözleşme ile bağlı olduğu işverenine karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu iş görme borcunu, üçüncü kişi olan ödünç alan yanında ve onun emir ve talimatlarına bağlı olarak yerine getirmesi gerekliliğidir¹⁰⁰. Bu durumda ise dikkati çeken noktalar ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, işgücü ödünç verilen işçi çalışması sırasında üçüncü kişinin işyeri düzenine, tıpkı o işyerinde çalışan diğer işçiler gibi dâhil olmakta, ödünç alan işverene karşı sadakat borcu ve itaat borcu bulunmakta, ödünç alan işvereninde gözetme borcu, eşit davranma borcu gibi borçları ve yükümlülükleri

⁹⁶ *Eren*, 228. *Odaman*, 94.

⁹⁷ *Serin*, 1069.

⁹⁸ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 364.

⁹⁹ *Odaman*, 95.

¹⁰⁰ *Serin*, 1071.

bulunmaktadır¹⁰¹. Dolayısıyla ödünç alan işveren ile işgücü ödünç verilen işçi arasındaki bu ilişki adeta bir iş ilişkisi gibidir, zira iş hukukundan doğan birçok hak ve yükümlülük iki taraf açısından geçerli olup, sözleşmeden kaynaklanan bir görünüm arz etmektedir¹⁰². Bu özellikleri nedeniyle bir dönem ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasındaki bu ilişki tartışmaya neden olmuştur. İki farklı düşünce başlıkları altında tarafların görüşleri toplanabilmektedir. İlk görüş, taraflar arasında iş sözleşmesi bulunduğunu savunurken, bir diğer görüş ise, taraflar arasında iş sözleşmesi bulunmadığını savunmaktadır¹⁰³.

Ödünç alan işverenle ödünç işçi arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığını savunan düşünceler ya iş aracılığı ya da akde katılma görüşüne dayanmaktaydı. Akde katılmada, ödünç verenle işçi arasındaki iş sözleşmesine ödünç alanında işveren sıfatıyla katıldığı düşünülmekteydi. Bu sayede çifte iş ilişkisi meydana gelmekte ve işçiyle ödünç veren arasındaki iş sözleşmesi kesintiye uğramaksızın ödünç süresiyle sınırlı olmak üzere ödünç alanla işçi arasında bir iş sözleşmesi vuku bulmaktaydı. Aynı zamanda ödünç iş ilişkisinin türüne göre ayrıma gidilmemekte ve her halükarda ödünç alanla işçi arasında iş sözleşmesi bulunduğu sonucuna ulaşılmaktaydı¹⁰⁴. Bu kısım anlatılırken dikkat edilecek olursa geçmiş zaman kullanılmıştır, nitekim artık mevzuatımızda bulunan açık yasal düzenlemeden ortaya çıkan sonuç ve diğer ülkelerin uygulamaları, bu görüşün terk edildiğini göstermektedir. Kaldı ki; gerçekten ödünç süresiyle sınırlı da olsa, ödünç veren işveren yanında, işçinin ödünç alan işverenle de iş akdi kurulduğu sonucuna varmak çeşitli sorunları da beraberinde getirecekti. Bir işçinin birden fazla işverenin yanında çalışabilmesi ve sigortalı

¹⁰¹ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 144. *Odaman*, 89.

¹⁰² *Odaman*, 89. *Arslanoğlu*, 57.

¹⁰³ *Akyiğit*, Ödünç İş, 120.

¹⁰⁴ *Akyiğit*, Ödünç İş, 120.

olabilmesine yönelik bir engel bulunmamakla birlikte, ödünç iş ilişkisinde çifte iş sözleşmesi olduğunun kabulü halinde, ödünç işçinin, ödünç alan işveren yanında iş görme edimini yerine getirecek olması, ödünç veren işverene karşı ödünç süresi boyunca iş görme borcunu ihlal etmesi olarak algılanabilecekti. Ayrıca ödünç süresi bitiminden sonra işçinin ödünç alanla sözleşmesi sona erdiği kabul edileceğinden bu sefer ödünç süresinin uzunluğuna göre ihbar ve/veya kıdem tazminatı gibi sorunların ortaya çıkabilmesi ve ödünç alan tarafından da sigortalılık işlemlerinin başlatılabilmesi söz konusu olabilecekti.

Günümüzde artık hâkim olan düşünce, ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayanmadığıdır. Gerçekten de ödünç iş ilişkisinde hedeflenen, ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki tek iş sözleşmesinin varlığıdır. Ödünç iş ilişkisinin tarafları aynı anda birden fazla iş sözleşmesini ve buna bağlı olarak birden fazla işverenin varlığını istemezler. Bu tür bir ilişkide ödünç işçi ödünç alanın işçisi olmamak üzere onun yanında çalışmayı kabul ederken, ödünç verende işçisini, ödünç alanın işçisi olmamak üzere vermektedir. Aynı şekilde ödünç alanın amacı da iş sözleşmesi yapmayarak kendi işçisi olmamak üzere personel istihdamı ve çeşitli nedenlerle ortaya çıkan işgücü ihtiyacını karşılayabilmektir. Amaç olarak belirtilen bu ifadeler, aynı zamanda ödünç iş ilişkisinin esnekliğin bir ürünü olduğunu bir kez daha kanıtlamaktır. Bu sayede işgücü pazarında ve personel istihdamında esneklik sağlanabilecektir¹⁰⁵. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, ödünç iş ilişkisinin hangi türü olursa olsun, tek iş sözleşmesi var olması, bunda ödünç veren işverenle ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesi olması ödünç iş ilişkisinin ruhuna daha uygun düşecektir. Meslek

¹⁰⁵ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 145. *Serin*, 1072.

edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik yasal bir düzenleme bulunmasa da meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi açısından 4857 sayılı iş kanunu md.7 metnindeki ‘iş sözleşmesi devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur’ ifadesinden ödünç alanla ödünç işçi arasında iş sözleşmesi bulunmadığı yönündeki anlayışın kabul gördüğü anlaşılmaktadır. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında¹⁰⁶ sigortalı işçinin ücretinin iş sözleşmesinin tarafı olan dava dışı işverence ödendiğini, işçinin, iş sözleşmesinin tarafı dava dışı şirket tarafından davacı şirketin isteği üzerine davacı şirketin işyerinde çalıştığını, maddi olgu açısından davacı şirketle sigortalı işçi arasında gerçekleşmiş bir iş sözleşmesinin varlığından ve dolayısıyla sigortalının davacı şirketinde sigortalı işçisi olduğundan bahsedilemeyeceğine hükmetmiştir. Bu olaydaki ifadelerden anlaşıldığı üzere dava dışı şirket ile davacı şirket arasında bir ödünç iş ilişkisi kurulmuştur. Dolayısıyla 4857 sayılı iş kanunu yürürlüğe girmeden önce Yargıtay tarafından bu anlayışın kabul gördüğü sonucu çıkarılabilmektedir.

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde işçi yalnızca ödünç süresince, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ise hiçbir zaman iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işveren yanında çalışmamaktadır. Bu nedenle meslek edinilmemiş olan türde, ödünç alanla işçi arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı kolayca kabul edilebilmekle birlikte meslek edinilmiş olan türde duraksamalara yol açılabilmektedir. Çünkü ödünç sürelerinde işçi ödünç alan yanında çalışmaktadır ve çoğu işveren fonksiyonu ödünç alan tarafından yerine getirilmektedir. Fakat burada yani meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde, ödünç alan işverenle işçi arasında iş sözleşmesi bulunduğu bir önceki

¹⁰⁶ Y10HD, 11.12.1975, 4279/6608, *Akıgıt*, İş Kanunu Şerhi, 385.

paragrafta belirttiğimiz gerekçelerle yani tarafların amacı ölçütleri gereğince (örneğin; ödünç işçinin ödünç alanın işçisi olmamak üzere çalışmayı üstlenmesi vb. gibi) iddia edilemeyecektir¹⁰⁷.

İşçiyle ödünç alan arasında bir iş sözleşmesinin bulunmadığı genel kabul görmekle birlikte, aralarındaki hukuki ilişkinin niteliğinin belirlenmesi gerekliliği vardır. Ödünç alan ile işçi arasında hiçbir hukuksal ilişki bulunmadığı söylenemeyeceği¹⁰⁸ gibi ödünç esnasında aralarında doğan ilişki, fiili bir ilişki olarak da ele alınmamalıdır. Nitekim ödünç alan kişi, işveren fonksiyonlarının önemli bir bölümünü, ödünç işçinin işyerinde çalışıyor olmasından dolayı kendi üzerine almaktadır¹⁰⁹. Özellikle ödünç alan işveren açısından bu durum yönetim hakkı, işçiyi gözetme borcu gibi hallerde kendisini gösterirken, ödünç işçi açısından ise iş görme borcunun yerine getirilmesi, itaat borcu gibi hallerde ortaya çıkmaktadır¹¹⁰. Bu ilişkiden kaynaklanan hak ve borçlar iş hukukuna ilişkindir. Bundan dolayı söz konusu ilişkiyi ‘iş hukukuna ait özellikler taşıyan sözleşme benzeri bir hukuki ilişki’ olarak adlandırmak mümkündür¹¹¹. Bu şekilde bir ilişkinin varlığının kabul edilmiş olması ilerde inceleyeceğimiz üzere ödünç işçinin, işi gereği gibi ifa etmemesi veya ödünç alanın işçiyi gözetme borcunu yerine getirmemesi durumlarında sorumluluklarına başvurulmasında rol oynayacaktır¹¹².

¹⁰⁷ *Akyiğit*, Ödünç İş, 121. *Serin*, 1072.

¹⁰⁸ *Akyiğit*, Ödünç İş, 123.

¹⁰⁹ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 146.

¹¹⁰ *Akyiğit*, Ödünç İş, 123.

¹¹¹ *Odaman*, 91. *Akyiğit*, Çeşitli, 3.

¹¹² *Akyiğit*, Ödünç İş, 123.

4. Ödünç İş İlişkisinin Türleri ve Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

a. Türleri

Ödünç iş ilişkisinin türünü belirlemede ödünç veren işveren tarafı rol oynamaktadır; çünkü ödünç iş ilişkisinde, işverenlerin çeşitli durumlarda ortaya çıkan personel ihtiyaçlarını, başka işverenlerden aldıkları işçilerle karşılamaları söz konusudur¹¹³. Ödünç veren işverenler açısından da, ödünç iş ilişkisi ikiye ayrılmaktadır¹¹⁴. İlki meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi iken, ikincisi meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisidir. Bu ayrımın temelinde yatan düşünce, işçinin ödünç veren tarafından istisnai olarak mı, yoksa kural olarak mı bir başkasına ödünç verilmek üzere işe alındığıdır. Bir başka deyişle işçinin sırf ücret karşılığı başka bir işverene ödünç verilmek üzere mi işe alındığı yoksa genelde iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işveren yanında çalışıp münferit durumlarda mı ödünç verildiğidir¹¹⁵.

aa. Meslek Edinilmemiş Ödünç İş İlişkisi

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi, çeşitli nedenlerle bir işverenin iş sözleşmesi ile kendisine bağlı olan işçisini, rızasını almak üzere ve bir karşılık elde ederek veya etmeyerek, geçici bir süre için bir başka işverenin emrine vermesi şeklinde oluşmaktadır¹¹⁶. Kısacası işçi esas olarak kendi işvereni yanında istihdam edilmek üzere işe alınmaktadır¹¹⁷. 4857 sayılı İş Kanunumuz md.7’de ‘meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi’ düzenlenmiştir. Nitekim madde gerekçesinde açıkça kazanç amacı

¹¹³ *Odaman*, 23.

¹¹⁴ *Engin*, Üçlü, 21.

¹¹⁵ *Akyiğit*, Ödünç İş, 33.

¹¹⁶ *Odaman*, 24. *Akyiğit*, Ödünç İş, 39.

¹¹⁷ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 134.

güdülmeyen ödünç iş ilişkisinin bu madde de düzenlendiği ifade edilmiştir. Bu tür bir ödünç iş ilişkisinde nispeten geçici bir süre için ödünç alan işveren yanında çalışmak üzere gönderilen işçi, sürenin bitiminde tekrar kendi işvereni yanına dönmekte ve çalışmaya başlamaktadır¹¹⁸.

Belirtilen ödünç iş ilişkisi türü, çeşitli nedenlere dayanabilmektedir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, “her şeyden önce şirket topluluklarında ve bunlardan biri olarak holdinglerde, şirketlerin daha çok vasıflı işgücü ihtiyacını karşılamak için yardımlaşmalarında veya üst kademe yöneticilerinin yetiştirilmesinde ya da aynı gruptan olmayan şirketlerin birlikte bir işi üstlenmelerinde yahut mali güçlüklerle karşılaşan bir işverenin işçisini işlerinin düzelmesine kadar başka bir işverene vermesinde” kendisini göstermektedir. Şirket topluluklarında genellikle üç amaçla ödünç iş ilişkisi kurulmaktadır. İlki, ana şirketin(holding) topluluk hedef ve amaçlarının gözetilmesi için bağlı şirket nezdinde güvendiği bir üst düzey yöneticisini görevlendirmesidir. İkincisi, ileride üst düzey yönetici olarak yetiştirilmek istenen işçinin geçici sürelerle değişik faaliyetleri yürüten şirketlerin emrinde çalışmasıdır. Üçüncüsü ve yaygın olanı, şirket topluluğu içindeki işletmelerin ihtiyaçlarını karşılamak üzere, topluluk bünyesi içinde işçi temininin örgütlenmesidir. Amacı itibariyle bu tür bir örgütlenme meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine benzer¹¹⁹. Bu tür ödünç iş ilişkisinde dayanılabilen örnekleri arttıracak olursak; ödünç veren işveren açısından bir süre için yeterli sipariş alamaması, geçici ekonomik kriz yaşaması gibi sebeplerle bazı işçilerinin işgücüne ihtiyaç duymaması söz konusu olabilir. Bu esnada başka işverenlerin işgücü ihtiyaçlarında geçici nitelikte artışlar ortaya çıkabilir, mesela yeni kurulan bir bilgisayar sisteminin

¹¹⁸ *Serin*, 1062.

¹¹⁹ *Engin*, Üçlü, 22.

denenmesi ve işletme personeline öğretilmesi için bir teknisyen geçici olarak gönderilebilir veyahut ödünç alan işveren kendi işçilerine fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yaptırarak duruma göre yüzde elli ya da yüzde yirmi beş zamlı ücret ödemektense ödünç işçi çalıştırmayı tercih edebilir¹²⁰. Dolayısıyla verilen örneklerin sayısını çoğaltmak mümkündür; fakat bunları belirli bir sayı ile sınırlamak olası değildir¹²¹.

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin sadece özel hukuk tüzel kişileri arasında gerçekleşeceği yönünde genel bir ilke tespit edebilmek mümkün değildir. Bu tür bir ödünç iş ilişkisinin kamu tüzel kişileri yani kamu kurumları arasında kurulabilmesi olanaklıdır. Nitekim ülkemizde de Yargıtay'ın vermiş olduğu kimi kararlarda¹²² da buna rastlanılmaktadır. Fransa'da da kamu kurumları arasında bu tür ödünç iş ilişkisine rastlanılmaktadır, fakat ileri de kamuda ödünç iş ilişkisi ile ilgili daha fazla ayrıntıya girileceğinden şimdilik bu kadar bilgi vermekle yetinilmektedir.

Türk hukukunda da, ödünç iş ilişkisine dair herhangi bir düzenlemenin mevcut bulunmadığı yıllarda dahi, işverenlerle sendikaların uzlaşmaya varmaları sayesinde ekonomik kriz yaşayan işletmelerin işçilerini geçici bir süre için başka işverenlere ödünç verdiği ve holding ve şirket topluluklarında meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinden yararlandıkları olmuştur. Bu tür ödünç iş ilişkisi bazı ülkelerde, örneğin İsviçre, İtalya ve son yasal düzenleme ile Türkiye'de açıkça yasal düzenlemeye tabi tutulmuşken bazı ülkelerde ise örneğin Almayanda herhangi bir yasal düzenlemeye konu edilmemiştir. Normalde konuya ilişkin yasal düzenleme içermeyen ülkelerde hangi hükümlerin uygulanacağı tartışmalı olsa da Alman mevzuatı gereğince toplu

¹²⁰ *Odaman*, 24-25.

¹²¹ *Akyiğit*, Ödünç İş, 41.

¹²² Y9HD, 21.10.2004, 7545/23792, Y9HD, 14.05.1996, 1014/10093, *Çankaya-Çil*, 171-174.

pazarlık yoluyla meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi olanaklı kılınabilecektir¹²³.

Avrupa Birliği düzeyinde ise, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi 96/71/CE sayılı yönerge ile üye ülkelerde faaliyet gösteren işletmeler arasında işçi gönderme, bir diğer ifade ile ‘sınır ötesi ödünç iş ilişkisi’ kapsamında ele alınmıştır. Sınır ötesi ödünç iş ilişkisi ise, belirtilen yönergeye göre, AB’ye üye devletlerden birinde faaliyet gösteren bir işletmenin, kendi işçisini AB’ye üye bir başka ülkede faaliyet gösteren bir firmaya göndermesi veya AB’ye üye ülkelerde faaliyet gösteren uluslararası holding ya da şirket grupları arasında gerçekleşmesi durumlarını içermektedir¹²⁴.

Bu anlatılanlardan anlaşılacağı üzere meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi genel olarak kazanç elde etme amacına yönelmeyen ve dolayısıyla ‘meslek olarak yapılmayan’ bir nitelik taşımaktadır. Bununla birlikte genelde yabancı ülke mevzuatlarında olduğu gibi yasal düzenlemeye konu olmamakta ve ödünç iş ilişkisi denince ‘meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi’ algılanmaktadır. Bu itibarla istisnai bir nitelik taşıdığından pek yaygın bir uygulamada değildir.

bb. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde işçi, ücretli olarak başkasına işçi vermeyi meslek edinmiş bir işveren tarafından yalnızca başkasına ödünç verilmek üzere işe alınmaktadır¹²⁵. Dolayısıyla işveren, bu amaçla işe aldığı işçilerini kendi yanında çalıştırmamakta, gereksinimi olan işverenlere ödünç vermektedir. Birçok durumda ödünç veren işverenin o işçiyi çalıştırabileceği, üretim yapılan kendine ait bir işyeri

¹²³ *Uşen*, 17.

¹²⁴ *Uşen*, 18.

¹²⁵ *Serin*, 1062.

dahi mevcut bulunmamaktadır. Zira ödünç veren işverenler genellikle bir ofiste faaliyette bulunmakta hukuki anlamda olmasa da fiili anlamda âdete bir iş aracılığı fonksiyonunu yerine getirmektedirler¹²⁶. İşte bu durumda ödünç veren işverenin, işçiyi istisnai olarak çalıştırması dahi söz konusu olmadığından ‘meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi’ denmektedir¹²⁷.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi yukarıda ifade edildiği üzere kendine ait üretim yapan bir işyeri bulunmayan ödünç veren işverenler tarafından yerine getirilmektedir. İşte, genel olarak bu faaliyeti özel istihdam büroları yürütmektedir. Fakat bazı ülkelerde getirilen farklı düzenlemelerle, sadece bu tür bir faaliyeti yerine getirmek için yetki verilen ‘geçici istihdam büroları(acenteleri)’ olarak adlandırılan kuruluşlarda söz konusu olabilmektedir¹²⁸. Bu kuruluşların yürüttüğü faaliyetin, meslek edinilmiş olarak algılanabilmesi için bir kere kazanç gayesiyle yerine getirilmesi zaruridir. Bununda mutlaka ücret/para şeklinde anlaşılması zaruri değildir, ekonomik bir menfaat olması yeterlidir. Nitekim ekonomik menfaat diyince akla ilk olarak ücret almak gelecektir. Ayrıca bu tür bir faaliyetten bahsedebilmek için faaliyetin ödünç veren işverenin esas ekonomik uğraşı olarak değerlendirilebilmesi için az veya çok sürekli olması yani süreklilik taşıması gerekmektedir¹²⁹. Ödücün tek bir olaya özgülenmiş olması, yapılan faaliyete meslek edinilmiş nitelik kazandırmaya yeterli olmayacaktır. Nitekim ilerleyen bölümlerde ‘meslek edinmekten’ ne anlaşılması gerektiği konusuna ayrıntılı olarak değinilecektir.

¹²⁶ *Odaman*, 25. *Serin*, 1062. *Engin*, Atipik, 119.

¹²⁷ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 134.

¹²⁸ *Uşen*, 16.

¹²⁹ *Odaman*, 25. *Serin*, 1062-1063.

Günümüzde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, en yaygın ve problemli olan ve yabancı ülkelerindeki yasal düzenlemelerinde konusunu oluşturan ödünç iş ilişkisi türüdür¹³⁰. Bu tür bir ödünç iş ilişkisi de bazı ülkelerde örneğin İtalya’da ikiye ayrılmıştır. Buna göre, belirli süreli olarak işçi sağlama meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi olarak, belirsiz süreli olarak işçi sağlama ise ‘personel leasing’ olarak ele alınmaktadır¹³¹. Gerçekten de personel leasing, pek çok açıdan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini andırmaktadır; fakat her ikisine başvurma nedenleri, yürütümleri ve ilişkinin süresi açısından farklılıkları bünyesinde barındırdığından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin bir türü olarak ele alınmaması ve bunun dışında bir üçlü iş ilişkisi kurumu olarak algılanmasının daha doğru olduğu düşünülebilir.

Ödünç iş ilişkisinin meslek edinilmiş türüne, genellikle meslek edinilmemiş türünde olduğu gibi çeşitli nedenlerle başvurulmaktadır. Bu nedenler yapılacak olan yasal ve idari düzenlemelere göre farklılık göstermekle birlikte genel olarak, yıllık ücretli izin, hastalık veya analık izni gibi hallerde geçici olarak işe devam etmeyen ancak işe geri dönme hakkı bulunan daimi işçinin yerine geçici bir süre için ihtiyacın bulunduğu durumlar, işletmenin iş yükündeki geçici artışlarda ortaya çıkan personel ihtiyacı halleri, uzmanlık gerektiren geçici niteliklerdeki işlerde çalıştırmak üzere ortaya çıkan talepler veya yeni açılacak, deneme aşamasındaki veya henüz açılması kesinlik kazanmamış pozisyonların doldurulması olarak belirtilebilir¹³².

¹³⁰ *Akyiğit*, Ödünç İş, 41. *Uşen*, 15.

¹³¹ *Uşen*, 15.

¹³² *Uşen*, 16.

cc. Ödünç İş İlişkisinin Her İki Türü Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar

Belirtilmiş olan ödünç iş ilişkisinin türleri arasında benzerlikler ve farklılar mevcuttur. Bu iki tür arasındaki bu hususların belirtilmesi söz konusu kavramların, aklımızda canlandırılmasına katkı sağlayabilecektir. Bu bakımdan öncelikle benzer nitelik taşıyan tespit ettiğimiz başlıca noktalar şu şekilde belirtilebilir;

1. Her iki türde de işçinin ödünç veren işverenle arasında iş sözleşmesi bulunmaktadır. Ödünç veren işverenlerle iş sözleşmesi bulunan ve ödünç işçi olarak ifade ettiğimiz kişinin devredilmesi sonucunda ise karşıda ödünç alan işveren yer almaktadır ki, bu nedenle her iki türde de işveren tarafında bir bölünmenin ve çoğalmanın söz konusu olduğu görülmektedir.

2. Ödünç alan işverene karşı iş görme edimini yerine getiren ödünç işçinin bu çalışması her iki türde de ‘geçici’ bir nitelik taşımaktadır. Aksi takdirde özellikle Türk Hukuku bakımından sürekli veya uzunca bir süreyi kapsamaması halinde burada iş aracılığı gerçekleştiği yönündeki iddialar ortaya çıkabilir.

3. Her iki türde de işçinin, ödünç alan işveren yanında çalışması, ödünç alan işveren ile ödünç veren işveren arasında yapılan işçi sağlama sözleşmesine dayanmaktadır.

Farklılık arz eden hususlara bakıldığında ise belirlediğimiz başlıca ayırt edici noktalar aşağıdaki şekilde tespit edilmektedir;

1. GÜDÜLEN AMAÇ bakımından her iki tür birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde kazanç elde etme gayesi güdülmektedir, yani ekonomik bir faaliyet niteliğini taşımaktadır. Hemen belirtelim ki, bu faaliyeti yürütenin bu

gayeyi gütmesi yeterlidir bunun yanında fiilen kazanç elde etmesi gerekli değildir. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde ise genel olarak kazanç elde etme amacı taşınmamaktadır. Bu husus 4857 sayılı yasanın bu türüne ilişkin düzenleme getiren md.7 hükmünün gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir.

2. Her iki türde farklı sebeplere dayanılarak kurulmaktadır. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi; işverenlerin, ekonomik bir kriz ortaya çıktığında iş sözleşmesi ile kendisine bağlı örneğin vasıflı işçisini kaybetmemek veya holdingler ya da şirket topluluklarında üst düzey işçilerin yetiştirilmesi veyahut vasıflı işgücü ihtiyacının karşılanması gibi sebeplere dayanmaktadır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ise, daha çok ödünç alanın çeşitli sebeplere dayanan geçici işçi ihtiyaçlarına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Yani meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde daha çok ödünç veren tarafın içinde bulunduğu durum rol oynamaktayken, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ödünç verenden kaynaklanabilecek haller ortaya çıkmamakta, sadece ödünç alanların geçici işgücü ihtiyaçları söz konusu olmaktadır.

3. Her iki türü de yürütebilecek olan işverenlerin niteliği farklılık arz etmektedir. Şöyle ki; meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi özel istihdam bürolarınca ya da özel düzenlemelerle bu alanda faaliyette bulunmaya yetkilendirilmiş geçici istihdam bürolarınca yerine getirilirken; meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için iş kanunu anlamında ‘işveren’ sıfatının taşınması yeterlidir.

4. İşçilerin durumu bakımından da fark ortaya çıkmaktadır. Buna göre meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde, işçiler, genelde sürekli bir iş bulamayan veya daimi bir işte çalışmak istemeyip de sadece kısa bir zaman devam edecek türden iş ilişkilerine girerek aile bütçesine katkı sağlamayı düşünen kişilerden oluşmaktadır. Okul tatilinde çalışmak isteyen öğrencileri ve devamlı çalışmak istemeyen emeklileri

de bu kapsama dâhil edebiliriz. Hâlbuki meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde işçiler zaten daimi bir pozisyonda ve belirsiz süreli iş akdi ile çalışmaktadırlar.

5. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde, işçiler ödünç süresi dolduktan sonra ödünç alan yanında daimi bir pozisyonda çalışmaya devam etmezlerse ve geçici istihdam bürosunca da yeni bir iş teklif edilmezse genel olarak çalışmadan geçirdikleri iki devir arasındaki süre için ücret almaları söz konusu değildir, bu bakımdan riskli/dengeli olmayan bir istihdam biçimi olarak görülmektedir. Bununla birlikte meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde devir süresi bittikten sonra işçi iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverenin yanına döner ve çalışmasına orada devam eder.

6. Her iki tür ödünç iş ilişkisi birbirinden farklı düzenlemelere konu olmaktadır. Özellikle Avrupa ülkelerine bakıldığında meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin genellikle yasal olarak açıkça düzenlenmediği ve genel düzenlemeler çerçevesinde ele alındığı görülmektedir. Ancak bazı ülkeler tabî ki bu konuya ilişkinde açık yasal düzelme getirmişlerdir. Bununla birlikte asıl olarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi düzenlemelere konu yapılmaktadır. Bu bakımdan iki tür arasında maksimum devir süresi, işçi sağlama sözleşmesinin taşıyacağı koşullar, geçici istihdam bürolarının kurulması ve denetimi için getirilen yetki sistemleri gibi hususlar açısından farklı düzenlemelere tabi oldukları görülmektedir.

b. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

Ödünç iş ilişkisi ile günümüzde bir takım kavramlar arasında var olan benzerliklerden dolayı karışıklıklar ve tereddütler meydana gelmektedir. Bu nedenle de bu tür karışıklıkların önüne geçmek için benzer kurumlarla karşılaştırma yaparak aynı zamanda farklarında ortaya koyulması zorunlu bir nitelik taşımaktadır.

aa. Alt İşverenlik ile Karşılaştırılması

Asıl işveren-alt işveren ilişkisine yönelik hukukumuzdaki ilk düzenleme 1936 tarihli ve 3008 sayılı iş yasası ile gerçekleşmiştir¹³³. Bu bakımdan alt işveren kavramı, yasal uygulama açısından ödünç iş ilişkisine nazaran daha köklü bir geçmişe sahiptir. 4857 sayılı yasamızda “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 ilişki(md.2/v1)” asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak tanımlanmıştır. Anlaşılabacağı üzere, alt işveren ilişkisinde asıl işveren özellikle uzmanlık isteyen konularda, işyerinde kendisine bağlı işçi istihdam etmektense, işin veya işyerinin ilgili kısmını bir başka işverene vermekte ve bu işi üstlenen kişide işi kendi işçileri ile yerine getirmektedir¹³⁴. Asıl işveren ve alt işveren arasındaki hukuki ilişki bu bakımdan istisna, vekâlet, kira, taşıma veya işletme sözleşmelerine dayanabilecektir¹³⁵.

Günümüzde yürürlükte bulunan yasamızın ilgili maddesi incelendiği takdirde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasına yönelik olarak belirli koşulların arandığı anlaşılmaktadır. Bu koşullar ise; işyerinde işçi çalıştıran asıl işverenin bulunması, işin asıl işverene ait işyerinde yapılması, işin işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimi ile bağlantılı olması, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle

¹³³ *Ünsal*, 536.

¹³⁴ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 113.

¹³⁵ *Ünsal*, 539.

uzmanlık gerektiren bir iş olması(yardımcı işler dışında asıl iş için geçerli olan bir şart) ve işçilerin sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırılması şeklinde sıralanabilir¹³⁶.

Yukarıda tanımını ve kurulabilmesi için gerekli olan koşullarını belirttiğimiz asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile ödünç iş ilişkisi arasında ciddi noktalarda benzerlikler bulunduğu görülmektedir. Mesela; her iki hukuki kavramda üç köşeli bir nitelik taşımaktadır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde; asıl işveren, alt işveren ve alt işveren işçisi bulunmaktadır. Bundan başka ödünç iş ilişkisinde nasıl ki ödünç işçi, iş görme edimini ödünç alan işveren yanında yerine getirirken ödünç veren işverenle iş sözleşmesi varlığını koruyorsa, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde de işçi, asıl işverenin işyerinde çalışmakla birlikte iş sözleşmesinin karşı tarafı olarak alt işveren kalmaktadır. Bir diğer benzerlik ise; asıl işveren, alt işverenin işçisinin kendi işyerinde çalıştığı süre için kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumlu olmaktadır ve SSK. md.87'ye göre sosyal sigortalar kanununun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır. İşte ödünç iş ilişkisinde de ödünç alan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden ödünç veren işverenle birlikte sorumlu olmakta ve iş kanununda işverenler için öngörölmüş diğer borçlar, ödünç iş ilişkisi ile bağdaştığı oranda, ödünç alan işverenler içinde söz konusu olmaktadır(İK md.7/iv)¹³⁷. Bu bakımdan gerek asıl işveren gerekse de ödünç alan işveren bakımından, işçinin kendi işyerlerinde çalıştığı

¹³⁶ Daha ayrıntılı bilgi için Bkz: *Süzek*, 136-149.

¹³⁷ *Odaman*, 43. *Süzek*, 235. İş Kanunu md.7'nin ödünç alan işverenler açısından getirdiği müteselsil sorumluluğun İş Kanunu dışındaki ödünçlerde de(bu kapsamda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde de) geçerli olduğunu isabetli olarak düşünen yazarlar mevcuttur. (*Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 114).

dönem için benzer şekilde alt işverenler ve ödünç veren işverenlerle müteselsil sorumluluk meydana getirilmiştir.

aaa. İki Hukuki Kurum Arasındaki Farklar

1. Bir İşverenden İş Alınması Bakımından

İki kavram arasında benzerlikler bulunsa da aralarında ayırım yapmamızı sağlayan çok ciddi farklılıklar da mevcut bulunmaktadır. İlk olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinde tarafların amacı asıl işverene işçi temin etmek değildir, aksine alt işverenlerin amacı alt işverenden iş alabilmek yani bir işi üstlenebilmektir. Bir işverenden işin alınması unsuru, asıl işveren-alt işveren ilişkisini diğer üçlü ilişkilerden; hem iş aracılığından hem de ödünç iş ilişkisinden ayırmaktadır¹³⁸.

2. İfa Borcu Bakımından

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde, belirttiğimiz üzere alt işveren, asıl işverenden almış olduğu işi kendi işçileri ile yerine getirmektedir ve genellikle asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki eser, işletme vb. sözleşmelere dayanmaktadır. Dolayısıyla alt işveren bir ifa borcu altına girmektedir. Özellikle eser sözleşmesi temeline dayanan alt işverenlik ilişkilerinde alt işverenin borcu bir eser yani sonuç meydana getirmektir. Oysaki ödünç iş ilişkisinde ödünç verenin böyle bir borcu bulunmamakta, belirli bir sonucun ortaya çıkması durumu söz konusu olmamaktadır. Ödünç veren işveren, iş sözleşmesi ile çalıştırdığı işçisinin iş görme edimini talep hakkını geçici bir süre için bir başka işverene devretmektedir. Ayrıca eser sözleşmesi temeline dayalı alt işverenlik ilişkilerinde alt işverenin, eserin her türlü kusurdan arı olduğuna dair garanti ve tekeffül yükümlülüğü varken, ödünç iş ilişkisinde ödünç

¹³⁸ *Odaman*, 39. *Alpagut*, Mesleki, 572.

veren işverenin bu çeşit bir yükümlülüğü söz konusu olmamakla birlikte ödünç alana karşı verdiği işçinin aranılan niteliklere sahip olduğu konusunda bir sorumluluğu vardır¹³⁹.

3. İşçinin Verdiği Zarardan Sorumluluk Bakımından

Alt işveren ilişkisinde işçiler alt işverenin işçisidir ve bundan ötürü de asıl işveren karşısında üçüncü kişi ya da yabancı kişi olarak değerlendirilmeleri gerekmektedir. Bundan ötürü; alt işverenin işçilerinin, işlerin ifası sırasında başkalarına verdiği zararlardan asıl işvereni gerek istihdam eden sıfatıyla(BK. md.55) gerekse de ifa yardımcısının borca aykırı davranışı nedeniyle(BK. md.100) sorumlu tutabilmek mümkün değildir. Hâlbuki ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işveren işçiye talimat verebilme yetkisine sahip olduğundan ötürü ve ödünç veren işverenin(geçici istihdam bürosunun) ödünç alan işverene karşı bir sonuç meydana getirme borcunun da bulunmamasından ötürü, ödünç işçinin hangi türde olursa olsun, ödünç alan işverenin yanındaki çalışması esnasında başkalarına vermiş olduğu zararlar nedeniyle ödünç alanın ifa yardımcısıdır ve bu nedenle sorumluluk (BK. md.55-md.100) ödünç alan işverene düşmektedir¹⁴⁰.

4. Kurulan İlişkinin Sürekliliği Bakımından

Ödünç iş ilişkisi geçici bir süre için kurulduğundan geçici bir nitelik taşımaktadır. Buna karşılık asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçici bir nitelik taşıması mümkün olduğu kadar, sürekli(devamlılık gösteren) bir nitelik taşıması da mümkündür. Şöyle ki; müteahhit olan bir asıl işveren düşünecek olursak, bir arsa sahibine karşı üstlendiği bina yapım işinde kaba inşaatı kendi işçileri ile yerine getirmekle birlikte

¹³⁹ *Alpagut*, Mesleki, 573. *Odaman*, 41. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 114. *Akyiğit*, Ödünç İş, 71.

¹⁴⁰ *Akyiğit*, Ödünç İş, 72. *Odaman*, 42.

binanın boyama işlerini bir başka işverene vermesi durumunda asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçici bir nitelik gösterecekken, yardımcı iş olarak kabul edilebilecek olan yemek, personel taşıma, yükleme boşaltma vs. gibi işlerde alt işveren iş aldığı anda asıl işveren-alt işveren ilişkisi devamlı bir nitelik taşıyacaktır¹⁴¹.

5. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulabilmesindeki Yardımcı İş ve Asıl İş Ölçütü Bakımından ve Muvazaa Kıstası

İş kanunumuz gereğince asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin ‘yardımcı’ veya ‘asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren’ bir işin olması gerekmektedir. Bu bakımdan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi olanağı sınırlandırılmıştır. Oysa ödünç iş ilişkisinin kurulmasında açıkça bu şekilde sınırlayıcı ve keskin ayrımlara gidilmemiş, gerek asli işlerde gerekse de tali işlerde kurulabilmesi mümkün görünmektedir. Sadece mevzuatımızda getirilen ödünç iş ilişkisine yönelik tek sınırlama bulunmaktadır, o da md.7 gereğince farklı işverenler arasında bu tür bir ödünç iş ilişkisinin kurulması halinde işçinin benzer işlerde çalıştırılmasıdır. Bu bakımdan öğretide ödünç alan işverenin, isterse genel müdür olarak isterse de çaycı(hizmetli) olarak ödünç işçi istihdam edebilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir¹⁴².

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, asıl işverenin aynı birimde, aynı üretim hattında kendisine sözleşme ile bağlı olan işçilerin yanında alt işverenin işçilerini çalıştırması mümkün değildir. Bu durum muvazaa teşkil etmektedir ve asıl işverenlerin asıl işi bölerek iş hukuku yükümlülüklerini dolanmaları

¹⁴¹ Odaman, 40.

¹⁴² Odaman, 40.

engellenmektedir. Hâlbuki ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işverenin, benzer işlerde kendi işçilerini ödünç işçilerle birlikte çalıştırabilmesine engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde bu bakımdan benzer iş koşulu dışında bir kısıtlamanın getirilmemiş olması sorun yaratmayacaktır. Nitekim meslek edinilmemiş olan türde amaç ekonomik kriz gibi sıkıntı dönemlerini atlatmak veya vasıflı bir elemanın örneğin holding bünyesine bağlı çeşitli şirketlerde çalıştırılarak yetişmesine yardımcı olmaktır.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ise, ülkemizde yasal bir düzenlemeye konu olmadığından sorun yaratabilecek niteliktedir. Kimi işverenler, sırf alt işverenlik ilişkisine yönelik olan bu tür kısıtlamalardan kurtulmak için birden çok işçiyi ödünç alarak örneğin asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmeyen işlerde kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olmayan ödünç işçiler çalıştırabileceklerdir¹⁴³. Genellikle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde işçiler, daimi işçilere nazaran daha düşük ücretlerle çalıştırılmaktadırlar. Bu durum karşısında Avrupa Ülkeleri yaptıkları düzenlemeler ile ödünç işçilerinde, ödünç alan işverenin işyerinde aynı işi yapan emsal işçi ile eşit ücret alması yolunda önlemler almaktadırlar. Fakat bizim ülkemizde bu hususun takip edilebilmesi söz konusu değildir. Gerçi iş kanunu md.5'e göre işverenin eşit davranma ilkesi olduğu ileri sürülebilir, fakat ücret ödeme borcu geçici istihdam bürosundadır ve ödünç işçinin asıl işvereni de geçici istihdam bürosudur. İşte bu bakımdan ödünç alan işverenlerin, düşük ücretle ödünç işçi çalıştırarak kanunlara saygılı işverenler karşısında haksız rekabet yaratmalarının engellenebilmesi ve işçilerin korunabilmesi için bir takım kısıtlamalara gidilmesi şarttır. Bu kısıtlamalara gidilirken 1475 sayılı

¹⁴³ *Odaman*, 41.

yasa döneminde nasıl ki Yargıtay alt işverenlik uygulamalarının kötüye kullanılmasını engellemek için muvazaaya ilişkin genel hükümlere dayanıyor idiyse, şimdi de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından göz önüne alınmalıdır.

Muvazaaya ilişkin genel hükümler borçlar kanunumuzda yer almaktadır. Muvazaa kavramı, tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerini doğurması konusunda anlaşmaları olarak ifade edilebilir¹⁴⁴. İşte tarafların üçüncü kişileri aldatmak için yapmış oldukları işleme görünürdeki işlem denmektedir. Örneğin, bir borçlunun, alacaklılarının takibinden kurtulmak için mallarını bir başkasına devretmesi halinde bu devri sağlayan işlem, görünürdeki işlemdir ve hukuki niteliği itibariyle de muvazaalı işlem ile aynıdır. Bir diğer deyişle, görünürdeki işlem ile muvazaalı işlem aynı işlemdir¹⁴⁵.

Bu şekilde ortaya çıkan muvazaa, çeşitli ayrımlara tabi tutulabilmektedir. Bir kere tarafların aralarında yaptıkları görünüşteki işlem hiç hüküm doğurmayacaksa, yani herhangi bir işlem yapmayı düşünmedikleri halde, sırf üçüncü kişilere karşı onları aldatmak amacıyla görünüşteki işleme başvurmuşlarsa buna mutlak/adi muvazaa denmektedir¹⁴⁶. Ancak görünüşteki işlemin arkasına bir başka sözleşme gizlenmişse yani taraflar gizli bir sözleşmenin hükümlerini doğurması konusunda anlaşmışlarsa buna da nisbî/mevsuf muvazaa denmektedir¹⁴⁷. Nisbî muvazaadaki görünüşteki işlemin arkasında bulunan işleme gizli işlem adı verilir. BK. md.18 ile sadece nisbî muvazaa düzenleme konusu yapılmıştır¹⁴⁸. Örneğin bir kişi, gizlice

¹⁴⁴ *Oğuzman-Öz*, 108.

¹⁴⁵ *Eren*, 325.

¹⁴⁶ *Oğuzman-Öz*, 109. *Eren*, 327.

¹⁴⁷ *Oğuzman-Öz*, 109.

¹⁴⁸ *Eren*, 327-328.

metres hayatı yaşadığı sekreterine bir daire bağışlamak istemekle birlikte, her iki tarafında dedikodulardan ve aralarındaki gizli ilişkinin ortaya çıkmasından çekinmesi halinde, tarafların gerçek iradelerine uyan bağışlamayı gizlemek için tapuda hiçbir şekilde sonuç doğurmasını istemedikleri muvazaalı bir satış sözleşmesi düzenlemeleri nisbî muvazaa oluşturmaktadır. Görünüşteki işlem muvazaalı olan satış sözleşmesidir. Tarafların gerçek iradesini yansıtan ve hukuki sonuç doğurmak üzere yapılan gerçek işlem, bir diğer deyişle gizli işlem ise bağışlamadır¹⁴⁹.

Belirtmiş olduğumuz her iki muvazaa tipinde de, taraflar görünüşte bir işlem yapmakta, bununla birlikte bu işlemin gerçek iradelerine uymadığı, bu sebeple de hiçbir hukuki hüküm doğurmayacağı konusunda anlaşılmaktadır. İşte bu şekilde hem mutlak hem de nisbî muvazaada ortaya çıkan görünüşteki işlemin hiçbir şekilde hukuki sonuç meydana getirmemesi, sırf görünüşte kalmasını sağlayan anlaşmaya muvazaa anlaşması denmektedir. Hemen ifade edelim ki muvazaa anlaşması geçerliliği açısından bir şekle tabi değildir¹⁵⁰.

Kısaca tanımını ve çeşitlerini belirttiğimiz muvazaanın yaptırımının ne olduğuna değinilmesi gereklidir. Muvazaalı işlem olan görünüşteki işlemde, tarafların sadece görünüşteki beyanları birbirine uygundur. Yani tarafların işlem iradesi ile beyan iradesi mevcut değildir. Tersine tarafların iradesi, muvazaalı işlemin geçerli olmaması hususunda birbirine uygundur. Bu nedenlerle görünüşteki işlem, taraflar arasında geçersiz olup hüküm ve sonuç doğurmaz¹⁵¹. Bu hükümsüzlüğün niteliğinin ne olduğu tartışmalıdır. Muvazaalı işlemin kesin hükümsüz olduğu yani muvazaalı

¹⁴⁹ *Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpacı*, 346.

¹⁵⁰ *Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpacı*, 346.

¹⁵¹ *Eren*, 330.

işleme bağlanan hukuki sonucun geçersizlik müeyyidesi butlan¹⁵² olduğu¹⁵³ savunulmakla birlikte muvazaalı işlemin hiç meydana gelmediği, burada bir yokluğun¹⁵⁴ bulunduğu¹⁵⁵ da iddia edilebilmektedir. Her iki görüşe göre de, işlemin muvazaa sebebiyle hükümsüzlüğünü taraflar gibi üçüncü kişilerde ileri sürebilir. Hâkim, dava içeriğinden anlaşılan muvazaayı re'sen göz önüne alabilir¹⁵⁶. Bu şekilde görünüşteki muvazaalı işlem, başından itibaren geçersiz olup taraflar arasında herhangi bir alacak ve borç doğurmaz, işlemin geçersiz olması sebebiyle taraflar bir zarara uğramış olsalar bile, bunu birbirinden talep edemezler. İlaveten muvazaalı işlem zamanla geçerlilik kazanmaz ve muvazaa sebebi ortadan kalkmış olsa bile, muvazaalı işlem geçerli hale gelmez¹⁵⁷. Şimdiye kadar bilhassa görünüşteki işlemin yaptırımını üzerinde durulmuştur. Bunun yanı sıra nisbî muvazaa halinde gizli işlemin yaptırımının, yani hüküm ve sonuçlarının ne olacağına da kısaca değinilmesi gereklidir.

Nisbî muvazaadaki gizli işlem, tarafların gerçek iradelerine uygun olduğu için, kanunun öngördüğü şekil ve esas şartlarını taşıyorsa, bir diğer deyişle geçerlilik şartlarına haiz ise muvazaadan etkilenmez ve geçerli bir sözleşme olarak hüküm ve sonuç doğurur¹⁵⁸. Gizli işlemin geçerliliği de bir takım şartların gerçekleşmesine bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla gizli işlemin geçerliliği, onun içeriğinin

¹⁵² Butlan, bir sözleşmenin kurucu unsurları mevcut olduğu için doğduğunu, fakat geçerlilik şartlarından kamu düzenin ilgilendirecek düzeyde olanların gerçekleşmemiş olması halinde sözleşmenin batıl olmasını ifade etmektedir. Butlan deyimi özellikle, BK. md.20'deki sözleşmenin konusunun imkânsız ya da hukuka, ahlaka aykırı olduğu hallerdeki hükümsüzlük için kullanılmıştır. (*Oğuzman-Öz*, 137).

¹⁵³ *Eren*, 331.

¹⁵⁴ Yokluk, sözleşmenin kurucu unsurlarını teşkil eden karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarının bulunmaması halinde sözleşmenin varlık kazanamamasını, sözleşme ilişkisinin kurulamamasını yani sözleşmenin hukuken yok olduğunu ifade etmektedir. (*Oğuzman-Öz*, 137).

¹⁵⁵ *Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpaci*, 354-355.

¹⁵⁶ *Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpaci*, 355.

¹⁵⁷ *Eren*, 331.

¹⁵⁸ *Oğuzman-Öz*, 111. *Eren*, 335.

hukuka ve ahlaka aykırı olmamasına, konusunun mümkün bulunmasına(BK. md.20/1), gizli işlemin hata, hile, ikrah, gabin gibi sebeplerden biriyle sakat olmamasına bağlıdır. Ayrıca tarafların, gizli işlemin esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olmaları gerektiği gibi, gizli işlem ancak kanunen öngörülen şekilde yapıldığı takdirde geçerli olacaktır. Burada yukarıda nisbî muvazaaya ilişkin bir taşınmazın bağışlanmak istenirken satış gibi gösterildiği örneği hatırlayacak olursak, satış sözleşmesi yani görünüşteki işlem, tarafların gerçek iradelerine uymadığı, muvazaalı olduğu için geçersiz olacakken, gizli işlemi oluşturan bağışlama sözleşmesi ise tarafların iradeleri gerekli şekil şartı içinde beyan edilmediği için hükümsüz olacaktır¹⁵⁹.

İşte muvazaa yukarıdaki şekilde özetlenebilmekle birlikte, iş hukukunda ödünç iş ilişkisi ve asıl işveren-alt işveren ilişkisi bakımından ne şekilde ortaya çıktığına bakacak olursak burada her halükarda bir görünüşteki işlem, birde gizli işlem bulunacaktır. Dolayısıyla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin hükümlerinden kaçınmak amacıyla yapıldığı takdirde, görünüşteki işlem ödünç iş ilişkisi olacakken, gizli işlem ise asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak ortaya çıkacaktır. Bu çeşit bir muvazaa, nisbî muvazaayı işaret ettiğinden, yukarıda anlattığımız şekilde görünüşteki ve gizli işlemin geçerli olup olmadığının tayini yoluna gidilmesi gerekmektedir. Bu nedenle ödünç alan işveren ve ödünç veren işveren olarak görünen tarafların üçüncü kişileri aldatmak maksadıyla fakat kendi iradelerine uymayan muvazaalı olarak yapmış oldukları işçi sağlama sözleşmesinin muvazaalı olması sebebiyle hüküm doğurmadığı kabul edilmelidir. Zira BK. md.18

¹⁵⁹ *Eren*, 335-336.

uyarınca tarafların gerçek iradeleri dikkate alınmaktadır¹⁶⁰. Bununla birlikte gizli işlem olan ve kurulmak istenen asıl işveren-alt işveren ilişkisi bakımından konu ele alınacak olursa burada da kanundaki şartlara uyulmuş olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Açıkça taraflar kanunun muvazaalı olarak kabul ettiği asıl işin bir bölümünde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasını engellemeye yönelik düzenlemesini dolanmaya çalıştıklarından bu işlemde geçerli olarak kabul edilemeyecektir. Bu sebeple, ödünç işçi olarak çalışanlar baştan itibaren ödünç alan işverenin işçisi olarak kabul edilip ona göre işlem görmeleri gerekmektedir. Hemen belirtelim muvazaayı ispat yükü bunu iddia edene düşecektir¹⁶¹. Bununla birlikte iyi niyetli olarak kurulmuş meslek edinilmiş ödünç iş ilişkilerine ise itibar edilmelidir. Yani her somut olayın özelliğine bakılmalıdır.

Kurulmuş olan bir meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin, iyi niyetli olup olmadığının tespitinde ise yabancı ülkelerin konuya ilişkin getirmiş oldukları ve bizimde ödünç iş ilişkisinin türlerinden ‘meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini’ anlatırken değindiğimiz¹⁶² kıstaslardan yararlanılabilir. Dolayısıyla geçici olarak işe devam edemeyen ancak işe geri dönme hakkı bulunan daimi personelin yerine, normal üretim sürecinde bulunmayan geçici nitelikteki uzmanlık gerektiren işlerde, fazla çalışma ile karşılanamayacak bir siparişin hazırlanmasında, piyasadaki mevsime bağlı dalgalanma veya geçici işsizlik durumlarında istihdamda esneklik sağlanması gibi hallerde¹⁶³, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulacak olursa bunların geçerliliğine itibar edilmelidir.

¹⁶⁰ *Oğuzman-Öz*, 108-109.

¹⁶¹ *Oğuzman-Öz*, 109.

¹⁶² Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine hangi sebeplerle başvurulduğu konusunda Bkz. s. 39.

¹⁶³ *Uşen*, 2. *Odaman*, 18.

Yargıtayın vermiş olduğu bir kararı¹⁶⁴, burada belirttiklerimize yakın bir nitelik taşımaktadır. Yargıtay söz konusu kararda, davacı işçinin, iş sözleşmesinin geçersiz olarak feshedildiğı iddiası, buna karşılık davalı şirketin, davacının dava dışı İlke Personel Yönetimi ve Taşeronluk Hizm. Ltd. şirketinin elemanı olduğı ve işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin işverenince feshedildiğı beyanları karşısında, davalı şirket ile dava dışı İlke Personel Yönetimi ve Taşeronluk Hizm Ltd. şirketi arasında yapılan 3.12.1999–31.12.2008 yürürlük süreli sözleşmede davalı şirketin kauçuk ve plastik hortum üretimi ile ilgili işçilik hizmetlerinin dava dışı İlke Personel Yönetimi ve Taşeronluk Hizm. Ltd. şirketi tarafından temin edileceğini ve davacının anılan sözleşme kapsamındaki işlerde çalışması devam ediyorken, iş sözleşmesinin davalı işverence feshedilmiş olduğunu tespit etmiştir. Bu tespitlerden hareketle iş kanunu md.2/VI-VII fıkraları gereğince işletmenin ve işin gereğı ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverene verilmeyeceğı gibi, işçi temini amacıyla yapılan sözleşmelerin de söz konusu hükümler kapsamında değerlendirilemeyeceğine, sözü edilen sözleşme ile dava dışı şirkete yaptırılan işin davalı şirketin asli işi olduğuna, iş sözleşmesinin davalı şirket tarafından feshedilmiş olduğu da dikkate alındığında davalı şirket ile dava dışı İlke Personel Yönetimi ve Taşeronluk Hizm. Ltd. şirketi. arasında yapılan sözleşmenin geçersiz olduğu ve aralarında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmadığına, davacının sigorta kayıtlarında dava dışı firmanın işçisi gibi gösterilmesinin muvazaalı işleme dayandığına hükmederek davacının tek ve gerçek işverenin davalı şirket olduğunu kararlaştırmıştır.

¹⁶⁴ Y9HD, 12.02.2007, 32217/3258, www.kazanci.com, 26.05.2008.

Yargıtay'ın verdiği bu karar yerindedir. Olaydan da anlaşılacağı üzere her ne kadar işçi, bir başka işverenin(dava konusu olayda dava dışı şirketin) işçisi olarak gösterilmiş olsa da hem davalı işverenin işyerinde çalışmakta hem de iş sözleşmesi, sözleşmenin tarafını teşkil eden şirketçe değil de davalı şirket tarafından feshedilmektedir. Aslında ödünç alan işverenlerin, ödünç işçilerin iş sözleşmelerinin sona ermesi kısmında ayrıca belirtecek olmamızla birlikte, kendi işyerlerinde çalışan ödünç işçilerin iş sözleşmelerini sona erdirmeye bir başka deyişle feshetmeye yönelik hakları bulunmamaktadır. Yargıtay kararına konu olan olayda ise, iş sözleşmesi davalı şirketçe feshedildiğinden, aslında asıl işveren-alt işveren ilişkisinden ziyade taraflar arasında bir ödünç iş ilişkisinin kurulduğundan bahsedilebilir. Çünkü iş sözleşmesini davalı şirket feshediyorsa, ödünç işçinin(olayda alt işverenin işçisi olarak gözüken kişi) iş görme edimini yerine getirirken de talimatları ödünç alan işveren olarak görülen davalı şirketten aldığı algılanabilir. Durum böyle olunca, aslında tarafların kurmak istedikleri sözleşmeyi gizledikleri, amaçlarının asıl işin bir bölümünde de kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olmayan işçiyi istihdam etmek olduğu ve dolayısıyla davalı şirket ile dava dışı şirket arasında yapılmış olan sözleşmenin Yargıtay kararında da işaret edildiği üzere muvazaaya dayandığı anlaşılmaktadır. Daha önce belirttiğimiz bilgiler dâhilinde burada görünüştaki işlem, asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak ortaya çıkarken, gizli işlem ise ödünç iş ilişkisidir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi bu nedenle tarafların gerçek iradelerine uymadığı için geçersizdir ve hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Bununla birlikte gizli işlem niteliğinde olan ödünç iş ilişkisinin ise kurulma nedenlerine bakılması gereklidir. Eğer daha önceden belirttiğimiz ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesinde gerekli olan nedenlerle ödünç iş ilişkisi kurulmuşsa, taraflar

arasındaki hukuki ilişki geçerliliğini muhafaza edecektir. Olaya baktığımızda ise asıl işveren olarak adlandırılmış ödünç alan işverenin, uzun süreden beri bu şekilde işçi çalıştırdığı, geçicilik niteliğinin söz konusu olmadığı ve dava dışı İlke Personel Yönetimi ve Taşeronluk Hizm. Ltd. şirketini paravan olarak kullandığı anlaşılmaktadır. Gizli işlemin geçerli olabilmesi için amacının kanuna, ahlaka vs. aykırı olmaması gereklidir. Bir başka deyişle ödünç iş ilişkisinin her iki türünün de kurulabilmesinde baz alınan koşulların olayda gerçekleşmediği görülmektedir. Sonuç olarak işçi, en baştan itibaren davalı şirketin işçisi olarak kabul ve işlem görmelidir.

6. Yönetim Hakkı Bakımından

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile ödünç iş ilişkisindeki arasında çok önemli bir fark daha bulunmaktadır. Asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı yönetim hakkı bulunmadığından, onlardan işin ifasını istemesi mümkün değildir. Zira alt işverenin işçisi, her ne kadar iş görme edimini asıl işverenin işyerinde yerine getirse de, o işyeri aynı zamanda alt işverenin işyeri niteliğini taşımaktadır. Dolayısıyla yönetim hakkı ve buna ilişkin yetkiler sadece alt işverene aittir¹⁶⁵. Hâlbuki ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçi normal bir işçiden farklı olarak, işin yapılmasına dair talimatları iş sözleşmesinin tarafı olan kendi işvereni veya onun adına hareket eden işveren yardımcısından ziyade, tarafı olduğu iş sözleşmesine yabancı üçüncü bir kişiden(ödünç alan işverenden) veya onun adına hareket eden işveren vekilinden almaktadır. Bunun yanında ödünç işçinin, ödünç alan işverene karşı belli ölçüde sorumluluk ve sadakat gösterme yükümü olduğu kadar, iş sözleşmesinin tarafını teşkil eden işverenine karşıda sadakat borcu varlığını devam ettirmektedir. Ayrıca ödünç veren işverenin yönetim hakkı belli bir ölçüde devam etmektedir. İşte

¹⁶⁵ *Odaman*, 39. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 114.

belirtmiş olduğumuz bu ölçüt ödünç iş ilişkisinin, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden ayırt edilmesinde etkili olduğu kadar tüm üç taraflı ilişkilerden ayıran bir niteliğe sahiptir¹⁶⁶.

Belirttiğimiz son ölçüt bakımından ülkemizde Yargıtay kararlarına yansımış uygulamalara değinmek gereklidir. Bazı olaylarda işçi, asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde çalıştırılıyor gözükmese de rağmen talimatları asıl işverenden almakta ve genel olarak alt işverenler değişmesine rağmen aynı işte ve işyerinde çalışmaya devam etmektedirler¹⁶⁷. Hemen ifade edilmelidir ki; muvazaa veya kanuna karşı hile teşkil edebilecek çeşitli yöntemlere karşı Yargıtay, son derece duyarlı davranmakta ve mümkün mertebe önüne gelen ihtilaflarda bunları engellemeye çabalamaktadır¹⁶⁸. Belirttiğimiz yöndeki uygulamalara ilişkin Yargıtay'ın vermiş olduğu örnek bir kararına¹⁶⁹ baktığımızda, bir belediye tarafından, 24.12.2004 tarihli ve belediyelerin temizlik işlerini alt işverene vermesine imkân tanıyan belediyeler kanununun yürürlüğe girmesinden önce belediyelerin asıl işinden sayılan temizlik işini alt işverene verdiği ve alt işverenler değişmesine rağmen işçilerin ara vermeden aynı işte ve işyerinde çalıştıkları belirlenmektedir. Yargıtay vermiş olduğu kararda, 24.12.2004 tarihinden önce belediyelerin asıl işlerini alt işverene vermelerinin 4857 sayılı iş kanunu gereğince mümkün olmadığını ve iş kanununun 2. maddesinin 7. fıkrası gereğince kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaalı olduğundan, bu işte çalıştırılan işçilerin davalı belediyenin işçileri olduğunun kabul edilmesine

¹⁶⁶ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 137. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 114.

¹⁶⁷ *Odaman*, 40.

¹⁶⁸ *Ergin*, 75

¹⁶⁹ Y9HD, 19.06.2006, 15067/17766, *Legal İSGHD*, Sayı:13 Cilt:4 2007, 360-362. Aynı yönde, Y9HD, 24.04.2006, 8332/11303, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:2 Sayı:7 2007, 189-190. Y9HD, 04.11.1996, 18799/20485, *Demir*, Değerlendirme, 200.

hükmetmiştir. Buna benzer verilmiş bir başka kararda¹⁷⁰ ise uzun süreden beri aynı işyerinde farklı taşeronlarla yapılmış iş sözleşmesi ile çalışan işçinin bulunduğu ve esasen davalı ile taşeron olarak iş verilen kişiler arasında yapılan sözleşmelerde işçinin işe alınması, nitelikleri, işten çıkarılması ve ücretlerinin belirlenmesi konularında tüm yetkilerin davalı kuruma tanındığını, bütün bu olguların, davacının gerçekte davalının işçisi olduğunu, asgari ücretle çalıştırılabilmesi için görünümde bir taşeronun aracı olarak gösterildiğini belirterek işçinin çalıştığı tüm süre için işçilik haklarını davalı işverenden isteyebileceği ve Toplu İş Sözleşmesi(TİS)'den yararlanabileceği sonucuna ulaşmıştır. Her ne kadar Yargıtay genel olarak bu gibi durumlarda muvazaa olduğunu kabul etse de işyerinde taşeronların değişmesine rağmen aynı işçilerin çalışmaya devam ettiği ve işverenlik sıfatı ile ilgili tüm yetkilerin asıl işverende toplandığı olaya ilişkin bir başka kararında¹⁷¹, yukarıda belirttiğimiz kararlarının aksine-her ne kadar taraflar arasındaki ilişkinin muvazaaya dayanıp dayanmadığının yeterli bir biçimde araştırılması gerektiğine işaret etmekteyse de alt işverenlik ilişkisinin bulunmadığına hükmetmemiştir. Hâlbuki belirtilen niteliği taşıyan işçilerle, alt işveren olarak adlandırılan kişiler arasında bir sözleşmesel ilişkinin bulunduğunu söylemek mümkün ve inandırıcı değildir¹⁷².

Görüldü üzere, genel olarak Yargıtay tarafından verilmiş olan kararların ortak özelliği, tarafların arasında imzaladığı asıl işveren-alt işveren sözleşmesini muvazaalı olarak kabul ettiğinden, iş kanunu gereğince işçileri en baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak saymak ve çalıştıkları tüm süreye ilişkin işçilik haklarının muhatabının asıl işveren olduğuna ve işçilerin koşulları varsa TİS'den de yararlanacağı yolunda

¹⁷⁰ Y9HD, 25.04.1995, 3521/14038, *Ergin*, 75. Aynı yönde, YHGK, 10.06.1998, 9-402/462, *Demir*, Değerlendirme, 201.

¹⁷¹ Y9HD, 18.11.1997, 16673/19164, *Soyer*, 22-23.

¹⁷² *Soyer*, 23.

sonsuca varmaktır. Fakat bu kararlar bir başka ortak özelliği de ihtiva etmektedirler. Gerçektende aslında bu olaylarda taraflar arasında ödünç iş ilişkisinin olup olmadığı üzerinde hiç durulmamıştır. Şimdiye kadar bahsettiğimiz olaylardan çıkan sonuç, ödünç iş ilişkisinin temel birkaç unsurunu bünyelerinde barındırdıklarıdır. İlgili kararlarda yer alan alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin aynı işyerinde ve işte çalışması durumunu değerlendirecek olursak, salt alt işverenlerin değişmesi iş kanunu md.6 kapsamında işyerinin devri olarak ele alınabilir. Söz konusu maddeye göre devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçmektedir. Dolayısıyla bir işyeri devri olduğunu düşünmemizin sağlayacağı fayda, işçinin kıdeminin korunması ve hiç değilse kıdeme bağlı haklar yönünden hak kaybına uğramamasıdır. Bunun yanında asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işverenin işçileri asıl işverenin işyerinde çalışmakla birlikte emir ve talimatı, iş sözleşmesi ile bağlı oldukları alt işverenden almaktadırlar ve asıl işverenin işyerinde çalıştıkları bölüm onlar için ayrı bir işyeri niteliğini taşımaktadır. Fakat genellikle alt işverenlerin değişmesine rağmen işçilerin aynı işte ve işyerinde çalışmaya devam ettiği asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde emir ve talimatları asıl işverenden almaktadırlar. Nitekim belirtmiş olduğumuz kararların bir kısmında da asıl işveren olarak gösterilen işverenlere, alt işveren işçilerini işe alma, niteliklerini belirleme, işten çıkarma ve ücretlerini belirleme konusunda yetkiler tanındığı görülmektedir. Bir işçinin, arasında iş akdi bulunmadığı halde bir başka işverenden emir ve talimat alması ödünç iş ilişkisinin karakteristik bir özelliğidir. Ayrıca ödünç iş ilişkisinin bir diğer temel özelliğini oluşturan unsurda geçici bir nitelik taşımasıdır.

Buradan çıkan sonuç aslında alt işveren olarak nitelendirilen kişi ile asıl işveren olarak nitelendirilen kişi arasında bir ödünç iş ilişkisinin kurulduğu ve onlarında ödünç alan işveren ile ödünç veren işveren sıfatlarını taşıdıklarıdır. Taraflar arasında işçi sağlama sözleşmesinin bulunduğunu ileri sürerek aralarında ödünç iş ilişkisinin kurulduğunu ileri sürmemizin nedenini, genel muvazaa hükümlerine dayanmamız oluşturmaktadır. Bu tip olaylarda da karşımıza nisbî muvazaa örneği çıkmaktadır. Buna göre taraflar arasında kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisi, görünüşteki işlem olarak tarafların gerçek iradelerine uymamasından dolayı geçersizdir. Bu durumda asıl hedefledikleri hukuki ilişki olan ödünç iş ilişkisi açısından durum ele alınmalıdır. Dolayısıyla ödünç iş ilişkisinin, hala geçici niteliğini muhafaza edip etmediğine bakarak bir neticeye varabilmemiz mümkündür. Eğer işçinin çalışması, geçici nitelikte kabul edilebilecek olursa iş sözleşmesi ödünç veren işverenle devam edecektir ancak geçici olarak kabul edemeyeceğimiz bir müddet söz konusu olursa ödünç alanla işçi arasında bir iş sözleşmesinin oluşmuş olduğu söylenebilecektir¹⁷³.

İşte acaba ödünç alan işverenle işçi arasında kurulduğunu kabul ettiğimiz iş sözleşmesinin başlangıcı ne şekilde tayin edilecektir. Normalde ödünç iş ilişkisi süresini aştığı takdirde işçi geri dönmezse iş sözleşmesini feshettiği düşünülerek ödünç alanla yeni bir iş sözleşmesi olduğu düşünülmektedir. Bu düşüncenin bu gibi uygulamalarda uygulanabilmesi söz konusu değildir. Zira burada işçiler yıllardan beri asıl işveren olarak gösterilen kişinin talimatları altında çalışmakta ve hiçbir zaman alt işverenlerin, iş sözleşmesi ile çalışan işçilerini geri götürdükleri veya götürmek istedikleri görülmemektedir. Kısacası kurulmuş olan ödünç iş ilişkisi de temelden sakattır. Tarafların amacının asıl işverenin, kendisine iş sözleşmesi ile bağlı

¹⁷³ *Odaman*, 40.

olan işçilerden daha düşük ücretle veya asgari ücretle işçi çalıştırmak olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla süre koşulu aşıldığı veya süre koşulu aşılsın ya da aşılmasın tarafların düşük ücretle işçi çalıştırmayı açıkça hedefledikleri olaydan çıkarılabiliyorsa, asıl işveren-alt işveren ilişkisi görünüşteki işlem olarak muvazaaya dayandığı, temeldeki ilişki ödünç iş ilişkisinin ise süresinin geçici sayılamayacak bir müddeti kapsadığı veya ödünç iş ilişkisi kurmak istenmesinin sebebinin ödünç alan işverenin geçici bir takım ihtiyaçlarının karşılanması olmaması nedeniyle geçersiz sayılmalıdır. Bu takdirde Yargıtayın verdiği kararlarda olduğu gibi, işçiler, başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmalı, işçiler tüm işçilik haklarını ödünç alan işverenden(asıl işverenden) isteyebilmeli ve koşullara sahipseler toplu iş sözleşmesinden de yararlanmalıdırlar. Yargıtay bahsettiğimiz kararlarda da aslında belirttiğimiz sonuçlara ulaşmaktadır, ancak bu durum yüksek mahkemenin doğru olan sonuca yanlış bir hükmü uygulayarak ulaştığı şeklinde nitelendirilebilir.

bbb. Yargıtay Kararları ile Belirlenmiş Bir Ölçüt – Hizmet Alım Sözleşmeleri

Yüksek mahkemenin, asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile ödünç iş ilişkisi ayrımını belirlemede tespit ettiği bir ölçüt bulunmaktadır. Bu ölçüt ise kısaca ‘hizmet alım sözleşmelerinin’ ödünç iş ilişkisine işaret ettiği yönündedir. Bu yönde verilmiş olan bir yüksek mahkeme kararında¹⁷⁴, 5272 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 15. maddesine göre; toplu taşıma hizmetleri, imtiyaz ve tekel oluşturmayacak şekilde ruhsat vermek suretiyle yerine getirilebileceği gibi, toplu taşıma hatlarını kiraya

¹⁷⁴ Y9HD, 12.09.2005, 23369/29420, *Güzel*, 33-34. Aynı yönde, Y9HD, 14.11.2005, 32448/35927, *Güzel*, 33-34. Y9HD, 14.10.1998, 11542/14409, *Akı*, 17-18. Y9HD, 11.07.2005, 18996/24710, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2005-18996.htm>, 26.05.2008. Y9HD, 06.03.2006, 38593/5375, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2005-38593.htm>, 26.05.2008.

verme veya 67. maddedeki esaslara göre hizmet satın alma yoluyla da yerine getirilebileceği, somut olayda ise Ankara Havagazı ve Otobüs İşletmesi Genel Müdürlüğü(EGO Genel Müdürlüğü) ile Buğsaş Başkent Ulaşım ve Doğalgaz Hizmetleri Proje Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasında ‘hizmet alım sözleşmesi’ yapıldığını ve bu sözleşme çerçevesinde EGO Genel Müdürlüğü bünyesindeki araçlarda 1500 şoför personelin çalıştırıldığı tespit edilmiştir. Bu durumda, uyuşmazlığın 4857 sayılı iş kanunu'nun 7. maddesinde sözü edilen geçici iş ilişkisi bağlamında çözülmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Yüksek mahkemenin bu yöndeki kararlarına bakıldığı takdirde, hizmet alım sözleşmesi ile işçi çalıştırılması halinde taraflar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunduğundan bahsedilemeyecektir. Hizmet alım sözleşmesini karşılayan sözleşme tipi taraflar arasında ödünç iş ilişkisinin kurulmasına yol açmaktadır.¹⁷⁵

Karara konu olayda Buğsaş ile EGO arasındaki sözleşmenin pek çok yerinde, EGO Genel Müdürlüğünün Buğsaş Kadrosunda bulunan işçiler üzerinde emir ve talimat verme yetkisine ilişkin hükümlerin yer aldığı görülmektedir. Ayrıca EGO, şoförlük hizmetlerini bir yandan kendisine bağlı şoförlerle yürütürken bir yandan da Buğsaş kadrosunda bulunan şoförleri çalıştırmaktadır. Bu itibarla ulaşım hizmetlerinin karşılanmasında, özel halk otobüsleri gibi belirli bir hattın verilip kişilerin kendine ait araçlarla ve kendi nam ve hesabına bu hatta yolcu taşımaları gibi bir durum yoktur. EGO’ya ait araçlara işçi temin edilmektedir. Bu görünümü itibariyle de asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmadığı anlaşılabilmektedir. Çünkü md.2’de işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği açık bir biçimde

¹⁷⁵ *Odaman*, 41.

düzenlenmiştir¹⁷⁶. Ayrıca belediyeler kanununun 15. maddesinde toplu taşıma hizmetlerinin kanunda sayılan diğer yolların dışında hizmet satın alma yoluyla da yerine getirilebileceğine yer verilmişse de, bundan anlaşılması gereken belediyeye ait araçlara doğrudan işçi temini değil, taşıma işlerinin dışarıdan bir şirkete yaptırılmasıdır¹⁷⁷.

Bu açıdan taraflar arasındaki hukuki ilişki, ‘ödünç iş ilişkisi’ olarak nitelendirilebilecektir. Öte yandan, bu ilişki meslek edinilmemiş ödünç iş ilişki yani md.7 kapsamında ele alınamayacaktır. Zira söz konusu şoförlerin Buğsaş’ta gerçek bir çalışmaları söz konusu olmayıp sırf EGO araçlarında çalıştırılmak üzere işe alınmışlardır. Bir başka deyişle, Buğsaş’ın işlerinde çalışırken onayları alınmak suretiyle, 18 ayı geçmemek üzere geçici nitelikte iş görme ediminin devri söz konusu değildir. Bu itibarla, iş kanunu md.7 hükmüne uymamaktadır¹⁷⁸. Ek olarak Buğsaş’ın 1500 otobüs şoförünü çalıştırabileceği kendisine ait bir işyeri de bulunmamaktadır. Tüm bu anlatılanlar tek bir noktaya işaret etmektedir. O da taraflar arasındaki ilişkinin ‘meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi’ olduğudur. Kurulan ödünç iş ilişkisinde kazanç elde edilmesi, kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olarak işçi istihdam eden ödünç veren işverenin, bu işçileri çalıştıracak kendi işyerinin bulunmaması ‘meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin’ unsurlarıdır. Bu kapsamda tabii ki EGO ödünç alan işveren sıfatını taşıyacakken, Buğsaş ise ödünç veren işveren sıfatına sahip olacaktır. Durum bu şekilde değerlendirildiği takdirde, EGO’nun kendi istihdam ettiği şoförlerin yanında Buğsaş’ın gönderdiği şoförlerinde bulunması ve kanunda belirtildiği şekilde hizmet satın almanın mevcut bulunmaması muvazaalı bir ilişkiye

¹⁷⁶ *Ekmekeçi*, Geçici, 112-113.

¹⁷⁷ *Ekmekeçi*, Geçici, 115.

¹⁷⁸ *Ekmekeçi*, Geçici, 112-113.

işaret etmektedir. Ayrıca kurulmuş olan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin de, geçicilik niteliğini yitirdiği ve açıkça belediyeler kanununa aykırı bir şekilde kurulduğu görülmektedir. Bu itibarla işçilerin, belirtmiş olduğumuz genel muvazaa hükümleri çerçevesinde en başından itibaren ödünç alan işveren EGO Genel Müdürlüğünün işçileri olarak kabul ve işlem görmeleri gereklidir. Bunun yanı sıra meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi taraflar arasında bulunduğu için Buğsaş'ın niteliği tartışma konusudur. Zira durum böyle olunca EGO açısından bakıldığında, ilişkinin diğer tarafını teşkil eden Buğsaş'ın geçici istihdam bürosu olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Yargıtay vermiş olduğu bir başka kararında¹⁷⁹, dava konusu olayda davacı işçinin, davalı asıl işverenin işçisi olduğu halde, düşük ücret ödeme ve toplu iş sözleşmesinden yararlanmasını engelleme amacıyla muvazaalı şekilde alt işverenin işçisi olarak gösterildiğini ileri sürdüğünü, ilk derece mahkemesinin de muvazaa iddiasını kabul ederek hükme vardığını belirlemiştir. Yargıtay, ilk derece mahkemesinin verdiği karar doğrultusunda, asıl işveren ve alt işveren arasında gerçek anlamda bir müteahhitlik ilişkisi olduğunu, dosya içerisinde mevcut bulunan ücret ve sigorta prim bordrolarından davacı işçinin ücretinin ve sigortalarının müteahhit tarafından ödendiğini belirleyerek, bu yönündeki belgelerden hareketle muvazaa iddiası reddetmiştir. Dolayısıyla işçi, alt işverenin işçisi olarak kabul edildiğinden asıl işverenin işyerindeki toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Hâlbuki karşı oy yazısında asıl işveren ile alt işveren müteahhitlik sözleşmesinin hukuken nitelikleri itibarıyla birbirinden tamamen farklı iki bölümden oluştuğu, ilk bölümde yükleme ve istif işlerinin müteahhidin kendi

¹⁷⁹ Y9HD, 04.07.2000, 8835/10280, **Engin**, Değerlendirme, 5-6.

işçileri ile yapacağı işler olarak kendisine devredildiği, kısaca İş Kanunu md.2’de belirtilen özelliklerde bir asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulduğu, ancak sözleşmenin “Fabrika Hizmetleri İçin Eleman Tayini” maddesine göre ise, “müteahhidin vecibesi olmayan işlerde” ve işverenin gerekli gördüğü yerlerde çalıştırılmak üzere” işverenin talebiyle müteahhidin 24 saat içinde istenilen özellikte işçi temin edeceği ve bu hizmeti karşılığında işçi başına belirli bir oranda komisyon alacağı belirtilmiştir. Yapılan incelemeler neticesinde de söz konusu işçilerin asıl işverenin işçileri ile aynı yerlerde çalıştıkları, talimat ve emirleri asıl işverenden aldıkları, çalışma saatleri ve izinlerinin asıl işveren tarafından düzenlendiği ve bu işçilerin müteahhidi tanımadıkları tespit edilmiştir.

Anlaşıldığı üzere davacı işçi, sözleşmenin birinci kısmını oluşturan asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında değil, sözleşmenin ikinci kısmında yer alan hizmet temini ile ilgili kısım çerçevesinde çalıştırılmaktadır. Burada ki üçlü ilişkisi, hukuki niteliği itibariyle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi olarak algılanabilecektir¹⁸⁰. Nitekim taraflar arasında hizmet teminini içeren bir sözleşme yapılmışsa bu ödünç iş ilişkisine işaret etmektedir. Yargıtay’ın vermiş olduğu karardan da anlaşıldığı üzere ücret ve sosyal sigorta primleri işçi temin eden müteahhit tarafından ödenmektedir. Ek olarak müteahhide, sağlamış olduğu işçi üzerinden ek komisyon ücreti ödemesinde de bulunulacaktır. Bu belirtilen tüm özellikler; işçinin iş sözleşmesi bulunan işverenin yanında değil de bir başka işverenin yanında ve onun talimatlarına bağlı olarak çalışması ve iş sözleşmesinin tarafını oluşturan işverenin bundan kar elde etme gayesi, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin başlıca özellikleridir. Buradan da aslında taraflar arasında meslek edinilmiş bir faaliyet olarak ödünç iş ilişkisinin

¹⁸⁰ *Engin*, Değerlendirme, 6.

yürütülmesinin amaçlandığı ortaya çıkmaktadır¹⁸¹. Bu sonuca ulaşıldığı takdirde, asıl işveren-alt işveren ilişkisindeki alt işverenin, yapmış olduğu sözleşmenin birinci bölümü gereğince hakikaten alt işverenlik sıfatını taşıdığı ancak aynı zamanda sözleşmenin ikinci bölümünden ulaşıldığı kadarıyla işyerinin bir bölümünü de işçi teminine özgülediği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan işyerinin, işçi teminine özgülediği kısmı meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini yürütme gayesini taşıdığından geçici istihdam bürosu niteliğini taşımaktadır.

ccc. Alt İşverenin Aldığı İşte Ödünç İşçi Çalıştırması

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile ödünç iş ilişkisinin iç içe geçebilmesi mümkündür. Şöyle ki; bir alt işveren, iş almış olduğu asıl işverenin işyerinde çalıştırdığı bir işçisini, bir başka işverenden ödünç almış olabilir. İşte böyle bir durum doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir görüş, ‘bir kimseye alt işveren denebilmesi için, asıl işverenin işyerinde çalıştırdığı işçilerin bizzat kendi işçisi olması zorunlu mudur’ sorusundan hareket etmektedir. Bu soruya verdiği cevap ise, bir kişinin alt işveren olabilmesi için kendisine iş sözleşmesi ile bağlı işçi çalıştırmasının zorunlu olduğu, fakat alt işveren ilişkisinin oluşumu için asıl işverenden aldığı işte kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçilerini çalıştırmasının zorunlu olmadığı yönündedir. Bu görüşe göre bir kişi işveren sıfatına sahip olduktan sonra asıl işverenden aldığı işte kendisine iş sözleşmesi ile bağlı işçilerin yanında ödünç aldığı başka işçileri çalıştırması o kişinin alt işverenlik sıfatı almasına engel değildir. Fakat bir alt işveren, asıl işverenden aldığı işte ödünç işçi çalıştıracak olursa, asıl işverenin alt işverene iş sözleşmesi ile bağlı olmayan ödünç işçilere karşı

¹⁸¹ *Engin*, Değerlendirme, 7-9.

bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır¹⁸². Bir diğer görüş ise, alt işveren başka bir işverenden ödünç işçi aldığı anda, işçinin aslında ödünç verenin işçisi olmakla birlikte önce alt işverenin, dolayısıyla da asıl işverenin işçisi olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Yani asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile ödünç iş ilişkisinin aynı anda ve iç içe geçmek suretiyle kurulması mümkün değildir. Çünkü bu iki hukuki kavramda üçlü iş ilişkisidir ve bir başka işverenin ilavesiyle dörtlü ilişkiye dönüşmeyecektir¹⁸³. Belirteceğimiz bir diğer görüş ise, ilk görüşte olduğu gibi asıl işverenden iş alan alt işverenin, aldığı işte ödünç işçi çalıştırabileceğini kabul etmektedir. Alt işveren, asıl işverenden aldığı işte dilerse sadece kendisine iş sözleşmesi ile bağlı işçileri, dilerse kendi işçileri ile birlikte ödünç aldığı işçileri veya sadece ödünç aldığı işçileri çalıştırabileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte, asıl işverenin, alt işverene iş sözleşmesi ile bağlı olmayan ödünç işçilere karşı bir sorumluluğu olmayacağı düşüncesine katılmamaktadır. Bu görüşe göre, ödünç alan işveren sıfatını da taşıyan alt işverenin, sorumlu olduğu bir hususta, somut olarak ücret ödeme yükümlülüğü açısından asıl işverenin sorumlu olmayacağını ileri sürmek 4857 sayılı iş kanununun md.2/VI-son cümle uyarınca mümkün değildir. Zira ilgili hüküm gereğince, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde “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”. Bununla birlikte ödünç işçinin toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklarından, asıl işverenin sorumlu tutulabilmesi ise mümkün değildir, çünkü ödünç işçi, ödünç alanın tarafı olduğu bir toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz. Ödünç işçi ancak iş sözleşmesi ile bağlı ödünç veren işverenin tarafı

¹⁸² *Akyiğit*, Ödünç İş, 73.

¹⁸³ *Çankaya-Çil*, 158.

olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanabilir. İşte burada talep hakkı asıl işverene yöneltilemeyecektir. Çünkü ödünç alan işveren olan alt işveren söz konusu tartışmanın dışındadır¹⁸⁴.

Yukarıda belirttiğimiz tartışmalardan bizim ulaştığımız sonuç, alt işverenin, asıl işverenden aldığı işte ödünç aldığı işçileri de çalıştırabileceğidir. Gerçekten de bunun aksini iddia etmek Anayasamızda güvence altına alınmış olan çalışma hürriyetine aykırılık teşkil edecektir¹⁸⁵. Bunun yanında son belirttiğimiz görüşe, yani asıl işverenin, alt işverenin çalıştırdığı ödünç işçinin ücretinden sorumlu olduğu fakat toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklardan sorumlu olmadığı düşüncesine katılmamaktayız. İş kanunu asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işverenlere sorumluluk yüklemiştir, fakat söz konusu müteselsil sorumluluğun tahsis edilmesi çeşitli nedenlere dayanmaktadır. Öncelikle, asıl işveren, alt işverenin işçilerinin yaptıkları işten doğrudan ya da dolaylı olarak yararlanmaktadır. Ayrıca asıl işveren, alt işveren işçilerinin çalıştıkları yerde hem fiziken hem de hukuken, bilhassa iş sağlığı ve güvenliği konusunda işçilerin maddi ve manevi bütünlüklerinin korunmasında yetkilidir. İlaveten alt işverenin işçileri asıl işverenin işyerinde onun hukuki tasarruf ve hâkimiyet alanı içinde çalışmaktadır¹⁸⁶. İlk bakışta bu nedenlerin alt işverenin yanında iş görme edimini yerine getiren ödünç işçi açısından geçerli olduğu düşünülebilir. Fakat asıl işverenin, müteselsil sorumluluğunun doğabilmesi için tek bu sebepler yeterli değildir.

Müteselsil sorumluluğun olabilmesi için asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kanunda belirtilen şartları taşıması gerekmektedir. Bir örnek vermek gerekirse,

¹⁸⁴ *Odaman*, 45-46.

¹⁸⁵ *Odaman*, 44.

¹⁸⁶ *Ünsal*, 542.

müteselsil sorumluluğun olabilmesi için alt işverenin, asıl işverenin bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırmasıdır. Bu durumun aksi müteselsil sorumluluğu oluşturmaz. Şöyle ki; bir Yargıtay kararında¹⁸⁷, temizlik müteahhidinin işçilerini sadece davalı banka işyerinde çalıştırmaması, başka işyerleri arasında değiştirebilmesi nedeniyle asıl işverenin iş kanunu md.1/son(şimdi md.2/VI)'ya göre sorumlu tutulamayacağını kararlaştırmıştır¹⁸⁸. Ödünç iş ilişkisinin içeriğinde zaten müteselsil sorumluluk söz konusudur. Ayrıca meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair günümüz düzenlemesine bakıldığında ödünç alan işverene, işçinin yanında çalıştığı süre için ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden sorumluluk getirilmiştir. Bu bakımdan ödünç alan işveren sıfatını taşıyacak olan alt işverenin, işçiyi gözetme borcu dışındaki sorumluluklarına bakıldığında bunların bir nevi şarta bağlı oldukları düşünülebilir. Çünkü ödünç işçinin, ücreti ödenmediği takdirde sorumluluk devreye girecektir. Bu şekilde bir sorumluluğun söz konusu olduğu yerde bir de asıl işvereni dâhil etmek pek olası görünmemektedir. Zaten ödünç işçi açısından çeşitli güvenceler öngörülmüştür, bir de bunun yanında ödünç işçinin, sırf iş görme edimini, alt işveren olan bir ödünç alan işverenin yanında yerine getirmesi sebebiyle asıl işverene de başvurabileceğini kabul etmek, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında asıl işverenler açısından getirilen müteselsil sorumluluğu asıl işveren aleyhine genişletmek anlamına gelmektedir. Ayrıca ödünç iş ilişkisine tabi olarak çalışan işçiler, mevzuatımızdaki iş güvencesi ve özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdam etme zorunluluğu gibi çeşitli hükümlerin uygulanmasında bir işyerindeki işçi sayısının göz önüne alındığı durumlarda o işyerindeki işçi sayısına dâhil

¹⁸⁷ Y9HD, 04.03.1991, 11890/3190. Y9HD, 25.06.1992, 6240/7357, *Süzek*, 142.

¹⁸⁸ *Süzek*, 142.

edilmemektedirler. Burada dâhil edilmemenin sebebi zaten ödünç işçinin, bir başka işverenin işyerindeki işçi sayısına dâhil edileceğine dayanmaktadır. Bu şekilde ödünç işçilerden dolayı, asıl işvereni sorumlu tutabilmek için alt işveren işçisi gibi kabul etmek yerinde değildir. Bütün bunlardan ulaşılan sonuç, asıl işverenin müteselsil sorumluluğu açısından iş kanunu md.2/VI'daki hükmünden alt işverene iş sözleşmesi ile bağlı olan işçileri anlamak gerekliliğidir. Dolayısıyla ilk görüşte belirttiğimiz gibi alt işverenin çalıştırdığı ödünç işçi bakımından asıl işverenin bir sorumluluğunun bulunmadığı düşünülmelidir. Pek tabî ki alt işveren, ödünç alan sıfatını taşıyacağı için bu ilişki nedeniyle kendisinin tabi tutulduğu müteselsil sorumluluğu ayrı tutmak gerekmektedir.

bb. İş Aracılığı ile Karşılaştırılması

Ödünç iş ilişkisinin en çok karşılaştırıldığı, karıştırıldığı ve çoğu kez bir tutulduğu kurum olarak karşımıza iş aracılığı çıkmaktadır¹⁸⁹. Özellikle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde, işçinin ödünç veren yanında fiilen hiç çalışmayıp iş görme edimini, ödünç veren tarafından sağlanan bir başka işverenin yani ödünç alan işverenin işyerinde ve yönetiminde ifa etmesi ayrıca ödünç verenin, ödünç alan işverenden işçiye ödenen ücrete göre daha yüksek bir bedel alması, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin iş aracılığı oluşturup oluşturmadığı sorularına sebep olmaktadır¹⁹⁰. Bu soruların ortaya çıkmasında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini, iş aracılığı sayan Alman kanun koyucusunun rolü olduğu şüphesizdir¹⁹¹.

Öncelikle karşılaştırma yapabilmek için iş aracılığı kavramına kısaca değinilmesi gereklidir. İş aracılığı, iş arayana iş, işçi arayana işçi temin etmek, diğer bir deyişle iş

¹⁸⁹ *Serin*, 1064. *Akyiğit*, Ödünç İş, 62.

¹⁹⁰ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 354.

¹⁹¹ *Akyiğit*, Ödünç İş, 62.

arayan kişi ile işi arayan işiveren arasında işi sözleşmesi yapılmasına aracılık etmek şeklinde ifade edilebilir¹⁹². İşi aracılığına ilişkin yapmış olduğumuz tanım ile ödünç işi ilişkisinin tanımları ne kadar birbirinden farklıymış gibi gözükse de aslında benzer noktaları taşımaktadırlar. Her ikisi de üçlü hukuki ilişki olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca her iki kavramda da, işi aracılığına konu olan veya ödünç işi olan kişi, aracının veya ödünç veren işiverenin faaliyetine bağılı olarak, işi aracılığında bir başka işiverene, ödünç işi ilişkisinde ise ödünç alan işiverene gönderilmektedir¹⁹³. Bunlardan başka, hem meslek edinilmiş ödünç işi ilişkisinde hem de işi aracılığında bu faaliyeti yerine getirenler kazanç elde etme gayesi gütmektedirler. Bu ortak noktalar, iki müessese arasında çizgi çekmeyi zorlaştırmaktadır¹⁹⁴.

İşte bu çizgiyi çekmekte bize yardımcı olabilecek hususların tespit edilmesi gereklidir. Bu bakımdan birbirlerinden ayrıldıkları ve farklılık arz eden özellikleri belirlemek zaruridir. İlk fark, ödünç işi ilişkisinin hangi türü olursa olsun ödünç veren işiveren(geçici istihdam bürosu) ile ödünç işi arasında işi sözleşmesinin bulunması zorunludur¹⁹⁵. Zira ödünç işi ilişkisinde ödünç işi ile ödünç alan arasında işi sözleşmesi kurulmaması hedeflenmektedir. Aksi takdirde hedeflenmiş olan profesyonel esnekliğin sağlanabilmesi mümkün değildir¹⁹⁶. Hâlbuki işi aracılığında aracı ile işi arayan kişi arasında vekâlet veya tellallık olarak adlandırılabilcek bir ilişki söz konusudur. Bir başka deyişle aracı kişi(özel istihdam bürosu), işi arayana karşı ‘işi bulma şeklindeki’ faaliyeti taahhüt etmektedir. Yani işi arayan kişi, aracının

¹⁹² *Odaman*, 33.

¹⁹³ *Akıntürk Türkmen*, İşi ve İşi Bulmaya Aracılık, 351.

¹⁹⁴ *Odaman*, 34.

¹⁹⁵ *Engin*, Atipik, 127.

¹⁹⁶ *Akyiğit*, İşi Kanunu Şerhi, 355.

işçisi değildir¹⁹⁷. Bu bakımdan iş aracılığı, çalışma hayatının taraflarını, bir iş ilişkisi kurmak üzere bir araya getirirken, ödünç iş ilişkisinde iş sözleşmesi ile bir işverene bağlı olan işçinin, çeşitli sebeplerle geçici ve belirli bir süreyle başka işveren yanında çalışmasına olanak sağlanmaktadır¹⁹⁸.

Bir diğer fark ise, iş aracılığında iş aracısının fonksiyonunu iş arayan ile işçi arayanı bir araya getirmektir. Tarafları bir araya getirdikten sonra iş sözleşmesi kurulsun da kurulmasın da aracının görevi sona ermektedir. Bu nitelikleri itibarıyla iş aracılığı, bir defalık bir olaydır¹⁹⁹. Buna karşın, ödünç iş ilişkisi, nispi bir süreklilik göstermekte ve hiç değilse ödünç iş ilişkisinin türüne ve yapılan düzenlemelere göre farklılık gösterse de ‘iş sağlama sözleşmesi’ müddetince devam etmektedir. Dolayısıyla taraflar arasındaki üçlü ilişki, iş aracılığında, tarafların bir araya gelip anlaşması veya anlaşamamasıyla sonuçlanırken, ödünç iş ilişkisinde işçi sağlama sözleşmesi müddetince devam eder²⁰⁰. İlâveten, iş aracılığında işçi ile işveren arasındaki ilişkinin kurulmasından sonra, özel istihdam bürosunun herhangi bir işlevi veya faaliyeti kalmazken, ödünç iş ilişkisinde geçici istihdam bürosunun işveren sıfatını koruması nedeniyle, ödünç işçinin ücretinin ödenmesinden sorumlu olduğu gibi, belirli konularda talimat yetkisine sahiptir ve işçinin çalışma yerini de belirlemektedir²⁰¹.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere ödünç iş ilişkisi ile iş aracılığı hukuken birbirinden farklı kavramlardır. Bununla birlikte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, hukuken olmamakla birlikte ekonomik yönden iş aracılığı niteliğini taşımaktadır. Bu

¹⁹⁷ *Serin*, 1064. *Akyiğit*, Ödünç İş, 63. *Akıntürk Türkmen*, İş ve İşçi Bulmaya Aracılık, 350. *Odaman*, 35.

¹⁹⁸ *Odaman*, 36.

¹⁹⁹ *Akıntürk Türkmen*, İş ve İşçi Bulmaya Aracılık, 350.

²⁰⁰ *Odaman*, 35-36.

²⁰¹ *Alpagut*, Mesleki, 574.

nedenle bazı durumlarda gerçek bir iş aracılığı niteliği taşıyabilecektir²⁰². Bir örneği ele almak gerekirse, ödünç veren işverence, ödünç işçi, ödünç alan işveren yanında iş görme edimini yerine getirmek üzere gönderildiğinde, işçi sağlama sözleşmesi sona ermesine rağmen ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam edecek olursa nitelendirme ne yönde yapılacaktır. Aslında ödünç iş ilişkisinin belirttiğimiz iki türüne bağlı olarak farklı açıklamalar yapılabilmesi olasıdır. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi, kazanç elde etme amacıyla kurulmamaktadır. Bu itibarla, işçi sağlama sözleşmesinin sona ermesine rağmen ödünç işçi, ödünç veren işverenin işyerine dönmüyorsa, iş aracılığı bulunduğu söylenemeyecektir. Burada, ödünç işçinin, ödünç verenle arasındaki iş sözleşmesinin feshettiği sonucuna varılabilir²⁰³. Bununla birlikte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde, kazanç elde etme gayesi ön plandadır, ayrıca bu tür bir ödünç iş ilişkisinde işçi, işverenin yanında hiç iş görme edimini yerine getirmediğinden geçici sayılamayacak sürelerle ödünç alan işveren yanında çalışması durumunda, iş aracılığı olduğu akla gelebilecektir²⁰⁴.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi geçicilik niteliğini kaybederse, gerçektende tarafların amacının ‘ödünç’ olduğunu söyleyebilmek zordur²⁰⁵. Bununla birlikte somut olayın özelliği göz önüne alınmalıdır. Her olayın niteliğine göre yapılacak değerlendirme ile ‘formül bir gerekçeye’ dayanarak yapılacak hakkaniyetsiz uygulamalar engellenebilecektir. Kimi durumlarda ödünç işçinin geçici sayılmayacak süre müddetince ödünç alan işverenin yanında çalışması sonuncunda, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği kabulü gerekebilir. Bilhassa ödünç veren işverenin, ödünç işçinin geri dönmesini talep etmesine ancak ödünç işçinin

²⁰² *Engin*, Atipik, 127. *Serin*, 1064. *Uşen*, 14.

²⁰³ *Odaman*, 35. *Süzek*, 239.

²⁰⁴ *Serin*, 1064.

²⁰⁵ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 355.

dönmemesi durumunda bu sonuca varılabilir. İş sözleşmesinin, işçinin ödünç alan yanında çalışmaya devam edip kendisinin feshetmesi ile iş aracılığının olduğunun kabulü halinde ortaya çıkan hukuki sonuçlar farklılık gösterecektir. Şöyle ki, işçinin, iş sözleşmesini feshettiği kabul edilecek olursa, ihbar ve kıdem tazminatı söz konusu olmayacak ve yaptığı fesih duruma göre eğer belirsiz süreli iş sözleşmesi mevcutsa iş sözleşmesinin kendisine yüklediği kişisel bağımlılıktan kurtulma amacına dayandırılabilir. Süreli feshin gerçekleştiği, eğer belirli süreli iş sözleşmesi mevcutsa ve/veya haklı bir neden de yoksa haksız fesih olarak kabul edilecektir. İşçi süreli fesihte bulunmakla usulüne uygun hareket etmemiş olabilir. Bu durumda birde işçinin, iş akdini usulsüz ve haksız feshetmesinde ödünç alan işveren rol oynuyorsa ‘yeni işverenin sorumluluğu’ düşünülebilir. Fakat ilerleyen bölümlerde ayrıca belirteceğimiz üzere, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde, yabancı ülke uygulamalarında, geçici istihdam bürolarının, ödünç işçinin geçici istihdam bürosuyla iş sözleşmesini yapmasını engelleyici hükümleri, gerek ödünç işçi ile yapılan iş sözleşmesine gerekse de ödünç alanla yapılan işçi sağlama sözleşmesine koymasını engellemeye yönelik tedbirler alınmaktadır. Bu husus sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Bu itibarla ödünç işçi, iş sözleşmesini feshetmiş olursa bundan dolayı ne ödünç alan işverenden ne de ödünç işçiden, geçici istihdam bürosu herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Bu nedenle yeni işverenin sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi ile sınırlı olduğu düşünülebilir. Bunların yanı sıra eğer ki, iş aracılığı olduğu sonucuna varacak olursak, söz konusu iş aracılığı, ülkemizde özel istihdam bürolarının kurulması ve faaliyeti izne tabi tutulduğundan böyle bir olayda ‘izinsiz iş aracılığı’²⁰⁶ olduğu

²⁰⁶ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 354. İzinsiz iş aracılığı kavramını burada geniş anlamda kullanmış bulunmaktayız. Gerçekten izinsiz iş aracılığını, bu tür bir ödünç iş ilişkisinin kurulmasında ki genel

sonucuna varılabilecektir. Bu sayede, ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında en baştan itibaren iş sözleşmesi olduğu kabul edilecek ve bu sayede işçinin bireysel ve toplu iş sözleşmesine yönelik hakları güvence altına alınmış olacaktır.

Ülkemizdeki uygulamaya baktığımızda Yargıtay'ın vermiş olduğu birçok kararda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile iş aracılığının bir araya girmiş olduğunu görmekteyizdir. Yargıtay tarafından verilen kararlarda, kararın konusu oluşturan faaliyet genellikle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile alakalıdır ancak Yargıtay daha farklı açılardan olayı değerlendirmiş ve sonuca ulaşmıştır. Yargıtay tarafından verilmiş olan bir kararda²⁰⁷, davacı taşeronluk sözleşmesinin muvazaalı olduğunu, hizmet akdinin davalı işverenle kurulduğunu, bu nedenle davalının taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması gerektiğini belirterek işçilik alacaklarını talep etmiş, mahkemece de istek doğrultusunda hüküm kurulmuştur. 9. HD.'nin bozma kararında ise davalı asıl işverenle dava dışı alt işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğu kabul edilmemiştir. Hukuk Genel Kurulunda, davalı olan kamu kuruluşunun, yasal düzenlemelere uygun olarak ihale açtığını ve ihaleye en uygun teklifi veren lehine ihalenin sonuçlandığını, davacıyı işe alan, ücretini, sosyal haklarını, sigorta primlerini ödeyen, kendi işyerinden işe giriş ve prim bildirgesi veren, ihaleyi alan alt işveren olduğunu tespit ederek, somut olayda birçok alt işveren değiştiği halde çok uzun yıllardan beri aynı işyerinde, alt işverenin işçisi gösterilerek çalışan işçilerin çalışmalarını sürdürdükleri iddia edilmişse de bu iddianın ispatlanamadığını belirtmiş ve asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu

bir tanım olarak düşündüğümüzde, ifade ettiğimiz tarzda bir ödünç iş ilişkisi, lisansa sahip bir özel istihdam bürosunca kurulabileceği gibi, lisans sahibi olmayan yani izin almamış fakat özel istihdam bürosunun niteliklerini taşıyan bir firma tarafından da kurulabilir. Eğer ki, söz konusu özel istihdam bürosunun lisansı var ise, sadece yukarıda belirttiğimiz sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bunun yanında lisans almamış bir şirket/firma/kişi söz konusu ise, yukarıda belirttiğimiz sonuçlara, yasaya aykırılık ve idari para cezası ilave olacaktır. (*Alpagut*, Mesleki, 583).

²⁰⁷ YHGK, 14.11.2001, 9-711/820, *Süzek*, Değerlendirme, 11-12.

kabul etmemiştir. Bu nedenle de davacının alt işverenin işçisi olduğu yönünde hüküm kurulması benimsenmiştir. Hâlbuki ilgili dairenin kararına direnerek olayın HGK karşısına çıkmasını sağlayan iş mahkemesi direnme kararında, davacının, davalı asıl işverenin işyerinde daimi işçilerle birlikte çalıştığını, alt işverenler değiştiği halde davacı işçinin çalışmaya devam ettiğini, işten alma ve işten çıkarma konularında asıl yetkinin davalıya ait olduğu gibi hususları ileri sürmüştür.

İşte burada bir başka Yargıtay Kararına daha değinilmesi gerekmektedir. Bu karar ise yukarıda bahsetmiş olduğumuz HGK kararının tam tersi niteliktedir. Bu karara²⁰⁸ göre olayda davalı işveren kurumdan emekli olanların yerine kadro verilmediğinden, gerekli yerlerden izinler almak suretiyle işgücü açığını taşeron firmalardan karşıladığını belirtmiştir. Hâlbuki davacı işçi, davalı işverenin daimi işçileri ile yan yana çalışmaktadır. Esasen işletmenin tüm birimlerinde, emekli olan işçilerden dolayı işgücü ihtiyacının ortaya çıkması nedeniyle taşeron aracılığıyla çalıştırılan işçilerin işyerinin her biriminde görev aldıkları anlaşılmaktadır. Bu şekilde taşeron firmalar her yıl değiştiği halde işçiler ara vermeksizin çalışmayı sürdürmekte, ihaleyi kazanan hiçbir firma kendi işçileri ile gelmediği gibi ihale süresinin bitiminde de işçiler taşeron firmalar tarafından götürülmemektedirler. Nitekim davacı işçi, davalı işverenin emir ve talimatları altında bulunmaktadır. Dosyada bulunan ihale sözleşmelerine bakıldığında da işçilerin işe alınması, çalıştırılmaları, izinlerinin verilmesi, görev yerlerinin değiştirilmesi ve işten çıkarılması gibi yetkilerin davalı asıl işverene ait olduğu görülmektedir. Bu nedenle Yargıtay 9. HD. davalı işverenin hareketini, muvazaalı bir şekilde işçi istihdamı sağlamaya yönelik olarak nitelendirerek davalı işverenin gerçek işveren sayılması

²⁰⁸ Y9HD, 06.11.2001, 14228/17344, *Süzek*, Değerlendirme, 12.

gerektiğine hükmetmiştir. Bu iki olaya da bakılacak olursa bir alt işveren asıl işveren ilişkisinin var olduğu söylenemeyecektir. Bu olaylarda ya bir iş aracılığı veyahut meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi olduğu düşünülebilir. Yönetim hakkı davalı kurumlarca kullanılmakla birlikte, söz konusu işçilerin ücretini, sosyal haklarını, sosyal sigorta primlerini ödeyen, kendi işyerinden işe giriş ve prim bildirgelerini veren ihaleyi alan dava dışı firmalar olduğu ortadadır. Kısacası taraflar arasında bir defalık bir ilişkiden ziyade nispeten sürekli bir ilişki bulunmaktadır. Bu nedenle iş sözleşmesi, davacı işçi ile dava dışı olan alt işveren arasında kurulmuş olduğundan iş aracılığı değil de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin bulunduğu sonucuna varmak daha isabetli bir nitelik taşımaktadır. Bununla beraber, ödünç iş ilişkisinin her iki türünün de temel özelliği ‘geçici’ bir nitelik taşımaları gerektiridir. Hâlbuki işçiler uzun zamandan beri, belki yıllarca ihaleyi alan taşeronlar değişmesine rağmen işyerindeki daimi işlerde çalışmaktadırlar. Bu nedenle işçilerle kurum arasında sonuçta geçerli bir iş ilişkisinin kurulduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bir başka deyişle davalı kurumlar ile bu konumda bulunan işçiler arasında örtülü bir iş sözleşmesinin kurulduğu sonucuna varılması gerekmektedir²⁰⁹.

Değinilmesi gereken araştırmamızı yaparken rastladığımız önemli bir Yargıtay kararı daha bulunmaktadır. İlgili karar meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulamada nasıl yapıldığını yansıttığı gibi ülkemizdeki uygulanabilirliği konusunda da önemli bir yer tutmaktadır. Söz konusu karara²¹⁰ bakıldığında, davacının, davalılardan Adecco Hizmet ve Danışmanlık A.Ş. ile yaptığı 01.04.2003 tarihli belirli süreli iş sözleşmesinin 7. maddesinde “işyeri; işverenin yukarıda belirtilen adresinde veya taşınabileceği yeni adresindeki işyeri ve/veya işverenin işgöreni

²⁰⁹ *Süzek*, Değerlendirme, 11-15.

²¹⁰ Y9HD, 04.04.2005, 7774/11838, *Çankaya-Çil*, 168-169.

çalıştırmayı uygun göreceği başka yerlerdir” şeklinde tanımlanmıştır. Sözleşmenin 14. maddesinde ise, “İşbu süresi belirli hizmet akdi işveren tarafından süre bitmeden 10 gün evvel uzatılmış olduğu personele bildirilmemiş ise müddeti sonunda başkaca ihbara gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer” denilmiştir. Davalı I..... Türk LTD. ŞTİ. cevap dilekçesinde Adecco şirketinin bir hizmet şirketi olup sadece kendi şirketlerinde değil, değişik şirketlere kendi elemanları ile kendi işyeri numarası altında hizmet ettiğini, bu nedenle aralarında anılan şirketle alt işverenlik ilişkisi bulunmadığını savunmuştur. Davacı, davalı Adecco ile imzaladığı sözleşmeye rağmen diğer davalı I..... işyerinde çalışmıştır. Davacının iş sözleşmesi, I..... Türk LTD. ŞTİ.’inin davalı Adecco Hizmet ve Danışmanlık A.Ş.’ye yazdığı 18.03.2004 tarihli yazıda mekanizasyon projesinin tamamlanma tarihi olan 31.03.2004 tarihinden sonraki dönemde ayrı bir eleman çalışmasına ihtiyaçları kalmadığı gerekçesiyle davacının 31.03.2004 tarihinde tahsisine son verilmesinin istenilmesi üzerine 01.04.2004 tarihinde Adecco tarafından feshedilmiştir. Adecco A.Ş. ile I..... Türk LTD. ŞTİ. arasında yapılan I.... Teknik Olmayan Hizmetler Sözleşmesinin “Diğer Uygulanabilir Koşullar” başlıklı bölümünün beşinci paragrafında “Yüklenici Hizmetleri Yerine Getirmek” üzere görevlendireceği elemanların gelir vergisi ve sosyal güvenlik kesintileri de dahil olmak üzere ücretlerinin ödenmesinden, tazminat, maluliyet, sakatlık vb. ödemelerinden kısaca istihdam ettiği elemanların İş Kanunu ve hizmet sözleşmesinden doğan tüm haklarından münferiden sorumludur” yolunda düzenleme yapılmıştır. Bu tespitlerin neticesinde yüksek mahkeme, 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 90. maddesi uyarınca Türkiye İş Kurumundan 16.08.2004–16.08.2007 tarihleri arasında özel istihdam bürosu olarak faaliyette bulunmak üzere izin alan dava dışı Adecco İstihdam Hizmetleri ve Danışmanlık A.Ş.’nin davacıyı istihdam

edecek bir işyeri olmaksızın yaptığı sözleşmenin iş bulmaya aracılık sözleşmesi olduğuna, davacı ile aralarında iş sözleşmesinin temel unsuru olan bağımlı olarak iş görmenin söz konusu olmadığına, böyle olunca belirli süreli olarak düzenlenen iş sözleşmesine itibar edilemeyeceğine hükmetmiştir. Öte yandan diğer davalı I.... Türk LTD. ŞTİ. ile davacının arasında fiili iş sözleşmesi geçerli bir neden bulunmaksızın feshedilmiş bulunduğunu, bu nedenle de davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının I.... Türk LTD. ŞTİ.'de ki işe iadesine, davalı Adecco Hizmet ve Danışmanlık A.Ş. hakkındaki davanın reddine karar vermiştir.

Belirtilen bu karara ilişkin doktrinde pek çok görüş beyan edilmiştir. Görüşlerden birine göre, ödünç iş ilişkisinin özelliği olan işveren sıfatının devreden işveren tarafından korunması, ücretten ve iş ilişkisinden doğan tüm haklardan işverenin sorumluluğunun devamı olayda da görülmektedir. İş Kanunu md.7 geçici iş ilişkisini düzenlerken bir takım koşullara da yer vermiştir. İşçinin korunması amacıyla öngörülen bu koşullar aynı zamanda sınırlama ifade etmektedir. Aynı holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı bir işyerinde olmadıkça bir başka işverene devir, ancak yapmakta olduğu işe benzer işte çalıştırılması koşuluna bağlanmıştır. Olayda ise işçinin Adecco Hizmet ve Danışmanlık A.Ş. nezdinde çalışması ve yapmakta olduğu bir iş bulunmamaktadır. Bu bağlamda Yargıtay Kararına konu olan olay 7. madde kapsamında değerlendirilemez. Bu nedenle taraflar arasında İş Kanunu m.7'nin kapsamı dışında mesleki anlamda geçici iş ilişkisi kurulmak istendiği ortadadır. İşte böyle bir durumda yüksek mahkeme, iş aracılığı olduğu sonucuna varmakla birlikte Adecco ile davacı işçi arasındaki iş sözleşmesini açıkça geçersiz olarak nitelendirmemiştir. Ancak yüksek mahkemenin verdiği karara ulaşabilmesi ise ancak iş sözleşmesinin geçersiz olduğu sonucuna

varmakla kabul edilebilir. Adecco, işveren sıfatını taşımadığına göre, yöneltmiş olduğu fesih iradesi geçersiz olacaktır. Yüksek mahkemenin I... şirketi açısından ise işe iade kararı vermesi, I... şirketine fesih iradesi atfedildiğini göstermektedir. Bu doğrultuda I... şirketinin fesih iradesi bulunduğu kabul edilecek olursa hukuki sonuç kural olarak isabetlidir²¹¹. Bir diğer görüşe göre, yüksek mahkeme kararında da belirtildiği üzere iş arayan(ödünç işçi), aracıya(ödünç veren işveren-Adecco) bağımlı olarak iş görmemektedir. Ödünç iş ilişkisinin bir türü olarak, bir işverenin mesleki faaliyette bulunmak üzere iş sözleşmesi ile işçi alması ve onu başka işverenlere ödünç vermesi biçiminde bir faaliyette bulunması olanağını tanıyan düzenlemeye, iş kanunu taslağında olmakla birlikte, yasalaşan metinde yer verilmemiştir. İş aracılığı söz konusu olduğunda, iş ilişkisi aracı ile işçi arasında değil, işçiyi kendi işyerinde ve bağlılık ilişkisi içerisinde çalışan işverenle kurulmuş sayılacaktır²¹². Bu ikinci görüşe göre de dolayısıyla Yargıtay tarafından verilen karar yerindedir. Bunlardan başka bir görüşte, Yargıtay'ın konuya ilişkin verdiği benzer bir olaya ilişkin kararına dayanmaktadır. Bu olayda anlaşıldığı kadarıyla IBM firması uzmanlık isteyen bir bilgisayar programının bilgisayara yerleştirme işinin yapılması amacıyla uzman bir eleman bulması için Adecco'ya başvurmakta ve Adecco bulduğu elemanı bir sene için belirli süreli iş sözleşmesi ile IBM'de çalıştırmaktadır. Bir sene bittikten sonra işçi, işten ayrılmakta ve işe iade davası açmaktadır. İşte Yargıtay burada iş sözleşmesinin kimle kurulduğuna fazla girmeden işe iade davasını reddediyor. Dayanak noktasını ise işin belirli süreli olması ve objektif neden bulunmasına dayandırıyor. İşte bu görüş, Yargıtay'ın tartışma konusu yaratan ve işe iadeyi öngören kararında aslında Adecco'nun arabuluculuk yapmasını doğru bulmakla

²¹¹ *Alpagut*, Mesleki, 575-576, 585-583.

²¹² *Güzel*, 36-37.

birlikte işe iade kararı vermesini eleştirmekte çünkü işin belirli süreli olduğuna ve iş sözleşmesinin de belirli süreli kurulduğuna dayanmaktadır²¹³. Belirtilmesi gereken bir diğer görüşe göre, Adecco gibi şirketlerin işçi kiralamaktan ibaret olan işlemlerinin ödünç iş ilişkisi kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir. İş kanununun 7. maddesinde düzenlenen ve ödünç iş ilişkisinin mevcut olabilmesi için gerekli olan koşullar emredici bir şekilde düzenlenmiştir. Bu konuda verilmiş olan Yargıtay kararı yasadışı bir uygulamanın ortaya çıkmasını engellemesi açısından son derece önemlidir²¹⁴. Son görüşe göre de, yüksek mahkeme kararı, uygulamada sıklıkla görülen bir takım işverenlerin, salt başka işverenler nezdinde çalışmak üzere kaydi olarak işçi almaları şeklindeki kanuna aykırı uygulamaları büyük ölçüde engelleyeceğinden isabetlidir. Bununla birlikte kararda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bulunup bulunmadığına değinmeksizin doğrudan doğruya iş bulmaya aracılık olarak nitelendirilmesi tartışmaya açıktır²¹⁵. Şu ana kadar belirttiğimiz anılan Yargıtay kararına ilişkin görüşlerin ortak noktasını, kararın bazı yanları eleştirilebilse de yerinde olduğu oluşturmaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz kararda aslında iş aracılığı ile meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin karıştırılmış olduğunu görmekteyiz. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde, yapılmış olan işlemin ne zaman iş aracılığı olduğunu tespit etmemizde başvurabileceğimiz genel bir kıstasımız bulunmaktadır. Bu kıstas, ödünç süresi ne olursa olsun, işçiyi devrederken ödünç süresince işçiye karşı yükümlü olunan işveren borçlarından sadece ödünç alanın sorumlu olacağının öngörülmesi halidir²¹⁶. Bir

²¹³ Ali Güzel tarafından sunulan Bireysel İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi tebliği ile ilgili genel görüşme de Can Tuncay tarafından belirtilmiş olan görüş, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, 283-284.

²¹⁴ *Odaman*, 37-38.

²¹⁵ *Ekmekçi*, Geçici, 109-110.

²¹⁶ *Serin*, 1064.

başka deyişle ödünç veren işverenin, olağan işveren yükümlülüklerini veya rizikolarını üstlenmeksizin görünüşte kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçinin işgücünü devretmeye kalkışması caiz görülemeyecek ve taraflar arasında ödünç iş ilişkisinin kurulduğu kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla işte böyle bir durumda ‘gizli iş aracılığı’ bulunduğu sonucuna varılabilecektir²¹⁷. Örneğin bir işçi sağlama sözleşmesinde, ödünç veren işverenin işçinin uğradığı iş kazası sonucunda doğacak maddi, manevi tazminattan sorumlu olmayacağı, işçiyi gözetme borcunu yerine getirmeyeceği ve/veya ücret ve sosyal sigorta primlerini ödünç alan işverenin ödeyeceği²¹⁸ gibi kararlaştırmalar belirlenirse, ödünç veren temel işveren yükümlülüklerini üstlenmemiş olduğundan, taraflar arasında iş aracılığı bulunduğu sonucuna varılabilir. Halbuki Yargıtay kararına konu olayda, ödünç veren işverenin, işçiye karşı temel işveren rizikolarından sorumlu olacağı, Adecco ile I..... Türk LTD. ŞTİ. arasında yapılmış olan ‘işçi sağlama sözleşmesinde’ açıkça belirtilmiştir. Ayrıca kurulan ödünç iş ilişkisinin geçici bir nitelik taşıdığı ve Adecco’nun iş sözleşmesi ile çalıştırdığı işçisini kendisinin çalıştırabileceği ayrı bir işyerinin bulunmadığı karardan anlaşılmaktadır. Bu belirtilen tüm özellikler ‘meslek edinilmiş’ olarak ifade ettiğimiz ödünç iş ilişkisi türünü ifade etmektedir. Nitekim yukarıda belirttiğimiz görüşlerden birinde de ‘mesleki anlamda geçici iş ilişkisi kurulmak istendiği’ ifadesiyle anlattığımız husus doğrulanmaktadır. Görüşlerden birinde ise, iş kanunu md. 7 hükmünün ödünç iş ilişkisinin kurulması açısından emredici bir nitelik taşıdığı belirtilmiştir. Gerçekten md. 7 kapsamında ödünç iş ilişkisinin kurulmasında aranan koşullar emredici nitelikte olsalar bile, söz konusu düzenleme meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine yönelik olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle konunun

²¹⁷ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 355.

²¹⁸ *Akyiğit*, Ödünç İş, 66.

değerlendirilmesinde çokta etkili olmadığı iddia edilebilir. Aslında buradaki tartışma meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin, ülkemizde geçerli bir şekilde uygulanabilip uygulanamayacağından kaynaklanmaktadır. Ülkemizde iş piyasasını düzenleyen başlıca yasal mevzuata, iş kanununa, Türkiye iş kurumu kanununa bakıldığında açık bir yasak gözükmemektedir. Ülkemizde, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabilip uygulanamayacağı ilerleyen bölümlerde ayrıntılarıyla incelenecek olmakla birlikte, şimdilik meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabileceği düşüncesinde olduğumuzdan dolayı Yargıtay kararının yerinde olmadığı kanaatinde olduğumuzu belirtmekle yetinelim. İlerleyen bölümlerde gene ayrıntısıyla belirtileceği üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından ödünç veren işveren(geçici istihdam bürosu) ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin, iş kanunu md.11’de belirtilen objektif koşulları taşımaması halinde belirsiz süreli olarak kurulması gerekmektedir. İş kanunu md.11’de belirtilen koşulların yani belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını sağlayan objektif sebeplerinde iş sözleşmesinin tarafı olan geçici istihdam bürosu nezdinde doğmuş olması gereklidir. Bir başka işverenin, işyerinde doğmuş belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına olanak tanıyan sebepler, açıkça yapılacak bir yasal düzenleme ile aksi öngörülmediği takdirde geçici istihdam bürolarının belirli süreli iş sözleşmesi yapmasına imkân vermemektedir. Bu nedenlerle aslında Adecco ile ödünç verilen işçi arasındaki sözleşmenin belirli süreli değil de, belirsiz süreli olduğu kabulü cihetine gidilmesi ve Adecco’nun çalıştırdığı işçi sayısı bakımından ödünç işçinin, iş güvencesinden yararlanıp yararlanamayacağının belirlenmesi ve buna göre somut olayda sonuca varılması gereklidi.

cc. Makineyle Birlikte İşçi Verilmesi ile Karşılaştırılması

Makineyle birlikte işçi verilmesi, günlük yaşam da yoğun olarak gerçekleşen bir uygulama niteliğini taşımakta ve uygulamaya dair çeşitli örnekler ileri sürülebilmektedir. En çok bu konudan bahsedilirken belirtilen uygulama çeşitleri arasında; bir geminin yahut tarifesiz sefer yapan bir uçağın görevli personeli olan gemi adamları ve uçuş görevlileri ile, bir inşaat makinesinin mesela vincin ona bakan personeli ile ya da bir yolcu taşıtının şoförü ile birlikte makinenin kullanımının tahsis edildiği kişiye iş görme edimlerini yerine getirmeleri gösterilmektedir²¹⁹. Tüm bu hallerde görevli personel ücret, sosyal güvenlik primleri, yıllık ücretli izinler vs. gibi iş hukukuna ilişkin konularda iş sözleşmesinin tarafı olan makinenin kullanımını devreden işverenlerine bağlı kalmakta ancak iş görme edimini yerine getirirken talimatları bir başkasından almaktadırlar²²⁰. İşte böyle bir durumda makineyle birlikte işçi devrinin ödünç iş ilişkisini de kapsadığı sonucuna varılacak olursa, ülkemizdeki ödünç iş ilişkisine ilişkin yasal düzenleme hükümlerinin olaya uygulanması söz konusu olabilecektir.

Makineyle birlikte işçi verilmesinin ödünç iş ilişkisini ihtiva edip etmediğine dair tartışmalarda yabancı ülkelerde de durum ihtilaflı bir nitelik taşımaktadır. Bir düşünceye göre böyle bir halde geçici olarak bir işçi verme değil, bir kira sözleşmesi mevcuttur ve işçi üçüncü kişi yanında bile iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverenin ödevlerini yerine getirmektedir²²¹. Bu anlayışa eğer ki, makineyi kiralayan kişi, makineyle birlikte kendisine gönderilen işçilere işin görülmesi ile ilgili emir ve talimat verebiliyorsa katılabilmek mümkün değildir. Bu niteliği taşıyan bir durumda

²¹⁹ *Odaman*, 26-27. *Akyiğit*, Ödünç İş, 48.

²²⁰ *Akyiğit*, Ödünç İş, 48.

²²¹ *Akyiğit*, Ödünç İş, 48.

işçinin iş görme edimini iş sözleşmesi ile bağlı olmadığı bir başka kişi yanında ifa etmesi söz konusudur ki, bu da ödünç iş ilişkisine işaret etmektedir. Ancak makineyi kiralayanın işveren sıfatını taşıyamaması ve kiranın arızı bir nitelik taşıması hallerinde bu görüşe değer atfedilebilir. Bir diğer anlayış ise, yaptığımız açıklamalara uygun olarak makineyle birlikte işçi ödünç verme halinin bulunduğu ve ödünç iş ilişkisinin de genellikle meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi karakterini taşıyacağını ancak iş makinesinin bütün donanımıyla kiraya verilmesi halinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi niteliğine bürünmesinin de mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Daha farklı bir görüşte, makineyle birlikte işçi vermenin, işçi ödünç verme halini oluşturduğunu ancak bunun ne meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ne de meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kapsamında değerlendirilemeyeceğini, karma ilişkiler adıyla anılabilir bir diğer tür işçi ödünç verme hali teşkil ettiğini belirtmektedir²²².

Türk hukuku açısından yapılan değerlendirmelere de göz atıldığında belirlediğimiz iki farklı görüşün ileri sürüldüğünü tespit etmiş bulunmaktayız. İlk görüşe göre, makineyle birlikte verilen personelin ediminin niteliğinin önem taşıdığı belirtilmiştir. Burada da makineyle birlikte verilen işçinin ediminin bir yan edim mi yoksa asıl edim mi olduğuna bakılmalıdır. Eğer işçinin edimi bir yan edim niteliğini taşıyorsa kira ile karışık bir hizmet sağlama sözleşmesi mevcut bulunacağından işçi ödünç verme olgusu da söz konusu olmayacaktır. Bunun nedeni ise, ilişkide personelin edimi değil de makinenin verilmesi teşkil etmektedir. İşçinin ediminin yan edim mi yoksa asıl edim mi olduğunun belirlenmesinde de ‘makinenin değeri’ dikkate alınabilir. Eğer makinenin değeri işçinin hizmetinden baskınsa mesela bir buldozerin veya uçağın kiralınması halinde işçi ödünç verme durumu söz konusu

²²² *Akyiğit*, Ödünç İş, 48.

olmayacaktır, zira işçinin edimi ikinci plandadır. Fakat bir yazı makinesinin onu kullanan personeli ile birlikte kiraya verilmesi halinde, işçinin edimi baskın edimi teşkil edeceğinden, makine değil işçinin ödünç verilmesi göze çaracak ve işçi ödünç vermeden söz edilebilecektir²²³. Bir diğer görüş ise, kısaca belirtecek olursak, makineyle birlikte işçi verilmesinde, karma sözleşmelerin bir çeşidi olan ‘kombine sözleşmelerinin’ bulunduğunu ileri sürmektedir²²⁴. Bu görüşe değer atfedilebileceğinden, kendine özgü yapısı olan ve karma nitelikteki sözleşmelere değinilmesi gerekmektedir.

Kanun tarafından düzenlenen sözleşmeler yanında, kanun tarafından ele alınmayan, düzenleme konusu yapılmayan sözleşmelerde mevcuttur. Bu bakımdan sınırlı sayı ilkesi(numerus clausus) yoktur²²⁵. Bunun dayanak noktasını ise, BK. md.19’da yer alan ‘sözleşme serbestisi’ ilkesi oluşturmaktadır. Sözleşme serbestisi kavramı, tarafların yapacakları sözleşmenin konu ve kapsamını serbestçe tayin edebilmelerini ifade etmektedir.²²⁶ Bu itibarla sözleşme serbestisi çerçevesinde, taraflar, ticari hayatın pratik zorunluluklarından doğan kanun tarafından düzenlenmemiş sözleşmeleri de kurabilirler²²⁷. Fakat bu sözleşmelerin geçerli olabilmesi için kanuna ve adaba aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir²²⁸. Tarafların kurabilecekleri kanun tarafından düzenlenmemiş sözleşmeleri de kendi içerisinde üç gruba ayırabiliriz. Bunlar kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmelerdir²²⁹. Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, tamamen veya kısmen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiç birinde

²²³ *Akyiğit*, Ödünç İş, 49.

²²⁴ *Odaman*, 27.

²²⁵ *Tandoğan*, 9.

²²⁶ *Reisoğlu*, 111.

²²⁷ *Aral*, 49.

²²⁸ *Tandoğan*, 12.

²²⁹ *Aral*, 52-55.

bulunmayan unsurlardan meydana gelirler²³⁰. Sulh, satış için bırakma, tek satıcılık, tahkim ve sporcu transfer sözleşmeleri, kendine özgü yapısı olan sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir²³¹. Hâlbuki makineyle birlikte işçi verilmesi genel olarak değerlendirildiğinde kira sözleşmesi ile ödünç iş ilişkisini içeren bir görünüm sergilemektedir. Tabii ki ödünç iş ilişkisinin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi olup olmamasına göre bu konuda ayrıma gidilmesi gereklidir. Makineyle birlikte işçi verilmesinde kurulan ödünç iş ilişkisi, eğer meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi çerçevesinde değerlendirilecek olursa hem kira hem de ödünç iş ilişkisi kanuni düzenlemeye konu olduklarından dolayı ‘kendine özgü yapısı olan sözleşme’ grubuna dâhil olmayacaktır. Fakat makineyle birlikte işçi verilmesinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bulunduğu sonucuna varılacak olursa bahsettiğimiz kendine özgü yapısı olan sözleşme kategorisine sokabilmemiz mümkündür.

Bir diğer tür olan bileşik sözleşmeler ise, birbirinden hukuken bağımsız ve farklı iki sözleşmenin mahiyetlerine hâlel gelmeksizin, işleyiş bakımından birbirleri ile ilişkilendirilmelerinden oluşmaktadır. Edim-karşı edim ilişkisi içinde bulunan bu sözleşmelerden birinin geçerliliği veya yerine getirilmesi diğerine bağlıdır. Bu kapsamda bira imal eden bir firmanın sadece kendisinden bira almayı taahhüt eden bir müşterisine ödünç para vermesi örnek olarak gösterilebilir²³². Makineyle birlikte işçi verilmesinde farklı ve karşılıklı iki sözleşme bulunmamaktadır. Taraflar arasında tek bir sözleşme mevcuttur, o da makine sahibinin, makinesini ve onu kullanan personelini, sözleşmenin karşı tarafına hizmet sunmak üzere vermesi ve karşılığında da genellikle uygun bir bedel alması oluşturmaktadır. Görüldüğü üzere makineyle

²³⁰ *Tandoğan*, 12.

²³¹ *Aral*, 52.

²³² *Aral*, 54-55.

birlikte işçi verilmesinde, bileşik sözleşmelerin bulunduğu ileri sürülebilmesi söz konusu olamaz.

Son olarak ele almamız gereken ve konumuz açısından da önem taşıyan kanun tarafından düzenlenmemiş sözleşme tipini, karma sözleşmeler oluşturmaktadır. Karma sözleşmeler, kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların, kanunun öngörmediği tarzda bir araya gelmesiyle oluşan sözleşmelerdir. Karma sözleşmelerin dört türü bulunmakta ve çifte tipli sözleşmeler, kombine sözleşmeler, çeşitli tiplere ait unsurların birbirine karıştığı sözleşmeler ve kendisine yabancı yan edimleri ihtiva eden sözleşmeler bu türleri oluşturmaktadır²³³. Konumuz açısından kombine sözleşmeler önem teşkil etmektedir. Bu tür sözleşmelerde taraflardan biri, kanuni sözleşme tiplerine ait birden çok asli edimde bulunmayı, diğeri de genellikle belli bir sözleşme türüne özgülenmemiş olan bir miktar para ödeme borcu altına girmeyi yani tek bir edimde bulunmayı taahhüt etmektedir²³⁴. Örneğin, pansiyon sözleşmesi, kombine sözleşme olarak algılanmaktadır. Buna göre, pansiyoncunun edimi, kira sözleşmesinin unsurunu oluşturan oda tahsisi, satış sözleşmesinin unsurunu oluşturan yemek ve kahvaltı, hizmet sözleşmesinin unsurunu oluşturan odanın temizlenmesinden meydana gelirken, pansiyonerin edimi, bir miktar paranın ödenmesinden ibarettir²³⁵. İşte bu şekilde çeşitli sözleşme tiplerinin unsurlarının kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesiyle oluşturulan karma sözleşmelere uygulanacak hükümler hakkında da çeşitli kuramlar geliştirilmiştir. Bu kuramlar arasında, çeşitli tiplerin birbirlerini götürmesi kuramı, soğurma kuramı, terkip(kombinezon) kuramı, yaratma kuramı gibi kuramlar yer almaktadır. Bu

²³³ *Tandoğan*, 68-73. *Aral*, 52-54.

²³⁴ *Tandoğan*, 71. *Aral*, 53.

²³⁵ *Tandoğan*, 71. *Aral*, 53.

kuramların bazıları, yargıcın karar özgürlüğünü aşırı derecede sınırladığı, taraflarca eşit önemde oldukları kabul edilen iki edimden birinin daha üstün olduğunu iddia etmenin taraf iradelerine tanınan düzenleme yetkisinin hiçe sayılmasına neden olduğu, karma sözleşmeyi oluşturan unsurların ayrı ayrı bağımsız bir kimlik taşımadıkları, karma sözleşmelerin unsurların basit bir toplamından değil, bir sentezinden meydana geldiği gibi gerekçelerle eleştirilmiştir²³⁶. Her ne kadar hangi teorinin/kuramın uygulanması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmasa da Türk hukukunda genellikle ‘yaratma kuramına’ dayanılması gerektiği savunulmaktadır. Yaratma kuramına göre, karma sözleşmeler kanunen düzenleme konusu olmadıklarından, bu sözleşmelere herhangi bir kanun hükmü doğrudan doğruya değil ancak kıyasen uygulanacaktır. Bu itibarla hâkim, tarafların karşılıklı menfaatini göz önünde tutarak adil bir şekilde sonuca varmak için, karma sözleşmelerin unsurlarının ait olduğu tiplere ilişkin hükümleri kıyasen karma sözleşmeye uygulamalı, gerekiyorsa bir tipe ait hükümlerin hepsini bir tarafa bırakarak borçlar hukukunun genel esaslarını uygulama yolunu tercih etmeli, bu da sonuç vermiyorsa örf ve adet hukukuna başvurmalı, gene de bir neticeye ulaşılamazsa kendisi kanun koyucuymuş gibi bir kural koymalıdır. Bu kuram, bu niteliğiyle TMK. md.1’deki ilkelerle de uyum göstermektedir²³⁷. Gerçekten makineyle birlikte işçi verilmesi halinin kabulünde bir ödünç iş ilişkisinin gerçekleştiği ve bununda meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi olduğu sonucuna varılacak olursa, bu tür uygulamalarda karma sözleşmelerin bir türü olan kombine sözleşmelerin var olduğunu ileri süren görüşün isabetli olduğu haklı olarak ileri sürülebilecektir. Ancak hemen şu husus belirtilmelidir ki, her makineyle birlikte işçi devri gibi görünen uygulamalar bu ilişki

²³⁶ *Tandoğan*, 73-74. *Aral*, 56-57.

²³⁷ *Odaman*, 27-28. *Tandoğan*, 74-75.

içerisinde ödünç iş ilişkisinin de bulunduğu sonucuna varmamızı sağlayamaz. Bu nedenle her şeyden önce somut olayın özelliğine bakılması gereklidir.

Makineyle birlikte işçi verilmesinde, ödünç iş ilişkisi bulunduğu tespit edilecek olursa hangi sözleşme türüne girdiği yukarıdaki bilgiler çerçevesinde değerlendirilecek olmakla beraber, bir görüş tamamen farklı bir fikir ileri sürerek, kiraya konu olan makinenin devrinin, işyeri devri olarak algılanabileceğinin düşünülmesi gerektiğini iddia etmektedir. Buna göre, “uçak, gemi, elektronik diğer bir aygıt vs. ile birlikte bunun hizmet personeliyle bir başkasına(genellikle kiraya) verilmesi halinde, bunun işçi verme yanında (veya yerine) işyerinin devri anlamını verip vermeyeceğinin de tartışılması gerekir. Zira bir uçak yahut geminin iş yerinin bir parçası(bölümü) yahut bağımsız bir işyeri olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bir işyerinin devri içinse kira sözleşmesi dahi yeterli görülmektedir. ... Bu durumda hizmet personeliyle araç kiralanmasında personelin ediminin asıl edime hizmet eden bir yan edim niteliğini taşıyıp taşımadığı üzerinde durulabilir. ... İşyerinin devri sonucuna varıldığında artık ödünçten söz etmek de anlamsız olacaktır”²³⁸. İlk bakışta bu görüşün belirttiği bilgilerin doğru olduğu görülmektedir. Araçların ve dolayısıyla makineyle birlikte işçi verilmesine dâhil edilebilecek uçak, gemi vs.’nin işyerinden sayılabilmesi, iş kanunumuza göre de mümkündür. Fakat ilgili görüş, çelişkili bir nitelik taşımaktadır. İşyerini devralan işveren, o işyerinde çalışan işçilerin iş görme edimlerinden yararlanırken, işçilerin işyerini devreden işverenle iş sözleşmeleri devam etmektedir. Yani işçiler, iş sözleşmeleri ile bağlı oldukları işveren dışında bir başka işveren yanında iş görme edimlerini yerine getirmektedirler ki, bu yıllardan beri yapılan ödünç iş ilişki tanımının bir parçasıdır. Dolayısıyla sadece işyeri

²³⁸ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 359.

devrinin bulunduğunu ileri sürmek, o işyerinde çalışan işçilerin hukuki durumu açısından soruları gündeme getirecek ve sorunun çözümü içinden çıkılamayacak bir hal alabilecektir. Dolayısıyla açıkça işyerinden sayılan bir araç, bir başkasına personeliyle birlikte kiralanmışsa, bunun işyeri devri olarak düşünülebilmesi mümkün değildir. Burada somut olayın özelliğine göre hizmet edimi veya ödünç iş ilişkisinin türlerinden birisi bulunduğu sonucuna varılması ve bunlarında hangi tür sözleşmeleri doğurduğunun belirlenmesinde daha önceki paragraflarda belirttiğimiz bilgiler ışığında hareket edilmesi uygun olacaktır. Bu gibi hallerde ya kanunda düzenlenmemiş sözleşme tiplerinden, kendine özgü sözleşmelerin bulunduğu ya da karma sözleşmelerden kombine sözleşmelerin bulunduğu sonucuna varılması gereklidir.

aaa. Makineyle Birlikte İşçi Verilmesinin Oluşturduğu Ödünç İş İlişkisi Türü

Şimdiye kadar yapmış olduğumuz incelemelerde, makineyle birlikte işçi verilmesi uygulamasının ödünç iş ilişkisini de ihtiva edebileceği sonucuna varmış bulunmaktayız²³⁹. Bununla birlikte ödünç iş ilişkisinin bu uygulamalarda tek edimi teşkil etmemesinden, bunun yanında araba, gemi, buldozer gibi araçlarında kiraya verilmesi gibi edimlerinde bulunmasından dolayı burada kanunla düzenlenmemiş sözleşme tiplerinin mevcut olduğunu görmekteyiz. İşte bu sözleşme tiplerine göre hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı tespit edilirken bir takım kuramlardan hareket edilmektedir. Bununla birlikte öncelikle uygulamanın kapsamında yer alan ödünç iş ilişkisinin kanunda düzenlenmemiş sözleşmelerden hangi türe vücut verdiği

²³⁹ Her zaman için bu yöndeki bir uygulama ödünç iş ilişkisini içermek zorunda değildir, gerçekten makineyle birlikte işçi verilmesinin kira ediminin yanında hizmet sunmayı da içerebilmesi, taşıtın soförle birlikte verilmesi kısmında da belirteceğimiz üzere mümkündür.

tespit edilmelidir. Uygulamada meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bulunduğu veya meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi bulunduğu sonucuna varmamız bizi farklı sonuçlara götürecektir. Akyiğit²⁴⁰, makineyle birlikte işçi verilmesinde işçinin ediminin yan edim mi yoksa asli edim mi olduğu ölçütünden hareket etmekte ve bunu tespit edebilmek için ‘makinenin değerini’ ele almaktaydı. Bu ölçütün ödünç iş ilişkisi bulunup bulunmadığında değil, hangi tür ödünç iş ilişkisinin uygulamada gerçekleştiğinin tespit edilebilmesinde ele alınmasının yerinde olacağı düşüncesindeyim. Bu nedenle uçak, gemi, vinç, değeri yüksek araba gibi oldukça yüksek meblağlara mal olan ve hatta gemi ve uçak düşünüldüğünde fiyatları milyon dolarlarla ifade edilen bu taşıtların kiralamasında verilen işçilerin, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında çalıştığının düşünülmesi hayatın olağan akışına aykırı olarak görülmektedir. Gerçekten bir kişi örneğin kule vinci ile birlikte istihdam ettiği vinç operatörünü meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi çerçevesinde istihdam ettiğini düşünecek olursak, vincin kiralanmadığı dönemde yani iki devir arasındaki süre müddetince bunun tüm masraflarına katlanacağı, gerekli ödemeleri yapacağı sonucuna varılması gereklidir ki, bu durumda iki devir arasında geçen sürenin uzun bir dönemi kapsaması halinde karın gerçekleşmeyeceği ortadadır. Bu nedenle bu gibi hallerde makineyle birlikte işçi verilmesinin unsurunu oluşturan ödünç iş ilişkisinin, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi olduğu sonucuna varılması gayet doğaldır. Bu takdirde, karma sözleşmelerden kombine sözleşmelerin gerçekleştiği sonucuna varılacaktır. Karma sözleşmelerin, “kanunun düzenlediği” çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların kanunun öngörmediği tarzda bir araya gelmesiyle kurulan sözleşmeler olduğunu zaten belirtmiştik. Bu tür uygulamalarda da meslek edinilmemiş ödünç iş

²⁴⁰ Akyiğit, Ödünç İş, 49.

ilişkisi bulunduğu sonucuna vardığımızdan, hangi kanun hükümleri uygulanacağını tespit ederken yaratma kuramından yola çıkılacaktır. Bu itibarla, bahsettiklerimize uygun olarak, makineyle birlikte işçinin devrinin, ödünç iş ilişkisine ilişkin edimine md.7 hükmünün kıyasen uygulanması gerekebilecektir.

Bunların yanında makineyle birlikte işçi verilmesine konu olan makinenin değeri düşükse, bu takdirde bu tür uygulamalarda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yürütülebileceği sonucuna varmamız mümkündür. Bu nedenle, yazı makinesi, bilgisayar, fotoğraf makinesi gibi aletlerle onu kullanacak iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışan işçilerin iş görme edimlerinin devri, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini oluşturabilir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ise, ülkemizde açıkça yasal bir düzenlemeye konu edilmemiştir. Bir başka deyişle elimize bu fırsat geçmişken kaçırmışızdır. Bu nedenle makineyle birlikte işçi verilmesinin edimlerinden biri, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi uygulamasından geliyorsa, ortaya çıkan kanunla düzenlenmemiş sözleşme türü, ‘kendisine özgü yapısı olan sözleşmeler’ olarak kabul edilecektir, çünkü kendisine özgü yapısı olan sözleşmeler, kısmen veya tamamen kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinde bulunmayan unsurlardan meydana gelirler. Sadece makineyle birlikte işçi devrinin edimlerinden birini mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisinin oluşturduğu hallerde değil, aynı zamanda 4857 sayılı iş kanunu kapsamına girmeyen meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi uygulamaları da ‘kendisine özgü yapısı olan sözleşme’ tipine vücut vereceklerdir. İş kanunumuz md.4 hükmünde bu kanunun kapsamına girmeyecek olanlar açıkça belirtilmiştir. 4. madde ‘a. bendinde’ deniz ve hava taşıma işlerinin kapsam dışında kaldığı açıkça belirtilmiştir. Söz konusu işleri, kapsam dışında bırakmanın nedeni, bu işlerin özellikleri nedeni ile özel bir çalışma düzenini gerektirmesi ve iş kanunundaki pek çok hükmün

uygulanması olanağının bulunmamasıdır²⁴¹. Bu nedenle gemilerde çalışan gemi adamları ve aynı zamanda uçaklarda görevli uçuş personeli, iş kanununu kapsamına dâhil olmadıklarından 4857 sayılı iş kanunu md.7 geçici iş ilişkisi hükmünün kapsamına da girmemektedirler. Pek tabî ki bu işlerde çalışanların iş görme edimleri, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi çerçevesinde bir başka işverene devredilebilecektir, fakat md.7 hükmüne bağlı olarak bu ödünç gerçekleşmeyecektir. Bununla birlikte yapılan işin niteliği ile bağdaştığı oranda ilgili maddenin kıyasen uygulanması gerektiği düşünülebilir, fakat şu an için bu işlere özgü özel bir kanuni düzenleme tıpkı meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin durumunda olduğu gibi bulunmamaktadır. Bu nedenle gemi veya uçağın personeliyle birlikte verilmesi halinde meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi bulunsun da, bu da kanuni düzenleme bulunmayan sözleşme tiplerinde, yaptığımız tanımlar gereğince ‘kendine özgü yapısı olan sözleşmeler’ içeriğine dâhil edileceklerdir. Bu şekilde kendine özgü yapısı olan sözleşmelerin bulunduğunu tespit ettiğimiz bu hallerde hangi kanun hükümlerinin uygulanacağını tespit etmede, bir yöntemimiz bulunmaktadır. Buna göre, bu sözleşmelerin belirli bir tiplerle ilişkisi bulunmadığından, yedek hukuk kurallarının doğrudan doğruya uygulanması söz konusu değildir. Bu durumda yargıcın, TMK. md.1/II gereğince hukuk yaratmak suretiyle boşluk doldurması gerekir. Bu suretle gerçekleşen uygulamalar neticesinde, yargıçların yarattığı sözleşme tipleri hukuku doğacaktır²⁴². İlâveten şunu belirtmemiz gerekmektedir ki; makineyle birlikte işçi verilmesinde, bu ilişkinin kapsamında yer alan ödünç iş ilişkisinin, meslek edinilmiş veya meslek edinilmemiş olduğunu tespit ederken makinenin değerinden hareket edilebileceğini belirtmiş olsak da, bu her halükarda geçerli olmayabilir. Her zaman

²⁴¹ *Süzek*, 176. *Çelik*, 64.

²⁴² *Aral*, 57-58.

için taraflar arasındaki ödünç iş ilişkisi incelenirken somut olayın özelliği göz önüne alınmalıdır. Gerçekten de sırf başkalarına kiralamak amacıyla gemi alıp, bununla birlikte gemi adamlarının iş görme edimlerini üçüncü kişilere devreden firmalar/kuruluşlar ortaya çıkarsa, yürüttükleri ödünç iş ilişkisi faaliyeti pek tabîî ki meslek olarak yapılan ödünç iş ilişkisini oluşturmuş olacaktır.

bbb. Bir taşıtla Birlikte Şoför Verilmesi

Doktrinde makineyle birlikte işçi verilmesi kapsamında değerlendirilen uygulamalardan ilk ele alınması gereken, bir otomobilin şoförü ile birlikte kiralanması halidir. Bu uygulamaya neden olan sözleşme, borçlar hukuku kapsamında kombine sözleşme olarak kabul edilmiş ve bir tarafın ediminin kira ve hizmetten oluştuğu, diğer tarafın ediminin ise, bir miktar para ödemediği oluştuğu şeklinde ifade edilmiştir²⁴³. Buna göre çıkarılan sonuç bu tür bir uygulamada ödünç iş ilişkisi bulunmadığıdır. Gerçekten de somut olayda ileride bahsedeceğimiz uygulama biçimlerine göre ödünç iş ilişkisi bulunmaması ve hizmet ediminin yer alması mümkündür. Bir diğer görüş, mesela yeni evlenen çiftlere nikâh törenleri esnasında lüks bir otomobilin sürücüsüyle birlikte onların emirlerine tabi olarak kullanılmak üzere kiralanması hali gibi, bu otomobilleri kendilerine ait hiçbir işyeri olmayan kişiler kiralamış olursa ödünç iş ilişkisinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sorusundan hareket etmektedir. Uygulamada araba kiralama şirketlerinin şoför temin hizmeti verdikleri, ancak şirketle arasında iş sözleşmesi bulunan şoförün verilmesinde ayrı bir sözleşmeye gidilmeksizin ‘araba kiralama sözleşmesine’ şoföründe temin edileceği hususunun eklendiği görülmektedir²⁴⁴. Eğer bu

²⁴³ *Tandoğan*, 72.

²⁴⁴ *Akyiğit*, Ödünç İş, 48-49. *Odaman*, 28.

uygulamayı, yeni evlenen çiftler gibi otomobili kısa süreli kullanacak olan ve şoförün hizmetinden de kısa bir süre yararlanacak olan kişiler açısından ele alırsak, ödünç iş ilişkisinin gerçekleşmemesi gerektiği sonucuna varmamız gerekmektedir. Günümüzde pek çok araba kiralama şirketi, yapmış oldukları ilanlarda şoförlü araç kiralama hizmetine de yer verdiklerini belirtmektedirler. Aslında burada işyeri kavramının neyi ifade ettiğini hatırlamakta fayda vardır. 1475 sayılı iş kanunumuzda “işin yapıldığı yere işyeri denir” gibi çokta açık olmayan bir hükme yer verilmişti. 4857 sayılı iş kanunu md.2/1’de ise, “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri” deneceği ifade edilmiştir. İşte md.2/II’de araçlarında işyerinden sayılacağını görmekteyizdir. Bir aracın işyerinden sayılıp sayılmayacağını belirlenmesinde iş organizasyonu kavramından hareket edilebilir. Bir yer işverenin iş organizasyonu kapsamında yer alıyorsa o işyerinden sayılacaktır. Bu ifade, çağdaş gelişmelere uygun olarak işyerini tanımlamamıza yardımcı olmaktadır. Nitekim artık günümüzde işyeri kavramı, klasik işyeri sınırlarının dışına çıkmıştır²⁴⁵. Bu bakımdan, geçici nitelik taşıyan, bireylerin araç ve şoföre yönelik günlük ihtiyaçlarını karşılayan, şoförlerle iş sözleşmesi yaparak onları istihdam eden, araba kiralama şirketlerinin yürüttükleri faaliyet ödünç iş ilişkisi kapsamında ele alınmamalıdır, çünkü şoförler işverenin kendisine verdiği araçlarda, işverenin müşterilerine(yeni evli çiftlere/havaalanından yakınını aldırarak isteyenlere vs.) hizmet sunmaktadır. İşveren tarafından sağlanan araç, şoförler açısından işyeri olarak kabul edilecektir. Burada gerçekleşen uygulama, ödünç iş ilişkisinin dışında, borçlar hukuku kapsamında

²⁴⁵ *Süzek*, 159-162.

yapılan değerlendirme de olduğu gibi, kira ve hizmet sunma edimlerinin bir arada bulunması neticesinde ortaya çıkan kombine sözleşmelerin bir türüdür.

Her ne kadar bazı durumlarda şoförle birlikte araç kiralama halinde ödünç iş ilişkisi bulunmadığı sonucuna vardıysak da, bu hiçbir zaman ödünç iş ilişkisi bulunmayacağı sonucuna bizi götürmemelidir. Kimi hallerde, örneğın nispeten uzun bir süreyi kapsayan şoförle birlikte araç kiralınması durumunda pek tabii ki arabayı kiralayan kişi, şoförün iş görme edimini ne şekilde yerine getirmesi gerektiğı yönünde emir ve talimat veriyorsa olayda ödünç iş ilişkisinin araba kiralama yanında bulunduğu söylenebilecektir. Belirtilmesi gereken ilk husus, bu tür uygulamalarda ödünç iş ilişkisinden söz edilebilmesi için illa ki arabayı kiralayan kişinin kendisinin tarafı olduğu iş sözleşmeleri ile işçi alıştırması gerekip gerekmediğidir. Ödünç alan işvereni anlatırken belirttiğimiz gibi, arabayı kiralayan ve şoföründe hizmetinden yararlanan ödünç alan işverenlerin, bu sıfatı taşıyabilmeleri için mutlaka iş sözleşmesi ile işçi alıştırması gerekmemektedir. Zira bir avukat, bilgisayarla birlikte bir sekreter ödünç alabilir²⁴⁶, bu nedenle arabayla birlikte şoförde ödünç alınabilmesi dolayısıyla olasıdır ve işçinin iş görme ediminden yararlanan kişiler, ödünç alan işveren sıfatına sahip olacaklardır. Bu durumda da genel olarak araç kiralayanların edimlerinin, işçi sağlama edimi ile aracı kiralamadan meydana geldiğı, karşı tarafın ediminin ise belli bir miktar ücret ödemekten ibaret olduğu görüleceğinden, karma sözleşme türü olan bir çeşit kombine sözleşmesinin var olduğu düşünöleebilecektir. Bu uygulama ile ilgili olarak bir görüş, şirketin iş sözleşmesiyle kendisine bağı olan şoförünü diğeri tarafa vermesi sonucunda bir kazanç sağladığı, şoförle aralarındaki iş sözleşmesi uyarınca sürekli belli bir ücreti araç kiralama şirketinin istihdam ettiğı

²⁴⁶ *Odaman*, 29. *Akyiğit*, Ödünç İş, 50.

şoföre ödediği tespitlerinde bulunmuştur. Buna göre Türk hukukunda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi düzenlenmediğinden, bu uygulamada da ödünç iş ilişkisi kurulduğundan bahsedilemeyeceğini belirtmiştir. 4857 sayılı iş kanunu md.7 hükmüne zıt olarak, araba kiralama şirketinin yaptığı bu faaliyet dolayısıyla kazanç elde etmekte olduğunu, ayrıca işçisini kendi işyerinde hiçbir zaman çalıştırmadığını, işçinin devri sırasında yazılı rızasının da alınmasının söz konusu olmadığını, dolayısıyla, şoförüyle birlikte bir arabanın kiralanması durumunda ‘yaratma kuramına göre bir tipe ait çözüm yolunun tercih edilmesi ve sadece taşınır kirasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtmektedir²⁴⁷.

Yukarıda belirttiğimiz görüşün yerinde bir görüş olmadığı kanaatindeyim. Şöyle ki; bu görüş olayda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bulunduğu sonucuna varmakla birlikte bunu göz ardı etmektedir. Hâlbuki bu uygulamada ödünç iş ilişkisi bulunduğunu kabulü ile birlikte ciddi hukuki sonuçlar doğmaktadır. İlgili görüşün yazarı, ileride de belirtileceği üzere ülkemizde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasak olduğunu belirtirken, bu görüşü ile sadece taşınır kirasına ilişkin hükümler uygulanmalı derken, bir yerden de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanmasına göz kırpmaktadır. Bu da çelişkili bir duruma işaret etmektedir. Ayrıca sadece taşınır kirasına ilişkin hükümlerin uygulanması, işçinin rızasının alınıp almayacağı, taraflar arasında müteselsil sorumluluğun doğup doğmayacağı, ödünç iş ilişkisine ilişkin kanuni hükümlere uyulmadığı takdirde işçinin aracı kiralayan kişinin işçisi olarak sayılıp sayılmayacağı kısacası iş hukuku açısından sonuçlarının ne olacağına yanıt verememektedir. Tüm bunlara ilaveten, olayda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi varsa, bunun karma sözleşme türlerinden komine sözleşmelere dâhil

²⁴⁷ *Odaman*, 28.

edilemeyeceğinden, kendisine özgü yapısı olan sözleşmeler kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği dikkate alınmamıştır.

Makineyle birlikte işçi verilmesinin ödünç iş ilişkisinin hangi türü kapsamında ele alınabileceğine yönelik tartışma burada hatırlanacak olursa, şoförle birlikte araba kirası halinde somut olayın özelliğine bağlı olarak, burada araba kiralama şirketlerinin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetini de gerçekleştirdikleri sonucuna varılabilecektir. Dolayısıyla, bu tür bir ilişkiye sadece taşınır kirasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini belirten görüş yerinde değildir ve ortaya çıkan boşluğu yargıç ‘kendine özgü yapısı olan bir sözleşme’ bulunduğundan TMK. md.1’e başvurarak hukuk yaratmak suretiyle doldurmalıdır.

Makineyle birlikte işçi verilmesi ve hatta arabayla birlikte işçi verilmesi olarak düşünülecek bir Yargıtay kararına araştırmalarımız neticesinde rastlamış bulunmaktayız. Bu karara²⁴⁸ göre; davacı işçi, davalının şoförü olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğini iddia ederek ihbar ve kıdem tazminatını talep etmiştir, ilk derece mahkemesi de davacının talebi yönünde sonuca ulaşmıştır. Davalı, dava dışı limited şirketinin ortağıdır ve tanık anlatımlarından da davacının şirket ortağının bindiği aracın şoförlüğünü yaptığı anlaşılmaktadır. Davacının, dava konusu dönemde dava dışı limited şirketin işçisi olduğuna ilişkin resmi kayıtlar bulunduğundan, yüksek mahkeme, davacının kullandığı aracın kime ait olduğunun belirlenmesi, ücretinin kim tarafından ödendiğinin saptanması, hizmet ilişkisinin davalı ile mi yoksa dava dışı şirket ile mi kurulduğunun belirlenmesi ve şirketle davacı arasında davacıyı çalıştırma yönünden ödünç iş ilişkisi bulunup bulunmadığının saptanması gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesinin kararının

²⁴⁸ Y9HD, 25.04.2005, 25347/14223, *Güzel*, 34-35.

bozulması gerektiğine hükmetmiştir. Bu konuda ileri sürülen bir görüş, 4857 sayılı iş kanunu md.7 hükümlerine göre bir ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesinin mümkün olmadığını çünkü somut olayda, holding bünyesindeki farklı işverenler veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinin bulunmadığını, bu nedenle ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için geriye tek bir seçenek olarak işçinin yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılmak üzere başka bir işverene devri imkânının kaldığını belirterek, limited şirket ortağının md.7 anlamında ortağı olduğu şirketten ayrı bir işveren sıfatını taşıma ihtimalinin olamayacağını savunmuştur²⁴⁹.

Öncelikle olayı analiz ederken burada limited şirket ortağının bulunduğu göze çarpmaktadır. Ayrıca somut olaydan anlaşıldığı kadarıyla davacı işçinin iş sözleşmesi dava dışı limited şirket ile kurulmuş ve bu yönde davalı kişi ile arasında yazılı bir iş sözleşmesinin bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu nedenle bir sonuca varabilmek ümidiyle, işveren tanımını incelediğimizde, iş görme ediminin alacaklısı olan kişiyle, işçiye en üst düzeyde emir ve talimat veren kişilerin farklı kişiler olabileceğini, buna bağlı olarak da, soyut ve somut işveren ayrımının ortaya çıktığını görmekteyizdir. İşte belirttiğimiz bu iki yetki tüzel kişilerde her zaman için farklı kişilerde toplanmıştır²⁵⁰. Buna göre tüzel kişi, amacı doğrultusunda ve bu amaç çerçevesinde işçi çalıştıracak olursa, işçiden işin görülmesini isteme hakkına sahip olacak ve soyut işveren niteliğini kazanacaktır²⁵¹. Ancak yönetim hakkı ve emir ve talimat verme yetkisi zorunlu olarak tüzel kişinin organı tarafından kullanılır ve somut işveren olarak değerlendirilebilir. Somut işveren kapsamına aynı zamanda organı oluşturan gerçek kişilerde dâhil edilmektedir. İlaveten tüzel kişilerde organ bir

²⁴⁹ *Güzel*, 35.

²⁵⁰ *Süzek*, 131-132.

²⁵¹ *Engin*, İşveren, 137.

kurul olabileceği gibi tek başına bir kişide organ sıfatına sahip olabilir²⁵². Şirketi yönetme ve temsil yetkisi ortak ve üyelere bırakılabileceği gibi, ortak durumunda olmayan üçüncü kişilere de kısmen veya tamamen bırakılabilir²⁵³. Yönetim ve temsil yetkisinin de ortak durumunda olan veya olmayan kişilere bırakılması kişilerin sıfatının saptanmasında yani somut işveren veya işveren vekili olduğunun tespit edilmesinde rol oynar. Eğer limited şirket yönetim ve temsil yetkisi, ortak durumundaki bir kişiye, yani ortak müdüre bırakılacak olursa, şirket ortağı kişi organ niteliğini kazanır ve işveren sayılır²⁵⁴.

Olayımıza geri dönecek olursak, şirket ortağının bu nitelikleri taşıyıp taşımadığına dair bir bilgi yer almamaktadır, fakat olayımızdaki limited şirket ortağına şirketi yönetim ve temsil yetkisi verilmiş ise, yaptığımız açıklamalar çerçevesinde kişi organ sıfatını taşıyacak ve işveren gibi işlem görecektir. Bu takdirde zaten davalı olarak gösterilen kişi, davacı işçinin işvereni olarak kabul edileceğinden taraflar arasında geçici iş ilişkisinin bulunup bulunmadığı dahi düşünülemeyecektir ve normal bir iş ilişkisi bulunduğu sonucuna varılarak iş sözleşmesi feshedilen işçinin, kıdem ve ihbar tazminatının ödemesinden iş sözleşmesine taraf olan limited şirket tüzel kişiliğinin sorumlu olması gerektiği sonucuna varılacaktır. Bununla birlikte limited şirket ortağının, bu sıfatı taşıyamaması halinde de bir değerlendirme yoluna gidilmesi gereklidir. Olayda da vurgulandığı üzere davacı işçinin kullandığı aracın kime ait olduğunun saptanması gereklidir. Eğer araç limited şirkete aitse, makineyle birlikte işçi devri gerçekleştiği sonucuna varılacak ama araç şirket ortağının ise, taraflar arasında karma nitelikli bir sözleşme

²⁵² *Süzek*, 132-133.

²⁵³ *Engin*, İşveren, 147.

²⁵⁴ *Süzek*, 133.

bulunduğu düşüncesinden ziyade salt ödünç iş ilişkisi bulunduğu sonucuna varılabilecektir. Her iki durumda da taraflar arasında ödünç iş ilişkisi bulunduğu sonucuna varmamıza sebep olan bir takım emareler bulunmaktadır. Davacı işçinin, iş sözleşmesi, dava dışı limited şirkettir ve ücreti ilgili şirketçe ödeniyor olabilir. Anlaşıldığı üzere davacı işçinin, davalı limited şirket ortağının şoförü olarak çalıştığını beyan etmesinden, emir ve talimatları da söz konusu kişiden almaktadır. Bu takdirde bir kimsenin iş sözleşmesi ile kendisine bağı işçinin iş görme edimini, bir üçüncü kişi yanında yerine getirmesi tek bir hukuki ilişki ile açıklanabilir. Bu da ödünç iş ilişkisidir.

Ödünç iş ilişkisinin kurulmasında ödünç alanın mutlaka kendisine iş sözleşmesi ile bağı işçiler çalıştırması zorunluluğunun olmadığı zaten belirtmiştik. Fakat burada ne meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi nede meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi olduğu açık bir şekilde görülmektedir. Gerçekten yukarıda belirtilen görüşte olduğu gibi, burada meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kurulmuş olamaz, zira md.7 hükümlerinin gerekleri mevcut değildir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bulunduğu sonucuna da varılamaz, zira kazanç amacının olup olmadığı, geçicilik niteliğinin korunup korunmadığı anlaşılamamakta ve ileride bahsedeceğimiz üzere ödünç iş ilişkisinin meslek edinilmiş sayılabilmesi için gerekli olan koşullar bulunmamaktadır. Bu nedenle aslında taraflar arasındaki görünüşteki işlem ödünç iş ilişkisi, muvazaalı olarak nitelendirilebilecek ve işçi aslında en başından itibaren limited şirket ortağının işçisi gibi işlem görebilecektir.

Makineyle birlikte işçi verilmesi uygulamasına örnek vermek üzere iki Yargıtay kararına daha değinilmesi yerinde olacaktır. İlk karara²⁵⁵ bakıldığında, davacının, ihale makamından ‘Taşımalı İlköğretim Uygulaması’ kapsamında öğrenci taşıma işini üstlendiği, bu yükümlülüğünü yerine getirmek için de personeli ile birlikte minibüs kiraladığı görülmektedir. Minibüsün, personeli ile birlikte kiralanması ile personelsiz kiralanması arasında fiyat farkı bulunmaktadır ve kiralanana aracın personel ücretinin de kira parası içinde yer alacak biçimde peşinen ödenmiş olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca araç personelinin kira süresi içerisinde, kiracı davacının emri altında ona tabi ve bağımlı bir şekilde çalıştığı tespit edilmiştir. Bu bilgiler ışığında yüksek mahkeme, olayda BK. md.313 vd. maddeleri uyarınca iş sözleşmesinin koşullarının oluştuğuna, kiralanana minibüsün sahibi ve şoförü olan A.G.’nin aynı zamanda T.K. işletmelerinde sigortalı işçi olarak çalışmakta olmasının davacının işveren sıfatına halel getirmeyeceğine, 506 sayılı yasanın 4. maddesi gereğince davacının işveren sıfatının varlığında bir tereddüdün bulunmadığına hükmetmiştir. Bir diğer karara²⁵⁶ göre de; davanın konusunu, “davalı anonim ortaklık ile Azot sanayi arasında yapılan protokole göre, Azot sanayi fabrikalarının topkrat tabir edilen bir cihazı davalı ortaklığa kiralamayı ve kiralanana bu cihazın Kütahya’dan Batman’a nakli sırasında, aracı idare eden şoförün dikkatsizlik ve tedbirsizliği sonucu...” arabanın devredilmesi ve bu kaza esnasında Ö.Ö. isimli işçinin yakınlarının davalı anonim ortaklıktan destekten yoksun kalma tazminatında bulunmaları oluşturmaktadır. Davanın esasına bakıldığında, ölen işçinin, Azot sanayi anonim ortaklığının işçisi olduğu, davalı Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı ile Azot sanayi anonim ortaklığı arasında düzenlenen protokol hükümleri gereğince Azot sanayii’nin

²⁵⁵ Y10HD, 16.09.2002, 5663/6301, *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 331.

²⁵⁶ Y9HD, 31.05.1965, 2830/4725, *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 391-392.

bir makinesi, makineyi de işleten bir operatör yardımcısının da makinede çalışması koşuluyla kiraladığı ve karşılığında da belli bir bedelin talep edildiği hususu yer almaktadır. Davalıya makinenin sevkıyatı esnasında kazanın meydana gelmesi ve işçinin hayatını kaybetmesi üzerine yüksek mahkeme, makineyi işletecek işçilerin gerçekte Azot sanayii'nin işçisi olmakla birlikte, davalının işinde dahi çalıştırıldıkları ve kendilerine ücret verilmesi hususunun davalı tarafça kabul edilmesinden dolayı aynı zamanda davalının dahi işçisi durumunda bulunduklarını, netice itibariyle meydana gelen kazanın iş kazası niteliğinde bulunması nedeniyle davalı Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığına husumet yönlendirilebileceğini kararlaştırmıştır.

Her iki karara da bakıldığında makineyle birlikte işçi devrinin gerçekleştiği fakat Yargıtay'ın burada ödünç iş ilişkisi niteliği tespitinde bulunmaksızın, makineyle birlikte gelen işçileri, kiracının işçisi olarak kabul etme yoluna gittiğini görmekteyiz. Hâlbuki buradaki kararlara bakıldığında işçilerin iş sözleşmelerinin, aracı kiraya veren şirketleri yani iş sözleşmelerinin tarafını oluşturan işverenleri ile devam ettiği ve iş görme edimini yerine getirmek üzere bir başka işverene gönderildikleri esnada iş sözleşmesi ile bağlı işverenin yanında çalışmasının gerçekleşmediği, işçilerin gönderildikleri yerdeki işverenlerin emirleri altında çalışacakları gibi özellikler dikkati çekmektedir. Bir kere makinenin kiralanması gereğince kira ediminin olayların her ikisinde de bulunduğu tartışmasızdır. Ayrıca bu edimlere, bir de makineyi kullanacak işçilerin iş görme edimlerinin devri eklenmektedir. İşçiler, gönderildikleri yerde çalışacaklarken, o işyerinin işvereni ile iş sözleşmesi yapmamaktadırlar. Bütün bunlardan makinenin kiralanmasının yanında, işçi sağlama sözleşmesinin de bulunduğu yani ödünç iş ilişkisinin dâhil olduğu bir edimin daha bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Burada kurulmak istenen ödünç iş ilişkisinin

arızı bir nitelik taşıdığı bu itibarla meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu nedenle kararların verildiği tarih göz önüne alındığında henüz meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair yasal düzenleme ülkemizde mevcut bulunmadığından kendine özgü yapısı olan sözleşme olarak göz önüne alınması, her iki olay açısından da mümkün gözükmektedir. Dolayısıyla yüksek mahkeme, daha önceden de bahsettiğimiz çifte iş ilişkisi anlayışından ziyade bir başka deyişle her iki işverenle de işçilerin iş sözleşmesi bulunduğunu kabul etmesi yerine makineyle birlikte işçi kiralaması olduğu kabulüne gitmesi ve kendine özgü yapısı olan bir sözleşmenin vuku bulması nedeniyle bunlara uygulanacak hukuk kuralları kısmında da belirttiğimiz üzere boşluğu hukuk yaratmak suretiyle doldurması gerekliydi. Bu çerçevede günümüz anlayışına uygun olarak yüksek mahkemenin, ikinci olayla ilgili olarak, meydana gelen iş kazasından ödünç alan işveren sıfatını taşıyan Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığının sorumluluğunun yanında işçiyi ödünç veren Azot sanayii'nide müteselsilen sorumlu tutma yoluna gitmesi yerinde olurdu.

ccc. Gemiyle/Uçakla Birlikte İşçi Verilmesi ve Çarter Sözleşmeleri

Kombine sözleşmelerinin tek örneği şimdiye kadar anlattığımız örneklerin çoğunluğunu teşkil eden arabaların, şoförleriyle birlikte kiralanması olmadığını zaten belirtmiştik. Bunun yanında gemi ve uçakların kiralanması halinde de kombine sözleşme örneklerinin ortaya çıkması söz konusudur ve bunların uygulamada ne şekilde ve hangi sözleşme adı altında gerçekleştirildiğine de değinilmesi gereklidir.

Aslında iş hukukunda gemiyle birlikte işçi devrinin, makineyle birlikte işçi devri oluşturduğu söylenmesine rağmen hangi çeşit devirlerin ödünç iş ilişkisini ilgilendirdiği çokta inceleme konusu olmamıştır. Yapmış olduğumuz araştırmalarda özellikle deniz ticareti hukukunda bizi ilgilendiren konunun ‘navlun sözleşmesi’ kapsamına girdiği görülmüştür. Navlun sözleşmesi ise, kısaca konusu bir gemide deniz yoluyla ücret karşılığı eşya taşımak olan her türlü sözleşme şeklinde tanımlanabilir. Navlun sözleşmesi kendi içinde kirkambar ve çarter sözleşmesi olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır²⁵⁷.

Çarter sözleşmesi ile geminin tamamı veya bir kısmı veyahut belirli bir yeri taşıtana tahsis edilerek denizde eşya taşınması üstlenilmektedir(TTK. md. 1016/I. Bent). Bu suretle çarter sözleşmesinin konusunu, eşya taşınması için geminin tamamının veya belli bir yerinin taşıtana tahsis edilmesi oluşturduğu görülmektedir²⁵⁸. Her ne kadar çarter sözleşmeleri, deniz ticareti ile bağlantılıymış gibi gösterilmişse de aynı uygulamanın hava taşıma sözleşmelerinde de gerçekleştiğini görmekteyiz. Nitekim uçakla birlikte personelinin de devredilmesi de çarter sözleşmesi olarak ele alınmakta ve niteliği itibariyle makineyle birlikte işçi devri teşkil etmektedir²⁵⁹. Buraya kadar anlattıklarımız sadece ticaret hukuku çerçevesinde kaldığından konumuzla bağlantısının ne olduğu sorusu akla gelebilir, fakat konumuzla ilgili olan kısmı çarter sözleşmesinin türleri oluşturmaktadır. Çarter sözleşmesi, deniz ticareti hukuku bakımından, Yolculuk çarteri(Voyage Charter),

²⁵⁷ *Deniz Ticareti Hukuku*, http://tr.wikipedia.org/wiki/Deniz_Ticareti_Hukuku#Navlun_S.C3.B6zle.C5.9Fmeleri, 03.06.2008.

²⁵⁸ *İzveren-Franko-Çalık*, 166-167.

²⁵⁹ Hava taşımalarında da çarter sözleşmesi deyiminin, Deniz Hukukunda ki terminolojiye dayanılarak uygulama da yaratılmış olduğunu savunan yazarlarda mevcut bulunmaktadır. Ancak hava taşımalarında çarter kavramı artık başka uygulamaları ifade etmek için de kullanılabilmekte ve değişik amaçlar ve içeriklerde yapılabilmektedir. Özellikle günümüzde çarter sözleşmeleri, herhangi bir tahsis amacı güdülmeden sırf önceden ilan edilmiş düzenli seferlerin dışında gerçekleştirilen arazi seferlere yönelik uygulama için kullanılmaktadır. (*Ülgen*, 12,54).

Zaman Çarteri(Time Charter), Çıplak Kiralama şeklinde üçe ayrılabilir. Çıplak Kiralama ile ilgili çarter türü, kimi kaynaklarda tek bir çarter türü olarak ele alınırken, kimi kaynaklarda ikiye ayrılmaktadır. Buna göre ‘Bare Boat Charter’ ve ‘Demise Charter’ şeklinde bir ayrıma gidilmektedir. Ancak genel olarak ‘bare boat charter’ ile ‘demise charter’ eşanlamlı olarak kullanılmaktadır²⁶⁰.

Ödünç iş ilişkisi ve aynı zamanda makineyle birlikte işçi verilmesi ile ilgili olarak ele alınması gereken ilk çarter türü genel bir kavram olarak ele alacağımız çıplak kiralama türüdür. İşte çıplak kiralamada, gemi sahibinin, gemisini çarterere(kiracıya), periyodik kira bedeli mukabilinde kararlaştırılmış zaman müddeti için kiralaması söz konusudur. Eğer ki, personel olmaksızın kiralama söz konusu ise, bare boat charter olarak adlandırdığımız tür ortaya çıkmaktadır. Bu ise aynı zamanda demise charter ile de farkını ortaya koymaktadır. Her ikisinde de geminin çıplak olarak veya teçhizatı ile kiralanması söz konusu olmakla birlikte, demise charter de, taraflar arasındaki sözleşmeye konulacak hükümlerle, kiraya veren gemi sahibi, kiracının temsilcisi olarak ve onun hesabına gemiyi donatmak, tamir ettirmek ve gemi adamlarını tutmak görevinin belirlenen bir bedel karşılığında üstlenir veya gemiyi personeli ile fakat iş sözleşmelerini çarterere(kiracıya) devretmek suretiyle kiralaması söz konusudur²⁶¹. Çıplak kiralamada, çarterer geminin üzerinde hem teknik hem de ticari yönetimi elde etmektedir²⁶². Çıplak kiralamada, çarterer kaptanı, tayfaları ve diğer görevlileri yani gemi adamlarını kendi istihdam etmekte ve dolayısıyla iş sözleşmelerinin tarafı olmaktadır. Bundan dolayı geminin kaptanı ve tayfaları yani gemi adamları, pek çok açıdan gemi sahibinin değil de, çartererin

²⁶⁰ İzveren-Franko-Çalık, 167-168. Tekil, Deniz, 123-127. Wiford-Coghlin-Healy Jr.-Kimball, 368.

²⁶¹ İzveren-Franko-Çalık, 168-169. Tekil, Deniz, 124. Wiford-Coghlin-Healy Jr.-Kimball, 368.

²⁶² Tekil, Deniz, 123.

Çalışanları olarak işlem grrleri. Dolayısıyla, kaptanca imzalanan yükleme belgesi, gemi sahibini değil, demise çartereri bağlar. Demise arterer, kaptan ve tayfaların yani gemi adamlarının ihmalinin sonucu olan çarpışmalardan doğan zararlardan bu nedenle sorumlu olacaktır²⁶³. Görüldüğü üzere burada ödünç iş ilişkisini akla getirebilecek herhangi bir l iş ilişkisi gerçekleşmemektedir. Burada bir l iş ilişkisinin duruma göre gerçekleştiği düşünülebilir ancak bu iş sözleşmelerinin devridir aksi takdirde ödünç iş ilişkisi değildir. Gerçekten yukarıda belirttiğimiz ve adından da anlaşılacağı üzere çarterer, gemiyi çıplak olarak teçhizatı ile kiralamakta, gemide çalışacak gemi adamlarını ya kendisi istihdam etmekte veya zaten gemide çalışan gemi adamlarının iş sözleşmelerini kendi üzerine iş sözleşmesinin devri yoluyla almaktadır. Hal böyle olunca, kendisi iş sözleşmesinin tarafı haline gelmekte ve ödünç iş ilişkisinin koşulları oluşmamaktadır. Yani ıplak kiralamada gemiyle birlikte işçi devri gibi bir durum gerçekleşmemektedir.

Çarter sözleşmeleri ile ilgili olarak şimdiye kadar anlattığımız kısımlarından ödünç iş ilişkisiyle bağlantılı sonuçlara varabileceğimiz ifadelerin olmadığı ortadadır, fakat incelemelerimize devam ettiğimizde arter sözleşmesinin zaman arteri(time charter) şeklinde adlandırılan uygulamasının ödünç iş ilişkisini de içinde barındırdığı veya barındırdığı düşünülebilecek bir nitelik taşıdığı görülmektedir. Zaman arterinde, gemi sahibi donatan, kendi kaptanı ve tayfaları ile yani gemi adamları ile periyodik kira bedeli karşılığında kararlaştırılmış bir zaman dilimi için, gemisiyle zaman arterlerine hizmet sunmaktadır²⁶⁴. Zaman artereri olarak adlandırdığımız kişi ise, kısa bir süre için filosunu geliştirme ihtiyacında olan gemi sahibi ya da bir geminin ticari kontrolüne sahip olmayı isteyen ancak bir gemiye para yatırmayı

²⁶³ *Wiford-Coghlin-Healy Jr.-Kimball*, 368-369. *Ivamy*, 31-32.

²⁶⁴ *Wiford-Coghlin-Healy Jr.-Kimball*, 369.

istemeyen, sürekli bir şekilde mallarını nakletme ihtiyacı içinde olan kargo sahibi(satıcı veya alıcı) olabilir. Bazen gemi acenteleri, navlun piyasasında spekülasyon yapmak için zaman charteri yoluyla faaliyet göstermektedirler²⁶⁵. Zaman charterlerinin tanımında da görüldüğü gibi, çıplak kiralamadan zaman charterini ayıran unsur, geminin teknik yönetiminin gemi sahibi donatanda kalmaya devam etmesi, ticari yönetimin ise ‘tahsis olunana(zaman charterlerine)’ devredilmesidir²⁶⁶. Dolayısıyla çıplak kiralama da olduğu gibi geminin hem teknik hem de ticari yönetiminin charterere geçmesi gibi bir hal gerçekleşmemektedir.

Zaman charterinin hukuki niteliği, bu bakımdan bir gemi kirası mı veya navlun sözleşmesi mi olduğu, ya da ne zaman gemi kirası ne zaman navlun sözleşmesi olacağı tartışılmıştır. Gemi kirasının olabilmesi için, bir kimsenin gemiye istediği yükleri yükletebilmesi, dilediği limanlara yanaştırabilmesi gereklidir. Ayrıca zaman charterinin, duruma göre hangi niteliği taşıdığının saptanmasında bir kimseye karşı taşıma işinin mi taahhüt edildiği yoksa gemiden faydalanması mı temin edildiği rol oynamaktadır. Eğer bir kimseye karşı taşıma işi taahhüt edilmiş olursa navlun sözleşmesinden ibaret bir zaman charteri, ancak bir kimsenin gemiden faydalanması hedeflenmişse gemi kirası söz konusu olacaktır²⁶⁷. Nitekim bir kimsenin gemiyi istediği limanlara yanaştırabilmesi, seferlerini planlayabilmesi gibi imkânlardan yararlanabilmesi için geminin en azından ticari yönetiminin devredilmesinin gerekli olduğu ortadadır. Charter sözleşmesinin bu hukuki niteliğine hava taşıma sözleşmelerinde de değinilmiştir. Buna göre charterere karşı, uçağın charter sözleşmesi hükümleri çerçevesinde kullanılmasına imkân verecek şekilde tahsis olunmasıyla

²⁶⁵ *Gorton-Ihre-Sandevan*, 86.

²⁶⁶ *İzveren-Franko-Çalık*, 168.

²⁶⁷ *Akıncı*, 14.

birlikte, hava aracının uçuş personeli olmadan veya uçuş personeli ile beraber tahsis edilmiş olup olmamasına göre ya sadece kira ya da uçuş personelinin hizmetlerini temin taahhüdü ile birlikte kira ilişki söz konusu olacaktır. Pek tabî ki bu durum charter sözleşmesinin taşıma işi kapsamında ele alınamayacağını göstermektedir. 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu da hava aracının personelli veya personelsiz devrine farklı hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. 118. maddesine göre sadece hava aracının kiralınması durumunda borçlar kanununun hükümleri, uçuş personeli ile birlikte bir hava aracının tamamının veya bir kısmının kiralınması halinde TTK’nu hükümleri uygulanacaktır²⁶⁸. Uçağın personelsiz tahsis olunan charterere devri, deniz hukukunda ki demise charteri çağrıştırırken, charter sözleşmesinin uçuş personelini de içermesi zaman charterini çağrıştırmaktadır.

Yukarıdan beri ifade ettiğimiz üzere, geminin sadece ticari yönetimi charterere devredilirken, teknik yönetimi gemi sahibi donatan da kalmaktadır. Bu kavramların neyi ifade ettiğini belirtmek anlama kolaylığı sağlayacaktır. Geminin ticari yönetimi ile kastedilen, geminin kullanılmasından doğan menfaate ilişkin hususlardır ve yük ile yolcuya ilişkin kararların alınması durumunu içerir. Örneğin charterer, kaptandan belirli bir tarihte belirli bir yükün bir yerden başka bir yere getirilmesi isteyebilir. Geminin teknik yönetimini ise geminin bakımı, geminin denize elverişliliği ve bu elverişliliği sağlama ve koruma gibi geminin menfaatine uygun olarak yapılan hususları kapsamaktadır²⁶⁹.

Bu şekilde geminin ticari ve teknik yönetiminin bölünmesi sonucunu doğuran zaman charteri sözleşmesinin en önemli özelliği, konumuz açısından değerlendirildiğinde, chartererin hakları arasında yer alan ‘gemi ve personelden yani

²⁶⁸ *Ülgen*, 11, 38-39.

²⁶⁹ *Tekil*, Deniz, 132-134.

kaptan ve gemi adamlarından yararlanması olduğunu görmekteyiz. İşte bu husus charter sözleşmelerinde İstihdam Hükümü/Klozu(Employment Clause) olarak geçmektedir. Bu kaptan ve gemi adamlarının geminin ticari idaresinde münhasıran zaman charterlerinin emri altında bulunmalarına ilişkin hükümdür. Bu hükmün varlığı gemi sahibi donatanın, kaptan ve gemi adamlarını tayin yetkisine dair haklarını ortadan kaldırmaz²⁷⁰. Burada ilk olarak gemi adamlarından neyin anlaşılması gerektiğini belirlemek gereklidir. TTK. md.821’de gemi adamlarından kaptan, gemi zabıtları, tayfalar ve gemide istihdam edilen diğer kimselerin anlaşılacağı ve 854 sayılı denizi iş kanunu md.2/B. Bendi’nde bir hizmet sözleşmesine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselerin gemi adamı olarak nitelendirileceği belirtilmiştir. Kısaca gemi adamı kavramı sadece gemi üzerinde çalıştırılan ilgili maddelerde belirtilen kimseleri kapsamakta, bunların dışında kalan örneğin karada donatanın gemi işletmesinde çalışan işletme müdürü, muhasebeci, mühendis gibi kişileri içermemektedir. Dolayısıyla gemi adamı sıfatına sahip olabilmek için gemilerde fiilen çalıştırılmış olmak gerekmekte, gemide olmayıp geminin dışında istihdam edilenler gemi adamı kavramına dâhil edilememektedir²⁷¹.

Belirtilen gemi adamlarının, iş sözleşmeleri zaman charteri yapıldığında geminin teknik yönetimini elinde tutan gemi sahibi donatan ile devam etmektedir. Nitekim kaptanın ve tayfaların gemi sahibinin personeli olarak çalıştığı hususunda tartışma yoktur²⁷². Görüldüğü üzere çıplak kiralama da olduğu gibi charterlerin, gemi adamlarının iş sözleşmelerini kendi üzerine devralması gibi bir durum mevcut değildir. Bundan dolayı gemi adamlarına, iş sözleşmeleri gereği ödenecek olan

²⁷⁰ *Tekil*, Navlun, 7.

²⁷¹ *İzveren-Franko-Çalık*, 149-151.

²⁷² *Wiford-Coghlin-Healy Jr.-Kimball*, 369.

Ücretler, sosyal sigorta primleri ile ilave ücretleri ve her türlü masrafları gemi sahibi tarafından karşılanmaya devam edecektir. Bununla birlikte, gemi sahibinin bu yükümlülüklerinden, gemi adamlarının masrafları ve ilave faaliyetlerinden dolayı ücretler/primler gibi demeler, arter sözleşmesine konulacak bir hükümle çarterer tarafından yerine getirileceği kararlaştırılabilir. Ayrıca gemi adamlarının kumanya türünden ihtiyaçları da gemi sahibi donatan tarafından karşılanmaya devam edecektir²⁷³.

Gemi adamlarının iş sözleşmeleri, teknik idareyi yürüten gemi sahibi ile devam etmekle birlikte ticari konularda anlatıldığı üzere emir ve talimatları zaman artererinden alacakları görülmektedir. İşte burada çartererin bir diğer hakkı ortaya çıkmaktadır. Buna göre, verdiği emir ve talimatların gereği gibi yerine getirilmemesi halinde, arter sözleşmelerinde, kaptan ve gemi adamlarının tavır ve hareketleri bakımından çartererin haklı ve yerinde şikâyeti üzerine bu kimselerin gemi sahibi donatan tarafından değiştirilmesinin taahhüt edilebilmesi de mümkündür. İşte bu şekilde bir ilişki ağının bulunduğu arter sözleşmelerinde kaptanın rolü oldukça önemlidir. Kaptan da diğer gemi adamları gibi geminin ticari yönetimi açısından çartererin emri altında olduğundan sözleşme sınırları içerisinde kaldığı ölçüde bunlara uymakla yükümlüdür. Fakat kaptan, bazı hallerde çartererin talimatlarını reddetmeye sadece yetkili değil aynı zamanda mecbur olabilmektedir. Örneğin, gemisinin denize elverişliliğinin veya gemisinin güvenliğinin tehlikede olması halleri bu kapsamda yer almaktadır. Amerikan Hukukuna göre de çartererin, kaptana emir ve talimat verme hakkı, asla mutlak ve sınırsız değildir. Yukarıda belirttiğimiz örneğe benzer şekilde, kaptanın, çartererin güvenli olmayan limanlara yanaşma ile

²⁷³ *Ülgener*, 56.

ilgili talimatlarını yerine getirmekten kaçınması makul görülebilir. Nitekim kaptan geminin seyri veya yönetimi ile ilgili konularda chartererin talimatları altında hareket etmeyecektir. Ek olarak, koşulların yolculuğa çıkmaktan kaçınmayı gerektirdiği durumlarda da kaptan yukarıda belirttiğimiz şekilde chartererin talimatlarına uymak zorunda olmaksızın hareket edecektir²⁷⁴. Kaptanın yukarıda belirttiğimiz haller dışında ve gemi adamlarının da zaman charterinin verdiği ticari yönetimle ilgili emir ve talimatlara uyması gereklidir. Eğer sözleşme hükümlerine uygun şekilde zaman chartererince verilmiş emir ve talimatlara gemi adamları riayet etmeyecek olurlarsa, bu nedenlerle chartererin geminin kendi kullanımında olduğu sürede kullanamamasından dolayı uğradığı zaman kaybına binaen gemim sahibine yapılacak ücret ödemesinde kesintiye gidilmesine off-hire(kullanımdan çıkma) hükümleri çerçevesinde olanak sağlanabilir²⁷⁵.

Buraya kadar anlatılmış bölümlerde taraflar arasında yani gemi adamları, zaman chartereri ve gemi sahibi donatan arasında üçlü bir ilişkinin mevcut bulunduğu görülmektedir. Gerçekten de gemi adamları, ticari açıdan emir ve talimatları zaman chartererinden alırlarken, teknik konularda gemi sahibinden almaya devam etmektedirler. Nitekim ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi asıl olarak ödünç alan işverenin emir ve talimatları altında iş görme edimini yerine getirir de, ödünç veren işverenin yönetim hakkının tamamen ortadan kalkmadığını görmekteyiz. Böylece zaman charteri sözleşmesinde de bu özelliğin taşındığını fakat normal bir ödünç iş ilişkisine nazaran talimat verme yetkisinin daha geniş tutulduğunu görmekteyiz. Ayrıca bu üçlü ilişki de iş sözleşmeleri açıkça gemi sahibi donatan ile devam etmekte ve dolayısıyla ücret ve diğer ödemelerden ödünç veren işveren konumunda bulunan

²⁷⁴ *Wiford-Coghlin-Healy Jr.-Kimball*, 195,201.

²⁷⁵ *Tekil*, Deniz, 135-136.

gemi sahibi sorumlu olarak kalmaktadır. Bu da ödünç iş ilişkisinin özelliğini gösterdiği bir diğer husustur. Bunların yanın da zaman çartereri, emir ve talimatlarına uymayan gemi adamlarının değiştirilmesini isteyebilir ki, bu da ödünç iş ilişkisinin özelliğini gösteren bir diğer göstergedir. Tüm bunlar göz önüne alındığında, zaman çartereri ile gemi sahibi donatan arasında imzalanan zaman çarteri sözleşmesinin, içerisinde ‘işçi sağlama sözleşmesini’ de ihtiva eden bir nitelik taşıdığı düşünülmektedir. Tüm bunlardan çıkan sonuç, makineyle birlikte işçi verilmesinin en başından beri belirttiğimiz üzere burada gerçekten kanunla düzenlenmemiş bir sözleşme bulunduğu sonucuna bizi götürmektedir. Burada sözleşmenin, kanunla düzenlenmediği iddiasında bulunulamayacağı, bunun çarter sözleşmesi kapsamında ve hatta zaman çarteri kapsamında özel olarak belirtilmiş olduğu söylenebilir. Fakat zaman çarteri, konuyu ele alırken ticari işleyiş açısından yaklaşmış, iş hukuku açısından bariz bir düzenleme aşağıda belirteceğim yeni ticaret kanunu tasarısı hükümleri dışında getirmemiştir. İşte bundan dolayı burada kanunla düzenlenmemiş sözleşme bulunduğu söylenebilir. Çarter sözleşmesi ile kira ve teknik konular açısından hizmet edimlerinin ve ayrıca gemi adamlarının iş görme edimlerinin devri ile ilgili olarak işçi sağlama ediminin, gemi sahibi donatanda bulunduğu, çartererin ise buna mukabil uygun bir bedel ödeme ediminin bulunduğu görülebilir. Bu bakımdan da kendine özgü yapısı olan sözleşmeler kapsamında düşünülmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Kendine özgü sözleşmeler kapsamında düşünülmesinin nedenini ise, her ne kadar gerçekleşen ödünç iş ilişkisi meslek edinilmemiş olarak algılansa da gemi taşıma işlerinin iş kanunu kapsamı dışında tutulması dolayısıyla 4857 sayılı kanun md.7 hükmünün burada uygulanamayacağı şeklinde ifade edilmişti. Bu bakımdan bu şekilde kurulan ödünç iş ilişkisine uygulanacak hükümleri

TMK. md.1'e göre yargıç hukuk yaratmak suretiyle belirlemelidir. Ancak zaman chartererin, emir ve talimat verme yetkisi her alanda değildir ve sadece geminin ticari yönetimi ile sınırlandırılmıştır. Bu durumda aslında gerçekleşen ödünç iş ilişkisinde, ödünç alan işverenin işçinin iş görme edimini tamamıyla organize edebilmesine olanak vermediğinden tam bir ödünç iş ilişkisi olarak değerlendirilemez. Bu bakımdan gerçekleşen bu üçlü ilişki 'kısmi ödünç iş ilişkisi' olarak algılanabilir.

Bu anlattıklarımızla uyuşan bir yasal düzenleme 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı' ile getirilmek istenmektedir. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Beşinci Kitap, Dördüncü Kısım başlığı "Deniz Ticaret Sözleşmeleri" ve Birinci Bölüm başlığı "Gemi Kira Sözleşmeleri" olarak yeni bir düzenleme getirmektedir. Bu düzenlemeler çerçevesinde md.1127, "Gemi adamlarının çalıştırılmasından doğan bütün borç ve yükümlülükler kiracıya aittir. Geminin gemi adamlarıyla birlikte kiracının emrine verildiği kira sözleşmelerinde, gemi adamlarının çalıştırılmasından doğan bütün borç ve yükümlülüklerden kiralayan, kiracı ile birlikte ve müteselsilen sorumlu olur" ve md.1134 "Kaptan, tahsis olunanın geminin ticarî yönetimine ilişkin olarak zaman charteri sözleşmesi hükümleri çerçevesinde kendisine verdiği bütün talimatlara uymak zorundadır" yönünde düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerde görüldüğü gibi, kiralayan ve kiracı arasında getirilen müteselsil sorumluluğa dair düzenleme iş hukuku kapsamında ele alınmalı ve asıl iç ilişkinin hangi kapsamda yer aldığı belirlenmelidir²⁷⁶.

Bu bakımdan tasarı düzenlemelerin de, müteselsil sorumluluğun getirilmiş olması ve zaman charterinde kaptana getirilen özel hükümle birlikte ticari konularda chartererin talimatlarına uyması gerektiği yönündeki düzenlemeler, tasarı kanun haline

²⁷⁶ Çetingil-Kender-Ünan-Yazıcıoğlu, 121.

gelecek olursa, fiilen uygulama da gerçekleşen ödünç iş ilişkisini de içeren makineyle birlikte işçi vermenin yasal bir dayanağa sahip olacağına işaret etmektedir. Bununla birlikte tasarının 1127. maddesinde ki düzenlemenin ifade açısından çok doğru bir nitelik taşımadığı görülmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu md.7/III'e göre ödünç işçiye yönelik çeşitli borçlardan ödünç alan işveren, ödünç veren işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur. Hâlbuki ticaret kanunu tasarısında kiralayan yani gemi sahibi donatan, charterer ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulmuştur. İlk bakışta sonucu değiştiren bir vaziyet yok gibi algılanabilir ve önemli olanın gemi adamlarının alacaklarının temini olduğu ileri sürülebilir. Fakat iş sözleşmelerinin tarafını teşkil eden kiralayan gemi sahibi zaten gemi adamlarının ödemelerinden, iş sözleşmesinin tarafı olması sebebiyle sorumludur. Zaten sorumlu olan birisini, chartererin yanında müteselsil sorumlu hale getirmek uygun değildir. Bu bakımdan ifadenin yanlış kurulduğu düşünülmekte ve ödünç iş ilişkisinin özüne uygun olan müteselsil sorumluluk getirilirken gemi sahibi donatanın yanında, gemi adamlarını geçici olarak kullanan zaman chartererinin, md.7 düzenlemesinde olduğu gibi ödünç alan olarak müteselsil sorumluluğa tabi olması gereklidir.

dd. İşyeri Devri ile Karşılaştırılması

İşyerinin devri ile ödünç iş ilişkisinin ne gibi bir bağlantısının olduğu düşünülebilir, ancak bazen bu ikisinin iç içe geçtiği bir takım günlük olaylarla karşılaşılabilir. Bu gibi uygulamalar karşısında işyeri devrinin mi yoksa ödünç iş ilişkisinin mi gerçekleştiği ve sonuç olarak ne gibi bir karara varılacağı hususunda her iki hukuki kurum açısından karşılaştırma yoluna gidilmesi fayda sağlayabilecektir.

Günümüzde gerçek veya tüzel kişi işverenler, borçlar kanunu veya ticaret kanunu çerçevesine giren değişik hukuksal işlemlerle işyerini veya işletmesini bir başkasına devredebilmektedir²⁷⁷. Bu şekilde tanımlanabilecek olan işyerinin devri veya dayanağını teşkil eden işlemler açısından 1475 sayılı iş kanunu dönemi ile 4857 sayılı iş kanunu döneminin farklı düzenlemeler içerdiği düşünülebilir. 1475 sayılı kanun döneminde, işyeri devirlerinin iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi ve işyerinin devrine ilişkin genel bir yasal düzenleme bulunmamaktaydı, 4857 sayılı kanun döneminde ise bu konulara ilişkin olarak 6. madde de açık bir yasal düzenleme getirilmiştir.

4857 sayılı iş kanunu md.6 birinci fıkra hükmüne göre “işyeri veya işyerinin bir bölümü *hukuki bir işleme* dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer”. 1475 sayılı iş kanunu çerçevesinde iş sözleşmelerinin devralan işverene geçmesini sağlayan bu yönde genel düzenleme bulunmadığını belirtmiştik. İşte bu sorun başlıca kıdem tazminatı(EİK. Md.14, DİK. Md.20/2), yıllık ücretli izin hakkı(İK. Md.53), geminin devri(DİK. Md.19) konularını düzenleyen hükümlere dayanılarak çözülmeye çalışılmıştır. Anılan hükümler sayesinde kıyas yoluyla işyerinin devrinde iş sözleşmelerinin devralan işverenle devam etmesine yönelik boşluğun doldurulabileceği ve genel bir hukuk ilkesi yaratılabileceği kabul ediliyordu²⁷⁸.

Görüldüğü üzere her iki kanun döneminde de iş sözleşmelerinin devralan işverenle devam etmesine önem verilmiştir ve bu husus işyeri devri kurumunun önemli bir noktasını oluşturmaktadır. Bununla birlikte yeni kanun dönemi ile eski

²⁷⁷ **Engin**, İşveren, 167.

²⁷⁸ **Süzek**, 168.

kanun dönemi bakımından ortaya çıkan bir durumda işyeri devrinin illa ki hukuki bir işleme dayalı olarak mı gerçekleşeceğidir. Gerçekten 1475 sayılı kanun döneminde işyeri devrinin hukuksal bir işleme dayanmayabileceği, eski işverenle yeni işveren arasında hukuksal bir bağ, örneğin kira sözleşmesi bulunmasa da iş sözleşmelerinin yeni işverenle devam edebileceği belirtilmekteydi. Buna ilişkin olarak Fransız Yüksek Mahkemesinin bir kararı örnek teşkil ediyordu. Kararda yüksek mahkeme birbirlerinin yerine geçen işverenler hakkında, aralarında hukuksal bir ilişki bulunmasa bile işveren değişikliği halinde iş sözleşmelerinin yeni işverenle devam edeceğini kabul ederek, önemli olanın işyerinin fiilen bir başkasının yönetimine geçmesi olduğunu ifade etmiştir. Bu bakımdan işyeri devirlerinde tek ölçütü işyeri faaliyetinin yeni işverene geçişi oluşturmaktadır. Dolayısıyla fiili yönetim yetkisinin işveren niteliğini kazandırması durumu mevcuttur²⁷⁹. 4857 sayılı kanun döneminde ise yasa metninde hukuki bir işleme dayalı olarak sözleşmelerin devralana geçeceği öngörülmüştür. Ancak bu şekilde bir belirtmenin kimi durumlarda hukuki bir işleme gerek kalmaksızın işyerinin devredilebilmesini engellemediği açıktır. Örneğin, işverenin ölümü halinde tüm hak ve borçları külli halefiyet yoluyla hukuki bir işleme gerek kalmaksızın mirasçılara intikal etmektedir ki, böyle bir durumda iş sözleşmeleri de kendiliğinden yeni işveren olan mirasçılara geçecektir²⁸⁰. Kısacası, 4857 sayılı iş kanunu md.6'da getirilen düzenlemenin hukuki bir işleme dayalı olan işyeri devirlerinde işçilerinin haklarını korumayı amaçladığı ve bu sayede işverenlerin aralarında işyerinin işçisiz devri yönünde anlaşmalar yapmayı engellediği ve konuya ilişkin özel bir düzenleme getirdiği düşünülebilir. Buraya

²⁷⁹ *Engin*, İşveren, 169.

²⁸⁰ *Süzek*, 169.

kadar anlatılanlar aslında birazdan bahsedeceğimiz Yargıtay kararındaki değerlendirmelerimize yardımcı olması açısından faydalı olacaktır.

Yargıtay kararına değinmeden önce yukarıda oldukça kısa bir şekilde bahsedilen işyeri devri ile ödünç iş ilişkisi arasındaki benzerlik ve farklılıklara değinilmesi gereklidir. Şimdiye kadar anlattığımız ve ödünç iş ilişkisinin benzer kurumlarla karşılaştırılması başlığı altında ele aldığımız tüm kurumlarda olduğu gibi, işyeri devri ile ödünç iş ilişkisinin ortak noktasını her ikisinin de üçlü iş ilişkisi olmasının oluşturduğunu görmekteyizdir. Bu şekilde tespit edilebilen ortak noktanın yanında bir takım farklılıklarda mevcuttur. Bir kere işyerinin devrinde, işyeri bir başkasının yönetimine kesin olarak geçmekte, ödünç iş ilişkisinde ise bu şekilde kesin bir geçiş olmayıp, ödünç iş ilişkisinin konusunu işyeri değil işçiler oluşturmaktadır. Ödünç esnasında da ödünç verenin işyeri, kendi işyeri olarak varlığını sürdürmektedir²⁸¹. Bu hususun önemi makineyle birlikte işçi verilmesinde önem arz edebilir. Gerçekten de makineyle birlikte işçi verilmesinde işyeri devrinin olduğunun düşünülmesinden ziyade pek çok edimin bir arada bulunduğu kanunda düzenlenmemiş sözleşme tiplerinin bulunduğu akla gelmelidir. Bu konuya ilişkin açıklamalarımızı yukarıda ifade etmiş olduğumuzdan bir daha değinilmeyecektir. Bundan başka, işyeri devri halinde o işyerinde çalışan işçilerin iş sözleşmeleri işyerini devralan işveren ile devam ederken yani iş sözleşmesinin işveren tarafında bir değişiklik meydana gelirken, ödünç iş ilişkisinde iş sözleşmesinin taraflarında bu şekilde bir değişiklik meydana gelmemekte, ödünç işçinin iş sözleşmesi, ödünç veren işveren ile devam etmektedir. Bir başka deyişle işyerinin devrinde devirle birlikte işçilerin tek işvereni olarak devralan kalırken, ödünç iş ilişkisinde iş sözleşmesi ödünç veren işverenle

²⁸¹ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 322.

devam ettiğinden, ödünç işçi ödünç alanın yanında çalışırken dahi iş sözleşmesi ile bağlı olduğu ödünç veren işverene karşı iş görme borcunu ifa etmektedir. Son olarak işyeri devrinde işçilerin rızasının gerekmediği görülmektedir. Hâlbuki ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için ödünç verilmek istenen işçinin, ödünce yönelik olarak rızasının varlığı gereklidir²⁸². Bu son şart oldukça önemli bir fark olarak göze çarpmaktadır.

Bu anlatılanlarla bağlantılı olarak bir Yargıtay kararına değinilmesi yerinde olacaktır. Bu karara değinilmesinde asıl amaç olayda bir işyeri devrinin mi yoksa ödünç iş ilişkisinin mi bulunduğu sorusundan kaynaklanmaktadır. Yüksek mahkeme ilgili kararında²⁸³, davalı alt işverenin süre sonunda yeniden ihaleyi alamamış olduğunu, ihaleyi alan diğer alt işverenin işinde çalışmayı sürdüren davacı işçinin, iş sözleşmesinin eski alt işveren tarafından sona erdirildiği ve bu nedenle de ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinde bulunduğunu, davalı eski alt işverenin işçisinin aynı işte çalışmayı sürdürdüğü ve iş sözleşmesinin sona ermediği yönündeki bir olayda işyeri devrinin gerçekleşmediği yönünde hüküm kurmuştur. Şöyle ki yüksek mahkeme, değişikliğin ihaleyle meydana gelmesi, iki taşeron arasında işyeri devrinin bulunmaması, iş sözleşmesinin devri hususunda bir iddia öne sürülmemesi, davalı işverenin davacıyı başka işyerinde işe davet etmemesi ya da iş önerdiğini de iddia etmemesi gibi gerekçelerle bu sonuca varmıştır. Bunun yanında, yüksek mahkeme 1475 sayılı yasa dönemindeki benzer olaya ilişkin bir kararında²⁸⁴ işçilerin ihaleyi yeni kazanan firmada çalışmaya devam etmesi halinde taşerondan taşerona işyeri devrinin söz konusu olacağına ve işyeri devrinin özel haller dışında iş

²⁸² *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 323,358.

²⁸³ Y9HD, 12.10.2004, 6408/22998, *Engin*, Bireysel, 6.

²⁸⁴ Y9HD, 04.05.2000, 2591/6557, *Engin*, Bireysel, 6.

sözleşmelerinin feshi sonucunu doğurmayacağına karar verdiği görülmektedir. Yüksek mahkemenin bu şekilde birbiriyle çelişen kararlar vermesinin asıl sebebinin, 1475 sayılı iş yasasında bu yönde bir hükmün bulunmayıp boşluk doldurularak işyeri devri uygulamasının düzenlenmesi, 4857 sayılı iş kanunu döneminde ise ilgili madde metninden işyeri devrinin sadece hukuki bir işleme dayandırılması gibi bir sonuca ulaşılmasında aramak mümkündür.

Her şeyden önce, her iki olayda da alt işverenler değişmesine rağmen işçilerin sürekli olarak aynı işyerinde ve aynı işte çalışmaya devam ettiği düşünülebilir. Hal böyle olunca alt işverenle ödünç iş ilişkisinin karşılaştırılması kısmında belirttiğimiz üzere, bu tür uygulamalarda genelde işçi alt işverenin işçisi gibi gösterilmekle birlikte asıl işveren olarak gösterilen kişinin emir ve talimatları altında iş görme edimini yerine getirdiği görülmektedir. Bu durumda vardığımız sonuç asıl işveren alt işveren ilişkisinden ziyade ödünç iş ilişkisinin mevcut olduğu ve sonuca varabilmek için kurulmuş olan ilişkinin geçici bir nitelik taşıyıp taşımadığına bakılması gerektiği yönündeydi. Genelde uzun yıllardan beri işçiler, alt işverenler değişmesine rağmen çalışmalarını sürdürdüklerinden taraflar arasında var olduğunu kabul ettiğimiz ödünç iş ilişkisinin geçici nitelik taşıdığını kabul edebilmemiz mümkün değildir. Neticede bu gibi durumlarda ödünç iş ilişkisinin geçerli olarak kurulabilmesi için gerekli koşulları taşımadığı saptanabiliyorsa, hüküm ve sonuç doğurmayacağı sonucuna varılacağından, işçinin en başından itibaren asıl işveren olarak gösterilen kişinin, işçisi olarak kabul edileceği yönündeydi.

Bahsettiğimiz Yargıtay kararlarında da bu yönde bir uygulama gerçekleşmişse, artık işyeri devrinin bulunmadığı, taraflar arasında ödünç iş ilişkisi kurulduğu fakat ödünç süresinin geçici bir nitelik taşımadığından bahisle işçinin en başından itibaren

asıl işverenin işçisi sayılması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır. Bununla birlikte alt işverenlerin değişmesine rağmen aynı işyerinde çalışan işçiler, her zaman emir ve talimatları asıl işverenden almayabilir ve alt işverene bağımlı olarak çalışabilir. Bu gibi durumlarda gerçekten de alt işverenler arasında işyeri devrinin gerçekleştiği sonucuna varılması gereklidir. Dolayısıyla Yargıtayın ilk kararında verilen işyeri devri bulunmadığı sonucunun aksine işyeri devrinin bulunduğu yargısına varmak daha yerinde olacaktır. İlk bakışta, İK. md.6 işyeri devrinin sadece hukuki işleme hasredildiğinin düşünülebileceğini belirtmiştik, fakat bu durum 1475 sayılı kanun döneminde de mevcut bulunan işyerinin fiilen bir başkasının yönetimine geçmesi düşüncesini bir kenara bırakmamızı gerektirmemektedir. İş kanunu md.6'da yer alan hukuki işlem ibaresinin geniş bir şekilde yorumlanması gereklidir. Dolayısıyla devir hangi suretle gerçekleşmiş olursa olsun iş sözleşmelerinin yeni işverenle devam edeceği sonucuna varılmalıdır. İsaletle belirtildiği gibi işyerinin devrinde tarafların anlaşması, eski işverenin işçiyi bir başka işyerine davet etmesi ve davetin işçi tarafından reddi gibi durumlara gidilmemesi gereklidir²⁸⁵. Bu şekilde her zaman md.6 kapsamına sokamadığımız ancak işyerinin devri olarak algılanabilecek bu gibi hallerde de, işçilerin başta işleri olmak üzere kıdemleri gibi haklarının korunması mümkün olacak ve iş hukukunun temel amaçlarına hizmet edebilecektir.

ee. İş Sözleşmesinin Bireysel Devri ile Karşılaştırılması

İş sözleşmesinin karakteristik özelliklerinden biri şahsa sıkı suretle bağlılıktır. Bu bilhassa işçinin şahsiyeti açısından daha belirgindir. İşçinin ölümü ile iş sözleşmesinin sona ermesi buna karşılık işverenin ölümü ile sözleşmenin mirasçıları ile devamı, işyerinin devri ve işveren değişikliği durumlarında da iş sözleşmesinin

²⁸⁵ *Engin*, Bireysel, 6-7.

devam etmesi gibi iş kanunu hükümleri, işçi açısından şahsa sıkı suretle bağlılığı yansıtan örneklerdir. Değişen ve gelişen ihtiyaçlardan dolayı iş sözleşmesinin sürekliliğinin korunması yoluyla işverenin değişmesi gerekliliği olabilmekte ve bu bakımdan iş sözleşmesinin devrinin göz önüne alınması gerekmektedir. İş sözleşmesinin devri olarak adlandırdığımız hukuki kurum özellikle şirket topluluklarında ve holdinglerde bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır²⁸⁶.

İş sözleşmesinin devrine yönelik olarak günlük hayatta bu yönde ihtiyaçlar ortaya çıkmasına rağmen mevzuatımızda bu konuyu özel olarak düzenleyen bir hükme rastlanılmamaktadır. Aslında yeni iş kanununun oluşturulması için görevlendirilen bilim komisyonunca hazırlanan tasarının 7. maddesinde “İş Sözleşmesinin Devri” başlıklı bir hüküm konulmuştu, fakat söz konusu hüküm yasalaşamamıştır²⁸⁷. Bu durumda Borçlar Kanunu bakımından konunun ele alınması gerekliliği doğmuştur. BK. md.162 vd. alacağın temliki hükümleri ile md.174 vd. borcun nakli hükümlerini içermektedir. Salt bu iki hukuki kurumla bağlı kalınacak olursa sözleşmede taraf değişikliğinin gerçekleştiği sonucuna ulaşabilmemiz mümkün olamayacaktır. Bu hukuki kurumlar, münferit alacak(hak) ve borçların devri sonucunu doğurmaktadır. Oysaki iş sözleşmesinin devrinde, o ilişkiden doğan hakların ve borçların topluca eski taraftan yeni tarafa geçmesi, bir diğer deyişle taraf değişikliği söz konusu olmaktadır²⁸⁸. Görüldüğü üzere borçlar kanunu, borç ilişkisinin bir bütün olarak devrini düzenlememiştir²⁸⁹. Bununla birlikte bu hukuki kurum, tıpkı meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde olduğu gibi uygulamada ortaya çıkmıştır ve doktrinde gerek iş görme edimini talep hakkının devrine olanak tanıyan BK. md.320/II gerekse

²⁸⁶ *Alpagut*, Değerlendirme, 130.

²⁸⁷ *Danar*, 68.

²⁸⁸ *Akyiğit*, İnceleme, 42.

²⁸⁹ *Başbuğ*, 11.

de sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği mümkün olduğu ifade edilmektedir²⁹⁰. İş sözleşmesinin devrinin belirttiğimiz hukuki temellerde gerçekleşebileceği belirtilse de, BK. md.320/II'nin iş sözleşmesinin devri bakımından hukuki esas olarak benimsenip benimsenemeyeceğinin tartışılabilceği ileri sürülmektedir²⁹¹.

İş sözleşmesinin açıkça hukuki dayanağının ne olduğu tartışılabilir de uygulamada bu yöndeki ihtiyacın karşılanması gerektiği yönünde bir uzlaşmanın var olduğu görülmektedir. Nitekim hukuk sistemimizde sözleşme serbestisi ilkesi de yer almaktadır. Bu nedenle BK. md.320/II'ye gidilip gidilemeyeceği tartışmalı olsa da neticede sözleşme özgürlüğü kapsamında konunun değerlendirilebileceği ve tarafların iş kanunda yer almayan bu hukuksal olanaktan yararlanabileceğinin kabulü mümkündür. Nitekim bu uygulama Yargıtay tarafından da kabul görmekte ve işçinin bir işyerinden diğer iş yerine devri anlamındaki iş sözleşmesinin devri, tarafların karşılıklı olarak anlaşması şartıyla iş hayatındaki esneklik ihtiyacının bir gereği olarak kabul edilmektedir²⁹².

Yargıtay uygulamasından da anlaşılacağı şekilde iş sözleşmesinin devredilebilmesi için sadece devreden işveren ile devralan işveren arasında bu yönde bir anlaşmanın olması yeterli değildir. İş sözleşmesinin devrinin geçerli bir şekilde gerçekleşebilmesi için ya devreden-devralan işveren ve işçi arasında bu devre yönelik üçlü bir sözleşmenin ya da devreden veya devralan işverenler arasındaki bu devre yönelik sözleşmeye işçinin açık veya örtülü bir onayının bulunması gerekmektedir²⁹³. Bu itibarla da iş sözleşmesinin devrine yönelik sözleşme, üç taraflı kendine özgü (sui generis) bir sözleşmedir. Bu kendine özgü sözleşmenin hüküm ve

²⁹⁰ *Süzek*, 267.

²⁹¹ *Alpagut*, Değerlendirme, 131.

²⁹² *Başbuğ*, 12-13.

²⁹³ *Süzek*, 267-268.

sonuç doğurması ise üç tarafın iradesinin uyuşmasına ve uygunluğuna bağlıdır. Bu nedenle de en son iradenin açıklanması ile birlikte iş sözleşmesinin devrini öngören sözleşme meydana gelmiş olarak kabul edilmektedir²⁹⁴. Şimdiye kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, iş sözleşmesinin devrine yönelik anlaşmaya işçinin sonradan onay vermesi ve bu onayın açık veya örtülü olabilmesinin mümkün olduğu görüşündeyim.

4857 sayılı iş kanunu ile birlikte mevzuatımıza yeni bir düzenleme kazandırılmıştır, bu da md.22’de ele alınan ve öğretide ‘değişiklik feshi’ başlığı altında değerlendirilen hukuki kurumdur. Bu düzenleme ile birlikte işverenlerin, işçilerin çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yaparak haklarının kısıtlanmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda ilgili madde işçiye sözleşme değişikliklerinin dayatılmasını engellemeye yönelik pek çok düzenleme ihtiva etmektedir. Değişiklik feshi düzenlemesi ile fesih yerine esaslı değişiklikler yapıldığında ve işçinin de maddede belirtilen şekilde bu değişikliğe yönelik rızası alındığında, sözleşme ilişkisi korunabiliyorsa, bir başka deyişle işçinin yaşamı için önemli olan gelir kaynağından kopması engellenebiliyorsa, iş sözleşmesinin varlığını devam ettirmesi amaçlanmaktadır. Görüldüğü üzere değişiklik feshi sözleşmenin sona ermesinin bir alternatifini oluşturmakta ve feshin son çare olması ilkesine uygun düşmektedir²⁹⁵. İşte bu yeni getirilen düzenlemenin acaba iş sözleşmesinin devrinde de ele alınıp alınamayacağı sorusu üzerinde durulabilir. Eğer md.22’nin bu kapsamda uygulanacağı sonucuna varılacak olursa bu takdirde işverenler kendi aralarında anlaştıklarında işçiye bunu yazılı olarak bildirecekler ve işçide bu değişikliği altı

²⁹⁴ *Başbuğ*, 11.

²⁹⁵ *Yenisey*, 111.

işgünü içerisinde yazılı olarak kabul ederse, iş sözleşmesinin tarafını oluşturan işveren bakımından bir değişiklik meydana gelebilecektir²⁹⁶.

İş kanunu md.22 değişiklik feshinin temel olarak iş sözleşmesinin devamını sağlayabilecek bir kurum olduğunu ve feshin son çare olması ilkesi ile uyumlu olduğunu zaten belirtmiştik. İş sözleşmesinin devri de, işçinin fazla çalışmalarının kaldırılması, ücretsiz izin verilmesi ya da eğitim verilerek başka bölümlerde değerlendirilmesi mümkün olmadığında, bir başka deyişle istihdam fazlasının bulunduğu hallerde, işçinin iş sözleşmesinin bir başka işverene devri yoluyla istihdam ilişkisinin kesintiye uğramasını duruma göre engelleyebilecektir. Bu bakımdan çeşitli ihtiyaçlarla uygulamada ortaya çıkmış olan iş sözleşmesinin devri kurumunun da, kimi hallerde feshin son çare olması ilkesine hizmet ettiği düşünülebilir²⁹⁷. Fakat md.22'nin iş sözleşmelerinde de uygulanması için öncelikle değişiklik feshinin hangi durumlarda söz konusu olabileceğine değinilmesi gereklidir.

Değişiklik feshinin söz konusu olabilmesi için çalışma koşullarında yapılan değişikliğin işçinin aleyhine ve esaslı olması gereklidir. Çalışma koşulları ise, iş sözleşmesinden, iç yönetmelikten veya benzeri bir kaynaktan ya da iş yeri uygulamasından kaynaklanabilecektir. Bununla birlikte toplu iş sözleşmesinden doğan çalışma koşulları md.22'nin uygulama alanına dâhil edilemeyecektir²⁹⁸. Anlaşıldığı üzere değişiklik feshi, ancak çalışma koşulları bakımından ele alınabilecektir. Bu itibarla tartışılması gereken husus, iş sözleşmesinin tarafı olan

²⁹⁶ *Süzek*, 497.

²⁹⁷ *Danar*, 71.

²⁹⁸ *Süzek*, Değişiklik, 9-10.

işveren tarafının değişmesinin, iş sözleşmesindeki çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik oluşturup oluşturmayacağıdır.

İlk bakışta, iş sözleşmesinin devrinin çalışma koşullarındaki değişikliği içinde barındırıyor gibi gözüke de bir takım farklılıkları bulunmaktadır. Bu açıdan iş sözleşmesinin devri ile md.22 değişiklik feshi bakımından bir karşılaştırma yapıldığında, değişiklik feshine yönelik öngörülen usul, esaslı değişikliklerde devreye girecek ve işçinin muvafakatini gerektirecektir. Hâlbuki iş sözleşmesinin devrinde her halükarda işçinin muvafakati gereklidir. Bu nedenle esaslı değişiklik gibi bir durumun varlığı aranmayacaktır. Ayrıca değişiklik feshinde, çalışma koşullarında yapılan esaslı değişiklikte işçiye bunu düşünmesi ve kabul etmesi için altı iş günlük süre verilmektedir. İş sözleşmesinin devrinde ise, tüm tarafların hazır olduğu üçlü bir sözleşme yapılması imkânı bulunduğundan, bu gibi durumlarda işçiye düşünme süresi verilmesine gerek bulunmamaktadır²⁹⁹. Bununla birlikte işçinin sonradan iş sözleşmesinin devrine onay verdiği hallerde bulunmaktadır. Daha önceden de belirttiğimiz üzere bu onay açık veya örtülü olabilir. İşte muğlak durumların ortadan kaldırılabilmesi için işçinin onayının gerektiği durumlarda, işçinin düşünme süresinin belli bir süreye bağlanması açısından iş kanunu md.22'deki altı iş günlük sürenin kıyasen iş sözleşmelerinin devrine de uygulanacağı düşünülebilir. Bu suretle işçi altı işgünü içinde yazılı olarak iş sözleşmesinin devrini kabul etmezse, ret olarak algılanmalı ve iş sözleşmesindeki işveren tarafta bir değişiklik meydana gelmemelidir. Ayrıca md.22'nin kıyasen uygulanması ile birlikte, işçinin sonradan onayının gerektiği hallerde artık onayın örtülü bir şekilde gerçekleşmeyeceği, sadece yazılı olarak açık bir şekilde onay verebileceği ortaya

²⁹⁹ *Danar*, 66.

çıkılmaktadır. Bu şekilde md.22’de öngörülen usulün işçinin, iş sözleşmesinin devrine yönelik sözleşmeye doğrudan katılmadığı hallerde uygulanması tarafların gerçek iradelerinin ortaya konması ve sonradan ihtilaf çıkmasını engelleyici nitelikte bulunmasından dolayı daha yerinde olacaktır. Hemen belirtelim ki, kimi zamanlarda iş sözleşmesinin devrinin gerçekleşmesi bu şekilde üç tarafın aralarında anlaşmaları veya işçinin sonradan onay vermesi ile gerçekleşmeyebilir. Somut olayın özelliği göz önüne alındığında sonuç olarak iş sözleşmesinin devrinin gerçekleştiği ortaya çıkabilecektir. Bunun en önemli örneğini kuşkusuz ödünç iş ilişkisi vermektedir.

İş sözleşmesinin devriyle ilgili olarak söylenebilecek önemli bir diğer hususta, borçlar kanunu ile ilgilidir. Bilineceği üzere mevcut 818 sayılı borçlar kanunumuz değiştirilmek istenmekte ve bu değişikliğin kanun üzerinde yapılması ise düşünülmemektedir. Kısacası yeni bir borçlar kanunu tasarısı hazırlanması yoluna gidilmektedir. Ulaştığımız son borçlar kanunu tasarısının altıncı bölümü hizmet sözleşmesi adını taşımakta olup birinci kısmı genel hizmet sözleşmesi hükümlerine ayrılmıştır. Bu bölümün 428. maddesi iş sözleşmesinin devrini düzenlemektedir. Buna göre “Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır”. Bu madde ile birlikte iş sözleşmesinin devrine ilişkin genel esaslar bir araya getirilmiş gibi görünmektedir. İşçinin onayı unsuru açıkça belirtilmiş olmakla birlikte ne şekilde onayın alınacağı ise belirtilmemiştir. Dolayısıyla yukarıda belirttiğimiz üzere ilgili tasarı bu haliyle yasalaşacak olursa, iş kanunu md.22’nin kıyasen uygulanması yoluna gidilmesi gerektiği düşüncesindeyim. Pek tabii ki

md.22'nin kıyasen uygulanması işçinin, iş sözleşmesinin devrine yönelik sözleşmeye doğrudan katılmayıp sonradan icazet vermesi halinde söz konusu olacaktır. Bilindiği üzere borçlar kanunu, iş kanununa nazaran genel bir nitelik taşımaktadır. İlgili maddenin, bu haliyle iş sözleşmesinin devrini tam olarak düzenleyemediği ve uygulamada yaşanabilecek bir takım sorunlara çözüm getiremeyeceği düşünülebilir. Bu itibarla iş kanunumuzda iş sözleşmesinin devrine dair kapsamlı ve özel bir düzenlemenin getirilmesi gereklidir³⁰⁰.

Bu şekilde uygulamada ortaya çıkan iş sözleşmesinin devri ile ödünç iş ilişkisi arasındaki farklılıkları ortaya koymak özellikle ödünç iş ilişkisinin muvazaalı olarak kurulduğu durumlarda ortaya çıkan sonuçların belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Bu sayede ödünç iş ilişkisinin yerine iş sözleşmesinin devrinin gerçekleşip gerçekleşmediği ve sonuçları belirlenebilecektir.

Diğer üçlü iş ilişkilerinde olduğu gibi, üç köşeli bir nitelik taşımaları ödünç iş ilişkisi ile iş sözleşmesinin devrinin de ortak noktasını oluşturmaktadır. Bununla birlikte ödünç iş ilişkisinde işçinin işvereni değişmez, ama işveren fonksiyonlarında bir bölünme yaşanır, oysa iş sözleşmesinin devrinde işveren fonksiyonlarında bir bölünme yaşanmayıp kesin bir şekilde işçinin işvereni değişmektedir³⁰¹. Yani ödünç iş ilişkisinde taraf değişikliği söz konusu olmazken, iş sözleşmesinin devrinde taraf değişikliği gerçekleşmektedir.

Bundan başka meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde holding veya şirket topluluğu dışında işçi başka bir işveren yanında geçici olarak çalıştırılmak üzere gönderilmişse ödünç veren işveren yanında yapmakta olduğu işe benzer işte

³⁰⁰ *Danar*, 73.

³⁰¹ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 360. *Danar*, 64.

çalıştırılması gereklidir. Oysa iş sözleşmesinin devrinde böyle bir sınırlamadan kural olarak bahsedilmemektedir³⁰².

Son olarak bahsedilmesi gereken nokta ise, bir farktan ziyade sonucu belirtmektedir. Ödünç iş ilişkisinin en önemli özelliği geçici bir nitelik taşımasıdır. Belki de bu ilişkinin ‘ödünç’ sözcüğü ile nitelendirilmesinin nedeninin bu olduğu düşünülebilir. Zira ödünçün anlamı, ileride geri verilmek veya alınmak şartıyla alınan veya verilen ifadesine gelmektedir³⁰³. Hâlbuki iş sözleşmesinin devrinde bu şekilde geçici bir süre olacağına yönelik bir sınırlama olmayıp, aksine süresiz bir şekilde iş sözleşmesi bir başka işverene devredilebilmektedir. Buradan çıkan sonuç, somut olayın özelliği göz önüne alınmak şartıyla, ödünç iş ilişkisinin geçici olarak kabul edilemeyecek kadar uzun sürdüğü hallerde artık burada ödünç iş ilişkisinden söz edilemeyeceği ve iş sözleşmesinin devrinin gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekliliğidir³⁰⁴.

İş sözleşmesinin devri ile ödünç iş ilişkisinin bir arada bulunduğu çeşitli durumların varlığı görülebilmektedir. Bu bakımdan uygulamada olayların ne şekilde gerçekleştiğini görebilmek amacıyla yüksek mahkeme kararlarına bakılması yerinde olacaktır. Hemen belirtelim ki yüksek mahkeme, karşısına gelen olaylarda, ödünç iş ilişkisinin mi yoksa iş sözleşmesinin devrinin mi bulunduğu saptanmasında çaba göstermektedir. Bir olayda, davacı işçi 30.04.2000 tarihine kadar davalı gösterilen Y.A.Ş.’de çalışırken, 01.05.2000–31.01.2001 tarihleri arasında K. şirketinde çalışmıştır. Yüksek mahkeme kararında³⁰⁵ dosyadan davacı işçinin, K. şirketine ne

³⁰² *Danar*, 65.

³⁰³ <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA>, 15.06.2008.

³⁰⁴ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 360.

³⁰⁵ Y9HD, 14.03.2005, 19810/8203, *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 393.

şekilde gönderildiğinin anlaşılmadığını, eğer ödünç işçi olarak gönderilmişse davalı holdingin tüm dönemle ilgili ihbar tazminatı, kıdem tazminatı ve ücret alacaklarından sorumlu tutulması gerektiğine, eğer iş sözleşmesinin devri ile gönderilmişse davalı holdingin kıdem tazminatı, ücret ve fazla mesaiden sorumluluğunun 30.04.2000 tarihine kadar kendi işyerinde geçen çalışma süresi ile sınırlı olduğuna hükmetmiştir. Benzer bir diğer kararında³⁰⁶ da davacının davalıya ait işyerinde çalıştığını ileri sürdüğü dönemde davalı şirketin dışında başka işyerlerinde de çalışmasının bulunduğu ve hatta iş sözleşmesinin dava dışı bir başka şirket tarafından feshedildiğini belirterek, işverenler arasındaki ilişkinin araştırılması, ödünç iş ilişkisinin veya iş sözleşmesinin devrinin bulunup bulunmadığına bakılması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu kararlarda yüksek mahkemenin bu konudaki hassasiyetini yansıtması bakımından bir ölçüt olarak ele alınabilir. Aslında ilk karara tekrar bakılacak olursa yüksek mahkemenin, öğretideki bir tartışmayı ele aldığı görülmektedir. Buna göre eğer iş sözleşmesinin devri söz konusu olursa devreden taraf işçinin kendi işyerinde çalıştığı süre ile kıdem tazminatı gibi ödemelerden sorumlu olacaktır. Öğretide bir görüş, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti yönünden her iki işveren yanında geçen sürelerin birleştirilmesi gerektiğini, kıdem tazminatındaki sorumluluk bakımından 1475 sayılı kanunun hala yürürlükte olan md.14/II hükmünün iş sözleşmesinin devrine de uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bu bakımdan devreden işveren, işçiyi kendi çalıştırdığı süre ve son ücret düzeyi ile sınırlı olarak sorumlu tutulmalıdır. Devralan işveren, kıdem tazminatının tamamını ödeyecek olursa yukarıda bahsedilen hüküm gereğince hesaplanan meblağı devreden işverene rücu edebilecektir. İş sözleşmesinin devrinden sonra ihbar tazminatı ile

³⁰⁶ Y9HD, 08.03.2005, 12849/7697, *Akıgıt*, İş Kanunu Şerhi, 384.

yıllık ücretli izin ücretinden devralan işverenin tek başına sorumlu tutulması gerektiği ileri sürmektedir. Bunun nedeni ise, işçilik alacaklarının niteliğinden kaynaklanmaktadır. İş sözleşmesinin devri ile işçinin, devreden işveren nezdindeki süreleri, devralan işveren tarafından gözetildiğinden ve iş sözleşmesinin feshi bulunmadığından ve bu alacaklarda iş sözleşmesinin sona ermesi ile muaccel hale geleceğinden sorumluluk devralan işverene ait olmalıdır³⁰⁷.

Diğer işçilik alacakları bakımından ise, farklı görüşler ileri sürülebilmektedir. Bu konuda her bir işverenin, işçiyi çalıştırdığı dönemle sınırlı olarak sorumlu olması gerektiğinin savunulabileceği belirtilmektedir. Buna göre iş sözleşmesini devralan işverenin önceki işveren döneminde doğmuş işçilik alacaklarından sorumlu olduğu yasalarımızda yer almadığından bu çözüm şeklinin daha çok hukuka uygun olduğu belirtilmektedir³⁰⁸. Fakat bu görüşün iş sözleşmesinin sona ermeyip devam ettiğinin kabul edildiği iş sözleşmesinin devrine çok uygun olmadığı kanaatindeyim. Bu bakımdan ikinci görüş daha yerindedir. Buna göre, iş sözleşmesinin devrinde 4857 sayılı iş kanununun 6. maddesi uygulanarak, devir anında doğmuş bulunan her türlü hakkın devralana geçtiği kabul edilmeli ve devreden işveren açısından bu haklardan sorumluluğunda aynı maddede belirtilen iki yıllık sürenin uygulanabileceği ifade edilmektedir³⁰⁹. Gerçekten de bu görüş, iş sözleşmesinin devamlılığını vurguladığından ve işçilik alacaklarını güvence altına aldığından isabetlidir. Dolayısıyla Yargıtayın ele aldığı tarzda uyuşmazlıkların ortaya çıkması halinde, belirttiğimiz öğreti görüşleri çerçevesinde sorunun çözümüne ulaşılması, bir diğer deyişle, kıdem tazminatından sorumlulukta eski iş kanunu md.14/II'nin uygulanması,

³⁰⁷ *Güzel*, 36-37. *Çankaya-Çil*, 249-250.

³⁰⁸ Bu görüş ile ilgili daha fazla bilgi için Bkz., *Çankaya-Çil*, 250.

³⁰⁹ *Güzel*, 37.

yıllık ücretli izin ve ihbar tazminatından devralan işverenin tek başına sorumlu olduğu ve somut olayın özelliğine göre diğer akla gelebilecek işçilik alacaklarından fazla mesai, genel tatil ücreti, hafta tatili, prim ve ikramiyeler gibi ücretlerden doğan sorumlulukta ise 4857 sayılı iş kanunu md.6'nın kıyasen tatbik edilmesi iş hukukunun karakterine uygun düşecektir.

Asıl olarak ele alınması gereken Yargıtay kararına konu olmuş bir olay daha bulunmaktadır. Belki de bu olayda duruma göre hem ödünç iş ilişkisinin bulunduğu hem de iş sözleşmesinin bulunduğu ya da ödünç iş ilişkisinin veya iş sözleşmesinin devrinin muvazaalı olduğu düşünülebilecektir. Söz konusu kararda³¹⁰ davacı işçi, uzman ekonomist olarak davalı A şirketine ait işyerinde 1984 yılında başladığı çalışmasını 10.01.1999 tarihine kadar sürdürmüştür. Daha sonradan davacı işçi, 10.01.1999 tarihinde bir dilekçe vererek dava dışı B ortaklığının işçisi olarak A şirketine ait aynı işyerinde aynı işte çalışmaya devam etmiştir. Yargıtay, bu değişiklik konusunda gerek davacı işçinin gerek davalı işverenin ve gerekse dava dışı B'nin mutabakatı mevcut olduğu gibi dava dışı şirketin davalı işverenin hizmet süresi ile ilgili bütün taahhütlerini üstlenmiş olduğunu, oluşan bu durumun işçinin bir işyerinden diğerine devri anlamında olup iş sözleşmesinin feshi sonucunu doğurmayacağını, somut olayda da böyle bir durumda dava dışı anonim şirket davalı şirketin yerine geçtiğinden, sözleşme devam ettiğine göre davacı işçinin kıdem tazminatını talep etme koşulunun gerçekleşmeyeceğine karar vermiştir.

İlgili yüksek mahkeme kararına konu oluşturan özneleri yani işverenleri iyi niyetli olarak kabul edecek olursak, bu takdirde gerçekten taraflar arasında bir iş sözleşmesinin devrinin gerçekleştiği kabul edilecektir. Bu takdirde yukarıda da

³¹⁰ Y9HD, 14.03.2001, 225/3914, *Akyiğit*, İnceleme, 40.

belirttiğimiz üzere sözleşmenin feshi söz konusu olmadığından devreden işverenden işçinin kıdem tazminatı talebi bulunamayacaktır³¹¹. Bununla birlikte karar dikkatle incelendiği takdirde, işverenler ve işçi arasında gerçekleşen tek hukuksal ilişkinin bu olmadığı açıkça görülmektedir. Gerçekten olayda ilk olarak işçinin iş sözleşmesinin dava dışı B ortaklığına bütünüyle ve sürekli devri söz konusudur ve iş sözleşmesinin devrinin gerçekleştiği aşikârdır³¹². İlaveten işçinin iş sözleşmesi bir başka işverene devredilmekle birlikte işçi, devreden işverenin işyerinde ve aynı işte çalışmasını da sürdürmektedir. İşte bu durum iş sözleşmesinin devri yanında devreden işveren ile devralan işveren arasında işçi sağlama sözleşmesinin bulunup bulunmadığı sorusunu da akla getirmektedir. Bir başka deyişle işçi yeni işverenin işyerinde çalışmaya başlamayıp, tarafların muvafakati ile eski işverenin işyerinde çalışmaya devam etmesi ödünç iş ilişkisinin bulunduğu kanaatini uyandırmaktadır³¹³.

Ödünç iş ilişkisinin bulunup bulunmadığını tespit aşamasında ise, devreden işverenin, işçiye talimat verme yetkisinin bulunup bulunmadığı noktasından hareket edilebilir. Nitekim eğer devreden işverenin ilgili işçiyle iş sözleşmesi ilişkisi bulunmadığı bellidir ve üstüne işçiye talimat verme imkânı da varsa bunun en önemli açıklaması ödünç iş ilişkisi olacaktır. Bir işverenin, kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olmayan işçilere emir ve talimat verebilip, işyeriyle ilgili işlerinde çalıştırabilmesini olanaklı kılan hukuki ilişki türü ödünç iş ilişkisidir. Ancak iş sözleşmesi devredilen işçinin küçük bir ihtimalde olsa, devreden işverenin işyerinde, devralan işverenin işini görebilmesi olasıdır ve bu gibi durumlarda devreden işveren işyerinde çalışsa da, devralan işverenin işini gördüğünden ödünç iş ilişkisinin bulunmadığı sonucuna

³¹¹ *Alpagut*, Değerlendirme, 132.

³¹² *Süzek*, Değerlendirme, 8.

³¹³ *Süzek*, Değerlendirme, 8.

varılması gereklidir. Olayda bu konuda çıkarımlara varmamızı sağlayan ifadeler yer almaktadır. İşçinin dilekçe vermesi suretiyle aynı işyerinde aynı işte çalışmasına yönelik ibare bu bakımdan ayırt edicidir. İlgili ibare dolayısıyla hala işçiye devreden işverenin emir ve talimat verdiği sonuçlarına ulaşılabilir. Bu takdirde devreden işveren ile devralan işveren arasında işçi sağlama sözleşmesinin bulunduğu neticesine ulaşmak ve işçinin de dilekçe vererek aynı işyerinde çalışmayı istediği yönündeki beyanı, işverenler arasında kurulan işçi sağlama sözleşmesine bir onay olarak algılanması kanaatimce olayın özüne en uygun nitelendirmedir.

Taraflar arasında ödünç iş ilişkisi gerçekleştiği sonucuna ulaştığımızdan artık bu ilişkinin gerekli nitelikleri taşıyıp taşımadığına bakılması gereklidir. Gerçekten dışarıdan bakıldığında bir ödünç alan işveren(A şirketi), ödünç veren işveren(B şirketi) ve ödünç işçi(davacı işçi) bulunmaktadır, fakat ödünç iş ilişkisinin önemli bir özelliği daha bulunmaktadır ki, o da geçiciliktir. Genelde bu konuyu inceleyen yazarların görüşleri incelendiğinde, Yargıtayın karar tarihi 14.03.2001 olduğundan ödünç iş ilişkisinin bir yıldan fazla sürmüş olabileceği³¹⁴ ve hatta iki yıldan bile fazla sürdüğünün düşünülebileceği³¹⁵ belirtilmektedir. Burada gerçekleşen ödünç iş ilişkisinin, meslek edinilmemiş olan türü oluşturduğu görülmektedir. Kazanç amacı tespit edilememekte ve anlaşıldığı üzere devralan işverenin, işçiye çalıştırabileceği bir işyeri de bulunmaktadır. Dolayısıyla günümüzdeki md.7 düzenlemesi çerçevesinde bu sorunu ele alacak olursak, işçinin toplamda 18 aya kadar ödünç verilebilme imkânı bulunduğundan, işçinin ödünç süresi bir yılı aşmış fakat 18 ayı aşmamışsa geçerli bir şekilde devam ettiği kabul edilmelidir. Eğer hakikaten iki yılı aşmışsa azami süre aşıldığından ilişkinin geçici olmaktan çıktığı sonucuna varılabilir.

³¹⁴ *Süzek*, Değerlendirme, 9.

³¹⁵ *Akyiğit*, İnceleme, 50.

Bu takdirde tarafların örtülü iradesinin ödünç alan işverenle bir diğer ifadeyle işçinin iş sözleşmesini devreden işverenle, iş sözleşmesinin kurulması yönünde olduğu düşünülebilir. Kısacası ödünç iş ilişkisinin geçici niteliğini kaybettiği tespit edilebildiği halde, iş ilişkisinin yeniden eski işverenle kurulduğu kabul edilmelidir³¹⁶. Ancak her zaman için somut olayın özelliğine bakılması gerektiğini belirttiğimizden bu olayda da iş sözleşmesinin devrinin ve işçi sağlama sözleşmesinin yani kurulmuş olan ödünç iş ilişkisinin görünüşte olduğu iddiası pek tabii ki savunulabilecektir. Bir devralan işverenin, iş sözleşmesini devraldığı işçisini yanında/kendi işyerinde bir gün bile çalıştırmadan ödünç verecekse, neden o kişinin iş sözleşmesini üstlendiği ve iş sözleşmesi ile ilgili bütün taahhütleri üstlendiği sorusu gündeme gelebilecektir. Bu durumda en baştan itibaren iş sözleşmesinin devri ile ödünç iş ilişkisinin bu olay için görünüşte bir işlem olduğu, muvazaa teşkil ettiği belirtilebilir. Bunun sonucunda aslında işçi ile iş sözleşmesini devreden işveren arasında iş ilişkisinin hiçbir değişikliğe uğramadan devam ettiği görüşü savunulabilecektir³¹⁷.

Şimdiye kadar iş sözleşmesinin devrinin ne olduğu, ödünç iş ilişkisi ile olan farkları ve uygulamada iki hukuki ilişkinin iç içe geçtiği veya bir arada bulunduğu haller belirtilmiştir. Tüm bu anlatılanlar bir kez daha gözden geçirildiğinde, ödünç iş ilişkisi ile iş sözleşmesinin devri arasında bir farkın daha bulunduğu görülmektedir. Ödünç iş ilişkisinde, bazı işçi alacakları yönünden hem ödünç veren hem de ödünç alan işveren müteselsilen sorumlu tutulmuştur. İş sözleşmesinin devrinde ise, çeşitli işçi alacaklarına göre işçinin hangi işverenlere başvurabileceğine ilişkin bir takım öğretici görüşleri belirtilmişti. İşte iş sözleşmesinin devri ile ilgili bu görüşlerin ortak noktasını, iş sözleşmesini devreden işveren ile devralan işveren arasında müteselsil

³¹⁶ *Süzek*, Değerlendirme, 9.

³¹⁷ *Akyiğit*, İnceleme, 50.

sorumluluk tesis etmemesi oluşturmaktadır. Sadece md.6'nın kıyasen uygulanması halinde bir takım işçilik alacakları yönünden devreden işverenle devralan işveren arasında iki yıl süreyle birlikte sorumluluk öngörülebilir. Dolayısıyla ödünç iş ilişkisinde müteselsil sorumluluğun baskı olduğu, iş sözleşmesinin devrinde ise müteselsil sorumluluk uygulamasının bazı işçilik alacakları ile sınırlı olduğu söylenebilir.

ff. Geçici Sporcu Transferi ile Karşılaştırılması

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ülkemizde uzun zamandır uygulaması olan bir kurum olmakla birlikte bu işi yürüten genelde danışmanlık şirketi adı altındaki ve 4857 sayılı yasanın işgücü piyasasındaki tekeli kaldırmasından sonra günümüzde artık özel istihdam bürosu olarak faaliyet gösteren şirketler/bürolar, dönemsel çalışma deyimini kullanmaktadırlar. Bu nedenle hukuki bir kavram olarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, bu konuyla ilgilenen hukukçular dışında akıllarda yer edinmemiştir. Genel olarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin, bir büronun iş sözleşmesi yaptığı çeşitli meslek gruplarına ait insanların iş gücünü, üçüncü kişilere(diğer işverenlere) devretmeyi başta kar amacı güderek mesleki bir faaliyet olarak yürüttüğü şeklindeki tanıma karşı verilen cevaplar, bu uygulamanın özellikle geçici futbolcu transferine benzetildiği yönündeydi. Bu nedenlerle geçici sporcu transferi başlığı altında bu konuya değinilmesi ve sporcuların transferinin hangi kapsamda değerlendirilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Öncelikle sporcuların, iş hukuku ile olan bağlantıları ele alınmalıdır. Sporcu dediğimizde aklımıza spor olayını gerçekleştiren sporun kurallarına göre hareket ederek yetenek ve çalışmaları ile rakiplerini yenmeye çalışan kişiler aklımıza

gelmektedir³¹⁸. İşte sporcuların iş hukuku bakımından ne konumda bulunduklarına bakacak olursak karşımıza 4857 sayılı kanunun 4. maddesi çıkmaktadır. Söz konusu madde belirli mesleklerde çalışanları veya belirli işleri meslek edinmiş olanları kapsam dışında bırakmaktadır. Hemen belirtelim ki, bu maddedeki gibi istisna hükümleri sadece Türk Hukukunda değil yabancı hukuklarda da var olan bir uygulama niteliğindedir. Mesela; Amerikan Hukukunda bağımsız müteahhitler, ev işlerinde çalışan hizmetçiler, tarım işçileri, ulusal iş ilişkileri kanununun kapsamı dışında bırakılmışlardır³¹⁹. 4857 sayılı kanun md.4/g bendine göre sporcular, iş kanununun kapsamı dışında tutulmuşlardır. Ancak şuna dikkat edilmelidir ki spor işleri faaliyet çeşidi olarak iş kanununun uygulama alanı içindedir. Sadece sporcular İş Kanununun uygulama alanı dışındadır³²⁰.

Türk sporu amatörlük ve profesyonellik temel ayrımı üzerine kurulmuştur. Amatör sporcuların amaçları, bu faaliyeti meslek edinmek veyahut sürekli bir gelir elde etmek değildir³²¹. İş Kanunundaki ilgili hüküm ise kulüp tüzel kişiliğine iş sözleşmesi ile bağlı bulunan profesyonel sporculara ilişkindir³²². Profesyonel sporcu, belli bir ücret karşılığında spor yaparken, belirli veya belirsiz bir süreyle kulübünün hizmetinde çalışma yükümlülüğü altına girmektedir. Kulübüne sadakat ve itaatle yükümlü olduğu gibi kulüp de sporcunun sağlığını korumakla yükümlüdür. Profesyonel sporcu ile kulüp arasındaki bu hak ve yükümlülükler dikkate alındığında, taraflar arasındaki bu ilişkinin iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarını içerdiği ortadadır. Bu nedenle profesyonel sporcu ile kulüp arasındaki ilişki iş

³¹⁸ *Genç*, 39.

³¹⁹ *Çenberci*, 169.

³²⁰ *Güven-Aydın*, 31.

³²¹ *Küçükgüngör*, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/dergi/cilt_2-sayi_1-2.pdf, 07.05.2006. *Genç*, 39.

³²² *Güven-Aydın*, 31.

sözleşmesine dayanmaktadır³²³. Görüldüğü üzere profesyonel sporcular aslında İş Kanununun kapsamı içerisine girebileceklerken, yapmış oldukları işin özelliğinden dolayı kapsama alınmadıklarından kural olarak borçlar kanunundaki hizmet akdine ilişkin 313 vd. maddelerine tabi olacaklardır. Ancak 17.6.1992 tarihli ve 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanuna dayanılarak çıkarılan Profesyonel Futbol Talimatı, profesyonel futbolcu ile spor kulübü arasındaki iş ilişkilerini düzenleyen özel hükümler getirmiş bulunmaktadır³²⁴. Bu talimatta profesyonel futbolcular ile kulüpler arasında yapılacak sözleşmelerin şartları belirlenmiş, sözleşmelerin süresi, sözleşmelerin yapılma zamanı, her iki taraf için sözleşmeden doğan vecibeler, sözleşmelerin hangi şartlarla feshedilebileceği, sporcuların kulüplerinden ayrılarak başka bir kulübe geçmeleri gibi hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca benzer şekilde diğer spor federasyonlarda, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan yönetmelik ile aldıkları yetki çerçevesinde, kulüp ile profesyonel sporcular arasındaki ilişkileri düzenleyen talimatlar çıkarmaktadırlar. Bu bakımdan profesyonel sporcular, yaptıkları spor dalına göre ilgili federasyonlar tarafından o spor dalının ihtiyaçlarını göz önüne alarak yapılan düzenlemelere tabi tutulmuşlardır. Sporcuların İş Kanunu kapsamı dışında bırakılarak, federasyonların yaptıkları düzenlemelere tabi kılınmalarının uygun olduğu söylenebilir. Ancak kulüp ile profesyonel sporcu arasındaki ilişkileri düzenleyen bu talimatlarda bir hüküm bulunmadığı takdirde, Borçlar Kanunu'nun hizmet akdine ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağını ifade etmek gerekir³²⁵.

³²³ *Küçükgüngör*, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/dergi/cilt_2-sayi_1-2.pdf, 07.05.2006.

³²⁴ *Sarper*, 180-181.

³²⁵ *Küçükgüngör*, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/dergi/cilt_2-sayi_1-2.pdf, 07.05.2006.

Bu belirtmiş olduklarımızı destekler nitelikte Yargıtay da sporcular ile kulüpler arasındaki ilişkisinin hizmet akdine dayandığı yönünde karar vermiştir. Yargıtay vermiş olduğu bu kararın³²⁶ da, iş sözleşmesinin tarafların irade bildirimlerinin birleşmesinden oluştuğunu ve ‘zaman’ ile ‘bağımlılık’ unsurlarının bu sözleşmenin ayırıcı özellikleri olarak ortaya çıktığını belirtmiştir. Ek olarak iş sözleşmesinin varlığı yönünden yasa, karşı tarafa sunulan iş gücünün mutlaka bedensel bir nitelik taşımasını aramadığını, işgücünün düşünsel, bilimsel ya da artistik bir nitelik göstermesinin mümkün olduğu ifade edilerek profesyonel sporcular ile kulüpleri arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığına hükmedilmiştir. Ancak bu kararın verildiği tarihten sonra federasyonlar çıkardıkları talimatlar ile hizmet akdinin unsurları etkileyen düzenlemeler yapmaya başlamışlardır. Bu nedenle de bu kararı yorumlarken daha önceden de belirttiğimiz üzere artık bu talimatlar da hüküm bulunmayan hallerde borçlar kanunu hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varmamız gerekmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere iş sözleşmesine bağlı olarak çalıştıkları belirlenmiş olan profesyonel sporcular, ‘geçici transfer’ olarak adlandırılan bir uygulama ile başka kulüplere gönderilebilmektedir. Bu takdirde bir profesyonel spor kulübüne bağlı olan profesyonel sporcu, yasal düzenlemelerin öngördüğü şekilde yapılan bir sözleşme ile geçici olarak başka bir spor kulübüne transfer edilmektedir³²⁷. Dolayısıyla yukarıda da ifade ettiğimiz üzere sporcuların geçici olarak transferinin ilgili federasyonlarca düzenlendiğini görmekteyizdir. Hemen belirtelim ki, incelediğimiz bu konuda sporcuların geçici olarak transfer edilmesine ilişkin düzenlemelere genellikle futbol, basketbol, voleybol gibi takım sporlarını kapsayan

³²⁶ Y10HD,, 19.01.1974, 1296/594, **Baştürk**, http://www.fesam.org/sur_makale.php?kod=10&url=uzman/fb05.htm, 07.05.2006.

³²⁷ **Akyiğit**, Ödünç İş, 55.

federasyonların düzenlemelerinde rastlanmakta ancak niteliği itibariyle daha bireysel olarak algılanabilecek olan tenis ya da atletizm federasyonlarının düzenlemelerinde rastlanmamaktadır.

Türkiye Futbol Federasyonu ‘Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı’nın³²⁸ 14. maddesinde, Türkiye Basketbol Federasyonu ‘Sözleşmeli Sporcular Lisans, Tescil ve Transfer Yönergesi’nin³²⁹ 20. maddesinde, Türkiye Voleybol Federasyonu ‘Sporcu Tescil, Lisans ve Transfer Talimatı’nın³³⁰ 23. maddesinde, sporcuların geçici transferleri ve bunun özellikleri belirtilmiştir. Ayrıca bu kapsamda Türkiye Futbol Federasyonunun, geçici transfer sözleşmesi³³¹ örneği de ele alınmalıdır. Konuya ilişkin düzenleme getirmiş olan tüm federasyonların, geçici transfere ilişkin ortak noktaları barındırdıkları görülmektedir. Bunlara göre geçici transfere konu olan sporcuların, kulüpleri ile imzalamış oldukları sözleşmelerden doğan ödemelerden ve vergi gibi mükellefiyetlerden geçici olarak gittikleri transfer olunan kulüp sorumlu olacaktır. Ayrıca SSK prim bedellerini de geçici transfer sözleşmesi süresince, sporcunun geçici olarak transfer olduğu kulüp ödeyecektir. Ayrıca geçici transferin oynanan sezonla sınırlı olduğu, futbola özgü olarak geçici transfer sözleşmesinin asgari süresinin iki transfer ve tescil dönemi arasındaki süre olduğu görülmektedir. Bu şekilde geçici transfer sözleşmesi sona erdikten sonra ilgili sporcu, sezon sonunda eski kulüplerine geri döneceklerdir. Son olarak basketbol federasyonu ile voleybol federasyonunun düzenlemelerinde, sporcunun ilk kulübü ile imzaladığı sözleşme şartlarından farklı şartlar ile geçici transfer yapması durumunda,

³²⁸ <http://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TFF/talimatlar/PFSTT.pdf>, 21.06.2008.

³²⁹ [http://www.tbf.org.tr/tbfweb/tbfweb2.nsf/\(\\$\\$Lookup_TBfV1_BasinBulteni_T_Kanun_WEB_View\)/EE6D8ED790D59C9CC2257379002F88B4/\\$FILE/Sozlesmeli_Sporcular_Lisans_Tescil_Ve_Transfer_Yonergesi_20072008.pdf](http://www.tbf.org.tr/tbfweb/tbfweb2.nsf/($$Lookup_TBfV1_BasinBulteni_T_Kanun_WEB_View)/EE6D8ED790D59C9CC2257379002F88B4/$FILE/Sozlesmeli_Sporcular_Lisans_Tescil_Ve_Transfer_Yonergesi_20072008.pdf), 21.06.2008.

³³⁰ http://www.voleybol.org.tr/Talimatlar&Statuler/talimatlar/TVF_tescil_lisans_transfer_talimati.doc, 21.06.2008.

³³¹ <http://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/ligh/Gecici-Trasfer-Sozlesmesi.doc>, 21.06.2008.

geçici transfer olduğu kulüp ile sporcu arasında yeni sözleşme imzalanarak federasyon tarafından tasdik edileceği ancak geçici transfer sözleşmesi imzalamamış sporcuların, ilk kulüpleri ile imzaladıkları sözleşme şartlarının geçici transfer olduğu kulüpte geçerli kabul edileceği belirtilmiştir. Bunlara benzer şekilde Türkiye Futbol Federasyonunun hazırladığı geçici transfer sözleşmesi örneğinde de, ‘geçici istihdam eden kulüp ile futbolcu arasındaki sözleşmenin şartları’ başlıklı bir bölümün yer aldığı, bu kapsamda futbolcuya ödenecek aylık ücret, transfer ücreti gibi başlıkların bulunduğu görülmektedir.

Geçici transfer sözleşmesi gereği sporcu, yeni kulüpteki istihdam süresi boyunca yalnızca yeni kulübün yönetiminde bulunmakta olup³³², yukarıda belirtildiği üzere sporcunun, transfer dönemi boyunca ücretinden, sosyal güvenlik primleri ödemelerinden transfer olunan kulübün sorumlu olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca federasyonlarca yapılmış olan talimatlar gereğince sporcular, geçici transfer sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte eski kulüplerine geri dönmektedirler.

Bu verilerden hareket edildiği takdirde buradaki ilişkinin ödünç iş ilişkisi olmaktan öteye geçtiği sonucuna ulaşmaktadır. Basketbol ve voleybol federasyonları açıkça sporcunun geçici olarak transfer olduğu kulüple yapacağı sözleşmeye ilişkin düzenleme getirirken, futbol federasyonunca hazırlanmış sözleşme örneğinde, futbolcuyu ‘geçici olarak istihdam eden’ kulüp ibaresi geçmektedir. Geçici futbolcu transferi, bu özellikleri itibarıyla geçici nitelik taşıması ve geçici transfer dönemi boyunca sporcunun eski kulübüyle hala iş sözleşmesini muhafaza etmesi açısından ödünç iş ilişkisiyle benzerlik taşımaktadır. Normalde bir ilişkinin ödünç iş ilişkisi olarak adlandırılabilmesi için başka niteliklerinde bir arada bulunması zorunluluğu

³³² *Akyiğit*, Ödünç İş, 57.

vardır. Hâlbuki burada ödünç iş ilişkisinde bulunduğunu kabul ettiğimiz, ödünç alan işverenle ödünç veren işveren arasında ücret vs. gibi çeşitli alanlardaki müteselsil sorumluluk hiçbir suretle dile getirilmemiş ve düzenlenmemiştir. Ayrıca sporcunun, ücret ve sosyal güvenlik primleri ödemeleri dahi geçici olunan kulüp tarafından ödenmektedir. Her ne kadar iş kanunumuz md.32 gereğince işçinin ücretinin, illa ki iş sözleşmesinin tarafını oluşturan işverence ödenmesi zorunluluğu bulunmadığı, ücretin bir üçüncü kişi tarafından da ödenebileceği kabul edilmiş olsa da, geçici transferde tüm işverenlik fonksiyonlarının geçici olarak transfer olunan yeni kulübe geçtiği görülmektedir. Ödünç iş ilişkisinde işverenlik fonksiyonlarında bir bölünme söz konusudur, hâlbuki geçici transferde temel işveren fonksiyonlarının geçici olarak sporcunun transfer olduğu kulüp tarafından üstlenildiği anlaşılmaktadır. Bu anlatılanlardan dolayı sporcu ile geçici olarak transfer olduğu kulüp arasında ayrıca bir iş sözleşmesinin kurulduğu sonucuna varılmaktadır. Bu bakımdan sporcunun, sezon sonunda döneceği bir kulübü var olup, o kulüple iş sözleşmesi devam etmektedir ve ayrıca geçici olarak transfer olduğu kulüple de belirlenen sezon için belirli süreli bir iş sözleşmesinin imzalandığı ve var olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu hukuki ilişki yumağı, çifte iş ilişkisi³³³ kapsamında değerlendirilip, ilgililer açısından doğuracağı hüküm ve sonuçlar profesyonel sporcunun, her iki kulüple de iş sözleşmesi bulunduğu esasına göre çözümlenebilir.

5. Ödünç İş İlişkisinin Hukuki Niteliği

Ödünç iş ilişkisinin, olağan iş ilişkilerinin aksine, ödünç işçilerin iş görme edimlerini iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverenin dışında, üçüncü bir işverenin talimatı altında ve o kişinin hâkimiyetindeki işyerinde ifa ettiği bir hukuki ilişki

³³³ *Akyiğit*, Ödünç İş, 58.

olduğunu belirtmiştik³³⁴. Görüldüğü üzere, bu tür bir ilişki de ödünç veren işverenin, işin görülmesini isteme hakkını(alacağını) üçüncü bir kişiye devretmektedir³³⁵. Bu şekilde oluşan ödünç iş ilişkisinin hukuki niteliği ile ilgili olarak çeşitli görüşler ileri sürülmüş ve özellikle hukukumuz açısından hukuksal dayanağının ne olduğu tartışılmıştır. Bu bakımdan alacağın temlik, temsil, akde katılma, akdin kısmen üstlenilmesi, ilişkide kira niteliği olduğunun savunulması, iş aracılığı düşünceleri ileri sürülen görüşler arasında sayılabilir³³⁶.

Ödünç iş ilişkisinin hukuki niteliğini ifade etmek üzere yukarıda sayılan görüşlerden önemli görülenler incelenecek olursa ilk olarak iş aracılığı düşüncesine değinilmesi gerekir. Kanımca iş aracılığı düşüncesi itibar görmemelidir. Nitekim iş aracılığı ile farkların anlatıldığı bölümde bahsettiğimiz üzere kesinlikle ödünç alan işveren olarak nitelendirilen kişi ile ödünç işçi olarak nitelendirilen kişi arasında bir iş sözleşmesinin kurulması amaçlanmamaktadır. Aslında bu konuda genel bir söylem mevcuttur. Bu da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin, ekonomik anlamda iş aracılığı niteliğinde olduğu, ancak hukuki anlamda bu kapsamda değerlendirilemeyeceği düşüncesidir. Bu takdirde her ne kadar meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde, müşterilerin isteği üzerine geçici istihdam büroları, işçi sağlamakta olsalar da, sağladıkları işçilerle iş sözleşmesi yaptıklarından iş aracılığı olduğu kabul edilemeyecektir. İş aracılığı ancak muvazaalı bir durum söz konusu olduğunda bir sonuç olarak ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla ister meslek edinilmiş olsun, ister olmasın, ödünç iş ilişkisinin, iş aracılığı olarak kabul edilmesi yerinde değildir.

³³⁴ *Jakhelln*, http://heinonline.org/HOL/Page?set_as_cursor=4&men_tab=srchresults&handle=hein.journals/cllpj7&id=374&collection=journals&terms=nature%20of%20temporary%20work&termtyp=p hrse, 18.06.2008.

³³⁵ *Odaman*, 30.

³³⁶ Daha fazla bilgi için Bkz., *Akyiğit*, Ödünç İş, 107-110.

Bundan başka savunulabilecek bir diğ er düşünceyi akde katılma oluşturmaktadır. Akde katılma düşüncesi de yerinde değıldir. Zira bu düşünce savunulacak olursa, mevcut bulunan i   ilişkisine ödünç alanın tıpkı ödünç veren gibi bütün işveren hak ve borçlarına katılmasını ifade edecektir³³⁷. Gerçekten de ödünç iş ilişkisinde, bazı işveren fonksiyonlarının ödünç alan işverence kullanılması olağıan olduğı gibi, geriye kalan işveren hak ve yükümlülükleri pek tabi   ki ödünç veren işveren tarafından yerine getirilecektir. Bu kapsamda genelde gösterilen örnek, ödünç alan işverenin fiziksel çalışma ortamı ve buna bağılı olarak i   sağılığı ve g  venliğıinden sorumlu olduğı fakat ödünç veren işverenin işçinin ücretinin ve sosyal güvenlik primlerinin ödenmesinden sorumlu olduğıdur³³⁸. Her ne kadar durum bu şekilde ba   göstermekteyse de ödünç alan işveren hiçbir zaman işçiye karşı i   sözleşmesinin tarafı sıfatını taşımamaktadır. Nitekim özellikle i   sözleşmesinin feshi, iptali vs. gibi konularda tek söz sahibi olan ödünç veren işverendir. Oysa akde katılma sözleşmesine itibar edilecek olursa, bu konularda ödünç veren işverenin yanında ödünç alan işvereninde söz sahibi olması gerektiğı kabul edilmeliydi³³⁹.

a. Alacağıın Temliki Görüş ve Hukukumuzdaki Dayanağı

Yukarıda anlatıldığı üzere ödünç iş ilişkisinin hukuki niteliğı tartışmasında belirttiğimiz nedenlerle i   aracılığıının bulunduğı veyahut akde katılmanın gerçekleştiğı gibi görüşlerin yerinde olmadığı düşüncesindeyim. Bununla birlikte aslında ödünç iş ilişkisinin hukuki niteliğı tartışmasında ‘alacağıın temliki’ g  r     bulunup bulunmadığı ön plana çıkmaktadır. Gerçekten bazı yazarlar, ödünç iş

³³⁷ *Akyiğıit*,   d  n   İş, 112.

³³⁸ *Jakhelln*, http://heinonline.org/HOL/Page?set_as_cursor=4&men_tab=srchresults&handle=hein.journals/cllpj7&id=374&collection=journals&terms=nature%20of%20temporary%20work&termtype=p hrase, 18.06.2008.

³³⁹ *Akyiğıit*,   d  n   İş, 112.

ilişkisinin hukuki niteliğinin alacağın temlik ile açıklanabileceğini ifade etmektedirler³⁴⁰. Bu bakımdan bu görüşün incelenmesi gerekliliği mevcuttur.

Alacağın temlik hükümleri, BK. md.162–172 arasında düzenlenmiştir. Günlük hayatta borcun kaynağı ne olursa olsun, alacaklının alacağını bir başkasına temlik etme ihtiyacı ortaya çıkabilir. Bu bakımdan alacaklının, borçlunun rızası aranmaksızın, alacağını bir başka şahsa temlik etmesi, alacağın temlik olarak tanımlanmaktadır. Bu takdirde devir ile borç ilişkisinin alacaklı tarafı değişmiş olur ve alacak hakkı eski alacaklıdan yeni alacaklıya geçer. Bir diğer deyişle borç ilişkisinde alacaklı tarafın bir hukuksal işleme dayanan değişimi söz konusu olmaktadır³⁴¹. Alacağın tamamı değil de bir kısmı temlik edilecek olursa, borçlu karşısına parçalanmış alacak nedeniyle birden fazla alacaklı çıkacaktır³⁴². Alacak, kural olarak alacaklının isteği üzerine yeni alacaklı arasında yapılan yazılı bir sözleşmeye dayanmaktadır³⁴³. Bununla birlikte alacağın, bir yasa hükmü veya mahkeme kararı uyarınca özel bir şekle veya alacaklının rızasına ihtiyaç duyulmaksızın başkasına geçebilmesi mümkündür³⁴⁴. Alacağın temlik üzerine borçlunun ifa yükümlülüğü artık yeni alacaklıya karşı olacaktır. Bu nedenle borçlu, eski alacaklıya yapacağı ifa ile kural olarak borcundan kurtulamaz. Gerçi alacağı temlik eden kişinin sonradan borçlunun yaptığı kazandırmayı kabul etmesi, duruma göre haksız zilyet veya sebepsiz zenginleşmeye yol açar ve borçlu istihkak veya sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebiyle bunu geri isteyebilir. Kısacası alacağın

³⁴⁰ *Engin*, İşveren, 100.

³⁴¹ *Bozer*, 300. *Kılıçoğlu*, 585. *Şenyüz*, 134. *Reisoğlu*, 407.

³⁴² *Kılıçoğlu*, 585.

³⁴³ *Doğan*, 134. *Reisoğlu*, 409.

³⁴⁴ *Reisoğlu*, 409.

temlikinin hüküm doğurması için borçlunun rızası aranmadığı gibi, durumdan haberdar olması dahi aranmamıştır³⁴⁵.

Borçlar kanunu md.162/1'e bakıldığında 'kanun' veya 'sözleşme' ile veya 'işin niteliği' bakımından yasaklanmış olmadıkça borçlunun rızası aranmaksızın alacaklının alacağını üçüncü bir kişiye devredebileceği ibaresi yer almaktadır. Bu ifade anlaşılacağı üzere alacağın temlik kurumuna genel bir düzenleme getirmekte ve kanunla farklı durumlara yönelik farklı hükümlerin getirilebileceği hususunu vurgulamaktadır. Bu durumun bir örneği BK'nın hizmet akdini düzenleyen onuncu babının 320'nci maddesinde ortaya çıkmaktadır. İlgili madde hem borcun 'gayri şahsiliği' ilkesine göre üçüncü bir kişi tarafından ifa edilebileceği genel kuralına(BK. md.67) hem de alacağın temlik için borçlunun rızasının gerekli olmadığı(BK. md.162) kuralına bir istisna getirmektedir³⁴⁶. BK. md.320'nin birinci fıkrası "hilafi mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmaya mecbur olup başkasına devredemez" hükmünü içermektedir. İşte aynı maddenin ikinci fıkrası da "iş sahibinin dahi hakkını başkasına devredebilmesi, aynı kayıtlara tabidir" hükmünü getirmek suretiyle işverenin iş sözleşmesinden doğan işin görülmesini bizzat isteyebileceği kuralını getirirken sonradan ilgili fıkra ile istisna getirmektedir. BK. md.320/II hükmünün emredici nitelikte olmadığı ve aksine sözleşme yapılabilmesi anlaşılmaktadır. Bu takdirde ilgili hüküm gereğince, işçinin bir başka işverene karşı iş görme edimini ifa edebileceği yönündeki rızasının sözleşme de bulunması halinde, işveren bu alacağını üçüncü bir kişiye devredebilecektir³⁴⁷. Madde de geçen halin icabı olarak bilhassa satış, kira, miras

³⁴⁵ *Oğuzman-Öz*, 939-940.

³⁴⁶ *Başbuğ*, 7.

³⁴⁷ *Odaman*, 32.

yoluyla vs. gibi işyerinin devri olarak ya da şirket birleşmeleri veya katılmalarında olduğu gibi işverenin kişilik değiştirdiği haller olarak değerlendirilecek olursa, işin görülmesini isteme hakkı işçinin rızasına gerek olmaksızın yeni işverene geçecektir³⁴⁸. Buna karşın işçinin bir başka işveren yanında çalıştırılması halin icabı olarak kabul edilmemeli ve mutlaka işçinin rızasının alınması yoluna gidilmelidir³⁴⁹. Bir başka deyişle işçinin rızasının varlığı öylesine önemlidir ki, halin icabı dahi işçinin rızasının varlığını ortadan kaldıramayacaktır³⁵⁰.

Buraya kadar anlatılanlardan ödünç iş ilişkisinin, bir nevi alacağın temlik olarak kabul edebilmek mümkün görünmektedir. Fakat her ne kadar ödünç iş ilişkisi, yapı bakımından alacağın temlikini andırsa da büyük farklılıkları da bünyesinde barındırmaktadır³⁵¹. İlk olarak alacağın temlik, borçlandırııcı değil de devredenden devralana alacağın intikalini sağladığından devreden açısından bir tasarruf işlemi olarak görülmektedir³⁵² ve alacağın devreden kişi, temlikin tamamlanmasıyla birlikte alacağını ve alacaklı sıfatını kaybetmektedir³⁵³. Eğer ödünç iş ilişkisinin alacağın temlik niteliğinde olduğu kabul edilecek olsaydı, işin görülmesini isteme alacağının ödünç alan işverene geçmesi ve ödünç alanın işveren sıfatını kazanması gerekirdi. Hâlbuki ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işveren, hala iş sözleşmesinin tarafıdır ve işçinin tek ve gerçek işvereni konumundadır. Bir diğer deyişle ödünç iş ilişkisinin amacı, geçici bir süreyle çalışma hayatının ve ekonomik durumun getirdiği bazı ihtiyaçlarla ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesine halel gelmeksizin ödünç alan işverenin, işçinin iş gücünden yararlanmasının

³⁴⁸ *Demir*, Bireysel İş, 106.

³⁴⁹ *Engin*, İşveren, 101.

³⁵⁰ *Akyiğit*, İnceleme, 47.

³⁵¹ *Odaman*, 32.

³⁵² *Oğuzman-Öz*, 922. *Odaman*, 32.

³⁵³ *Akyiğit*, Ödünç İş, 114.

sağlanmasıdır³⁵⁴. Buna bağlı olarak ayrıca temlikin belirli ve geçici bir süre için yapılabilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Alacağın temlikinde kural, devir ile birlikte alacağın devralana kesin ve sürekli olarak geçmesidir³⁵⁵. Hâlbuki ödünç iş ilişkisinin temel ayırt edici unsurlarından birini geçicilik oluşturmaktadır. Bu açıdan da ödünç iş ilişkisinin, alacağın temliki niteliğinde olduğunun kabulü söz konusu değildir.

Keza alacağın temliki ile rüçhan hakları(alacağa başka alacaklar karşısında öncelik sağlayan, alacaklının şahsına tanınmış olmayan imtiyazlar³⁵⁶) ve fer'i hakların(teminatlar, faizler vs.) alacakla birlikte intikali, alacağın temlikine kanun tarafından bağlanmış olan bir sonuçtur(BK. md.168/1)³⁵⁷. Alacak ve alacağa bağlı haklar devredildiğinden ötürü, bir borcun doğmadığı ortadadır. Bu nedenle ödünç iş ilişkisinin, alacağın temliki kapsamında değerlendirilmesi halinde ödünç alanın başta işçiyi gözetme borcu olmak üzere, ödünç süresiyle sınırlı olarak işçinin ücretinden ve sosyal sigorta primlerinden doğan borçlarının nereden kaynaklandığı sorusu akla gelecektir³⁵⁸.

Son olarak meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi düşünüldüğünde işçi, ödünç alan yanındaki çalışması sona erince ödünç veren işverenin yanına yani iş sözleşmesinin tarafını teşkil eden işverenin yanına dönecektir. İşte burada ödünç iş ilişkisinin kurulmasında alacağın temliki olduğu kabul edilecek olsaydı, işçinin ödünç veren işveren yanına dönüşü geri temlik ile mümkün olacak ve ikinci bir sözleşmenin yapılmış olması gerekecekti. Ayrıca alacağın temliki olduğu düşünülseydi, ödünç veren işverenin, ödünç verdiği işçiyi her zaman için geri çağırma ve onu bir

³⁵⁴ *Odaman*, 33.

³⁵⁵ *Engin*, İşveren, 102.

³⁵⁶ Örneğin, tapuya şerh verilmiş bir şahsi hakkın temliki üzerine yeni alacaklının şerhin etkisinden yararlanması bu kapsamda değerlendirilmektedir. Daha fazla bilgi için Bkz., *Oğuzman-Öz*, 936.

³⁵⁷ *Oğuzman-Öz*, 936-937.

³⁵⁸ *Akyiğit*, Ödünç İş, 116-117.

başkasıyla değiştirme imkânı söz konusu olamayacaktır³⁵⁹. Belirtilen bu nedenlerden dolayı ödünç iş ilişkisinin, alacağın temlikiyle bir tutulabilmesi olanağı mevcut değildir. Nitekim 4857 sayılı iş kanunu md.7 düzenlemesinin öngördüğü hukuki ilişkide, anlattıklarımızı doğrular bir nitelik taşımaktadır.

Ödünç iş ilişkisi her ne kadar alacağın temliki kapsamında değerlendirilemeyecek olsa da günümüze kadar hukukumuzda hukuksal dayanağının ne olduğı tartışma konusu olmuştur. Bu bakımdan borçlar kanununun 320. maddesi, ülkemizde ödünç iş ilişkisinin ilk hukuki dayanağı olarak görölmüştür³⁶⁰. Gerçektende 1475 sayılı kanun döneminde ödünç iş ilişkisi ile ilgili olarak uygulanacak özel bir hüküm bulunmadığından, ödünç iş ilişkisi BK. md.320 kapsamında deęerlendirilmekteydi³⁶¹. Günümüzde bilineceğı üzere 4857 sayılı kanun md.7 hükmü ile meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi bakımından özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu sayede getirilen düzenleme ile söz konusu kurum, tam anlamıyla düzenlenmiş ve hangi hallerde uygulanabileceğı veya uygulanamayacağı ya da md.7 düzenlemesine aykırı davranmanın yaptırımları belirlenmiştir. Gerçekten BK. md.320 hükmü ödünç iş ilişkisinin kanımca her iki türüne de dayanak olabilecek bir madde niteliğini taşımaktadır. Fakat 4857 sayılı yasa md.7 düzenlemesi nedeniyle artık ilgili maddenin önemi meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından dır.

Yukarıda da ifade edildiğı üzere, alacağın temliki, taraf değişikliğine yol açması, niteliğı gibi pek çok açıdan ödünç iş ilişkisi ile uyumlu değildir. Bu itibarla ödünç iş ilişkisini, alacağın temliki olarak kabul edebilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştik. Bununla birlikte ödünç iş ilişkisinin dayanağı olarak kabul ettiğimiz BK.

³⁵⁹ *Serin*, 1071. *Akyiğıt*, Ödünç İş, 114-115.

³⁶⁰ *Uşen*, 300.

³⁶¹ *Arslanoğlu*, 52.

md.320 hükmü, iş sözleşmesine alacağın temliki ve borcun nakli kuralını getirme amacı zaten taşımamaktadır. İlgili madde sadece borcun üçüncü kişi tarafından ifasının düzenlendiği BK. md.67 ve alacağın temlikinin düzenlendiği BK. md.162 kurallarına istisna getirmektedir. Dolayısıyla BK. md.320 hükmü; alacağın temlikine benzer nitelik taşıyan her türlü devirlerde, sadece ödünç iş ilişkisi değil ayrıca işyerinin devri, iş sözleşmesinin devri gibi durumlarda uygulama alanı bulacaktır³⁶². 4857 sayılı kanunda md.6 ve md.7 ile işyerinin devri ve meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi özel olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle ilgili kurumlar bakımından BK. md.320 hükmü artık geçerliliğini korumamaktadır. Bunların dışında kalan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile iş sözleşmesinin devri bakımından ise hala dayanak noktası BK. md.320 hükmüdür. Bununla birlikte BK. md.320 meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin dayanak noktası olarak kabul görse de ilgili madde ödünç iş ilişkisinin niteliği, kapsamı ve sonuçları ile ilgili olarak bir düzenleme getirmediğinden, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kapsamlı bir yasal düzenlemeye ihtiyaç gösterdiği açıktır³⁶³. Fakat bu durum nasıl ki 4857 sayılı yasa md.7 hükmü olmadan önce meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin uygulanmasına engel teşkil etmediyse meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından da engel teşkil etmemelidir. BK. md.320 hükmü alacağın temliki kapsamında değerlendirilmediğine göre ödünç iş ilişkisinin niteliğinin hala belirlenmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Buna göre ödünç iş ilişkisi, temelini BK. md.320 ‘Bizzat İfa’ hükmü (meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi açısından 4857 sayılı yasa md.7 hükmü) ile BK. md.19

³⁶² Başbuğ, 8.

³⁶³ Arslanoğlu, 52.

sözleşme serbestisinde bulan kendine özgü(sui generis) bir borç ilişkisi³⁶⁴ olarak kabul edilmelidir.

³⁶⁴ *Akyiğit*, Ödünç İş, 117. Bazı yazarlar, ödünç iş ilişkisinin kendine özgü bir alacağın temliki olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedirler. (*Odaman*, 32).

İkinci Bölüm

Dünyadaki Gelişmeler

1. Uluslararası Sözleşmeler ve Avrupa Birliği Düzenlemeleri

A. Uluslararası Çalışma Örgütü(ILO) Sözleşmeleri

Ödünç iş ilişkisi denildiğinde genellikle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin anlaşıldığını ifade etmiştik. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ise bu faaliyeti yerine getirmek üzere kurulmuş olan bürolar tarafından yürütülmektedir. Daha önceden bahsettiğimiz gibi, ödünç iş ilişkisini mesleki faaliyet olarak yürüten bürolar genelde özel istihdam bürosu olarak algılanmaktadır, ancak bu kavram daha da sınırlandırılabilmekte ve özel istihdam bürolarının içinde değerlendirilebilecek olan geçici istihdam bürolarının bu faaliyeti yürütebileceği belirtilmektedir. Özel istihdam bürosu denilince pek tabî ki istihdam hizmetleri ve kamu istihdam servislerinin de dâhil olduğu görülmektedir. Bu bağlamda ILO'ya ve ILO tarafından yapılmış düzenlemelere değinilmesi gerekmektedir. Bu sayede tarihi gelişim içerisinde istihdam hizmetlerinin algılanışı, ne şekilde yerine getirileceği ve meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik faaliyet gösterecek olan özel istihdam bürolarının ne zaman kabul edildiği de ortaya çıkacaktır.

aa. ILO ve İşleyişi

İş hukukunun uluslararası boyutunun giderek artmasında ve önem kazanmasında ILO'nun önemli bir yere sahip olduğuna kuşku yoktur. Bu şekilde önemli bir rol

oyunayan ILO, 1919 yılında Versailles Barış Andlaşmasıyla Milletler Cemiyetine bağlı olarak kurulmuştur³⁶⁵. ILO, birinci dünya savaşı ile ikinci dünya savaşı arasındaki dönemde, milletler cemiyetinin özerk bir kuruluşu olarak faaliyet göstermiştir. İşte bu dönemde 1932 yılında Türkiye, ILO'ya üye olmuştur³⁶⁶.

ILO'nun amaçları ve temel ilkeleri, ILO anayasasının başlangıç kısmında ve ayrıca örgütün hedef ve amaçlarına ilişkin 1944 yılında kabul edilen Philadelphia Bildirgesinde yer almaktadır³⁶⁷. Bu temeller üzerine oturtulmuş olan ILO'nun çabaları esas olarak insanların temel hak ve özgürlüklerinin korunması, çalışma ve yaşama koşullarının düzeltilmesi ve tam istihdamın sağlanması şeklinde özetlenebilir³⁶⁸.

ILO, ikinci dünya savaşını takiben kurulan Birleşmiş Milletlerin uzmanlık kuruluşu haline gelmiş ve çalışmalarından dolayı kuruluşunun 50. yılı olan 1969'da Nobel Barış Ödülünü almıştır³⁶⁹. Belirttiğimiz amaçlar çerçevesinde kuruluşun gerektiği gibi faaliyette bulunabilmesini sağlayan üç temel organı bulunmaktadır. Bunlar uluslararası çalışma konferansı, yönetim kurulu ve uluslararası çalışma bürosudur. Uluslararası çalışma konferansı, her üye devletin ikisi hükümet, biri işçi, biri de işveren kesiminden gelen dörder temsilcisinin katılımı ile oluşmaktadır³⁷⁰. Görüldüğü üzere sosyal tarafların katılımını öngören örgüt, toplumun çeşitli kesimlerinin seslerini eşit düzeyde duyurabilmelerini sağlayan tek kuruluştur³⁷¹.

³⁶⁵ *Eyrenci-Taşkent-Ulucan*, 35-36. *Süzek*, 69.

³⁶⁶ *Eyrenci-Taşkent-Ulucan*, 36.

³⁶⁷ *Süzek*, 70.

³⁶⁸ *Eyrenci-Taşkent-Ulucan*, 36.

³⁶⁹ *Ateşoğulları*, 17.

³⁷⁰ *Süzek*, 71.

³⁷¹ *Eyrenci-Taşkent-Ulucan*, 36.

ILO'nun bahsettiğimiz amaçlarına ulaşmasındaki en önemli faaliyeti yasama alanına ilişkin olup, bu sayede uluslararası çalışma normları oluşturulabilmektedir. Bu sayede uluslararası çalışma konferansı tarafından benimsenen ILO sözleşmeleri ve tavsiye kararları, uluslararası iş hukukunun temel kaynağını oluştururlar³⁷². Uluslararası hukuk işlemi niteliğindeki bu kararlar, prensipte tek taraflı hukuksal işlemler arasında yer almakta ve 'ortaklaşa işlemler' olarak adlandırılmaktadırlar. Ortaklaşa işlem ise, birçok hukuk kişinin(uluslararası çalışma konferansını oluşturan temsilcilerin) iradelerini açıklamasıyla oluşmakla birlikte, açıklanan bu iradeler, tek bir hukuk kişinin(ILO'nun) iradesini belirtmektedir. İşte ILO'nun bu kararları kendi içinde bağlayıcı güce sahip olup olmamasına göre ayrılabilir³⁷³.

ILO tarafından hazırlanan bir uluslararası sözleşme veya tavsiye kararları taslağı, konferansta hazır bulunan delegelerin üçte iki çoğunluğunca kabul edildiği takdirde ortaya çıkar³⁷⁴. Bir uluslararası sözleşmenin yürürlüğe girmesi ise, en az iki üye devletin onaylaması ile gerçekleşmektedir³⁷⁵. Kısacası ILO'nun hazırladığı uluslararası sözleşmelerin üye ülkeler açısından bağlayıcılık niteliğini kazanabilmesi için yasama organlarınca onaylanması gerekmektedir³⁷⁶.

Onaylama ise tamamen gönüllü bir nitelik taşımaktadır ve onaylama ile birlikte bir üye devlet, ILO sözleşmesi hükümlerini uygulama yükümlülüğü altına girmektedir³⁷⁷. Bir sözleşmeyi onaylayan üye devlet, sadece sözleşmeyi uygulama

³⁷² *Süzek*, 71.

³⁷³ *Pazarıcı*, 130-131.

³⁷⁴ *Süzek*, 72.

³⁷⁵ *Ateşoğulları*, 35.

³⁷⁶ *Süzek*, 72. *Ateşoğulları*, 36.

³⁷⁷ *Servais*, 73. *Süzek*, 72. Hemen ifade edelim ki; bu uygulama yükümlülüğü onay tarihinde değil, onay belgesinin ILO tarafından kaydedildiği tarihten itibaren 12 ay sonra başlar. (*Süzek*, 72).

yükümlülüğü altına girmez aynı zamanda sözleşmenin ne şekilde uygulandığını gösterir periyodik raporlar göndermek ve öngörölmüş denetleme mekanizmasıyla da işbirliği yapmak zorundadır³⁷⁸.

ILO her zaman için çekince koyularak kabul edilmiş onaylamaları reddetmektedir. Bunun başlıca nedeni ise, sözleşmenin kabul edilmesi sürecinde işçi ve işveren organizasyonlarının da yer almasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca çekincelerin, istihdam koşullarını standart hale getirmek isteyen sözleşme amacı ile çeliştiği düşünülebilir³⁷⁹.

Ülkemiz açısından onay sürecinin nasıl işlediğine bakılacak olursa bu konuda anayasamızın 90. maddesinin ele alınması gerekmektedir. Ülkemizde anayasamıza göre onay makamı Türkiye Büyük Millet Meclisi(TBMM)'dir. Bu itibarla ILO sözleşmelerinin iç hukukumuz bakımından etki doğurabilmesi TBMM'nin kabul edeceği bir kanunla olmaktadır. Bu kanun genellikle sözleşmenin onaylanmasının uygun bulunduğu, kanunun yürürlük tarihi ve yürütme organını belirten üç maddeden oluşmaktadır³⁸⁰. Bu şekilde onaylanan ILO sözleşmesi için ülkemiz, sözleşme hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanabilmesi için eğer gerekliyse bir takım önlemleri alması gerekecektir. Bu önlemler, sözleşmenin içerdiği standartların türüne bağlı olarak değişebilecektir. Genellikle çoğu sözleşme hükmü, belirli teknik bir içeriğe sahip olduğundan dolayı ya bir yasanın kabul edilmesini ya da idari bir düzenlemenin yapılmasını gerektirmektedir. Ancak sözleşme hükümleri istihdam veya insan kaynaklarının gelişimi gibi daha ziyade program hüküm niteliğindeyse üye devletlerin, ona uygun bir politikayı benimsemelerini gerektirecektir. Kısacası

³⁷⁸ *Servais*, 73.

³⁷⁹ *Servais*, 74.

³⁸⁰ *Ateşoğulları*, 36.

görüldüğü üzere ILO sözleşmeleri ile getirilen hükümler genel bir şekilde kaleme alınmış esnek hükümlerdir. Başlıca amaçları belirli bir konuda harekete geçilmesi sağlamaktır, bir diğer deyişle ulaşılması gereken hedefleri belirlerler³⁸¹. Dolayısıyla pek çok ILO sözleşmesi hükümlerinin, hukukumuzdaki iş hukuku kuralları ile uyumlu hale getirilebilmesi için uyum yasalarının çıkartılması gerekmektedir³⁸².

Anayasamız md.90/son hükmüne göre usulüne uygun olarak kabul edilmiş olan uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir, yani Türk normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde yer almaktadırlar³⁸³. Dolayısıyla onayladığımız ILO sözleşmelerinin iş kanunları ile kural olarak eş değer olduklarını görmekteyizdir³⁸⁴. Ancak burada bahsedilmesi gereken önemli bir düzenleme yer almaktadır. 2004 yılında anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına yapılan düzenleme “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” ifadesini içermektedir. Bu hüküm ile kanunlar ve uluslararası sözleşmeler arasında bir hiyerarşi oluşturulmuş ve Türk normlar hiyerarşisinde kanunlar ile Anayasa arasında ‘temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmeler’ basamağı şeklinde yeni bir basamak ortaya çıkmıştır³⁸⁵.

Bu bakımdan iş hukukuna ilişkin uluslararası bir sözleşme sendikalaşma özgürlüğü, eşitlik ilkesi vs. gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin ise yasalardan daha üst konumda bulundukları kabul edilerek bir iş yasasıyla çatışması halinde

³⁸¹ *Servais*, 74.

³⁸² *Süzek*, 74.

³⁸³ *Gözler*, 274.

³⁸⁴ *Süzek*, 75.

³⁸⁵ *Gözler*, 274.

uluslararası sözleşme hükmünün uygulanması gerekecektir³⁸⁶. Görüldüğü üzere ILO'nun aşağıda belirteceğimiz sözleşmelerinin de, bahsettiğimiz bu bilgiler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Genel olarak içeriğinde özel istihdam büroları ve daha özel biçimi olan geçici istihdam bürolarını da barındıran bahsedeceğimiz ILO sözleşmelerinin bazılarının esnek hükümler taşıdığı ve üye devletlere çeşitli seçenekler sundukları görülmektedir. İç hukukumuzda yarattıkları etki bakımından ise esas olarak şimdiye kadar anlattığımız bilgilerin hatırlanması ve buna göre bir sonuca varılması gerekecektir.

bb. İşsizlik Hakkındaki 2 No.lu Sözleşme

İstihdam hizmetleri ile ilgili ilk düzenlemelerden biri 1919'da Washington'da kabul edilen İşsizlik Hakkındaki 2 sayılı sözleşmedir. Görüldüğü üzere işsizlik ve istihdama yönelik ilk girişim, birinci dünya savaşını takiben ekonomileri sarsan sosyal hareketlerin yaşandığı bir dönemde gerçekleşmiştir³⁸⁷. Söz konusu sözleşmeye katılan ülkeler, işsizliğe karşı savaşa ve merkezi bir makamın kontrolüne tabi resmi ve ücretsiz bir iş bulma örgütü kurmaya davet edilmiştir³⁸⁸.

Aynı yıl 2 no.lu sözleşmenin yanında 1 no.lu tavsiye kararı da alınmıştır. İlgili tavsiye kararı gereğince kar amaçlı çalışan veya herhangi bir ücret talep eden istihdam bürolarının kurulmasını yasaklayan önlemlerin alınması gerektiği ifade edilmiştir³⁸⁹.

Aslında anılan sözleşme ve tavsiye kararı, işsizliği azaltmaktan çok etkilerini azaltmaya ve işsizliğin etkilerini katlanılabilir hale getirmeye yöneliktir. Bu

³⁸⁶ *Süzek*, 76.

³⁸⁷ *Başterzi-Şuğle*, 51.

³⁸⁸ *Tuncay*, Tasarı, 59. *Uşen*, 66.

³⁸⁹ *Uşen*, 66

bağlamda üç tür yardım öngörülmüştür. Bunlar, iş bulma, işsizlik sigortası ve geçici bir iş sağlama olarak gösterilebilir³⁹⁰. Anılan sözleşmeyi Türkiye, 14.02.1950 tarih ve 5543 sayılı yasa ile onaylamıştır³⁹¹. Bu sözleşmeye, uzun yıllar sürecek bir anlayışın hâkim olduğu görülmektedir. Bir kere istihdam hizmetlerinin devlet eliyle yürütülmesi istenmektedir ki, bu daha sonradan kamu tekeline dönüşecektir ve ayrıca özel istihdam bürolarına yönelik bir korkunun hâkim olduğu da görülmektedir. Muhtemelen bu korkunun dayanak noktasını, işçinin işgücünün sömürülmesini engelleme, bir nevi modern köle ticaretine dönüşmesine engel olma düşüncesi oluşturmaktaydı.

cc. Ücretli İş Bulma Büroları Hakkındaki 34 No.lu Sözleşme

1933 tarih ve 34 nolu ILO sözleşmesi, istihdam büroları konusunda kabul edilen düzenlemelerin başlangıç noktasını oluşturmakla birlikte; salt istihdam bürolarına özgülenmiş ilk düzenleme niteliğini de taşımaktadır³⁹². Bu sözleşme gereğince 1'nolu tavsiye kararındaki önerilerde dikkate alınmış ve sözleşmeyi onaylayan üye ülkelerin, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden itibaren 3 yıl içinde kar amacı güden özel istidam bürolarını kapatması ve yenilerinin açılmamasını öngörülmüştür, zaten bu yönüyle oldukça radikal olarak algılanmıştır³⁹³. Görüldüğü üzere bu sözleşmenin amacı devlet tekeli lehine kar amacı güden istihdam bürolarının varlığına son vermektir. Pek çok Avrupa ulusu bunu takip etmiş ve neticede inhisari yetkiler

³⁹⁰ *Başterzi-Şuğle*, 51.

³⁹¹ *Tuncay*, Tasarı, 59.

³⁹² *Alpagut*, İstihdam, 10.

³⁹³ *Başterzi-Şuğle*, 52. *Uşen*, 67. *Nakayama-Samorodov*, 24. *Tuncay*, İstihdam, <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=900>, 04.11.2006.

tanıyarak kamu istihdam kuruluşlarını kurmuşlardır³⁹⁴. Türkiye bu sözleşmeyi 4866 sayılı kanunla 1946 yılında onaylamıştır.

Her ne kadar özel istihdam bürolarına karşı bu şekilde katı bir düzenleme öngörülmüşse de, özel koşullarla, belli alanlarda kar amacı güden özel istihdam bürolarının faaliyetine izin verilebileceği de 34 no.lu sözleşmede yer almıştır. Şöyle ki, bu bürolar yetkili bir organın kontrolüne tabi tutulacak, ruhsatnameye bağlı olarak çalışacak ve masraflardan başka para almayacaklardır. İşte bu düzenleme dahi isabetle ifade edildiği üzere uluslararası standartların oluşmaya başladığı ilk dönemde bile, istihdam servislerinde mutlak tekel modelinden hemen bir sapmanın söz konusu olduğunu, üye devletlerin ılımlı tekel modelinin uygulama olanağının var olduğunu göstermektedir³⁹⁵.

1934 yılına gelindiğinde 42 sayılı tavsiye kararının alındığı görülmektedir. Bu kararda 34 no.lu sözleşmeye uygun bir nitelik taşımaktadır. Bu tavsiye kararına göre ücretli iş bulma bürolarının kapatılması gerektiği belirtilmiştir. Ancak 34 no.lu sözleşmede olduğu gibi belirli meslekler bakımından özel iş bulma bürolarının kapatılmasının doğuracağı güçlükler ifade edilerek kamu istihdam kuruluşlarının bunların yerini tutamayacağı kabul edilmiştir³⁹⁶. Bu sözleşme ve tavsiye kararına, özel istihdam bürolarına karşı duyulan korkunun yansıdığı ve hatta giderek daha da katılaştığı görülmektedir.

dd. İş ve İşçi Bulma Servisi Kurulması Hakkındaki 88 No.lu Sözleşme

İkinci dünya savaşından sonra ILO, 88 no.lu sözleşmeyi kabul etmiştir. Bu sözleşme ile kabul edilmiş olan uluslararası iş hukuku standardı ise, bu sözleşmeyi

³⁹⁴ *Finkin- Jacoby*, 2.

³⁹⁵ *Başterzi-Şuğle*, 52.

³⁹⁶ *Başterzi-Şuğle*, 52.

onaylamış olan her bir üye ülkenin, bir ücretsiz kamu istihdam servisinin devamını temin etmesi veya sürdürmesi olarak ortaya çıkmaktadır³⁹⁷. Bu itibarla bu sözleşmenin temel bir özelliği göze çarpmaktadır. Şöyle ki bu sözleşme ile birlikte iş ve işçi bulma alanında yasaklayıcı bir hükme yer verilmemiş doğrudan devlete bu alanda yüküm getirilmiştir³⁹⁸.

Bu sözleşmenin 1. ve 2. maddelerine göre kamu istihdam servislerinin temel görevi, bu kuruluşların gerektiği takdirde diğer kamu ve özel hukuk kuruluşları ile işbirliği yapması, üretim gücünün geliştirilmesi ve kullanımı ile tam istihdamın başarılabilmesi ve sürdürülebilmesi için ulusal programın esaslı bir parçası olarak işgücü piyasasının en iyi şekilde düzenlenmesi şeklinde özetlenebilir³⁹⁹. Görüldüğü üzere 88 no.lu sözleşme kamu istihdam servislerini, tam istihdamın sağlanması bakımından, devlet girişim ve organizasyonlarının en önemli parçası olarak kabul etmektedir⁴⁰⁰.

88 no.lu sözleşme ile ilgili olarak belirtilmesi gereken önemli bir bilgi daha bulunmaktadır. Bu sözleşme ile birlikte istihdam kurumlarına, tam istihdamın sağlanması bakımından klasik iş bulma işlevi dışında yeni bir takım işlevler yüklendiği görülmektedir. Bir kere kamu istihdam servisleri artık ilgili makamlar ve işçi-işveren sendikaları ile işbirliği yaparak, ülke çapında veya belirli bir bölge ya da sanayi ve meslek alanında, iş piyasasındaki mevcut durum hakkında bilgi toplayıp tahlil ederek ilgili kamu kuruluşlarına, işçi-işveren kuruluşlarına bildirimde bulunacaktır. Bundan başka işsizlik sigortası ve yardımlarının yönetimi ve bu konuda işbirliği yapılması ilaveten iş ve işçi bulma ve mesleki yönlendirme servisleri

³⁹⁷ *Nakayama-Samorodov*, 24. *Uşen*, 67.

³⁹⁸ *Alpagut*, İstihdam, 11.

³⁹⁹ *Nakayama-Samorodov*, 24.

⁴⁰⁰ *Başterzi-Şuğle*, 53.

çerçevesinde gençler için özel tedbirler alınması görevi de kamu istihdam servislerinin yeni bir işlevi olarak eklenmiştir. Son olarak kamu istihdam servisleri artık çalışma hayatı ile ilgili olarak sosyal ve ekonomik planların hazırlanmasında kamu kuruluşlarına ve özel kuruluşlara yardım edecektir⁴⁰¹.

Bu temel ilkeler çerçevesinde günümüzün kamu istihdam servislerinin temeli atılmıştır. Ülkemiz bu sözleşmeyi 5448 sayılı kanunla 1949 yılında kabul etmiştir. Bu sayede ilerleyen bölümlerde bahsedeceğim üzere ülkemizde İş ve İşçi Bulma Kurumu oluşturulmuştur.

ee. Ücretli İş Bulma Büroları Hakkında 96 No.lu Sözleşme

İş ve işçi bulma servisi kurulması hakkındaki 88 no.lu sözleşmenin ardından imzalanan 96 no.lu sözleşmenin başlıca amacı, 1933 tarih ve 34 no.lu sözleşmenin bazı hükümlerinin tadil edilmesi ve 88 no.lu sözleşmeyi tamamlayacak yeni hükümlerin meydana getirilmesidir⁴⁰². 96 no.lu sözleşme, 34 no.lu sözleşmeye nazaran daha esnek hükümler ile üye devletlerin tercihlerine yer vermiş ve ücretli istihdam bürolarının kapatılması ilkesinden ayrılarak üye ülkelere bu konuda bir seçim hakkı tanımıştır⁴⁰³.

Bu seçim hakkının tanınması, ikinci dünya savaşı sonrası yaşanan ekonomik ve sosyal değişime dayandırılabilir. Nitekim bu dönemde büyük kitlesel işsizliklerin ortaya çıktığı unutulmamalıdır⁴⁰⁴. Sözleşmede öngörülen seçim hakkını ele alacak olursak, aslında sözleşmenin iki kısma ayrıldığı görülebilecektir. Buna göre sözleşmeyi onaylayan üye ülke, onaylama belgesinde sözleşmenin ücretli istihdam

⁴⁰¹ *Başterzi-Şuğle*, 53-54.

⁴⁰² *Başterzi-Şuğle*, 55.

⁴⁰³ *Uşen*, 67. *Tuncay*, İstihdam, <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=900>, 04.11.2006.

⁴⁰⁴ *Tuncay*, İstihdam, <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=900>, 04.11.2006. *Başterzi-Şuğle*, 55.

bürolarının tedricen kaldırılmasını ve diğer iş bulma bürolarının⁴⁰⁵ bir düzene bağlanmasını öngören II. bölüm hükümlerini mi, yoksa kazanç amacı güdenler de dâhil olmak üzere ücretli iş bulma bürolarını düzenleyen III. bölüm hükümlerini mi seçtiklerini belirteceklerdir⁴⁰⁶. Sözleşmenin bu şekilde üye devletlere onaylama aşamasında seçenekler sunması, daha önceden de belirttiğimiz gibi ILO sözleşmelerinin bir özelliği olan esnekliği göstermekte, üye ülkelerin sosyal şartlarına göre kendi bünyelerine uygun hükümleri tercih etmeleri hedeflenmektedir.

Sözleşmenin ikinci bölümünde, resmi iş bulma kurumunun kurulması şartına bağlı olarak kar amacı güden ücretli istihdam bürolarının yetkili makamca belirtilen süre içinde kapatılması ve kapatma süresi içinde de yetkili makamın kontrolüne tabi olmaları öngörülmüştür⁴⁰⁷. Bu nitelikleri itibariyle 34 no.lu sözleşmedeki standartlarla benzerlik göstermektedir. Nitekim istisnaen kazanç gayesi güden ücretli bürolara da olanak tanınması, istihdam hizmetlerinde ılımlı tekel modelini yansıtmaktadır. 96 no.lu sözleşmenin üçüncü bölümü ise ücretsiz iş bulma büroları yanında kazanç amacı güden iş bulma bürolarının da faaliyet göstermesine izin vermektedir⁴⁰⁸. III. bölüm hükümlerine göre kazanç amacı güden ücretli iş bulma büroları yetkili makamın kontrolüne tabi olacaklar, yetkili makamca belirlenecek dönemlerde yenilenecek bir ruhsata sahip bulunacaklar, sadece yetkili makama tevdi ve onun tarafından onaylanmış yahut da yetkili makam tarafından tespit olunmuş tarifiedekinden fazla ücret alamayacaklardır. Bu büroların yabancı ülkelere veya

⁴⁰⁵ Diğer iş bulma bürolarından anlaşılması gereken; işverenlerden veya işçilerden kazanç amacı gütmemekle birlikte yapılan hizmet karşılığında aidat, duhuliye vs. gibi başka bir ad altında ücret alan istihdam kuruluşları ile kamu istihdam kuruluşlarının etkin bir şekilde işe yerleştirilmesini sağlayamadığı özel işçi gruplarına yönelik olarak faaliyet gösteren, belirli koşullarla ruhsatla izin verilen, kazanç amacı güden ücretli iş bulma bürolarıdır. (*Başterzi-Şuğle*, 55).

⁴⁰⁶ *Tuncay*, İstihdam, <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=900>, 04.11.2006. *Nakayama-Samorodov*, 24. *Uşen*, 69-70. *Başterzi-Şuğle*, 55.

⁴⁰⁷ *Uşen*, 70. *Başterzi-Şuğle*, 55-56.

⁴⁰⁸ *Başterzi-Şuğle*, 56.

yabancı ülkelerden işçi sağlamaları; yetkili makamca izin verildiği takdirde ve yürürlükteki mevzuatta tespit edilmiş şartlar içerisinde ancak mümkün olabilecektir⁴⁰⁹. Üçüncü bölüm hükümlerinin benimsenmesi halinde üye devletlere, denetime açık birlikte çalışma modelinin de uygulanabilmesi olanağının tanındığı görülmektedir. Ancak her iki olasılığa bakıldığında da ücret alan iş bulma bürolarının bir düzene bağlandığı göze çarpmaktadır⁴¹⁰. Sonuçta genel olarak gerek 34 no.lu sözleşmenin gerek 96 no.lu sözleşmenin, özel istihdam bürolarının işleyişi ve özel istihdam bürolarının faaliyetleri üzerinde üye ülkelere tanınan kontrol hakkı/imbânı bakımından koruyucu bir nitelik taşıdıkları görülebilmektedir. Nitekim sözleşmenin benimsenmesinden sonraki 40 yıl boyunca kamu istihdam kuruluşları, istihdam hizmetleri konusunda katı bir tekel uygulamasını sürdürmüşlerdir⁴¹¹.

Aralarında Fransa, Almanya, İtalya ve İsveç'in bulunduğu çeşitli ülkeler kamu tekeli prensibini benimseyen ikinci bölüm hükümlerini onaylamışlar ancak İngiltere ve Avusturya gibi liberal sistemlere sahip ülkeler üçüncü bölümü dahi onaylamamışlardır. Ülkemiz ise, sözleşmeyi 8.8.1951 tarih ve 5835 sayılı Yasayla onaylarken kazanç amacı güdenler de dâhil olmak üzere ücretli iş bulma bürolarını düzene bağlayan ve nispeten daha esnek hükümler getirmiş olan III. bölümü onaylamıştır. 96 no.lu sözleşmenin onaylanması sonucu 34 no.lu sözleşme yürürlükten kalkmıştır. Her ne kadar III. bölüm onaylanmışsa da gerekli görüldüğü takdirde III. bölüm hükümleri yerine II. bölüm hükümlerini uygulamaya Çalışma Bakanlığının yetkili olduğu saklı tutulmuştur⁴¹².

⁴⁰⁹ *Tuncay*, İstihdam, <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=900>, 04.11.2006.

⁴¹⁰ *Başterzi-Şuğle*, 56.

⁴¹¹ *Nakayama-Samorodov*, 24.

⁴¹² *Tuncay*, İstihdam, <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=900>, 04.11.2006.

Zaman içerisinde geçici istihdam bürolarının faaliyete geçmesi, bu büroların 96 no.lu sözleşmenin ikinci bölümünde öngörülen kamu tekeli ilkesini delip delmediği sorularını gündeme getirmiştir. Bu konuda daha önceden bahsettiğimiz İsveç hükümetinin ILO'ya bu yöndeki sorusunun hatırlanması gerekmektedir. İsveç hükümetinin sorusuna ILO, geçici istihdam bürolarını özel istihdam büroları kapsamında değerlendirdiğini ve kamu istihdam kuruluşlarınca işe yerleştirilmeleri mümkün olmayan özel işçi kategorileri bakımından ruhsat alarak ve yetkili makamın kontrolüne tabi olarak faaliyette bulunacaklarını düşündüğü yönünde cevap vermiştir. Ancak ILO'nun cevabı pek çok ülke tarafından yetersiz olarak kabul edildiğinden meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik özel düzenlemeler, ülke bazında gerçekleştirilmiştir⁴¹³. Ülkelerin bu yönde ayrı bir düzenleme yapmalarında geçici istihdam bürolarının işçilerin yasal işverenleri olmasından dolayı 96 sayılı sözleşme anlamında aracı sayılamayacaklarını kabul etmeleri önemli bir rol oynamıştır⁴¹⁴. Ülkemiz açısından durum ele alınacak olursa sözleşmenin III. bölümünü onaylamış olmamıza rağmen daha uzun yıllar boyunca istihdam hizmetlerinde tekel yönetiminin sürdürüldüğü ve henüz yeni iş kanunumuz ile birlikte istihdam hizmetlerinde tekel anlayışından vazgeçildiği görülmektedir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından ise yasal mevzuat açısından ne açıkça yasaklanmasına ne de belli koşullarda faaliyet gösterebilmesine yönelik bir düzenleme girişimine rastlanılmaktadır.

⁴¹³ *Uşen*, 70-71.

⁴¹⁴ *Alpagut*, İstihdam, 14-15.

ff. Özel İstihdam Büroları Hakkında 181 No.lu Sözleşme

İlk olarak ILO tarafından 181 no.lu sözleşmeyi hazırlamaya iten sebepler üzerinde durmak gerekmektedir. Şimdiye kadar belirtmiş olduğumuz 1950 öncesi tarihlerine denk gelen düzenlemeler dünyayı etkileyen önemli olayların ertesinde ekonomik durgunluk ve işsizlik tehlikesinin belirlediği dönemlerde ortaya çıkmıştır. Nitekim 2 numaralı sözleşme 1. Dünya Savaşından hemen sonra, 34 numaralı sözleşme 1930’larda yaşanan ekonomik krizden sonra, 96 numaralı sözleşme ise 2. Dünya Savaşı’nı takiben hazırlanmıştır. Ayrıca bu düzenlemelerin ortak noktasını istihdam büroları alanında esas itibariyle devlet tekeli esasının benimsenmiş olması oluşturmaktadır. Bunun gerekçelerini ise; emeğin bir meta olmadığı, bir insan hakkı olarak çalışma hakkının kullanımının bir ticaret aracı haline getirilmemesi, bu suretle iş arayanların sömürülmesine yönelik uygulamaların önlenmesi, çalışma hakkının kullanılmasından tüm işçilerin eşit şekilde ve aynı şartlarla yararlanması için iş ve işçi bulma faaliyetlerinin tüm ülke çapında ihtiyaçlar dikkate alınarak etkin bir politikayı gerektirmesi, bu durumun ise ancak devlet eliyle yerine getirilebileceğine ilişkin düşünceler oluşturmaktadır⁴¹⁵.

Zaman içerisinde bu sözleşmeler günün değişen ve gelişen sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarına cevap verememeye başlamışlardır. Özellikle özel istihdam bürolarına ilişkin olarak araştırmalar başlatan ILO, 1988-1990 yılları arasında 25 ülkede yaptığı araştırmanın sonuçlarını, Haziran 1994 tarihinde Cenevre’de yapılan 81. uluslararası çalışma konferansında 6 sayılı ‘Emek Piyasalarının İşleyişinde Özel İstihdam Bürolarının Rolü Hakkındaki Rapor’ adı altında açıklamıştır. Bu rapora göre geçici istihdam bürolarının yanında 16 adet farklı türde özel istihdam bürosunun daha,

⁴¹⁵ *Tuncay*, Tasarı, 59-60.

işgücü piyasasında faaliyette bulunduğu belirtilmiştir. Geçici istihdam büroları ile birlikte aynı kategoride yani üç taraflı bir hukuki ilişkiye dayalı olarak faaliyet gösteren özel istihdam büroları kategorisine personel kiralama(personel leasing) büroları da dâhil edilmiştir. Raporda tespit edilen bir diğer noktada her ne kadar ulusal mevzuatlarda özel işe aracılık faaliyeti yasaklanmış olsa da danışmanlık ve insan kaynakları gibi farklı adlar altında kurulan ama gerçekte özel istihdam bürolarının faaliyetlerini yürüten büroların ortaya çıktığıdır⁴¹⁶. Nitekim bu raporda özel istihdam bürolarının iş pazarının işleyişindeki rolü ile ilgili sonuçlar kabul edildikten sonra ILO’nun yönetim kurulunun 1995 tarihli 22. döneminde, 1997 tarihli 85. Uluslararası Çalışma Konferansının gündemine 96 sayılı sözleşmenin tadilinin konulması kararına ulaşılmıştır⁴¹⁷. Belirttiğimiz bu raporun sunulmasından sonra, daha 181 sayılı sözleşme kabul edilmeden ILO üyesi birçok ülkede özel istihdam bürolarının faaliyetine izin verilmesine ilişkin yasal düzenlemeler gerçekleştirilmiştir⁴¹⁸.

Dolayısıyla ILO’nun 181 no.lu sözleşmeyi kabul etmesine iten başlıca nedenlerin daha önceki düzenlemelerin günün ekonomik ve sosyal gelişmelerini karşılamadaki yetersizliklerinin ortaya çıkması olduğu kadar “gerekli denetimden yoksun her türlü istismara açık olarak faaliyet göstermekte olan çok sayıdaki özel istihdam bürolarının bir esasa bağlanması ve fiili durumun yasallaştırılması ihtiyacı⁴¹⁹” olduğunu belirtebiliriz. Ayrıca 96 sayılı sözleşmede işçilerin ve iş arayanların korunması hedef alınmış ve yeterli görülmüşken, 90’lı yıllarda ise işçilerin korunması kadar işverenlerin korunması ve iş piyasasının daha iyi işleyişinin dikkate alınması söz

⁴¹⁶ *Uşen*, 72-73.

⁴¹⁷ *Alpagut*, İstihdam, 13.

⁴¹⁸ *Alpagut*, İstihdam, 14-15.

⁴¹⁹ *Uşen*, 73.

konusu olmuştur⁴²⁰. Günümüzde kamu istihdam bürolarının gerek çalışma koşulları ve örgütlenmeleri, gerek bütçeleri bakımından iş piyasasının ihtiyaçlarına cevap veremediği de görülmektedir. Bunun gibi kamu istihdam kuruluşlarının faaliyet konusu bakımından da yetersiz kaldığı ortadadır⁴²¹. Aslında 96 no.lu sözleşmenin III. bölümünü onaylayan üye devletler, fiili durumda ortaya çıkan geçici istihdam bürolarını da kapsayan özel istihdam bürolarını yasal bir çerçevede ele alıp düzenleyebilme imkânına sahiptiler, fakat emeğin bir meta olmadığı gibi gerekçelerle ve geçici istihdam bürolarının tam olarak kavranamaması, oluşturdukları üçlü ilişkinin ülkelerden ülkeye farklı algılanması, bu konuda bir uluslararası standardın oluşturulması ihtiyacına yol açmış nedenlerden bir diğeri olarak düşünülebilir.

Belirtilen bu nedenlerle 96 no.lu sözleşmenin değiştirilmesi zorunluluğu hâsıl olduğundan, 1997 yılında ILO, 181 no.lu özel istihdam büroları hakkındaki sözleşmeyi kabul etmiştir. Bu sözleşmenin temel esası, iş piyasasının işleyişine esneklik getirilmesi, iş piyasasının daha iyi işleminin sağlanması ve işçilerin her türlü sömürüye karşı korunması ile sendika ve toplu pazarlık haklarının güvence altına alınması ilkeleri göz önünde tutularak özel istihdam bürolarının kuruluş ve işleyişlerine olanak tanınması şeklinde ifade edilebilir⁴²². Kısacası bu sözleşme özel istihdam bürolarının önemini vurgulayan ve teşvik eden bir yapıdadır. Sözleşmenin gerekçesinde de; işgücü piyasalarının düzgün çalışmasında esnekliğin altı çizilmekte

⁴²⁰ *Alpagut*, İstihdam, 13.

⁴²¹ *Tuncay*, İstihdam, <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=900>, 04.11.2006.

⁴²² *Uşen*, 74.

ve özel istihdam bürolarının işgücü piyasalarının etkin çalışmasında artan rolü kabul edilmektedir⁴²³.

181 sayılı sözleşmenin içeriğine baktığımızda, özel istihdam bürolarına ilişkin tanımın önem taşıdığını görmekteyizdir, çünkü daha önceki tanımlamaları da kapsayan bir özel istihdam bürosu tanımına yer verilmiştir. 181 no.lu sözleşmenin 1. maddesine göre, özel istihdam bürosundan anlaşılması gereken resmi mercilerden bağımsız ve bu maddede belirtilen bir veya daha fazla faaliyeti meydana getiren gerçek veya tüzel kişi olduğu ifade edilmiştir. Buna göre özel istihdam bürolarının yürütebilecekleri faaliyetler, iş ilişkisinin tarafı haline gelmeksizin başvuru ve talepleri bir araya getirme⁴²⁴, gerçek veya tüzel kişi olan üçüncü bir tarafa gönderilmek ve onların işyerinde ve gözetimi altında iş görme edimlerini yerine getirmek üzere işçileri istihdam etme⁴²⁵ ve en çok üyeye sahip işçi ve işveren organizasyonlarına danışıldıktan sonra yetkili makamca belirlenecek, istihdama yönelik olan belli başvuru ve talepleri eşleştirme dışında bilgi sağlama gibi iş aramayla ilgili hizmetleri yerine getirme olduğu belirtilmiştir(md.1).

181 no.lu sözleşmeye göre bu sözleşme tüm özel istihdam bürolarına ve tüm işçi kategorileri ile tüm ekonomik sektörlerle uygulanacaktır(md.2/I-II). Ancak bu kurala istisnalar getirilerek gemi adamlarına(seafarers) uygulanmayacağı belirtildikten sonra(md.2/II), sözleşmeyi onaylayan üye devletlerin en çok üyeye sahip işçi ve işveren kuruluşlarına danıştıktan sonra bazı işçi grupları ile bazı faaliyet türlerini özel

⁴²³ *Kenar*, İstihdam, 82.

⁴²⁴ İş aracılığı olarak adlandırılabilir.

⁴²⁵ Bu tanımın kapsamına meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin girdiği aşıkârdır, fakat dikkatle incelenecek olursa sadece meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisiyle tanımın sınırlandırılmadığı görülecektir. Nitekim geçicilik unsurundan bahsedilmemektedir. Bu itibarla bu faaliyet kapsamında özel istihdam büroları, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini yürütebilecekleri gibi personel kiralama(personel leasing) faaliyetini de yürütebilmeleri mümkündür.

istihdam bürolarının faaliyet alanı dışında tutabilecekleri ya da yasaklayabileceklerine yer verilmiştir(md.2/IV). Bu hükümlere, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini düzenleyen pek çok ülkede görülen özellikle inşaat sektöründe mesleki bir faaliyet niteliğini taşıyan ödünç iş ilişkisinin kurulamayacağını belirten yasağın uygun bir örnek niteliğini taşıdığı söylenebilir. İlaveten 181 no.lu sözleşme gereğince sözleşmeyi onaylayan her üye devlet, özel istihdam bürolarının faaliyetini bir lisans ya da ruhsatname sistemine bağlayan şartları da belirleyecektir(md.3/II)⁴²⁶.

181 no.lu sözleşmede ayrıca özel istihdam bürolarınca istihdam edilen işçilerle, hizmetlerinden yararlanmak isteyen iş arayanların zarar görmesinin engellenmesine yönelik olarak çeşitli hükümlerde sevk edilmiştir. Bunlar genel olarak fırsat ve işlem eşitliği ile ayrımcılığa karşı korunma, özel yaşamın gizliliğinin korunması, özel istihdam bürolarının faaliyetlerinden ücretsiz yararlanma, göçmen işçilerin korunması, çocukların korunması ve ödünç işçilerin korunmasına yönelik sevk edilen hükümler şeklinde sıralanabilir⁴²⁷.

Genel olarak yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz hükümlerden bazılarının bilhassa belirtilmesi gerekmektedir. Özel istihdam büroları, 181 no.lu sözleşmenin 7. maddesi gereğince, işçilerden, doğrudan veya dolaylı bir şekilde, kısmen veya tamamen herhangi bir ücret veya masraf talep edemeyecektir. Ancak aynı maddede bununda istisnası öngörülmüştür. İlgili işçilerin çıkarları gereği yetkili makam en çok üyeye sahip işçi ve işveren kuruluşlarına danıştıktan sonra, özel istihdam büroları tarafından yerine getirilebilecek belli hizmet türlerinin yanı sıra belli işçi kategorileri açısından da istisnalar öngörebilecektir. Belli işçi kategorileri derken, mesela üst düzey yöneticilere yönelik olarak özel istihdam bürolarınca sağlanan hizmetler bu

⁴²⁶ *Uşen*, 74-75.

⁴²⁷ *Uşen*, 75.

kapsamda değeriendirilebilir. Ancak temel ilkeye işgücü piyasası hizmetlerinin, kamu istihdam kuruluşları veya özel istihdam bürolarınca yerine getirilip getirilmediğine bakılmaksızın işçilere ve iş arayanlara ücretsiz olarak sunulmasının zorunlu olduğu hususudur⁴²⁸.

Sözleşmenin bir diğer önemli maddesi de 5. maddesidir. Buna göre her üye devlet bir işe ya da belirli bir mesleğe girişte işçiler arasında fırsat ve işlem eşitliğini geliştirmek amacıyla özel istihdam bürolarının, işçilere ırk, renk, cinsiyet, din, politik görüş, sosyal köken nedenine dayalı veya yaş ve sakatlık gibi ulusal hukukça korunan sair ayrımcı uygulamalarına engel olacaktır⁴²⁹.

181 sayılı sözleşme meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından ayrı bir yere sahiptir. Şöyle ki; 96 sayılı sözleşmede istihdam bürolarının faaliyet alanı salt iş aracılığı ile sınırlı tutulmuş iken 181 sayılı sözleşmede bir üçüncü tarafın hizmetine sunmak üzere özel istihdam bürolarınca işçilerin istihdam edilebileceğinin belirtilmesiyle, ödünç iş ilişkisinin mesleki faaliyet olarak düzenlendiği görülmekte ve geçici istihdam bürolarının da özel istihdam bürosu olduğu kabul edilmektedir⁴³⁰. Bu şekilde geçici istihdam büroları kabul edilmiş olmakla birlikte sözleşmenin bir amacı daha ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de sözleşme ödünç işçileri korumayı hedeflemekte ve onaylayan üye devletlerin, geçici işçilerin gerektiği gibi korunmasını garanti etmeleri için almaları gereken bir dizi önlemi de belirtmektedir⁴³¹.

⁴²⁸ *Nakayama-Samorodov*, 26.

⁴²⁹ *Tuncay*, Tasarı, 61.

⁴³⁰ *Odaman*, 74. *Alpagut*, İstihdam, 16-17.

⁴³¹ *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

181 no.lu sözleşmede geçici işçilerin korunması amacıyla sevk edilmiş başlıca maddelere bakacak olursak ilk olarak 4. madde ile karşılaşırız. İlgili maddeye göre meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini yürüten özel istihdam bürolarınca istihdam edilen işçilerin, sendika kurma hakkı ile toplu iş hakkından yoksun kalmamalarını sağlayacak önlemler alınacaktır⁴³². Ayrıca bir üye ülke, en çok üyeye sahip işçi ve işveren kuruluşlarına danıştıktan sonra kendi ülke sınırları için ve ayrıca uygun olduğu takdirde diğer üye ülkelerle işbirliği içinde, özel istihdam bürolarınca, kendi ülke sınırları içinde işe alınan veya yerleştirilen göçmen işçilerin suiistimalinin engellenmesi ve uygun korumanın sağlanması amacıyla gerekli ve yerinde önlemleri benimsemelidir(md.8/1). Bu son belirttiğimiz husus bilhassa sınır ötesine işçi ödünç verilmesiyle ilgili olarak algılanabilir. Asıl meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik olan ve ödünç işçilerin korunmasına yönelik önlemleri belirleyen maddeler, 11. ve 12. maddelerdir.

11. maddeye göre bir üye devlet, ulusal mevzuatı ve uygulaması dâhilinde ödünç işçilerin uygun bir şekilde korunmasını temin etmek için gerekli önlemleri alacaktır. Bu bağlamda alınması gereken önlemler; sendika kurma özgürlüğü, toplu pazarlık, asgari ücret, çalışma saatleri ve diğer çalışma koşulları, kanuni sosyal güvenlik hakları, mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, iş kazası ve meslek hastalığı durumundaki tazminatlar, işçi alacaklarının korunması ve iflas halinde tazminat ve son olarak analık korunması ve yardımları ile ebeveyn yardımları ve korunması olarak belirlenmiştir⁴³³. Ayrıca sözleşmeyi onaylayan her üye ülke, 12. madde gereğince sendika kurma özgürlüğü dışında kalan 11. maddede sayılan önlemler bakımından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini yürüten özel istihdam büroları ile

⁴³² Uşen, 75.

⁴³³ Uşen, 75.

ödünç alan işverenlerin sorumluluklarını ayrı ayrı, kendi ulusal mevzuatları ve uygulamaları dâhilinde belirleyeceklerdir.

181 no.lu sözleşmenin, resmi mercilerin, iş gücü piyasasının düzenlenmesi ve bu politikanın uygulanması amacıyla tahsis edilmiş kamu fonlarının kullanımı ve kontrolünde nihai merci olarak kalmasını hedeflediği, bununla birlikte iş gücü piyasasının en iyi şekilde işleyebilmesi amacıyla özellikle sözleşmenin 13. maddesinde öngörülen hükümler çerçevesinde kamu istihdam kuruluşları ile özel istihdam büroları arasında işbirliğini ilerletmeyi amaçladığı söylenebilecektir. Ayrıca tüm bu anlatılanlardan da çıkarılabileceği gibi sözleşmeyi onaylayan devletler açısından istihdam servisleri bakımından radikal bir hukuki ortam yaratmaktadır. Aynı zamanda bu hukuki ortam hükümetlere kendi ulusal mevzuatlarına sözleşmeyi uygulamaları için gerekli esnekliği de sunmaktadır⁴³⁴.

Sonuç olarak uluslararası iş hukuku standartlarında, kamuyla ilgili olmayan, istihdam servisleri ile alakalı üç tane uluslararası sözleşmenin var olduğunu görmekteyiz. Bunlar; 34, 96 ve 181 no.lu sözleşmelerdir⁴³⁵. 181 no.lu sözleşmenin 16. maddesinde de ifade edildiği üzere bu sözleşmeyle, 34 no.lu ve 96 no.lu ücretli iş bulma büroları hakkındaki sözleşmeler değiştirilmiştir. Kısacası bu sözleşmenin, aynı konuyu düzenleyen sözleşmelerin yerine geçmesi hedeflenmektedir. 2008 yılı itibariyle 96 no.lu sözleşmenin Türkiye'nin de aralarında bulunduğu toplam 42 üye ülke tarafından onaylandığı fakat sonradan bu sözleşme hükümlerinin yetersiz kalması nedeniyle 16 tanesinin sözleşmeden çekildiği görülmektedir. Netice de artık bu sözleşmeye taraf 26 üye devlet kalmıştır. 181 no.lu sözleşmeyi ise kabul edildiği 1997 yılından itibaren aralarında İspanya, Finlandiya, İtalya ve Hollanda gibi Avrupa

⁴³⁴ Nakayama-Samorodov, 27.

⁴³⁵ Nakayama-Samorodov, 24.

Birliğine üye ülkelerinde olduğu 20 ülke onaylamıştır. İlgili sözleşme, henüz ülkemiz tarafından onaylanmamıştır. Ancak söz konusu sözleşmenin onaylanması ile birlikte sözleşmede düzenlenmiş olan ödünç iş ilişkisi veya geçici çalışma adı altında ifade edilen hizmetlerin özel istihdam büroları tarafından açık yasal çerçeve içinde yerine getirilebilmesi ve bu hizmetin gerekli düzen ve denetim altına alınması sağlanabileceğinden büyük bir yararı olabilecektir⁴³⁶. Ülkemiz, bu sözleşmeyi onaylayacak olursa, sözleşme bizim açımızdan ILO'nun işleyişi kısmında belirttiğimiz ve 181 no.lu sözleşmenin 18. maddesinde de ifade edildiği üzere, onayladığımızı dair belgenin ILO Genel Sekreterliğince kaydedildiği tarihten itibaren 12 ay sonra bağlayıcı olacaktır.

Uluslararası Çalışma Konferansının 3 Haziran 1997 tarihinde Cenevre'de yapılan 85'inci dönem toplantısında 181 no.lu sözleşmeyle bağlantılı olarak 188 sayılı tavsiye kararı alınmıştır. Bu tavsiye kararında geçici istihdam bürolarının istihdam ettiği işçilerle aralarındaki ilişkilere yönelik düzenlemelerde belirtilmiştir. Mesela, geçici istihdam büroları tarafından istihdam edilen işçilerle, gerektiğinde istihdam koşullarını belirten yazılı bir iş sözleşmesi yapılmalı, hiç değilse bu işçilere, fiilen işe başlamadan önce istihdam koşulları hakkında bilgi verilmelidir. Ayrıca geçici istihdam bürolarının, ödünç alan işveren yanında çalışan ödünç işçilerin, ödünç alan işverence işe alınmasına mani olmaması, işçinin mesleki hareketliliğini sınırlamaması ve başka bir işyeri için çalışmayı kabul eden işçiye ceza vermemesi gerektiği de belirtilmiştir. Nitekim hemen hemen tüm ülkelerde kabul edildiği üzere,

⁴³⁶ *Alpagut*, İstihdam, 25.

grev uygulanan bir işyerinde geçici istihdam bürolarının işçileri ile hizmet sunmaması esas bu tavsiye kararında da yer almıştır⁴³⁷.

Bu tavsiye kararının bir diğer özelliği de kamu istihdam kuruluşları ile özel istihdam büroları arasındaki iş birliğini geliştirmek için öngörülmüş belli hükümleri de içermesidir. Tavsiye kararına göre iş birliğinin geliştirilebilmesi için öngörülen hükümler; iş piyasasının şeffaf işleyişinin geliştirilebilmesi amacıyla ortak bir terminolojinin kullanılması ve bilgilerin birleştirilmesi, işgücüne ihtiyacı bulunan işyerleri hakkındaki bilgilerin değiş-tokuşu, eğitim gibi alanlarda ortak projelerin başlatılması, uzun dönem işsizlerin işgücü piyasasına dâhil edilmesine yönelik projeler gibi belli faaliyetlerin yerine getirilmesinde kamu istihdam kuruluşları ile özel istihdam büroları arasında anlaşmaların imzalanması, personelin eğitimi ve profesyonel uygulamaların geliştirilmesine yönelik olarak düzenli danışmanın meydana getirilmesi şeklinde sıralanabilir⁴³⁸.

B. Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Birliği'ne aday ülke konumunda bulunan ülkemiz açısından Avrupa Birliği organlarının meydana getirdiği düzenlemeler büyük bir önem taşımaktadır. Nitekim tam aday olmamız halinde AB müktesebatının tamamına uyma ve iç hukukumuzu bunlarla uyumlu hale getirme yükümlülüğümüz doğacaktır. Ancak Avrupa Birliği'ne direkt girmeden önce, Avrupa'daki başka organlarca çalışma hayatına ilişkin olarak uluslararası hukuka kazandırılmış diğer metinlere kısaca değinmek yerinde olacaktır.

⁴³⁷ Uşen, 76.

⁴³⁸ Nakayama-Samorodov, 28.

Kısaltılarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak anılan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Avrupa Konseyi tarafından 1950 yılında kabul edilmiştir. Ülkemiz ise, bu sözleşmeyi 10.03.1954 tarihinde onaylamıştır. Hakikaten de bu sözleşmede zorla çalıştırma yasağı, sendika kurma veya sendikaya üye olma özgürlüğü gibi iş ilişkilerini doğrudan ilgilendiren hükümler bulunmaktadır. Fakat Avrupa Konseyinin iş hukukuna yönelik asıl önemli katkısı 1961’de imzalanıp 1965 yılında yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartını kabul etmesi olmuştur. Ülkemiz bu andlaşmayı 16.06.1989 tarihinde onaylanmıştır⁴³⁹.

Avrupa sosyal şartı, ekonomik işbirliğine paralel olarak sosyal işbirliğinin sağlanmasına yönelik çabaların bir ürünüdür. Ayrıca ilgili andlaşma, çalışanların hakları ve çalışma koşulları açısından standartlaşmanın sağlanmasına yönelik bir basamak niteliği de taşımaktadır. Avrupa Sosyal Şartı ile yeni hak ve ilkeler getirilmemekte, sosyal alanda sağlanmış bulunan temel hak ve ilkeler belirlenerek, bunların garanti altına alınması hedeflenmekte ve bu haklar yönünden asgari bir sınır çizilmektedir⁴⁴⁰.

Ülkemiz şartı, birçok hükmüne çekince koymak suretiyle kabul etmiştir. Bununla birlikte çekince konulan maddelerin veya fıkraların daha sonradan kabulüne Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır⁴⁴¹.

Diğer yandan 1989 yılında Avrupa Konseyi Strazburg Zirvesinde, tek pazarın tamamlanmasında önceliğin istihdam yaratılmasına ve geliştirilmesine verilmesi gerektiği belirtildikten sonra; esnek çalışma türlerinin AB düzeyinde düzenlenmesi ve aralarında ödünç iş ilişkisinin de bulunduğu standart iş ilişkisi türlerinden farklı

⁴³⁹ *Süzek*, 78-79.

⁴⁴⁰ *Süral*, 2-11.

⁴⁴¹ Hangi maddelere ve/veya fıkralara çekince konulduğu hakkında daha fazla bilgi için Bkz., *Süzek*, 79. *Süral*, 12.

çalışma türlerinin düzenleme biçimlerinin birbirine yakınlaştırılması ile birlikte AB genelinde işçilerin çalışma ve hayat koşullarının iyileştirilmesinin sağlanabileceği vurgulanmıştır⁴⁴².

Avrupa Sosyal Şartına yeni bir atılım kazandırmak, 1961 tarihli sözleşmede var olan eksiklikleri gidermek ve sosyal hakların kapsamını genişletmek amacıyla gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, 1996 yılında imzalanmış 1999 yılında ise yürürlüğe girmiştir⁴⁴³. “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, çalışma hakkı, adil çalışma koşulları hakkı, adil ücret hakkı, örgütlenme (sendikalaşma) hakkı, toplu pazarlık hakkı (grev dahil), çocuklar ve gençlerin korunması hakkı, çalışan kadınların analığının korunması hakkı, sağlığın korunması hakkı, sosyal güvenlik hakkı, çocukların ve gençlerin korunma hakkı, yaşlıların sosyal korunma hakkı, iş güvencesi hakkı ve konut hakkı gibi çok sayıda ekonomik, sosyal ve sendikal hakkı güvence altına almaktadır”⁴⁴⁴.

Ülkemiz açısından ise, 27.09.2006 tarihli ve 5547 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, 9 Nisan 2007 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından onaylanarak yürürlüğe girmiştir. İlgili andlaşmanın, ikinci maddesinin üçüncü fıkrasına, dördüncü maddesinin birinci fıkrasına ve beş ile altıncı maddelerin tümüne ülkemiz tarafından çekince koyulmuş ve andlaşma bu şekilde benimsenmiştir.

Gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın II. bölümünde yer alan çalışma hakkına ilişkin 1. madde dolayısıyla ülkemizi de bağlamaktadır. Bu madde gereğince

⁴⁴² *Sürat*, 23. *Uşen*, 286.

⁴⁴³ “Türkiye gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın yürürlüğe koydu”, <http://www.abm-istanbul.org/tr/content.asp?PID=%7BAF48EF1D-5FD9-4FC1-A6F0-1BF52EF80DE9%7D>, 10.07.2008.

⁴⁴⁴ “Türkiye Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nı Yürürlüğe Koydu”, <http://www.ikv.org.tr/haberler2.php?ID=1616>, 10.07.2008.

akit taraflar, “tam istihdamı gerçekleştirmek amacıyla olabildiğince yüksek ve istikrarlı bir istihdam düzeyine ulaşmayı ve bu düzeyi korumayı başta gelen amaç ve sorumluluklarından biri saymayı” taahhüt etmektedirler. Ayrıca bölüm IV’de yer alan madde G, andlaşma da öngörülen haklara sınırlama getirilmesini düzenlemektedir. Buna göre bir hakkın, bu kapsamda 1. madde yer alan çalışma hakkının da sınırlanabilmesi, “sadece demokratik bir toplumda başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ya da kamu yararının, ulusal güvenliğin, halkın sağlığının ya da ahlakın korunması için ve ancak yasayla sınırlamaya ve kısıtlamaya tabi tutulması” koşuluna bağlanmıştır(md.G/I). Aslında bu hüküm dahi meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin ülkemizde uygulanabileceğini doğrular görünmektedir.

Daha önceden de bahsettiğimiz üzere ülkemizde, usulüne uygun bir şekilde onaylanmış uluslararası andlaşmalar, kanunlardan üstün bir konumdadır. Ayrıca temel hak ve özgürlüklere ilişkin iseler, kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası andlaşma hükümleri esas alınacaktır. Bu bakımdan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine değinirken de belirteceğimiz üzere ülkemizde, bu tür bir iş ilişkisinin uygulanmasını yasaklayan açık bir yasal hüküm bulunmamaktadır. Nitekim bu kapsamda iş kanuna uygun olarak geçici istihdam bürolarınca istihdam edilen işçilerin çalışmaları, ‘çalışma hakkının’ içinde ele alınabilecektir. Gerek 1982 anayasası ve gerekse de yürürlüğe koyduğumuz ve uluslararası alanda uygulamakla yükümlülük altına girdiğimiz gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı gereğince, ‘çalışma hakkı’ kanunla, ancak belli gerekçelere dayandırılarak sınırlandırılabilir. Bu bakımdan açık bir yasal hükümle yasaklanmamış bir hukuki kurumun ve ilişkisinin yasak olduğunu savunmanın pek olası olmadığı düşünülmektedir. Her ne kadar iş gücünün

sömürüleceği endişesine sahip olsak da, bir endişenin varlığı bir hakkın sınırlandırılabilmesi için yeterli değildir. Nitekim sadece çalışma hakkı açısından da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ele alınmamalıdır, madalyonun öteki yüzünde gene anayasamızın 48. maddesiyle korunan girişim özgürlüğü de yer almaktadır. İşçilerin çalışma hakkı olduğu kadar, geçici istihdam bürolarının da teşebbüs kurma ve faaliyetlerini devam ettirme hakları mevcut bulunmaktadır. Bu nedenle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanmasına, yasak olduğuna dair bir formül gerekçe ile karşı çıkmaktansa, işçilerin iş hukuku ve iş kanunundan yararlanmalarının ne şekilde olacağına bakmak, onların korunması ve bilinçlenmeleri açısından da hukukumıza katkıda bulunabilecektir.

C. Avrupa Birliği Düzenlemeleri

aa. AB Organlarının İşleyişi

AB'ne üye devletlerin, düzenleme yapma yetkisini birlik organlarına bıraktığı alanlarda, birlik organları tarafından bağlayıcı politikalar ve programlar belirlenebilmektedir. Bu politika ve programlar kimi zaman ulusal düzeydeki politika ve programlar ile çatışabilmekte, fakat üye devletler, birlik organlarınca yapılan bu belirlemelere, belli nitelikleri taşımaları kaydıyla uymak ve iç hukuk düzenlerini bunlarla uyumlu hale getirmek yükümlülüğü altına girmektedirler⁴⁴⁵. Bu niteliği itibariyle de Avrupa Birliği tarafından oluşturulan hukukun niteliğine değinilmesi zarureti ortaya çıkmaktadır.

Avrupa Birliği hukuku, bildiğimiz geleneksel uluslararası andlaşmalardan içeriği, kullandığı araçlar ve kaynaklar açısından farklılık göstermektedir. Birlik hukukunun

⁴⁴⁵ *Süral*, 1.

uluslararası hukukun bir parçası olduğuna bir şüphe yoktur, ama üye devletlerin ortak iç hukukunu oluşturmaktadır⁴⁴⁶.

Avrupa Birliği organlarının, bu şekilde üye devletleri bağlayıcı kararlar alabilmesi ise, birliğin bir niteliğini de gözler önüne sermektedir. Avrupa Birliği, ‘ulus-üstü’ nitelikli bir uluslararası örgüt niteliğini taşımaktadır. Ulus-üstü nitelikli uluslararası örgütlerin kararları, bu örgütlerin yapılarına bağlı olarak bir takım değişiklikleri bünyesinde barındırmaktadır. Yukarıdan beri ifade ettiğimiz üzere bu tür örgütlerin kararları genel olarak bağlayıcıdır, fakat tavsiye nitelikli kararlara da ender olarak rastlanmaktadır⁴⁴⁷. Uluslararası kuruluşların üye devletler tarafından kendilerine verilen görevleri gerçekleştirebilmeleri için prensipte hukuk yaratma yetkileri ile donatılmış olmaları gerekmektedir. Bu nedenle kurucu andlaşmalarda bu yönde düzenlemelere yer verilmektedir. İşte uluslararası kuruluş birincil hukuk(primary law) olarak adlandırılan kurucu andlaşmalarındaki hükümlere dayanmak suretiyle ikincil hukuku(secondary law) oluşturmaktadırlar⁴⁴⁸.

Birincil hukuk, kurucu andlaşmalarda yer alan hükümleri ve protokoller ve katılım andlaşmaları gibi ek belgeleri içermektedirler. İkincil hukuk ise, birincil hukukun içeriğini oluşturduğunu belirttiğimiz kaynaklara dayanak, kurucu andlaşmalarca kendisine verilmiş yetkileri kullanan Avrupa Birliği organlarınca alınan kararları içermektedir⁴⁴⁹. İkincil hukuk, hiyerarşik açıdan kurucu andlaşmalardan sonra gelse de, ulusal hukukun üstündedirler. Avrupa Birliği andlaşmasının verdiği yetkiye dayanarak AB Konseyi ve Komisyonu ikincil hukuku yaratmak üzere beş tür işleme başvurmaktadırlar. Bunlardan tüzükler,

⁴⁴⁶ Ünal, 77.

⁴⁴⁷ Pazarıcı, 132.

⁴⁴⁸ Ünal, 77.

⁴⁴⁹ Blanpain, European, 94.

direktifler(yönergeler) ve kararlar hukuki açıdan bağlayıcı nitelikteyken, tavsiye ve görüşler bağlayıcı bir nitelik taşımamaktadırlar⁴⁵⁰.

Görüldüğü üzere AB, devletlerin yerine geçemeyeceğinden tali, bir diğer deyişle ikincil yetkilerle donatılmıştır. Dolayısıyla birlik yetki alanına giren konularda, gerektiğinde üye devletlerin ulusal hukukunun yerine geçecek biçimde düzenlemeler yapma yetkisine sahip olsa da, ikincil yetkilerle donatıldığından gerekli bir durum ortaya çıkmadığı müddetçe üye devletlerin mevzuatını göz önüne almakla yükümlüdür. Nitekim AB'nin ikincil yetkilerle donatılmasına Amsterdam Protokolünde açıklık getirilerek ölçülülük ilkesi çerçevesinde uygulanması gerektiği kabul edilmiştir⁴⁵¹.

Ayrıca üye devletlerin, birbirinden farklı hukuk sistemlerine sahip oldukları unutulmamalıdır. Kimisinde Anglo-Sakson Hukuku(common law) hâkimken kimisinde ise kodifikasyona dayalı Kıta Avrupası Hukuku(civil law) hâkimdir. İlâveten üye devletlerdeki mevcut politik ve idari yönetim ile sosyal düzenlemeler bakımından da farklılar vardır⁴⁵². Bu bakımdan birliğin yapacağı işlemler, birlik amaçlarına uygun ve ölçülü olmak zorunda olduğundan, birlik tarafından belirlenecek önlemlerde ulusal kararlara olabildiğince geniş alanlar bırakılmalı ve üye devletlerin hukuk sistemleri ile aralarındaki uluslararası andlaşmalar göz önünde tutulmalıdır. Netice de birlik tarafından standartlar asgari düzeyde belirlenmeli, daha yüksek standartların belirlenmesi üye devletlere bırakılmalıdır. Bu itibarla, düzenleme aracı olarak tüzükler ve ayrıntılı hükümler içeren direktiflerden ziyade

⁴⁵⁰ *Ülger*, 85. *Süzek*, 80. *Blanpain*, European, 94-95.

⁴⁵¹ *Ünal*, 78.

⁴⁵² *Craig-Burca*, 115.

basit direktifler tercih edilmelidir⁴⁵³. Gerçekten de konumuz açısından direktifler ayrı bir öneme sahiptir. Şöyle ki; ‘Avrupa Birliği Düzenlemeleri’ başlığı altında incelemek istediğimiz iki kabul edilmiş direktif ve bir tane de direktif önerisi yer almaktadır. Bu bağlamda direktiflerin ne şekilde kabul edildiği ve üye devletlerin iç hukukunda ne şekilde etki doğuracaklarına da kısaca değinilmesi yerinde olacaktır.

Direktifler, tüzüklerden iki açıdan ayrılmaktadırlar. Direktifler, tüm üye devletlere hitap etmek zorunda olmadığı gibi üye devletleri, direktifi uygulamaya yönelik olarak yöntem ve biçimi belirleme serbestisi sunmak suretiyle bağlamaktadır. Bu bakımdan amaç, belli bir bölge de hukuk sistemlerini bağdaştırmak veya kapsamlı bir mevzuat değişikliği başlatmak olduğunda direktifler, bilhassa kullanılabilir. Nitekim direktifin nasıl uygulanacağı hususu üye devletlerin, takdirine bırakılmıştır, ancak bu durum direktiflerin muğlâk, belirsiz hükümler içerdiği şeklinde yorumlanmamalıdır⁴⁵⁴.

Belirtilen bu takdir yetkisi, direktifin yürürlüğe konulup konulmaması ile ilgili olmayıp, sadece üye devletlere gereken iç hukuk normunu belirleme yetkisi şeklinde anlaşılmaktadır. Nitekim komisyon tarafından direktiflerin yürürlüğe konulmaları denetlendiği gibi, bir direktifin uygulanmamasından doğan zararlardan üye devletler sorumlu tutulabilmektedir. Bir direktif ile öngörülen hedeflere ulaşmak için ise üye devletler, yasa, yönetmelik veya kararname çıkartmakta serbest bırakılmışlardır⁴⁵⁵.

İş hukuku ile ilgili bir direktifin üye devletlerin iç hukukunda yürürlüğe konulmasında başvurulabilecek tüm yöntemler yukarıda belirtilenlerle sınırlı değildir. İş hukukuna özgü düzenlemelerin burada hatırlanması gereklidir. Bir

⁴⁵³ Ünal, 79.

⁴⁵⁴ Craig-Burca, 114-115.

⁴⁵⁵ Ülger, 86.

hükümet kararıyla, bir toplu iş sözleşmesi mecburi kılınabilir ve hatta özel sektörün tümünü kapsayabileceği kararlaştırılabilir. Bu aslında toplu iş sözleşmesinin teşmili olarak algılanabilir. Bu şekilde toplu iş sözleşmelerinin teşmili, Belçika, Fransa, Almanya ve Hollanda gibi ülkelerde mümkündür. Örneğin Belçika’da AB’nin işyerinin devrine ilişkin 14 Şubat 1977 tarih ve 77/187 no.lu direktifi ulusal çaptaki bir toplu iş sözleşmesine konu olmuştur. Bu şekilde bir toplu iş sözleşmesi teşmil edildiği takdirde sözleşmenin normatif kısmı, tüm özel sektör işverenleri ile işçilerini hukuki açıdan bağlar ve bu sayede para cezası yaptırımını öngörülmüş olan uyulması zorunlu hukuk kuralları meydana gelir⁴⁵⁶.

Birliğin iş hukukuna ilişkin hangi konularda düzenleme yapabileceği veya yapamayacağı da belirlenmiştir. Gerçekten de iş hukuku bakımından 07.04.1992 tarihinde imzalanan ve 01.11.1993 tarihinde yürürlüğe giren Maastricht andlaşması ile yeni bir döneme girilmiştir. Bu andlaşmanın eki niteliğinde bulunan sosyal politikaya ilişkin protokole dayalı olarak İngiltere ve İrlanda dışındaki AB üyesi ülkelerce kabul edilen sosyal politikaya ilişkin andlaşma da iş hukukuna dair önemli kurallar öngörülmüştür. Sosyal politikaya ilişkin andlaşmanın 2. maddesinde birliğin, iş hukukuna ilişkin kurallar oluşturmada hem değişik oylama yöntemleri öngörülmüş hem de bu alanda norm koyma yetkisinin kapsamı önemli ölçüde genişletilmiştir. Nitekim oybirliği aranmaksızın nitelikli çoğunlukla da birçok konuda karar alınabilecektir⁴⁵⁷. Gerçekten de birliğin; işçi sağlığı ve iş güvenliği, çalışma koşulları, bilgilendirme ve danışma, işgücü piyasasında ve işyerlerinde kadın ve erkek eşitliği, işgücü piyasası dışında kalan kişilerin yeniden işgücü piyasası ile entegrasyonu konularında üye devletlerin faaliyetlerini destekleyeceği ve konseyin

⁴⁵⁶ *Blanpain*, European, 95.

⁴⁵⁷ *Süzek*, 81-82.

bu amaçla asgari koşulları belirleyen direktifleri nitelikli oy çoğunluğuyla çıkarabileceği hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte birliğin, sosyal güvenlik ve sosyal korunma, işçilerin hizmet sözleşmelerinin sona ermesi sırasında korunması, işçi ve işveren çıkarlarının kollektif düzeyde temsili ve sağlanması, üçüncü ülke vatandaşlarının işe yerleşme ve çalışma koşulları, sosyal fon düzenlemelerine aykırı olmamak koşulu ile iş sahası açma ve istihdamın teşvik edilmesi için mali katkılar, konularında oybirliği ile karar alabileceği düzenlenmiştir. Diğer yandan ücret, örgütlenme özgürlüğü, grev ve lokavt konuları, çalışma koşulları kavramı dışında tutulmuş ve birliğin bu konularda düzenleme getirme yetkisi olmadığı kabul edilmiştir⁴⁵⁸.

Yukarıda belirttiğimiz esaslara uygun olarak birlik tarafından kabul edilmiş olan bir direktifin yürürlüğe konması, komisyon tarafından denetlenmektedir. Eğer ki belirlenen süre içerisinde üye devlet direktifi uygulama yükümlülüğüne uymazsa, komisyon konuyu Avrupa Adalet Divanına götürebilir. Mahkeme de Avrupa Birliği anlaşması çerçevesinde bir üye devletin yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna ulaşırsa, üye devlet, mahkemenin alınmasını gerekli gördüğü önlemleri yerine getirmek zorunda kalmaktadır. Buna rağmen üye devlet, hala yükümlülüklerini yerine getirmezse komisyon tekrar Adalet Divanına başvurur ki, bunun sonucunda mahkeme üye devletin kararlara uymadığı sonucuna varırsa, Avrupa Birliği andlaşmasının 228'inci maddesine göre para cezası uygulayabilir⁴⁵⁹.

Aynı zamanda üye devletin bir yönergeyi tam olarak uygulamaması halinde bireylerinde başvurabileceği çeşitli yollar bulunmaktadır. Direktif, açık, kesin ve

⁴⁵⁸ *Kızıloğlu*, http://www.tisk.org.tr/isveren_yazdir.asp?yazi_id=50&id=4&baslik_id=&yapi=&gecerli_sayfa=, 12.08.2008. *Süzek*, 82.

⁴⁵⁹ *Blanpain*, European, 96.

belirli nitelikte hükümler içeriyorsa doğrudan ve bağlayıcı etkisi söz konusu olacağından; bireyler üye devletin bir şekilde direktifi uygulamadığı kanaatine varırlarsa konuyu ulusal mahkeme önüne getirebilirler ve uygulanmasını talep edebilirler. Yönerge kesin, açık ve net hükümler getirmiyorsa yani iç hukukta uygulanabilmesi için üye devletin bir işlemine ihtiyaç varsa, bu durumda da bireyler direktifin tam olarak uygulanmaması yüzünden uğradıkları zararların tazminini isteyebilirler⁴⁶⁰.

Avrupa Birliği tarafından anlattıklarımıza uygun olarak kabul edilmiş ödünç iş ilişkisi ile bağlantılı direktifler bulunmaktadır. Bunlar, ödünç iş ilişkisinin tarihçesinin anlatıldığı bölümde de değindiğimiz üzere, 25 Haziran 1991’de Avrupa Birliği Komisyonu tarafından kabul edilmiş olan 91/383/CE sayılı ‘Belirli Süreli Hizmet veya Geçici İş İlişkisiyle Çalışan İşçilerin Çalışma Esnasında Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerinin İyileştirilmesine Yönelik Önlemler’ ve 1996 yılında kabul edilen AB’ne üye devletler arasında sınır ötesine işçi gönderme ile ilgili hükümler içeren 96/71/CE sayılı ‘Hizmetlerin Yerine Getirilmesi Amacıyla Ödünç İşçi Gönderme’ başlıklı direktiflerdir. Bir de teklif edilmiş bir direktif tasarısı bulunmaktadır. Bu tasarı, COM(2002)149 sayılı ‘Geçici İşçilerin Çalışma Koşulları Üzerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktif Önerisi’ adını taşımakta olup, henüz kabul edilmemiştir. Konumuzla olan bağlantıları ve Türkiye’nin AB aday ülkesi olması ve tam üye olması halinde bunları iç hukukuyla uyumlu hale getirme zorunluluğu bulunmasından dolayı, bu direktiflerin açıklanması zorunluluğu mevcuttur.

⁴⁶⁰ *Blanpain*, European, 96. Bireylerin, direktiflerin hiç veya doğru uygulanmaması yüzünden uğradıkları zararı tazmin edebilmeleri için aranan şartların neler olduğu konusunda Bkz., *Ünal*, 92.

bb. İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkındaki 91/383/CE No.lu Direktif

AB Konseyi, 25 Haziran 1991’de ‘Belirli Süreli Hizmet veya Geçici İş İlişkisiyle Çalışan İşçilerin Çalışma Esnasında Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerinin İyileştirilmesine Yönelik Önlemler’ adını taşıyan 91/383/CE sayılı direktifi kabul etmiştir. Direktif AB andlaşmasının 10. başlığı altında sosyal hükümler adını taşıyan bölüm 1’de yer alan 137’inci maddeye dayanılarak çıkartılmıştır⁴⁶¹.

Direktifin giriş bölümü, belirli süreli iş ilişkisine ve ödünç iş ilişkisine dayanan istihdam biçimlerine başvurulmasının oldukça arttığını ve buna bağlı olarak yapılan bir araştırmanın belirli süreli iş sözleşmesiyle veya ödünç iş ilişkisine göre çalışan işçilerin, genellikle belli sektörlerde diğer işçilere nazaran daha fazla iş sağlığı ve meslek hastalığı riskine maruz kaldığını ortaya koyduğunu göstermektedir⁴⁶². Bu konudaki yaygın görüş, bu istihdam biçimlerine göre çalışan işçilerin maruz kaldıkları risklerin başlangıçtan itibaren yeterli bilgilendirme ve mesleki eğitimle azaltılabileceği yönündedir⁴⁶³.

İlgili direktifin kapsamına, adında da yer aldığı üzere belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışanlarla, ödünç iş ilişkisine göre çalışanlar dâhildir. Direktifin birinci maddesinin ikinci fıkrasında ödünç iş ilişkisine yönelik olarak daha önceden yaptığımız meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile uyumlu bir tanıma yer verilmiştir. Buna göre ödünç iş ilişkisi; ödünç işçinin, ödünç alan işverenin yönetiminde çalışmak üzere devredildiği, ödünç işçi ile işveren konumunda bulunan geçici istihdam bürosu arasındaki ilişki biçiminde tarif edilmiştir.

⁴⁶¹ *Blanpain*, Legislation, 250.

⁴⁶² *Blanpain*, Legislation, 250.

⁴⁶³ *Uşen*, 42-43.

Direktifin eşit işlem ilkesini düzenleyen 2. maddesinde direktifin amacının da belirtilmiş olduğunu görmekteyiz. Direktifin adından da anlaşıldığı üzere asıl amacı, ödünç iş ilişkisine göre veya belirli süreli işlerde çalışanların iş kazasına ve meslek hastalıklarına karşı korunmaları ve çalıştıkları veya ödünç verildikleri işletmedeki diğer işçilerle⁴⁶⁴ aynı düzeyde bir korumadan yararlanmalarını sağlamaktır(md.2/I)⁴⁶⁵. Nitekim aynı maddenin ikinci fıkrası belirli süreli iş sözleşmesi veya ödünç iş ilişkisine göre yürütülen bir istihdam ilişkisinin varlığının, bilhassa kişisel koruyucu ekipmanlara ulaşım gibi iş sağlığı ve güvenliğinin korunması açısından çalışma koşullarının uygulanmasında farklı bir işlemin yürütülmesini haklı çıkarmayacağını açıkça belirtmiştir.

İlgili direktifin diğer maddelerinde hem belirli süreli iş sözleşmesine hem de ödünç iş ilişkisine göre çalışma ile ilgili ortak genel hükümlere yer verildiği gibi, kimi maddelerde sadece ödünç iş ilişkisi için öngörülen ek düzenlemelere de yer verilmiştir⁴⁶⁶.

Belirli süreli iş sözleşmesine ve ödünç iş ilişkisine dayalı olarak çalışanların, işe başlamadan önce çalışacakları işletme veya ödünç iş ilişkisi düşünüldüğünde ödünç alan işveren tarafından, iş görme edimlerini yerine getirirken karşı karşıya kalacakları riskler hakkında bilgilendirilmelerini zorunlu tutmuştur(md.3/I)⁴⁶⁷. Bu yükümlülük kapsamında verilecek olan bilgiler, ulusal mevzuatta belirtilen herhangi bir özel mesleki niteliğin veya yeteneğin ya da özel tıbbi bir gözetimin gerekli olup olmadığını veyahut işin niteliğinden doğan ulusal mevzuatta belirtilen herhangi özel

⁴⁶⁴ Diğer işçilerden kastedilen o işyerinde belirsiz süreli iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan işçilerdir(md.2/I).

⁴⁶⁵ *Tuncay*, Hizmet, 18. *Uşen*, 43.

⁴⁶⁶ *Uşen*, 43.

⁴⁶⁷ *Uşen*, 44. *Hekimler*, Çalışma, 25.

bir riskin var olup olmadığını kapsayacaktır(md.3/II). Ayrıca ödünç iş ilişkisine özgü bir hüküm olan 7. maddeye göre, üçüncü madde hükümlerine hâle gelmeksizin üye devletler; ödünç işçi, ödünç alan işverene gönderilmeden önce, ödünç alan işverenin üçüncü madde de belirtilenlere ilaveten geçici istihdam bürosuna, yerine getirilecek işe özgü özellikleri ve gereken mesleki nitelikleri bildirmelerini temin etmek için gerekli olan önlemleri alacaklardır. Ayrıca üye devletler, geçici istihdam bürosunun, bu bilgileri ilgili işçiye iletme zorunluluğu ile ilgili olarak gerekli tedbirleri de almakla yükümlü tutulmuştur. Son olarak 7. maddenin son fıkrası gereğince, üye devletler, ödünç işçiye sağlanacak bilgilerin tüm detaylarının, işçi sağlama sözleşmesinde yer almasını öngörebileceklerdir.

Bu bakımdan gerek belirli süreli iş sözleşmesine göre gerek ödünç iş ilişkisine göre çalışan işçilerin, yapacakları işle ilgili risklere karşı bilgilendirilmelerine direktifte özel önem verildiği görülmektedir. Bilhassa ödünç iş ilişkisi açısından sadece üçüncü madde hükümleri ile kalınmamış ilaveten 7. madde hükmü de sevk edilerek, işçilerin bilgilendirilmesinde üye devletlere de yükümlülük getirilmiştir.

Direktifin dördüncü madde hükmü ile de üye devletler; her bir işçinin, mesleki nitelikleri ve iş tecrübeleri dikkate alındığında yapılan işin özelliğine uygun, yeterli mesleki eğitim almalarını temin etmek için gerekli önlemleri alacaktır. Ayrıca 5. maddeye göre üye devletlere seçenek imkânının da tanındığı görülmektedir. Bu seçenek imkânı, üye ülkelerin ulusal mevzuatlarına göre işçilerin sağlık ve güvenliği açısından tehlike arz eden ve özel bir tıbbi gözetimi gerektiren işlerde, belirli süreli iş sözleşmesinin veya ödünç iş ilişkisinin kurulmasının yasaklanmasına yöneliktir⁴⁶⁸. Üye devletler bu tür bir yasak getirmezlerse, belirli süreli iş sözleşmesiyle veya

⁴⁶⁸ Uşen, 44.

ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilerin uygun tıbbi gözetimi almalarını temin etmeye yönelik gerekli tedbirleri alacakları gibi ilgili işçinin istihdam ilişkisi sona erdikten sonra dahi özel tıbbi gözetimin devam edeceğini düzenleyebileceklerdir(md.5/II-III).

Önem arz eden bir diğer düzenleme ise, ödünç iş ilişkisinde sorumluluğa yönelik sekizinci madde hükmüdür. İlgili maddeye göre ulusal mevzuatta belirlenmiş olan geçici istihdam bürolarının sorumluluklarına hâle gelmeksizin üye devletler, ödünç alan işverenlerin, işçi sağlama müddeti boyunca işin işleyişine dair olan koşullar bakımından sorumlu olmasını sağlamak için gerekli önlemleri alacaklardır. Bu koşulların kapsamı aynı maddenin ikinci fıkrasında işyerindeki sağlık, hijyen ve güvenlikle bağlantılı konular çerçevesinde sınırlandırılmıştır.

Direktifin uygulanıp uygulanmadığı ve direktifin uygulanması ile ilgili bilgilerin iletmesine yönelik olarak bir hüküm daha sevk edilmiştir(md.10). Bu hükme göre üye devletler belirli aralıklarla rapor göndereceklerdir. Gerçekten de üye devletler, her beş yılda direktifin tatbiki uygulaması ile ilgili işçi ve işverenlerin bakış açılarını yansıtan raporları, komisyona ileteceklerdir. Komisyon bu raporları, Avrupa Parlamentosunun, Konseyinin, Ekonomik ve Sosyal Komitenin, İşyerinde Sağlık, Hijyen ve Güvenliğin Korunması Danışma Komitesinin dikkatine sunacaktır. Ayrıca komisyon, direktifin uygulamasına ilişkin düzenli raporları da Avrupa Parlamentosuna ve Ekonomik ve Sosyal Konseye düzenli olarak iletacaktır⁴⁶⁹.

Raporların üye devletlerce gönderilmesine ilişkin son bir gelişmeden bahsedilmesi gerekmektedir. İş sağlığı ve güvenliğine yönelik olarak genel düzenlemeleri getiren bir direktif daha bulunmaktadır. Bu direktif, 12 Haziran 1989

⁴⁶⁹ *Blanpain*, Legislation, 252.

tarihinde kabul edilmiş olan 89/391/EEC sayılı ‘İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliğine Yönelik Önlemlerinin İyileştirilmesine Yönelik Önlemler’ adını taşımaktadır. Bizim üzerinde durduğumuz 91/383 sayılı direktif ise, 89/391 sayılı direktif ile aynı alanda fakat belirlenmiş, özel istihdam biçimleri çerçevesinde çalışanlara özel hükümler getirmektedir. Bununla birlikte 91/383 no.lu direktifte, bu direktif ile öngörölmüş olan daha özel nitelikteki hükümlere hâlel gelmeksizin 89/391 sayılı direktif ile iş sağlığı ve güvenliği bakımından düzenleme getiren diğer direktiflerin tümüyle uygulanacağı zaten belirtilmiştir(md.2/III). İşte 20 Haziran 2007’de kabul edilmiş olan 2007/30/EC sayılı direktifte, hem 89/391 hem 91/383 hem de iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler getiren diğer direktiflerde değişikliklere gidilmiştir. Bu değişikliklerin amacı her bir direktifte öngörölmüş olan uygulama raporları sistemini daha kullanışlı ve basit hale getirmektir. Bu bakımdan 91/383 sayılı direktife “10a” maddesi eklenmiştir. Bu maddeye göre üye devletler, 91/383 sayılı direktifin tatbiki uygulaması ile ilgili raporları, komisyonun değerlendirmesine temel teşkil eden 89/391 sayılı direktifin md.17a/I-II-III’üncü fıkralarına⁴⁷⁰ göre tek bir raporun bu konuya ilişkin özel bir bölümünde belirterek her beş yılda bir komisyona ileteceklerdir. Kısacası komisyon tarafından yapısı belirlenen tek bir rapor artık söz konusu olacaktır. Bu rapor, iş sağlığı ve güvenliğine yönelik düzenlemeler getiren direktiflerin tatbiki uygulaması ile ilgili bilgiler içerecek ve bu raporun farklı kısımlarında çeşitli direktiflerin uygulanmasına yönelik bilgiler yer alacaktır. Bu bakımdan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin direktiflerin raporlarla bildirilmesinde bir eşgüdüm sistemine gidildiği belirtilebilir.

⁴⁷⁰ 17a maddesi ile ilgili fıkralar, 89/391 sayılı direktife 2007/30 sayılı direktifin birinci maddesi ile eklenmiştir.

Direktif her ne kadar bu tür düzenlemeler getirmekteyse de, bazı yazarlarca hemen hemen tüm AB üyesi ülkelerde bulunan hükümleri AB boyutunda düzenlemekle yetindiği yönünde eleştiriler ileri sürülmektedir. Gerçekten de direktif, belirli süreli iş sözleşmesine ve ödünç iş ilişkisine göre çalışanların ayrımcılığa karşı korunmasında herhangi bir yaptırım getirmemiştir. Bu bakımdan isabetle belirtildiği üzere bu direktifin, ödünç iş ilişkisi açısından yetersiz olduğu savunulabilecektir⁴⁷¹.

91/383 sayılı direktif, geçici istihdam büroları ve bir diğer deyişle bu büroların yürüttükleri faaliyet olan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili olarak bir sınırlama veya zorunluluk getirmemektedir. Sadece bu faaliyetin yasal olarak düzenlendiği ülkelerde, bu tür bir iş ilişkisi kapsamında çalışanların sağlık ve güvenliklerinin korunması ile ilgili çeşitli yükümlülükler getirmektedir. Bu husus, direktifin kabul edildiği tarihte henüz İtalya, İspanya, Yunanistan gibi bazı AB ülkelerinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin henüz yasal olarak kabul edilmediği göz önüne alındığında da ortaya çıkan bir sonuçtur. Ayrıca ilgili direktif belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanları da kapsamına aldığından sadece ödünç iş ilişkisine özgü bir düzenleme niteliğini de taşımamaktadır. Dolayısıyla bu direktifin, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini yasalaştırma zorunluluğu getirmediği sonucuna ulaşılabilmektedir⁴⁷².

cc. Sınır Ötesi Ödünç İşçi Gönderilmesi Hakkında 96/71/CE No.lu Direktif

Avrupa Birliği düzeyinde ödünç iş ilişkisi ile ilgili bir diğer düzenleme de, 16 Aralık 1996 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin kabul ettiği 96/71 no.lu

⁴⁷¹ Uşen, 45.

⁴⁷² Uşen, 44,285.

‘Hizmetlerin Yerine Getirilmesi Amacıyla İşçilerin Gönderilmesi’ direktifidir. Bu direktifin hukuki temeli hizmet özgürlüğü ile ilgili Avrupa Birliği andlaşmasının md.57/II hükmüdür⁴⁷³. Hizmet özgürlüğü, her türlü hizmetin AB’ye üye olan tüm ülkelerde, o ülkelerin ulusal mevzuatı çerçevesinde yerine getirilmesini garanti etmektedir. Dolayısıyla bu hizmetlere ödünç iş ilişkisi de dâhildir. Bu sayede bir geçici istihdam bürosu, diğer üye ülkelere de, o ülkelerde bir şube açmasına gerek olmaksızın işçi ödünç verebilecektir. Bununla birlikte pek tabii ki uymak zorunda olduğu yasal hükümlerde söz konusudur. Geçici istihdam bürosu, merkezinin bulunduğu ülkedeki ödünç iş ilişkisine dair yasal hükümlere uymak zorunda olduğu gibi işçi ödünç verdiği ülkedeki yürürlükte bulunan asgari emredici hükümlere de uymak zorundadır⁴⁷⁴.

Direktifin kapsamına birlik içinde işçi gönderen üç çeşit işletme dâhildir. Bunlardan ilki, hizmet sağlama sözleşmesini yerine getiren, işçileri bir diğer üye devlete kendi adına, kendi yönetimi altında gönderen işletmelerdir(md.1/III(a))⁴⁷⁵. Kapsama dâhil edilmiş olan bu işletme türünün ödünç iş ilişkisi ile bir ilgisinin bulunmadığı açıktır. Nitekim işçi, gönderildiği ülke de kendi işvereni adına ve hesabına hareket ettiği gibi, aynı zamanda hala onun yönetimi altında iş görme edimini yerine getirmektedir. Bu itibarla buradaki ilişki asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında düşünülebilir. Bundan başka direktifin kapsamına, işçileri bir diğer üye devlette kurulmuş olan bağlı ortaklıklarına, işçi ile olan iş ilişkisini devam ettirirken gönderen işletmeler girmektedir(md.1/III(b))⁴⁷⁶. Bu işletmeler aslında şirket

⁴⁷³ *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008. **Blanpain**, Legislation, 253.

⁴⁷⁴ **Uşen**, 46. *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

⁴⁷⁵ **Graham**, 281.

⁴⁷⁶ **Graham**, 281.

toplulukları ve holdingler içinde işçi gönderilmesine benzer bir faaliyette bulunmaktadırlar, yani aslında burada bir ödünç iş ilişkisi kurulduğu görülmekle birlikte bu ödünç iş ilişkisi meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi olarak ortaya çıkmaktadır. Son olarak, işçiyle olan iş ilişkisini devam ettirirken işçiyi, bir diğer üye ülkedeki işletmeye gönderen geçici istihdam büroları da bu kapsama girmektedir(md.1/III(c))⁴⁷⁷. İşte burada yürütülen faaliyet tam olarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin sınır ötesinde de yürütülmesine uygun bir nitelik taşımaktadır. Görüldüğü üzere, bu direktif hem meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine hem de meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine uygulanabilmektedir. Bu direktifin uygulanmasında önemli olan ödünç alan işverenin, ödünç veren işverenden farklı bir üye devlette faaliyet göstermesidir⁴⁷⁸.

Bu direktif kapsamında geçici istihdam bürolarına yönelik bir tanım getirilmemiştir. Sadece direktif metni ile bağlı kalındığı takdirde direktifin kapsamına aldığı geçici istihdam bürolarını tam olarak belirleyebilmek mümkün değildir⁴⁷⁹. Bu konuda direktifin, geçici istihdam bürosu tanımı vermeyerek, tanım verme görevini ülkelerin ulusal mevzuatına bıraktığı algılanabileceği gibi, 91/383 no.lu direktifler gibi daha önceden bu yönde tanım hükümlerine yer verilmiş olan düzenlemelerden de yararlanılabileceği düşünülebilir. Bunların yanı sıra, ödünç verilen işçiden ne anlaşılması gerektiği ise direktifte belirtilmiştir. Bu direktifin amaçları bakımından gönderilmiş işçi, sınırlı ve belirli bir süre için normalde çalıştığı devletin dışında bir başka üye devletin sınırları içinde iş görme edimini yerine getiren kişi şeklinde ifade edilmiştir(md.2/I). Görüldüğü üzere direktifte işçinin

⁴⁷⁷ *Graham*, 281.

⁴⁷⁸ *Uşen*, 47.

⁴⁷⁹ *Graham*, 281.

gönderilmesi süresinin sınırsız olmadığı ve sınırlı bir süre için gönderilebileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu hususun geçiciliği vurguladığına şüphe yoktur. Nitekim direktifte işçinin devir süresinin, gönderilme tarihinden itibaren başlayan bir temel yıl kapsamında hesaplanacağı belirtilmiştir. Hatta bu bir yıllık sürenin hesaplanmasında, işçinin gönderildiği işi yapmak için geçirdiği daha önceki sürelerde göz önüne alınacaktır(md.3/VI).

96/71 no.lu direktifin başlıca amacı, sınır ötesi hizmetleri geliştirmektir. Yasama organı da bu amacın ancak işçilerin haklarının muhafaza edilmesi ve eşit şartlar altında rekabet ile gerçekleşeceğinin farkındadır. Aslında bu durum direktifin dayandığı temel ilkeye bizi götürmektedir. Direktifin temel ilkesi, ev sahibi ülkede yürürlükte bulunan temel istihdam ve çalışma koşullarının hem o ülkede zaten çalışmakta olan işçilere hem de bir başka ülkede kurulmuş bir şirketin işçisi olup da ev sahibi ülkeye gönderilmiş olan işçilere uygulanması zorunluluğudur⁴⁸⁰. Bu kapsamda ödünç işçiye temin edilmesi ve uygulanması gereken asgari çalışma koşullarını belirleyen bir hükme yer verilmiştir. Temin edilen bu çalışma koşulları, azami çalışma süresi, en az dinlenme süresi, azami yıllık ücretli izin, asgari ücret oranı, işçilerin ödünç verilmesi koşulları, iş yerindeki sağlık, hijyen ve güvenlik, hamile kadınların istihdamıyla ilgili koruyucu önlemler, yeni doğum yapmış kadınlar, gençler ve çocuklar ile kadın ve erkek arasında eşit işlem dahil ayrım yapmama hükümleri şeklinde sıralanabilir(md.3/I)⁴⁸¹.

Hemen şu husus ifade edilmelidir ki; belirtmiş olduğumuz temel istihdam ve çalışma koşullarına ilişkin liste, geçici istihdam büroları tarafından istihdam edilmiş

⁴⁸⁰ *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008. *Uşen*, 46-47.

⁴⁸¹ *Graham*, 281. *Blanpain*, Legislation, 253. *Uşen*, 47.

olan işçilere aynı şekilde uygulanmayacaktır. Belirttiğimiz üzere bu direktif, üç tür işletmeyi kapsamına almaktaydı. İşte ifade ettiğimiz ilk iki tür gönderilmiş işçiden farklı olarak, gönderilmiş olan geçici istihdam büroları işçilerine, direktif tarafından belirli çalışma koşulları garanti edilmemektedir. Geçici istihdam bürosu işçilerinin kapsama gireceği koruma, tamamıyla ev sahibi ülkenin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik mevzuatıyla belirlenecektir(md.3/1(d))⁴⁸². Aslında bu ibarenin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini yasal olarak kabul etmeyen ülkelerle ilgili olduğu ortadadır. Gerçekten de 91/383 no.lu direktifte belirtildiği üzere bu direktif açısından da meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisini yasal bir faaliyet olarak kabul etmeyen ülkeler bakımından, bu tür bir ilişkiyi kabul etme zorunluluğu söz konusu değildir. Bu bakımdan herhangi bir üye ülke, geçici işçilerin korunmasını öngören mevzuata sahip değilse; direktif, bir başka üye ülkede kurulmuş olan geçici istihdam bürosu tarafından istihdam edilen işçilerin konumunu etkilememektedir⁴⁸³. Tüm bu anlatılanlardan her ne kadar üye ülkeler, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini kabul etmek zorunda değillerse de, diğer iki tür faaliyetin sınır ötesi çerçevesinde yürütülmesini benimsemek zorunda oldukları sonucuna varılabilmektedir. Bu nedenle bir üye devlette kurulmuş işletmenin, bir diğer üye devletteki bağlı ortaklığına iş sözleşmesini muhafaza ettiği işçini göndermesi şeklinde gerçekleşen meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin, tüm AB üyesi ülkelerde kabul edileceği veya edildiği yargısına varılabilmektedir. Bu şekilde düşünüldüğünde ilgili direktif, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin holding içi veya şirket toplulukları arasında işçi göndermeye yönelik sebebe dayandığı hal için tüm AB kapsamında kabul edilmiş bir norm olarak belirlemektedir.

⁴⁸² *Graham*, 282.

⁴⁸³ *Graham*, 281.

Bu anlatılanlara yönelik olarak istisna hükmünün de sevk edildiği görülmektedir. Buna göre ilk istisna hükmü kapsamında malların ilk kurulum veya montajının, hizmet temini sözleşmesinin ayrılmaz bir parçası olması yer almaktadır. Bu istisna hükmünde malların tedarikçisinin, hizmet temini sözleşmesini gereği gibi yerine getirebilmesi için uzman veya ehil işçilerini göndermesi gerekmektedir. Eğer ki işçilerin gönderilme süresi sekiz günü aşmıyorsa yıllık ücretli izne ve asgari ücrete ilişkin temel istihdam ve çalışma koşullarına dair direktif hükmü uygulanmayacaktır. Ancak istisnanın istisnası öngörülerek, bu istisna hükmünün inşaat sektöründe uygulanmayacağı belirtilmiştir(md.3/II)⁴⁸⁴.

Bundan başka diğer istisnalar üye devletlerin takdirine bırakılmıştır. Üye devletler, işçi ve işverenlere danıştıktan sonra, eğer işçinin devir süresi 1 ayı aşmıyorsa ve bu direktifin kapsamına giren ilk iki durum olan hizmet sağlama sözleşmesi kapsamında(md.1/III(a)) ve bağlı ortaklıklar arasında(md.1/III(b)) işçilerin gönderildiği hallerde asgari ücrete ilişkin düzenlemenin uygulanmayabileceğini kararlaştırabilir(md.3/III). Aynı şekilde üye devletler, hizmet sağlama sözleşmesi kapsamında(md.1/III(a)) ve bağlı ortaklıklar arasında(md.1/III(b)) işçilerin gönderildiği hallerde, eğer devir süresi bir ayı aşmıyorsa, bağlayıcı olan toplu iş sözleşmeleri aracılığıyla bir veya birden fazla sektörde asgari ücrete ilişkin hükmün uygulanmayacağını belirlenebileceğini kabul edebilirler(md.3/IV)⁴⁸⁵.

Son olarak üye devletler, yapılan işin miktarının önem arz etmemesi sebebiyle hizmet sağlama sözleşmesi kapsamında(md.1/III(a)) ve bağlı ortaklıklar

⁴⁸⁴ *Graham*, 283. *Blanpain*, Legislation, 257.

⁴⁸⁵ *Graham*, 283. *Blanpain*, Legislation, 258.

arasında(md.1/III(b)) işçilerin gönderildiği durumlar için yıllık ücretli izin ve asgari ücrete ilişkin hükümlere istisna öngörebilir(md.3/v)⁴⁸⁶.

96/71 no.lu direktif uyarınca, işçilerin bir AB üyesi ülkeden diğerine görevli olarak geçici bir şekilde gönderilmesinin düzgün bir şekilde gerçekleştirilebilmesi ve bariz istismarlar ile yasadışı faaliyetlerin engellenebilmesi için bir veya daha fazla irtibat bürosunun ve yetkili ulusal organların bulunması zorunludur. Söz konusu organlar, sırf bu iş için oluşturulmuş yeni yapılar olabileceği gibi, bu faaliyeti yürütebilecek kabiliyete sahip örneğin kamu istihdam kuruluşları gibi mevcut yapılarda olabilecektir⁴⁸⁷.

Günümüzde İngiltere dışındaki tüm AB üyesi ülkeler(yeni üye olanlar dışındakiler), 96/71 no.lu direktifi ulusal mevzuatları haline getirmişlerdir. İngiltere de ise, ulusal yasaların statülerine bağlı olmaksızın tüm işçilere uygulanabildiğinden özel bir yasanın kabulü gerekli görülmemiştir⁴⁸⁸.

dd. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Direktif Tasarısı

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin, işgücü piyasasında esneklik arayışı içinde olan işverenlerin talebine cevap vermesi ve 80'lerden itibaren Avrupa işgücü piyasasının işleyişinde önemli bir öge olarak yerini alması sonucunda, birlik tarafından bu konunun bir direktif ile düzenleme çabaları olduğunu zaten tarihçe kısmını anlatırken ifade etmiştik. Bu çabaların sonuçsuz kalması üzerine Avrupa Komisyonu, Avrupa Birliği Kurucu Andlaşmasının eki olan Sosyal Politikaya ilişkin Protokole dayalı olarak kabul edilmiş olan Sosyal Politikaya ilişkin Andlaşmanın 3. maddesindeki prosedürü uygulamaya karar vermiştir. Bu kapsamda 27 Eylül 1995'te

⁴⁸⁶ *Graham*, 283. *Blanpain*, Legislation, 258.

⁴⁸⁷ *Uşen*, 284.

⁴⁸⁸ *Uşen*, 48.

sosyal taraflara atipik çalışma türlerinin düzenlenmesi hakkında danışılması uygun görülmüştür⁴⁸⁹.

Bu kapsamda bir araya gelen sosyal taraflar, 19 Haziran 1996 tarihinde atipik iş ilişkilerini bir arada değil, ayrı ayrı görüşeceklerini belirtmişlerdir. Bunun neticesinde sosyal taraflar, 6 Haziran 1997’de ‘Kısmi Çalışma’ ve 18 Mart 1999’da ‘Belirli Süreli İş İlişkisi’ hususunda aralarında anlaşmışlardır. Bu anlaşmalar, sırasıyla 97/81 ve 99/70 sayılı AB direktifleri olarak konsey tarafından da kabul edilmiştir. Bu şekildeki sosyal taraflar arasındaki bir anlaşmanın, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde de yapılması gerektiği 18 Mart 1999 tarihinde kabul edilen belirli süreli iş ilişkisi hakkındaki çerçeve anlaşmanın giriş kısmında da ifade edilmiştir⁴⁹⁰.

Neticede 3 Mayıs 2000 tarihinde sosyal taraflar, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi üzerine müzakereleri başlatma kararına varmışlardır. Bir araya gelen sosyal taraflar arasındaki müzakereler, Mart 2001’de eşit davranma ilkesi(ayrım gözetmeme ilkesi) ile ödünç iş ilişkisine başvurma nedenleri ve suistimalleri önleme konusunda sosyal tarafların aralarında anlaşamamaları nedeniyle kopma noktasına gelmiştir. Nihayetinde 21 Mayıs 2001’de sosyal taraflar, bir anlaşmaya varamayacaklarını kabul etmişlerdir⁴⁹¹.

Açıkçası müzakerelerdeki asıl anlaşmazlık yaratan konu, emsal işçi kavramının ne şekilde tanımlanacağından kaynaklanıyordu. İşçi tarafının temsilcileri, emsal işçi konusunda, ödünç alan işverenin işyerindeki aynı veya benzer bir işi yerine getiren işçiye dayanılmasını talep ediyorlardı. İşveren kesimi ise bu şekilde bir tanıma,

⁴⁸⁹ *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008. *Uşen*, 48.

⁴⁹⁰ *Uşen*, 48.

⁴⁹¹ *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008. *Uşen*, 49.

ödünç işçilerin geçici istihdam bürosuyla belirsiz süreli iş sözleşmesinin bulunduğu ve ödünç işçinin ödünç verilmediği dönemlerde dahi kendisine ödeme yapıldığı ülkeler açısından adaletsiz bir durum yaratacağı söylemiyle karşı çıkmışlardır. Aslında sendikaların ücret, çalışma saatleri, iş sağlığı ve güvenliği gibi temel istihdam koşulları bakımından emsal işçi olarak ödünç alan işverenin işyerindeki işçiyi baz almak istemelerinin nedeni, zaten sendikaların bünyesinde yer alan ülkelerin çoğundaki mevcut durumun bu yönde olmasından kaynaklanmaktaydı. Bununla birlikte bu temel anlaşmazlık konusunun dışında, sosyal taraflar diğer pek çok konu üzerinde birbirleriyle uyumlu görüşlere de varmışlardır⁴⁹².

Müzakerelerin kesintiye uğramasından kısa bir süre sonra ‘Geçici İstihdam Büroları Uluslararası Konfederasyonu Avrupa Komitesi(Euro-CIETT)’ ile hizmet ve beyaz yaka işçi sendikalarını uluslararası platformda bir araya getiren ‘Uluslararası Sendika Ağı Avrupa Bölgesel Organizasyonu(Uni-Europa)’, 08 Ekim 2001 tarihinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair ortak bir bildirge yayınlamışlardır. Sosyal taraflar bu bildirgeyi Avrupa Komisyonuna göndererek, hazırlanacak olan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine ilişkin direktifin hükümlerinin belirlenmesinde göz önüne alınmasını talep etmişlerdir⁴⁹³.

Bu ortak bildirmede sosyal taraflar, hazırlanarak direktifin, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin Avrupa işgücü piyasasında oynayacağı pozitif rolün geliştirilmesi ile ödünç işçilerin korunması arasındaki dengeyi gözetmesi gerektiğinin altını çizmişlerdir. Bu kapsamda AB’nin hazırlayacağı direktif taslağının içermesi gereken

⁴⁹² *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

⁴⁹³ *Blanpain*, Legislation, 260-261. *Nakayama-Samorodov*, 39.

hususlara ilişkin de açıklamalarda bulunulmuştur⁴⁹⁴. Ortak bildirgede belirtilen hususlar direktifin hazırlanmasında yol gösterici bir nitelik taşıyabilmekle birlikte bazıları bir temenni olarak da algılanabilir.

“Bu bildirge de, AB direktif önerisinde yer alması istenen hususlar;

a) Belirsiz süreli iş sözleşmesine dayalı, ödünç iş ilişkisi ile bağlantılı olmayan klasik iş ilişkisinin hala en yaygın istihdam ilişkisi olduğu ancak AB’nin istihdam ve ekonomi hedefleri bakımından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin potansiyel katkısının da bulunduğu kabul edilmesi,

b) Bilhassa güvenlik ve esneklik alanlarında geçici istihdam bürolarının, ödünç alan işverenlerin ve ödünç işçilerin ihtiyaçlarının göz önüne alınması ve meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin geliştirilmesi,

c) Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin, özellikle dezavantajlı ve/veya belirli özelliklere sahip olan kişilerin işgücü piyasasına entegrasyonunu ve iş olanaklarını arttırabileceğinin; bununda mesleki eğitim yoluyla gerçekleştirilebileceğinin kabul edilmesi,

d) Eşit davranma ilkesinin, iki açıdan düzenlenmesi ki, ilk olarak geçici istihdam bürosu ile ödünç işçi arasındaki ilişki bakımından ve ikinci olarak ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasındaki ilişki bakımından düzenlenmesi gerektiği,

e) Üye devletlerden hukuki veya idari engelleri tanımlamaları, gözden geçirmeleri ve uygun olan hallerde yani meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin olumlu rol oynadığı alanlarda bunları kaldırmalarının istenmesi,

⁴⁹⁴ *Blanpain*, Legislation, 261.

f) Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin üç taraflı niteliğinin özel düzenlemeler gerektirdiğinin ve hem AB düzeyinde hem de ulusal düzeydeki eşit davranma ilkesine geçici istihdam bürolarının riayet etmesinin sağlanmasının kabul edilmesi,

g) Geçici istihdam bürolarının, ödünç alan işverendeki grev yapan işçilerin yerine ödünç işçileri sağlamamasının garanti edilmesi,

h) Üye devletlerin, ödünç işçilerin hem bireysel iş hukukuna hem de toplu iş hukukuna ilişkin haklarını kullanmalarını sağlaması,

ı) Geçici istihdam bürolarının, ödünç işçilerin işvereni olduğunun ve buna bağlı olarak geçici istihdam bürolarının çeşitli yükümlülüklerinin bulunduğu açıkça ifade edilmesi,

i) Ödünç işçilere, hem geçici istihdam bürolarında hem de ödünç alan işverenlerin işyerinde uygun mesleki eğitime erişimin sağlanması,

k) Geçici istihdam bürolarının, işçilerine sağladıkları istihdam hizmetinden doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir fiyat talep etmemelerinin temin edilmesi,

l) Direktifin uygulanması ile ilgili olarak sosyal tarafların müzakere etmesinin teşvik edilmesi,

m) Emekli aylıkları gibi mesleki yardım sistemindeki yeniliklerin, ödünç işçilerin haklarının devamının temin edilmesinde gerekli olduğunun kabul edilmesi”,

şeklinde sıralanabilir⁴⁹⁵.

AB bu gelişmeler üzerine direktif önerisini kendisi hazırlama kararına varmıştır. AB Andlaşmasının 137’inci maddesinin birinci fıkrasında, 136. maddede yer alan

⁴⁹⁵ *Blanpain*, Legislation, 261-262. *Nakayama-Samorodov*, 39.

amaçlar bakımından ve bu kapsamda çalışma koşulları bakımından birliğin, üye devletleri desteklemek ve bütünlemek amacıyla düzenleme yapabileceği ifade edilmiştir. 137'inci maddenin ikinci fıkrasına göre de Konsey, direktifler aracılığıyla üye devletlerdeki teknik kuralları ve koşulları da göz önünde tutarak bir uygulama için gerekli olan asgari ilkeleri benimseyebilecektir. İşte bu hukuki temel kapsamında Avrupa Komisyonu, 20 Mart 2002 tarihinde 'Ödünç İşçilerin Çalışma Koşulları Üzerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktif Önersini' kabul etmiştir. Direktif önerisi, 21 Mart 2002 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Konseyine gönderilmiştir⁴⁹⁶.

Daha önceden de bahsettiğimiz üzere direktifler, uluslar-üstü bir nitelik taşıyan AB'nin yarattığı ikincil hukuk kapsamında değerlendirilmektedir. İkincil hukukta daha önceden belirtildiği üzere esnek hükümler içermeli ve ölçülülük ilkesine uygunluk göstermesi gerekmektedir. Bu nedenle birlik organları düzenleme yaparken bu hususlara uygun davranılıp davranılmadığını kontrol edecektir. Gerçekten direktifin, 'açıklayıcı bildiri'sinde teklif edilmiş direktif önerisinin ölçülülük ilkesi ile uyumlu olduğu ifade edilmiştir. Bu kapsamda birliğin, asgari seviyede korumayı oluşturduğu, ulusal özelliklerin gerektirdiği yerlerde çeşitli düzenleme ve uyarlamaların yapılmasının üye devletlere ve sosyal taraflara bırakıldığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla aynı zamanda direktif önerisi ile oluşturulan çerçevenin, esnek bir nitelik taşıdığına da vurgu yapılmıştır. Direktifin, üye devletlerdeki iyi uygulamaların desteklenmesi ve güçlendirilmesine uygun olduğu belirtildikten sonra, üye devletlerin geçici istihdam büroları ile ödünç işçiler arasında belirsiz süreli iş sözleşmesi bulunduğu hallerde eşit işlem ilkesinden vazgeçebileceğine işaret

⁴⁹⁶ *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008. *Uşen*, 50.

edilmiştir. Hatta üye devletler, iş sözleşmesinin türüne bakılmaksızın eşit işlem ilkesinden vazgeçilmesi konusundaki yetkiyi sosyal taraflara aktarabileceklerdir. Ayrıca direktifte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik getirilmiş sınırlamaların belirli aralıklarla gözden geçirilmesine ilişkin düzenleme getirildiği de ifade edilmiştir⁴⁹⁷.

Her ne kadar direktif önerisinin ölçülülük ilkesine uygun olduğu, esnek bir nitelik taşıdığı ifade edilse de sosyal taraflardan eleştiri almasına engel olamamıştır. Direktif önerisinin yayınlanması üzerine Euro-CIETT, direktifin içeriğine ve iş yaratma üzerindeki muhtemel etkisine yönelik hayal kırıklığını ifade etmiştir. Euro-CIETT, komisyonun emsal işçiyi belirlerken ödünç alan işverenin işyerinde çalışan kişiyi baz alma yönündeki seçimine karşı çıkmıştır. Euro-CIETT'e göre, diğer AB düzenlemeleri, farklı işverenler tarafından istihdam edilen işçilerin çalışma koşullarını kıyaslayarak eşit davranma ilkesinin konusu yapmaya kalkışmamıştır. Euro-CIETT, bu tepkiyi gösterirken direktif önerisindeki eşit davranma ilkesine yönelik öngörülen istisna hükümlerine değinmemiştir⁴⁹⁸.

Netice de sosyal taraflardan alınan tepkilerde göz önüne alınarak Avrupa Komisyonu, Avrupa Parlamentosunun yapmış olduğu 54 adet değişiklik önerisinden otuz birini haklı bularak direktif önerisinde değişikliğe gitmiştir. Yeni direktif önerisi 28 Kasım 2002 tarihinde kabul edilmekle birlikte, direktifin ismi '(Meslek Edinilmiş) Ödünç İş İlişkisi Üzerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Düzeltilmiş Direktif Önerisi' şeklinde değiştirilmiştir. Bu kapsamda daha önceki 'Ödünç İşçilerin Çalışma Koşulları Üzerine' ibaresi kaldırılmış ve sadece (Meslek Edinilmiş) Ödünç

⁴⁹⁷ *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

⁴⁹⁸ *Nakayama-Samorodov*, 40.

İş İlişkisi ibaresine yer verilmiştir. Gerçekten de parlamentoya göre direktif önerisinin içeriği, amacı ve kapsamı ödünç işçilerin çalışma koşullarının düzenlenmesinden çok, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörünü düzenlemek ve teşvik etmektir. Bununla birlikte her ne kadar parlamento, direktifin metninde geçen ‘temporary worker(geçici işçi)’ ibaresinin diğer belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanları da kapsaması nedeniyle karışıklığın önüne geçebilmek için ‘temporary agency worker(geçici istihdam bürosu işçisi)’ ibaresinin kullanılmasını talep etmişse de komisyon bu talebi kabul etmemiştir⁴⁹⁹.

Son düzeltilmiş direktif önerisi, Avrupa Birliği Andlaşmasının md.250/II hükmüne dayanılarak değiştirilmiştir. Yapılan bu değişikliklerde sosyal tarafların karşı çıktıkları noktaları yumuşatmayı başaramamıştır⁵⁰⁰. Geçici İstihdam Büroları Uluslararası Konfederasyonu(CIETT) ve onun Avrupa’daki temsilci organizasyonu Euro-CIETT, düzeltilmiş direktif önerisine ilişkin kaygılarını ifade etmişlerdir. Bu kuruluşların kaygıları; direktif önerisinin mevcut meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetini yok edeceği, bu sektörün gelecekte yaratacağı iş olanaklarına engel olacağı ve geçici istihdam büroları ve sektör açısından güçlüklerin, idari yükümlülüklerin ve maliyetlerin arttırılmasına sebep olacağı noktalarında toplanabilmektedir⁵⁰¹. Aslında buradaki uyuşmazlık sadece işçi ve işveren kuruluşları arasındaki çatışmadan kaynaklanmamakta aynı zamanda üye devletlerdeki meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair mevzuatın farklılık göstermesinden de kaynaklanmaktadır⁵⁰².

⁴⁹⁹ Uşen, 50-51.

⁵⁰⁰ Uşen, 50.

⁵⁰¹ Alarcon, 304.

⁵⁰² Uşen, 50.

aaa. Son Haliyle AB Direktif Önerisi ve İçeriği

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair direktif önerisi 20 Mart 2002 tarihinde ortaya çıkmakla birlikte teklif edilen değişiklik önerilerinden bir kısmının kabul edilmesiyle son halini 28 Kasım 2002 tarihinde almıştır. 2002 tarihinden beri de direktif önerisi zaman zaman tartışılmakla birlikte henüz direktif halini alamamıştır, fakat meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik olarak bir tartışma zemini oluşturması ve hiç değilse hala görünürde kabul edilme olasılığı bulunması dolayısıyla ilgili direktifin önerisinin ayrıntılarına girilmesi faydalı olacaktır.

aaaa. Kapsamı

Direktif önerisinin birinci maddesi, kapsamı belirtmektedir. İlgili maddenin birinci fıkrasına göre, bir nevi ödünç işçi tanımına yer verildiği görülmektedir, yani hangi işçilerin ödünç işçi olarak kabul edilecekleri ve bu itibarıyla direktifin uygulama alanı içine girdiği belirlenmiştir. Buna göre; direktif, ödünç alan işverenlerin işyerinde ve onların gözetimi altında çalışmak üzere gönderilmiş olan ve geçici istihdam bürosu ile iş ilişkisi veya iş sözleşmesi bulunan işçilere uygulanacaktır.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında işçi boyutu yukarıda belirlendiğinden işletme boyutu ele alınmıştır. İlgili fıkra gereğince direktif, kar amacıyla olsun veya olmasın ekonomik faaliyette bulunan, geçici istihdam bürosu veya kullanıcı işletme konumunda bulunabilecek, özel ve kamu girişimlerine uygulanacaktır. Görüldüğü üzere işletme boyutu oldukça geniş bir şekilde ele alınmış ve kamu ve özel sektörün tamamının kapsama alınması istenmiştir. Aslında burada kamu girişimlerinden

bahsedildiğine göre, kamu teşebbüslerinin ödünç alan işveren konumunda bulunabileceği veyahut meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgilenebilmesinin önünün açıldığı görülmektedir. Nitekim yabancı ülkelerin uygulamalarında değineceğimiz üzere, örneğin Almanya’da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, remi istihdam kurumu tarafından işsizleri iş piyasasına kazandırmada bir yöntem olarak kullanılmaktadır.

Kapsamı belirleyen birinci maddenin son fıkrasında ise bir istisna hükmüne yer verildiği görülmektedir. Üye devletler, sosyal taraflara danıştıktan sonra, kamu kuruluşlarınca desteklenen meslekte yeniden eğitim(meslek içi eğitim), entegrasyon, mesleki eğitim çerçevesinde akdedilmiş iş sözleşmelerini ve iş ilişkilerini, direktifin uygulama alanı dışında bırakabileceklerdir. Bu fıkranın bilhassa Fransa, Portekiz ve İtalya’da genç işsizliğini azaltma aracı olarak kullanılan ‘mesleki eğitim ve işe yerleştirme amaçlı iş sözleşmeleri’ dikkate alınarak hazırlandığı belirtilmektedir⁵⁰³.

bbbb. Amacı

Direktifin amacı ikinci maddede iki fıkra halinde belirtilmiştir. Birinci fıkra, ödünç işçileri korumak, eşit davranma ilkesinin ödünç işçilere de uygulanmasını sağlayarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini geliştirmek ve geçici istihdam bürolarını, ödünç işçilerin işvereni olarak kabul etmek, direktifin amaçları kapsamında sıralanmıştır. Ödünç alan işverenin işyerindeki emsal işçi ile ödünç işçi arasında uygulanması amaçlanan eşit davranma ilkesinin içeriğine bilhassa ücret, çalışma süreleri ve dinlenme ve tatillerin girdiği görülebilmektedir⁵⁰⁴. Daha önceden de belirttiğimiz üzere İngiltere’de ve birkaç ülke de daha geçici istihdam bürolarının

⁵⁰³ Uşen, 52.

⁵⁰⁴ Nakayama-Samorodov, 39-40.

işveren sıfatına sahip olup olmadığı tartışmalıydı. Bu nedenle ödünç işçiler, bağımsız çalışan kişiler olarak da kabul edilebilmekteydi. Anlaşılan direktifte, tüm birlik kapsamında yeksenak bir düzenleme getirilerek geçici istihdam bürolarının, ödünç işçilerin işvereni olduğu veya olacağı kesin olarak tespit edilmek istenmiştir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, işgücü piyasasının düzgün işlemesi ve istihdam yaratmaya katkıda bulunması için meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kullanımının uygun bir yasal çerçeveye kavuşturulması amaç kapsamına dâhil edilmiştir. Bu fıkarda daha ziyade meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin istihdam yaratma fonksiyonundan yararlanma hedefinin koyulduğu görülebilmektedir. Gerçekten de direktif, Mart 2000’de Lizbon’daki Avrupa Konseyince benimsenen istihdam stratejisi kapsamında, istihdam yaratılması hedefleri ile de uyumludur. Avrupa istihdam stratejisi ile Avrupa ekonomisi, dünyadaki en rekabetçi ve dinamik bilgi tabanlı ekonomi olmayı amaçlamaktadır⁵⁰⁵. Direktifi hazırlayanlarda bu kapsamda değerlendirme yapabilmektedirler. Genelde eşit işlem ilkesinin önemi üzerinde durularak, bu ilkenin ödünç alan işverenin işyerindeki işçilerle ödünç işçiler arasında uygulanmasının, ödünç işçilerin sosyal açıdan kabulünün geliştirilmesine çok faydalı olacağı ileri sürülmektedir. Bu sayede belli işçi grupları açısından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi daha çekici hale gelecek ve geçici istihdam büroları işçilerini daha büyük bir aday havuzundan seçebileceklerdir⁵⁰⁶. Kısacası Avrupa Komisyonunun gözünde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, iş güvencesi ve esnekliği

⁵⁰⁵ *Eeckhoutte*, 80.

⁵⁰⁶ *Commission of the European Communities*, Impact, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

bağdaştıran önemli bir araç olarak görülmekte ve bu direktif aracılığıyla daha fazla ve daha iyi iş olanakları yaratılmak istenmektedir⁵⁰⁷.

cccc. Tanımlar

Direktifin üçüncü maddesi tanımlara yer vermiştir. İlk olarak işçi tanımına(md.3/1-a) yer verildikten sonra, ödünç işçi kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Ödünç alan işverenin gözetimi altında geçici olarak çalıştırılmak üzere geçici istihdam bürosu ile iş ilişkisine giren veya iş sözleşmesi olan kişi, ödünç işçi olarak tanımlanmıştır(md.3/1-b). Ödünç vermeden ne anlaşılacağı da, ödünç işçinin, ödünç alan işverenin gözetimi altında geçici olarak çalışmak üzere ödünç alan işverenin işyerine gönderildiği dönem şeklinde açıklığa kavuşturulmuştur(md.3/1-c). Geçici istihdam bürosu, ödünç işçilerle, ilgili işçileri ödünç alan işverenin gözetimi altında ve onun işyerinde geçici olarak çalıştırmak üzere ödünç alan işverene göndermek amacıyla, ulusal kanunlara uygun olarak istihdam ilişkisi kuran veya iş sözleşmesi akdeden herhangi bir gerçek veya tüzel kişi şeklinde ifade edilmiştir(md.3/1-d). Direktifin bu haliyle geçici istihdam bürolarının tüzel kişi olması şeklinde bir zorunluluk getirmediği ve gerçek kişilerinde geçici istihdam bürosu kurabileceği esasını benimsediği açıkça görülmektedir. Yabancı ülke uygulamalarını anlatırken bahsedeceğimiz üzere, pek çok ülke geçici istihdam bürolarının tüzel kişi olmasını ve hatta ‘anonim şirket’ şeklinde kurulmasını öngören düzenlemeler yapmaktadır. Direktifin bu konuyu üye ülkelere bıraktığı ve bu sayede esneklik sağladığı ortadadır. Bir ödünç işçinin geçici olarak bir başka işverenin gözetimi altında ve onun için çalıştığı gerçek veya tüzel kişi de direktif uygulaması kapsamında ödünç alan işveren olarak kabul edilmiştir(md.3/1-e). Direktif de ayrıca

⁵⁰⁷ *Eeckhoutte*, 80. *Uşen*, 52.

temel istihdam ve çalışma koşullarından ne anlaşılması gerektiği de tanımlanmıştır. Bu kapsamda kanunlar, tüzükler, idari hükümler, toplu iş sözleşmeleri ve/veya diğer genel hükümlerce konulmuş; genel tatiller, ücretli izin, gece çalışması, dinlenme dönemleri, ara dinlenmeleri, fazla çalışmalar ve çalışma süresinin müddeti ile ücrete ilişkin hususların temel istihdam ve çalışma koşullarından sayılacağı belirtilmiştir(md.3/1-f).

Tanımları belirten üçüncü maddenin ikinci fıkrasında hem ulusal kanundaki düzenlemeleri koruyan hem de iş hukukta belli sözleşme tiplerine bağlı olarak çalışan işçileri koruyan bir hüküm sevk edilmiştir. İlgili fıkra göre direktif, işçinin, iş ilişkisinin, iş sözleşmesinin veya ücretin tanımı hakkında ulusal kanunların hükümlerine hâlel getirmeyecektir ve ayrıca üye devletler, istihdam ilişkisi veya iş sözleşmesi bulunan işçileri sadece part-time çalıştığı, belirli süreli iş sözleşmesi bulunduğu veya geçici istihdam bürosu ile istihdam ilişkisi veya iş sözleşmesi bulunduğu için bu direktifin kapsamının dışında tutamayacaklardır.

Direktifin, mart ayında çıkan ilk halinde ayrıca ‘emsal işçi’ tanımına da yer verilmiştir. Fakat parlamentonun değişiklik önerisinin kabul edilmesi ile birlikte, düzeltilmiş son direktif önerisi metninde ‘emsal işçi’ kavramı tanımlar maddesinden çıkartılmıştır⁵⁰⁸.

dddd. Sınırlama ve Yasakların Gözden Geçirilmesi

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kullanımındaki sınırlamalar ve yasaklamalar, sadece geçici işçilerin korunması, iş sağlığı ve güvenliği gereksinimleri, iş piyasasının uygun bir şekilde işlemesinin sağlanması ihtiyacı ve

⁵⁰⁸ Uşen, 53.

kötüye kullanımların(suistimallerin) engellenmesiyle bağlantılı kamu çıkarı sebeplerine dayandırılabilir(md.4/I). Üye devletler, ulusal mevzuata, toplu iş sözleşmelerine ve uygulamalarına uygun olarak sosyal taraflara danıştıktan sonra, sınırlama ve yasakların birinci fıkrada öngörülen sebeplere dayandırılıp dayandırılmadığını gözden geçirebileceklerdir(md.4/II).

Her ne kadar sınırlama ve yasakların gözden geçirilebileceğine dair bu yönde bir hüküm getirilmişse de dördüncü maddenin üçüncü fıkrasında kayıt yapma, ruhsat verme, lisans, finansal garanti veya geçici istihdam bürolarının denetlenmesi hususundaki ulusal düzenlemelere hâlel gelmeyeceği demek suretiyle bir nevi bu konularda üye devletlere güvence sağlanmıştır. Üye devletlerin, getirilen sınırlama ve yasakları gözden geçirebileceğine yönelik bu hükümler dahi sosyal tarafların özellikle işveren tarafının itirazlarını yumuşatmamıştır.

eeee. Eşit İşlem İlkesi

Büyük tartışmalara yol açmış olan ve hatta direktif önerisinin direktif haline gelmesine büyük ölçüde engel olan ‘Eşit İşlem İlkesi’ne yönelik düzenleme düzeltilmiş direktif önerisinin 5. maddesinde yer almaktadır. İlgili maddenin birinci fıkrasına göre, ödünç alan işveren yanında çalıştığı dönem için ödünç işçilerin temel istihdam ve çalışma koşulları, aynı işi yapmak için ödünç alan işverence doğrudan işe alınmış olsaydı uygulanacak olan koşullar şeklinde belirlenmiştir. Md.3/I-f hükmünü tanımlar başlığı altında incelerken temel istihdam ve çalışma koşullarından ne anlaşılması gerektiğini zaten belirtmiştik. Bu fıkrada da geçen bu deyim 3. maddeye bir gönderme niteliğini taşıdığı açıktır.

Daha önceden de belirttiğimiz üzere düzeltilmiş direktif önerisinde ‘emsal işçi’ kavramının tanımına yer verilmediğini ifade etmiştik. Direktif önerisinin düzeltilmeden önceki halinin 3. maddesinin ‘b’ fıkrasında emsal işçi; kıdem, nitelik ve tecrübe göz önüne alındığında, geçici istihdam bürosunun ödünç olarak verdiği işçinin işyerinde yaptığı aynı veya benzer bir işte ödünç alan işverence istihdam edilen işçi şeklinde tarif edilmişti. Nitekim direktifte düzeltme yapılmadan önceki halinin ‘Açıklayıcı Müzekkeresinde(Explanatory Memorandum)’ bu direktifin ödünç işçiler için eşit işlem ilkesindeki temel ilkeyi belirlediği ifade edildikten sonra, bu ilkenin temel istihdam ve çalışma koşulları açısından ödünç işçilere, ödünç alan işverence aynı veya benzer işte istihdam edilen emsal işçiye nazaran daha farklı işlemde bulunulamayacağı düşüncesine dayandığı belirtilmiştir⁵⁰⁹. Tekrar direktif önerisinin düzeltilmiş haline geri dönülecek olursa, bu halinde emsal işçi tanımına yer verilmemiş ve eşit işlem ilkesini düzenleyen 5. maddesinin bu nedenle tekrar düzenlendiği görülmektedir. Ancak her ne kadar ifadelerde değişikliğe gidilmişse de aslında md.5/1 ödünç işçilerin çalışma koşullarında emsal işçilerle eşit işleme tabi tutulmaları prensibini korumuştur. Bir başka deyişle aynı hususun ifadesinde cümle değişikliğine gidilmiştir⁵¹⁰. Belki de hala direktif önerisinin direktif haline gelmesinin gecikmesi ve üzerindeki tartışmalar aslında direktifte değişikliklere gidilirken tartışma konularının esasında değişikliğe gidilmemiş olması şeklinde düşünülebilir.

Tekrar direktifin 5. maddesine geri dönecek olursak birinci fıkrada bir hükme daha yer verilmiş olduğunu görürüz. Bu fıkra ödünç alan işverenin işyerindeki

⁵⁰⁹ *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

⁵¹⁰ *Blanpain*, 4.

çalışma koşulları ile ilgilidir. Buna göre ödünç alan işverenin işyerinde uygulanan emziren annelerin ve hamile kadınların korunması ve çocukların ve gençlerin korunması, kadın ve erkeklere eşit işlemlerde bulunulması ve cinsiyet, ırk, etnik köken, din, inanç, sakatlık, yaş veya cinsel yönelime dayalı ayrımcılıkla mücadele edecek faaliyetlere ilişkin kurallar; kanunlar, tüzükler, idari hükümler, toplu iş sözleşmeleri ve/veya diğer genel hükümlerce öngörülmüş olanlarla uyum içinde olmalıdır.

Eşit işlem ilkesini düzenleyen 5. maddenin birinci fıkrasında yukarıda belirttiğimiz üzere eşit işlem ilkesinin uygulanmasına yönelik temel prensip belirlenmiştir. Bununla birlikte bu hükme de çeşitli istisnalar getirilmiş fakat bu istisnaların uygulanması aşağıda da görüleceği üzere üye devletlerin takdirine bırakılmıştır.

Ücretler bakımından, üye devletler sosyal taraflara danıştıktan sonra, ödünç işçilerin geçici istihdam bürosu ile devirler arasındaki zamanda da ücretin ödenmeye devam ettiği belirsiz süreli bir iş sözleşmesine sahip olduğu durumlarda, birinci fıkra da belirtilmiş olan temel ilkeye istisna öngörebilecekleri belirtilmiştir(md.5/II). Bundan başka üye devletler, yeterli ölçüde sosyal taraflara danıştıktan sonra, ödünç işçiler için uygun seviyede bir koruma sağlanması şartıyla, sosyal taraflara eşit işlem ilkesinin istisnalarını toplu iş sözleşmesi yoluyla düzenleme hakkını verebileceklerdir(md.5/III)⁵¹¹. Bu istisna sayesinde sosyal taraflar mümkün olduğu ölçüde kendi ihtiyaçlarını ve çıkarlarını uyarlayabilme imkânına kavuşturulmuştur⁵¹². Son olarak getirilen bir istisna hükmü de ödünç süresiyle bağlantılı olarak ortaya çıkmaktadır. Belirttiğimiz iki istisna hüküm saklı kalmak kaydıyla, üye devletler,

⁵¹¹ *Uşen*, 55-56.

⁵¹² *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

ücret konusunda, ödünç işçinin, aynı ödünç alan işverenin işyerinde, bir ödünç veya ödünç dizisi esnasında, süresi ve niteliğinden dolayı 6 haftayı geçmeyen bir dönemde tamamlanabilen bir işte çalışması durumunda 5. maddenin birinci fıkrasında öngörülen eşit işlem ilkesinin uygulanmayacağını kararlaştırabileceklerdir. Bu fıkranın devamında üye devletlerin bu fıkranın kötüye kullanımını engellemek açısından uygun önlemleri alacağı güvence altına alınmıştır(md.5/IV). Öngörülen 6 haftalık süre başta İngiltere olmak üzere çeşitli üye devletlerden tepki almış ve sürenin 18 aya çıkarılması talep edilmiştir⁵¹³.

Eşit işlem ilkesini düzenleyen 5. maddenin uygulama usulü sosyal taraflara danışıldıktan sonra üye devletlerce belirlenecektir. Üye devletler ayrıca, ulusal uygulamalara uygun şekilde pazarlık sonucu uzlaşma vasıtasıyla, bu usulün uygun bir düzeyde tanımlanması görevini sosyal taraflara bırakabilecektir(md.5/V).

Geçici istihdam bürolarının bakış açısından muhtemel ana maliyetin, ödünç işçi ile ödünç alan işverenin işyerinde çalışan emsal işçi arasında eşit işlem ilkesinin uygulanmasından kaynaklanan muhtemel ücret artışları olduğu kabul edilmektedir. Fakat aslında bu bakış açısının bir takım faktörlerle sınırlandırıldığı savunulmaktadır. Bir kere eşit işlem ilkesinin, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörünü kapsayan bir toplu iş sözleşmesinin bulunmadığı durumlarda uygulanacağı ifade edilmektedir. Bundan başka, çoğu ülkede zaten eşit işlem ilkesi uygulandığından veya çoğu ülkede ödünç işçiler, fiilen emsal işçilere yakın veya daha yüksek ücret aldıklarından ancak bazı ülkelerdeki geçici istihdam bürolarının, 5. madde düzenlemesinden etkileneceği belirtilmektedir. Ayrıca nitelik, tecrübe ve mesleki geçmiş unsurları nedeniyle ücret farklılıklarının süreceği iddia edildiği gibi ödünç işçilerin iş sözleşmesinin belirli

⁵¹³ *Uşen*, 56.

sürelî veya belirsiz sürelî olmasına göre istisnaların öngörülebileceği de söylenmektedir. Bunların yanı sıra geçici istihdam büroları, esneklikten kaynaklanan üstün durumları nedeniyle ücret artışlarını ödünç alan işverenlere yansıtabileceklerdir. Dolayısıyla direktifle Avrupa çapında geçici istihdam bürolarına yüklenmiş bu ekstra yükümlülükler, epeyce sınırlı kalacaktır⁵¹⁴.

Direktifi hazırlayanların eşit işlem ilkesinin uygulanmasına yönelik olarak çeşitli endişeleri gidermek için yukarıda belirttiğimiz açıklamaları pek kabul görmemiş ve üye devletlerden de tepki almıştır. Almanya, İngiltere ve Danimarka'nın da dâhil olduğu üye devletlerden bazıları ve işverenlerin çoğu, ödünç alan işverenler bakımından maliyetler çok yükseleceğinden önceleri emsal işçilere nazaran daha düşük ücretle çalışan belli sektörlerdeki işçilerin artık istihdam edilemeyeceği gerekçesiyle eşit işlem ilkesinin 5. madde olduğu şekliyle kabul edilmesine karşı çıkmaktadırlar⁵¹⁵. Bu konudaki tartışmaların sonucunun ne olacağını zaman gösterecektir.

ffff. Nitelikli Sürekli İşe Erişim

Direktifte başta sürekli bir işe erişim olmak üzere ödünç işçilerin durumlarının geliştirilebilmesi için bir dizi ilave hükümlerde belirlenmiştir⁵¹⁶. Ödünç işçilerin, devamı belirsiz olan geçici istihdam bürosundaki işlerinden deyim yerindeyse belirsiz sürelî iş sözleşmesine dayanan klasik istihdam biçimine terfî etmelerine yardımcı olmak üzere sevk edilen hükümler, direktif önerisinin 6. maddesinde yer almaktadır. Bu bağlamda direktif önerisine göre, ödünç alan işverenin işyerinde

⁵¹⁴ *Commission of the European Communities*, Impact, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

⁵¹⁵ *Blanpain*, 4.

⁵¹⁶ *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

sürekli iş arayan diğer kişilerle aynı fırsattan yararlanmaları için ödünç işçiler, ödünç alan işverenin işyerindeki boş pozisyonlardan haberdar edileceklerdir. Bu bilgiler, ödünç işçilerin, ödünç alan işverenin işyerinin uygun ve görebilecekleri bir yerinde genel ilanla sağlanabilecektir(md.6/I). Bu itibarla direktif önerisinde bu bilgilendirmenin genel ilanla yapılacağı belirtilmek suretiyle bilgilendirmenin ne şekilde yapılabileceği de gösterilmiştir. Direktif önerisinde yer alan bu yöndeki hüküm, bazı üye ülkelerin ulusal mevzuatında zaten yer almaktadır⁵¹⁷.

Ödünç işçilerin, başta sürekli bir iş ilişkisine erişmelerini sağlayan altıncı maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkrayı tamamlayan nitelikte bir hükmü içermektedir. Buna göre; üye devletler, ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında, ödünç süresinin sona ermesinden sonra, istihdam ilişkisinin kurulmasını veya iş sözleşmesinin akdedilmesini önleyen veya yasaklayan herhangi bir hükmün, geçersiz ve hükümsüz olmasını veya geçersiz ve hükümsüz olduğunun iddia edilebilmesini temin etmek için gerekli olan önlemleri almalıdırlar. Ancak bu hüküm, geçici istihdam bürolarının, geçici işçinin devredilmesi, işe alınması ve eğitimi için ödünç alan işverene sağladığı hizmetler mukabilinde uygun seviyede bir karşılık alacağı yönündeki hükümlere hâlel getirmeyecektir(md.6/II). Geçici istihdam bürolarının, ödünç alan işverenlerden yapmış oldukları masrafları alabilmelerini sağlayacak bahsettiğimiz son cümle, Euro-CIETT ve işveren örgütlerinin önerileri doğrultusunda direktif önerisine konulmuştur. AB üyesi pek çok ülkenin ulusal mevzuatlarında da bu yönde hükümler zaten yer almaktadır⁵¹⁸. Bahsettiğimiz bu hükmün amacının, sözleşme özgürlüğünden yararlanarak geçici istihdam bürolarının, ödünç işçilerin aleyhine bir durum yaratmalarının engellenmesi olduğu düşünülebilir. Nitekim zaten

⁵¹⁷ Uşen, 57.

⁵¹⁸ Uşen, 57.

ilgili hüküm ödünç süresinin sona ermesinden sonra ibaresini de içermekte ve aslında ödünç işçilerin, sözleşme özgürlüğünü koruyan bir nitelik taşımaktadır. Altıncı maddenin ikinci fıkrasında öngörülen ilkenin tam anlamıyla sağlanabilmesi ve kuvvetlendirilebilmesi amacıyla üçüncü bir fıkra hükmü ihdas edilerek tam anlamıyla bu konuda bir güvence sağlanması yoluna gidilmiştir. Gerçekten de geçici istihdam büroları, ödünç alan işveren tarafından işe alınan ödünç işçiler için özellikle onları sağlama karşılığında veya ödünç alan işverenin işyerindeki işini tamamladıktan sonra ödünç alan işveren ile bir istihdam ilişkisine girmesi veya bir iş sözleşmesi akdetmesinden dolayı ödünç işçilerden herhangi bir ücret talep edemeyecektir(md.6/III).

Altıncı madde de sadece ödünç işçilerin, ödünç alan işverenle iş sözleşmesi yapma özgürlüklerine yönelik hükümler değil aynı zamanda ödünç işçilerin, ödünç alan işverenin işyerindeki sosyal hizmetlerden yararlanması ve mesleki eğitim imkânları gibi konularda da düzenleme yapma yoluna gidilmiştir. Ödünç işçilere, ödünç alan işverence istihdam edilen işçilerle aynı koşullar altında özellikle ulaşım hizmeti, çocuk bakımı ve kantin gibi ödünç alan işverenin işyerindeki ortak hizmetlerden veya tesislerden, yararlanmamaları yönünde makul sebepler olmadıkça, erişim imkânı verilecektir(md.6/IV).

Direktif, ödünç işçilerin kariyerlerinin ve istihdam edilebilirliklerinin artırılmasını sağlamak amacıyla, gerek geçici istihdam büroları gerekse de ödünç alan işveren tarafından yeterli ve uygun mesleki eğitime tabi tutulmalarını da öngörmektedir⁵¹⁹. Üye devletler, ödünç işçilerin kariyer gelişimlerini sağlamak ve istihdam edilebilirliklerini arttırmak için, iki ödünç dönemi arasındaki sürede dahi,

⁵¹⁹ Uşen, 58.

ödünç işçilerin, geçici istihdam bürosunca eğitime tabi tutulmalarını ve aynı zamanda ödünç işçilerin, ödünç esnasında ödünç alan işverenin işçileri için verilen eğitime ulaşmalarını geliştirmek için ulusal geleneklerine ve uygulamalarına göre, sosyal taraflar arasında diyalogu geliştirecekler veya uygun olan önlemleri alacaklardır(md.6/V). Hollanda da toplu iş sözleşmesi ile düzenlenen bu hüküm, İtalya, İspanya ve Fransa gibi ülkelerde çıkarılan yasalar uyarınca işçi ve işveren örgütleri tarafından yönetilen çift taraflı yapılar yoluyla zaten düzenlenmektedir⁵²⁰. Altıncı maddenin bahsettiğimiz dördüncü fıkrası ile ödünç işçilerin önemli ve gerekli çalışma koşullarının geliştirilmesi ve beşinci fıkrası ile ödünç işçilerin istihdam edilebilirliklerinin artırılması amaçlanmaktadır⁵²¹.

gggg. Ödünç İşçilerin Temsili ve İşçi Temsilcilerinin Bilgilendirilmesi

Direktif aynı zamanda işçi temsilcisi organlarının oluşturulmasında ve ödünç alan işverenin işyerindeki işçi temsilcisinin bilgilendirilmesinde, dolayısıyla toplu iş hukuku ile ilgili alanlarda da düzenlemeler getirmiştir. Ödünç işçiler, üye devletlerce belirlenecek koşullar çerçevesinde, topluluk hukuku ve ulusal hukuk mevzuatları ile toplu iş sözleşmelerinde öngörülen işçileri temsil eden organların geçici istihdam bürolarında oluşturulmasında eşğin hesaplanması amacı kapsamında göz önüne alınırlar(md.7/1). Bununla birlikte üye devletler, belirledikleri koşullar altında, topluluk hukuku ve ulusal hukuk mevzuatı ile toplu iş sözleşmelerinde öngörülen işçileri temsil eden organların ödünç alan işverenin işyerinde oluşturulmasında ödünç işçileri, ödünç alan işverence aynı zaman sürecinde doğrudan istihdam edilen işçiymişçesine aynı şekilde eşğin hesaplanması amacı çerçevesinde göz önüne

⁵²⁰ *Uşen*, 58.

⁵²¹ *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

alabileceklerdir(md.7/II). Bu iki hüküm incelendiği taktirde ödünç işçilerin temsil edilmesinde direktif önerisinin esas olarak geçici istihdam bürolarını baz aldığı görülmektedir. Bununla birlikte ödünç alan işverenler bakımından ise üye ülkelerin takdirine bıraktıkları ortadadır. Yedinci maddenin ikinci fıkrasında üye devletlerin takdirine bırakan bir düzenlemenin getirilmesindeki başlıca sebep, bu yöndeki uygulamanın üye ülkeden üye ülkeye değişmesidir. Bazı ülkelerde ödünç alan işverenlere yönelik hüküm de düzenlenmişken bazı ülkelerde sadece geçici istihdam bürosu kapsamında düzenlemeler gerçekleştirilmiştir⁵²².

Direktifin sekizinci maddesinde, bir fıkra halinde işçi temsilcilerinin bilgilendirilmesi yönünde bir düzenleme getirilmiştir. Burada bahsedilen işçi temsilcisi, ödünç alan işverenin işyerindeki işçi temsilcisidir. İlgili hüküm gereğince, daha katı ve/veya daha belirli olan danışma ve bilgilendirme ile ilgili ulusal ve topluluk hükümleri saklı kalmak üzere, ödünç alan işveren, işyerindeki ulusal ve topluluk mevzuatına uygun olarak kurulan işçileri temsil eden organlara, işletmenin istihdam durumu ile ilgili bilgi sağlarken, ödünç işçilerin kullanımı üzerine de uygun bilgileri sağlayacaktır(md.8). Nitekim bazı AB üyesi ülkelerde örneğin, İsveç, İtalyan ve Alman mevzuatında, bir işyerinde ödünç iş ilişkisine başvurulmadan önce işçi temsilcilerine danışma zorunluluğu getirilmiştir⁵²³.

hhhh. Diğer Hükümler

Direktif önerisinin üçüncü bölümünde ‘son hükümler’ başlığı altında bilhassa direktif önerisinin kabul edilmesi halinde uygulanmasına yönelik hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bu kapsamda asgari koşullar, para cezaları, uygulama,

⁵²² Uşen, 59.

⁵²³ Uşen, 59.

komisyonca gözden geçirme ve direktifin yürürlüğü maddeleri düzenlenmiştir. Asgari koşullar maddesi kapsamında direktifin, üye devletlerin, işçilerin daha yararına olan veya işçilerin lehine sosyal taraflarca akdedilmiş toplu iş sözleşmelerine izin veren veya geliştiren hukuki, düzenleyici veya idari hükümleri koyma veya uygulama haklarına hâlel getirmeyeceği belirtilmiştir(md.9/I). Ayrıca direktifin yürürlüğe girmesinin hiçbir şekilde, direktif kapsamına giren konularda işçilere sağlanan genel korumanın düşürülmesini haklı kılmaya yeterli dayanak oluşturmayacağı ve direktifin yürürlüğe girmesinin, üye ülkelerin ve/veya yönetim ve işçilerin, direktifteki asgari standartlara uygun olmak koşuluyla, değişen koşullar ışığında, direktifin kabul edildiği zamandakinden farklı yasal, idari ve sözleşmesel düzenlemeler getirme hakkına hâlel getirmeyeceği belirlenmiştir(md.9/II). Bu sayede üye devletlerin, direktifte belirlenen asgari standartlara uymak koşuluyla farklı düzenlemeler meydana getirebilme imkânları korunduğu görülmekte ve direktifin ödünç işçiler açısından sadece asgari koşulları oluşturduğu kabul edilmektedir.

Para cezalarını düzenleyen 10. maddede de, üye devletlerin, bu direktif çerçevesinde düzenlenmiş ulusal hükümlerin ihlali durumunda uygulanacak para cezası hükümlerini koyacakları ve bunların uygulanmasını sağlamak için gerekli tüm önlemleri alacağı kuralı konduktan sonra, belirtilen cezaların, etkili, orantılı ve caydırıcı olması gerektiği kabul edilmiştir. Uygulamaya yönelik hükümler getiren 11. madde de ise, üye devletlerin, en son direktifin kabulünden iki yıl sonra bu direktife uyum için gerekli olan kanunları, düzenlemeleri, idari hükümleri benimseyecekleri veya sosyal tarafların anlaşma yoluyla gerekli hükümleri belirlemelerini temin edecekleri şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Eğer ki üye devletler, direktifin hükümlerini uygulamayacak olurlarsa bu takdirde daha önceden bahsettiğimiz üzere

üye devletlerin sorumlulukları söz konusu olacaktır. Bu sorumluluk birlik düzeyinde olduğu gibi, üye devletlerin sınırları dâhilinde yaşayan bireyler kapsamında da mevcut olmaktadır.

Eğer direktif önerisi bu haliyle kabul edilecek olursa, en geç kabul edilmesinden beş yıl sonra, komisyon, topluluk düzeyinde sosyal taraflara ve üye devletlere danışarak, direktif hakkında uygulamayı gözden geçirecek ve konseye ve parlamentoya gerekli değişiklikleri ibraz edecektir(md.12). Bir başka deyişle ilk beş yıl boyunca direktifin, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörü üzerindeki etkisi değerlendirilecek ve sektöre uygun olmayan hükümler gözden geçirilerek düzeltililecektir. Tabî ki bunun olabilmesi için öncelikle sosyal tarafların ve ülkelerin, bu konuda uzlaşmaya gitmesi ve direktifi kabul etmesi gerekmektedir.

bbb. Direktifle İlgili Gelişmeler

AB üyesi ülke bakanları, 6 Mart 2003 tarihinde Yunanistan'ın dönem başkanlığındaki ilk resmi İstihdam, Sosyal Politika, Sağlık ve Tüketici İlişkileri Konseyi toplantısı için Brüksel'de bir araya gelmişlerdir. İlgili toplantıda Avrupa istihdam stratejisi, sosyal koruma, ayrımcılığı önlemeye yönelik direktiflerin uygulanması gibi konularda konuşulmuş olmakla birlikte en çok dikkat çeken ve tartışmaya konu olan husus, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik direktif önerisiydi. Konsey de, delegeler arasında düzenlemenin derecesi, düzenleme ve meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektöründeki rollerine ilişkin olarak farklı görüşlerin var olduğu tespit edilmiş ve meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin niteliğinin ve öneminin üye devletten üye devlete değişmesi nedeniyle bu alanda dengeli bir politik anlaşmaya ulaşılabilmesi için daha fazla çalışmaya ihtiyaç olduğu

kabul edilmiştir⁵²⁴. Buradaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere, direktif önerisinin direktif haline gelebilmesi için daha üzerinden pek çok tartışmanın geçeceği ve değişikliklere uğrayacağı sonucunu çıkarmak pekte zor değildir.

Tekrar toplantıya dönecek olursak, söz konusu toplantıda göze çarpan, çeşitli konulara değinildiği de görülmektedir. Bir kere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik kısıtlamaların ve yasakların gözden geçirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Çoğu delege, sınırlama ve yasaklamaları öngören direktif maddesinin tekrar gözden geçirilmesini istemektedirler, çünkü meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisindeki sınırlama ve kısıtlamalara dair ulusal mevzuatta ve toplu iş sözleşmelerinde ne gibi değişikliklere ihtiyaç olduğunun tespit edilebilmesi için daha ayrıntılı bir inceleme gerekmektedir. Ayrıca baştan beri sorun yaratan eşit işlem ilkesine de değinilmiştir. Eşit işlem ilkesi temel olarak ödünç alan işveren tarafından doğrudan istihdam edilen işçilerle, geçici istihdam bürosu tarafından istihdam edilen ödünç işçiler arasında uygulanmaya yöneliktir⁵²⁵. Bu itibarla ‘eşit işlem ilkesi’ni anlatırken ifade ettiğimiz üzere emsal işçi kavramı hala baz alınmaya devam etmektedir. İşte burada ödenecek ücrete ilişkin eşit işlem ilkesine getirilen istisna hükmüne değinilmiştir. Bu istisna hükmü ödünç işçinin, ödünç alan işveren yanındaki toplam çalışma süresi 6 haftayı aşmazsa eşit işlem ilkesinin uygulanmayacağını öngörmektedir. Delegeler, bu kuralı sorgulamakta; ya karşı çıkmakta ya da 6 haftalık sürenin daha uzun belirlenmesi gerektiği savunmaktadırlar. Son olarak toplantı da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörünün bir işgücü piyasası aracı olarak ele alınmasına da değinilmiştir. Daha önceden de direktif önerisinin kapsamı kısmında belirttiğimiz üzere üye devletler,

⁵²⁴ *Broughton*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/03/feature/eu0303203f.htm>, 21.07.2008.

⁵²⁵ *Broughton*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/03/feature/eu0303203f.htm>, 21.07.2008. *Uşen*, 64.

kamu kuruluşlarınca desteklenen meslekte yeniden eğitim(meslek içi eğitim), entegrasyon, mesleki eğitim çerçevesinde akdedilmiş iş sözleşmelerini ve iş ilişkilerini direktifin uygulama alanının kapsamı dışında bırakabileceklerdir. İşte bazı delegeler, ilgili hüküm içeriğinin genişletilmesi gerektiğini belirtmişlerdir⁵²⁶. Her ne kadar ilgili toplantıda çeşitli konulara değinilmesi istenmişse de somut bir sonuç elde edilememiştir. Bu itibarla umutlar o dönem için 2-3 Haziran 2003'te yapılacak toplantıya bırakılmıştır⁵²⁷.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik direktif önerisine de değinilecek olan İstihdam, Sosyal Politika, Sağlık ve Tüketici İlişkileri Konseyi toplantısı, yine Yunanistan'ın dönem başkanlığında 2-3 Haziran 2003 tarihinde Lüksemburg'da yapılmıştır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere direktif önerisine ilişkin uzlaşmanın bu toplantıda sağlanacağı umuluyordu, fakat aksine toplantıda yaşanan tartışmalardan sonra temel görüş farklılıklarının devam ettiği ve dolayısıyla bu aşamada politik bir uzlaşmaya varılabilesinin mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Bu toplantıda da eşit işlem ilkesinin uygulanmasına 6 haftalık süre sınırı koyan ve ücretle ilgili olan istisna hükmündeki sürenin altı haftanın üzerine çıkarılması gerektiği yine savunulmuştur. Toplantı esnasında delegelerin çoğunluğu, eşit işlem ilkesine, üye devletlerin ulusal koşulları göz önüne alındığında ne gibi istisnaların getirilebileceği ile ilgili olarak beş yıllık geçiş dönemini kabul etmeye hazır olduklarını belirtmişlerdir. Bununla birlikte dört delege, tartışma konusunu oluşturan istisna hükmünün kalıcı olması görüşünü savunmuşlardır. Bu gelişmeler üzerine dönem başkanı, ilgili hükmün uygulamasının, Bakanlar Konseyi ve Avrupa Parlamentosu'nun gelecek kararına bırakılması

⁵²⁶ **Broughton**, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/03/feature/eu0303203f.htm>, 21.07.2008.

Uşen, 64

⁵²⁷ **Broughton**, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/03/feature/eu0303203f.htm>, 21.07.2008.

önerisinde bulunmuştur, ancak delegelerin çoğu bu öneriyi kabul etmediği gibi, diğer dört delegede bir istisnanın öngörülebileceği deneme süresinin altı ay olması halinde öneriyi kabul edeceklerini belirtmişlerdir⁵²⁸. Görüldüğü üzere tartışmaların, üye devletlerin ilk başta karşı çıktığı emsal işçi kavramından ziyade eşit işlem ilkesine uygulanacak istisnalara yöneldiği görülmektedir. Bu istisnalardan da bilhassa ödünç işçinin, ödünç alan işveren yanında çalıştığı süreyi temel alan ve şimdilik direktif önerisinde bu süreyi 6 hafta olarak kabul eden düzenlemenin, deyim yerindeyse fırtınaları koparttığı görülebilmektedir.

Her ne kadar tartışmalar yaşansa da, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik direktifle ilgili çalışmalar devam etmekte ve bu çalışmalar, belirli özel nitelikleri olan işsizlerin tekrar işgücü piyasasına kazandırılması, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine getirilen kısıtlamaların kaldırılması veya gözden geçirilmesi ve eşit işlem ilkesine getirilen istisnaların niteliği ve deneme süresinin uzunluğu konularına yoğunlaşmıştır. Üye ülkeden ülkeye, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin oldukça farklı düzenlemelere konu olmasından dolayı bu toplantıda da bir uzlaşmaya varılamamıştır, bununla birlikte delegeler bir uzlaşmaya varacak olsa bile, direktif önerisinin son kabulüne kadar daha uzun bir sürenin geçeceği ortadadır⁵²⁹.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik uzlaşma sağlanamadığından ötürü, toplantılar yapılmaya devam etmektedir. Bu kapsamda Avrupa Birliği İstihdam ve Sosyal İlişkiler bakanları, Hollanda Sosyal İlişkiler bakanı başkanlığında 4 Ekim 2004 tarihinde İstihdam, Sosyal Politika, Sağlık ve Tüketici İlişkileri Konseyi toplantısı için Lüksemburg'da bir araya gelmişleridir. Ekim ayında yapılan bu

⁵²⁸ **Broughton**, Council, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/06/feature/eu0306206f.htm>, 21.07.2008.

⁵²⁹ **Broughton**, Council, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/06/feature/eu0306206f.htm>, 21.07.2008.

toplantıda da tartışmalar bilhassa ödünç işçilerin çalışma koşulları ve eşit ücret ödenmesi konularına yoğunlaşmıştır. Nihayetinde bu toplantıda da konsey, kabul edilebilir bir uzlaşmaya ulaşılabilmesi için ilave çabaların gerekli olduğunu bir kez daha kabul etmiştir. Her ne kadar bu konseyde de direktif önerisinin kabul edilmesine yönelik bir adım atılamamışsa da, Haziran 2003'den sonra tekrar meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik direktif önerisini gündeme getirmesinden dolayı önemlidir⁵³⁰.

Avrupa Komisyonu Başkanı, takip eden gelişmelere bağlı olarak Ekim 2005'te 68 tane direktif önerisinin iptal edilebileceğini duyurmuştur. Bu çerçevede Avrupa Komisyonu Başkanı, direktif önerilerinin iptali ile ilgili olarak, bunların ya tekrar düzenleneceği ya da daha basit hale getirileceğini, bu sayede AB'nin kendi vatandaşlarının ve özel sektörünün çıkarlarını gözettiğini göstereceği açıklamasında bulunmuştur. Aslında komisyon, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili direktif önerisinin sosyal politikaya uygun olduğunu kabul etmiştir. Ekim 2004'den beri görüşülmeyen ve Bakanlar Konseyinde tıkanan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik direktif önerisine dair komisyon, diğer direktiflerin gelecekteki görüşmeleri esnasında tekrar ele alınacağını ifade etmiştir. Aslında komisyonun bu yöndeki söylemi, ilgili direktif önerisini belirsiz bir konuma sokmuştur⁵³¹.

Bu tarihten sonra Avrupa Komisyonu, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini düzenlemeye yönelik çabalarına devam etme niyetinde olduğunu göstermiştir. Bu husus 22.11.2006 tarihli '21'inci Yüzyılın Gelişmelerini Karşılanmak için İş

⁵³⁰ *Harper*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2004/10/feature/eu0410204f.htm>, 21.07.2008.

⁵³¹ *Broughton*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2005/10/inbrief/eu0510201n.htm>, 17.07.2008. *Uşen*, 65-66.

Hukukunun Çağdaştırılması-Yeşil Rapor⁵³², adlı belgede ifade edilmiştir. İlgili raporda, komisyon bir kez daha ödünç alan işveren tarafından doğrudan istihdam edilen işçiye nazaran ödünç işçilere daha farklı bir işlemde bulunulmamasını sağlama isteğini vurgulamıştır⁵³³.

AB düzeyinde, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik görüşmeler Aralık 2007’de tekrar gündeme alınmıştır. Bilhassa tartışmalar İngiltere’de yoğunlaşmıştır. Sendikalar, İngiliz hükümetini aralıktaki İstihdam, Sosyal Politika, Sağlık ve Tüketici İlişkileri Konseyi toplantısından önce direktife ilişkin görüşünü tekrar gözden geçirmesini talep etmişlerdir⁵³⁴. Nitekim 2007 yılının yazında İngiliz hükümeti, özellikle karşı çıktığı konulara yönelik olarak tutumunu değiştirmiş ve daha ılımlı görünmeye başlamıştır⁵³⁵. Ancak daha sonradan İngiliz hükümeti ve işverenler, ödünç işçiler bakımından eşit işlem ilkesi dolayısıyla sendikaların taleplerine muhalif kalma şeklindeki tutumlarına geri dönmüşlerdir⁵³⁶.

Bilineceği üzere ilgili direktif, ödünç işçiler ödünç alan işveren tarafından aynı işi yapmak üzere istihdam edilselerdi çalışacakları çalışma koşulları ve alacakları ücret bakımından eşit işlem ilkesini garanti etmeyi amaçlamaktadır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik direktif önerisinin İstihdam, Sosyal Politika, Sağlık ve Tüketici İlişkileri Konseyindeki uzun süreli çıkmazının ardından dönem başkanlığında bulunan Portekiz, direktif önerisini 2007 yılının ikinci yarısında tekrar gündeme getirmiştir. Bu görüşmeler esnasında da tahmin edildiği üzere İngiltere, direktif önerisine yönelik olumsuz tutumunu devam ettirmiştir ve hatta İngiltere’ye,

⁵³² Yeşil rapor; bir hükümet/birlik tasarısının ardındaki genel ilkeleri açıklayan resmi belge anlamına gelmektedir. (<http://www.zargan.com/sozluk.asp?Sozcuk=green+paper>, 22.07.2008).

⁵³³ *Trinczek*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/02/articles/eu0802019i.htm>, 17.07.2008.

⁵³⁴ *Carley*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2007/12/articles/uk0712029i.htm>, 17.07.2008.

⁵³⁵ *Trinczek*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/02/articles/eu0802019i.htm>, 17.07.2008.

⁵³⁶ *Carley*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2007/12/articles/uk0712029i.htm>, 17.07.2008.

Almanya, İrlanda ve Malta'da destek vermiştir. Bununla birlikte üye devletlerin büyük bir çoğunluğu, direktif önerisini desteklemektedir. Bu nedenle toplantının sonuç bölümünde 2008 yılında konunun oylamaya sunulacağı ve mümkünse oybirliği aranmaksızın ortak tutumun benimsenebileceği belirtilmiştir⁵³⁷. Aralık ayında yapılan bu toplantıdan sonra açıklanan resmi basın bildirisinde de, belli bir üye ülkenin veya ülkelerin ismi açıklanmaksızın, kimi bazı üye ülkeler açısından direktif önerisinin taşıdığı hassas niteliğin ve son karara varmadan önce mümkün olduğu kadar büyük bir oranda uzlaşmaya varılabilmesi için uzlaşmaya yönelik tüm teşebbüsleri denemenin öneminin unutulmaması gerektiği açıklanmıştır. Bu nedenlerle konseyin, diyalog ve tartışma ortamını koruması ve devam ettirmesi amacıyla şimdilik direktif önerisine yönelik kararı erteleme en iyi seçenek olduğu yolunda mutabık kaldığı bildirilmiştir⁵³⁸.

İngiltere'nin tutumu, direktifin olduğu şekilde kabul edilmesi halinde işgücü piyasasındaki esnekliğe zarar vereceği ve iş kayıplarına yol açacağını iddialarına dayanmaktadır. Ancak artık işçi sendikaları da hükümetler ve işveren organizasyonları gibi meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ve direktif önerisiyle yakından ilgilenmektedirler. Dolayısıyla işçi sendikalarının tutumlarına da değinilmesi gereklidir. Bu bakımdan işçi sendikaları, bilhassa göçmen ödünç işçilerin giderek artan bir sayıyla ortaya çıkmasından dolayı ödünç işçilerin iş ilişkilerindeki haklarının azlığı ve savunmasız konumda bulunmaları ile ilgilenmektedir. İşçi kesiminde, İngiltere'nin işyerlerindeki adaleti geliştirecek ılımlı önlemlerin alınmasını öngören direktif önerisini engellemesi büyük bir kızgınlığa yol açmıştır.

⁵³⁷ *Carley*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2007/12/articles/uk0712029i.htm>, 17.07.2008.
Trinczek, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/02/articles/eu0802019i.htm>, 17.07.2008.

⁵³⁸ *Trinczek*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/02/articles/eu0802019i.htm>, 17.07.2008.

İşverenlerin tutumuna bakacak olursak, İngiliz Sanayi Konfederasyonu(The Confederation of British Industry), konsey toplantısından önce direktif önerisine yönelik olarak uzun süredir devam eden duruşunu yinelemiştir. İngiltere'deki işveren kesimi, hükümetin duruşunu korumasını takdir ederken direktifin kabul edilmesi halinde İngiltere'deki çeyrek milyon işin risk içine gireceğini ifade etmektedir⁵³⁹.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere direktif önerinse yönelik tartışma ve müzakereler, 2007 yılının ikinci yarısında yeniden başlatılmıştır. Bu kapsamda geçici istihdam acentelerini temsil eden Euro-CIETT ile Avrupa sendika hareketindeki baş aktörlerden biri olan UNI-Europa, direktif önerisine yönelik olarak ortak bir bildiri üzerinde uzlaşmışlardır. Bu bildiri ile ilgili sosyal taraflar, üzerinde uzlaşılacak olan bir direktifin, ödünç işçiler bakımından temel istihdam ve çalışma koşulları ile ilgili olarak eşit işlem ilkesini uygulayan düzenleyici bir çerçeve direktif olması gerektiğini Avrupa Birliği'ne iletmışlerdir. Euro-CIETT ve UNI-Europa'nın bu ortak bildirisi, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektöründeki sosyal tarafların çıkarlarını bağdaştıran ve dengeli ve tamamlayıcı bir anlaşma olarak görülmelidir, ayrıca her bir maddenin diğerini tamamladığı bir teklif olarak ele alınması da mümkündür⁵⁴⁰.

2008 yılının ikinci yarısında gerçekleşmesi beklenen tartışmalara katkıda bulunması için 28 Mayıs 2008 tarihinde düzeltilmiş direktif önerisine yönelik olarak sosyal tarafların görüşlerini belirttiği bu ortak bildirinin çeşitli bir takım kilit noktaları da yer almaktadır⁵⁴¹. Bu kilit noktalara kısaca değinecek olursak, bir kere

⁵³⁹ *Carley*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2007/12/articles/uk0712029i.htm>, 17.07.2008.

⁵⁴⁰ *Telljohann-Dazzi*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/06/articles/eu0806029i.htm>, 17.07.2008.

⁵⁴¹ *Telljohann-Dazzi*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/06/articles/eu0806029i.htm>, 17.07.2008. Ayrıca ortak bildirinin tam metnine ulaşmak için Bkz., [http://www.euro-ciett.org/index.php?id=113&tx_ttnews\[tt_news\]=47&tx_ttnews\[backPid\]=15&cHash=010602668d](http://www.euro-ciett.org/index.php?id=113&tx_ttnews[tt_news]=47&tx_ttnews[backPid]=15&cHash=010602668d), 22.07.2008.

sosyal taraflar vermiş oldukları ortak bildiri ile meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin işgücü piyasasında olumlu bir rol oynayabileceğini, aktif işgücü piyasası uygulamalarına katkıda bulunabileceğini ve Lizbon Stratejisinin ihtiyaçlarına cevap verebileceğini onaylamışlardır. Bundan başka ilgili taraflar, eşit işlem ilkesinin ödünç işçilere ilk günden itibaren uygulanması gerektiği konusunda da mutabık kalmışlardır. Pek tabii ki bu ilkeye, ulusal düzeyde sosyal taraf temsilcilerinin anlaşmasıyla örneğin deneme süresi gibi muhtemel bir takım istisnaların getirilebilmesinin mümkün olduğu da kabul edilmektedirler. İşte bu husus ulusal mevzuatlara uygulanabilecek bir düzenlemeye ulaşma ihtiyacının altını çizmektedir⁵⁴².

Ayrıca ortak bildiride işçilerin karşılaştırılabilirliğine yönelik tanımlamaların yapılması, ödünç alan işverenin işyerindeki aynı veya benzer işi yapan işçiyle ödünç işçi arasındaki çalışma ve istihdam koşullarındaki karşılaştırmanın genişletilmesi ile mevcut direktif önerisinin geliştirilebileceği de belirtilmiştir⁵⁴³. Görüleceği üzere aslında sosyal taraflar, artık AB düzeyinde konuya ilişkin bir uzlaşmaya varılabilmesi ve hiç değilse meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin bir çerçeve düzenlemeye kavuşturulabilmesi için gereken adımların atılmasına razı olduklarını göstermektedir. Bu bakımdan daha önceden eşit işlem ilkesinin uygulanması yolunda sosyal taraflar arasında çıkan tartışmanın dahi daha ılımlı bir hale geldiği

⁵⁴² **Telljohann-Dazzi**, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/06/articles/eu0806029i.htm>, 17.07.2008. [http://www.euro-ciett.org/index.php?id=113&tx_ttnews\[tt_news\]=47&tx_ttnews\[backPid\]=15&cHash=010602668d](http://www.euro-ciett.org/index.php?id=113&tx_ttnews[tt_news]=47&tx_ttnews[backPid]=15&cHash=010602668d), 22.07.2008.

⁵⁴³ **Telljohann-Dazzi**, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/06/articles/eu0806029i.htm>, 17.07.2008. Ortak bildirinin tam metninde istihdam ve çalışma koşulları bakımından eşit işlem ilkesinin uygulanmasında ikili bir ayrıma gidildiği görülebilmektedir. Buna göre ya ödünç alan işverenin işyerinde aynı veya benzer işi yapan ve doğrudan ödünç alan işverence istihdam edilen işçi göz önüne alınacaktır ya da doğrudan ödünç alan işverence ödünç işçi istihdam edilseydi hangi koşullara tabi tutulacaksa o koşullar göz önüne alınacaktır. Bu ikinci koşulun ödünç alan işverenin işyerinde ödünç işçi ile aynı veya benzer bir işi gören işçinin bulunmaması hali düşünülerek getirilmiş olduğu söylenebilir. ([http://www.euro-ciett.org/index.php?id=113&tx_ttnews\[tt_news\]=47&tx_ttnews\[backPid\]=15&cHash=010602668d](http://www.euro-ciett.org/index.php?id=113&tx_ttnews[tt_news]=47&tx_ttnews[backPid]=15&cHash=010602668d), 22.07.2008).

görülebilmektedir. Gerçekten de eşit işlem ilkesinin hem ilk günden itibaren uygulanmasını kabul etmekte hem de çalışma ve istihdam koşullarının karşılaştırılmasına yönelik esaslara ilişkin görüşlerini iletmektedirler.

Sosyal taraflar aynı zamanda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik öngörölmüş olan kısıtlama ve sınırlamalara ilişkin olarak görüşlerini de beyan etmişlerdir. Buna göre düzenli olarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik öngörölmüş sınırlamaların gözden geçirilmesi gerekliliğinin altı çizilerek, akabinde haksız veya artık zamanın ihtiyaçlarına uymayan kısıtlamaların kaldırılması hususuna değinilmiştir. Bir diğer yandan da muhtemel kötüye kullanımların engellenmesi amacıyla belli kısıtlamaların korunması gerekliliği de kabul edilmektedir. Ek olarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin diğer istihdam biçimlerini tamamladığı ve bir takım özel ihtiyaçlarını karşıladığı da açıklanmaktadır. Toplamda 25 maddeden oluşan bu ortak bildirinin önemli bir diğer kilit noktasını da, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik direktif önerisinin, ödünç iş ilişkisi sektörü ile ilgili diğer mevcut direktiflere, uygulamanın daha iyi bir şekilde gerçekleştirilebilmesi amacıyla ilişkilendirilmesi gerekliliği hususudur. Bu bakımdan hizmet özgürlüğü çerçevesinde kabul edilmiş olan sınır ötesine ödünç işçi gönderilmesi ile bağlantılı 96/71 no.lu direktif ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin 91/383 no.lu direktif örnek gösterilmektedir. Son olarak genel kabul gördüğü üzere ortak bildiride de ödünç işçilerin, grev yapan işçilerin yerine çalıştırılamayacağı kuralı üzerinde sosyal tarafların anlaştığı bir kez daha vurgulanmıştır⁵⁴⁴.

⁵⁴⁴ **Telljohann-Dazzi**, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/06/articles/eu0806029i.htm>, 17.07.2008. [http://www.euro-ciett.org/index.php?id=113&tx_ttnews\[tt_news\]=47&tx_ttnews\[backPid\]=15&cHash=010602668d](http://www.euro-ciett.org/index.php?id=113&tx_ttnews[tt_news]=47&tx_ttnews[backPid]=15&cHash=010602668d), 22.07.2008.

Nitekim Euro-CIETT başkanı Annemarie Muntz, bu ortak bildiriye önemli ve gelişmekte olan bir sektörün sosyal tarafları arasındaki yapıcı bir diyalogun meyvesi olarak nitelendirirken, UNI-Europa Genel Sekreteri Bernadetta Ségol, sosyal tarafların ilk kez eşit işlem ilkesinin ilk günden itibaren uygulanması hususunu kabul ettiklerini ifade etmişlerdir. Bu bakımdan ortak bildiriden ve ilgili sosyal tarafların başında yer alan kişilerin ifadelerinden de anlaşıldığı üzere ödünç işçilerin çıkarlarının korunması ve mümkün olduğu kadar çabuk direktif önerisi üzerinde uzlaşılması talep edilmektedir⁵⁴⁵.

Şimdiye kadar yaşanan gelişmelere göz atıldığında artık direktif önerisinin kabul edilmesine yönelik kararlılığın arttığı göze çarpmaktadır. Bu konuda İngiltere ve bu ülkeyi desteklediğini belirttiğimiz diğer ülkeler dışındaki üye ülkelerin çabalarının yoğunlaştığı ve bu çabalara meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektöründe faaliyette bulunan sosyal taraflarında katkıda bulunduğu görülmektedir. Büyük bir ihtimalle 2008 yılının ikinci yarısında veyahut takip eden yılda birlik çapında etkili olacak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik direktif kabul edilmiş olacak gibi görünüyor. Ancak 2002 yılından beri geline noktaya bakılırsa bu konuda kesin bir şey söyleyebilmenin pek mümkün olmadığı ortadadır.

2. İstihdam Kurumları

Günümüzün daha da büyük bir sorunu haline gelen işsizlik, yirminci yüzyıldan beri bütün dünya ülkelerini değişen ölçülerde etkisi altına almıştır. Nitekim işsizlik gelişmişlik düzeyi ne olursa olsun, en küçük ekonomik istikrarsızlıkta derhal baş gösterebilmekte ve toplumsal düzeni sarsacak düzeye ulaşabilmektedir. Aslında bu

⁵⁴⁵ *Telljohann-Dazzi*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/06/articles/eu0806029i.htm>, 17.07.2008.

bakımdan az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkeler, işsizlikle daha fazla yüzleşmek zorunda kalmaktadır, çünkü bu tür ülkelerde kronikleşmiş ekonomik istikrarsızlık, hızlı nüfus artışı ve yapısal değişiklikler, işsizliği tetiklemektedir⁵⁴⁶. Bu bakımdan işsizlikle mücadele açısından istihdam kurumları ve sunmuş oldukları hizmetler büyük bir önem taşımaktadır.

İstihdam kurumlarınca sunulan, istihdam hizmetleri, her şeyden önce bireylerin istihdam edilebilirliklerine yardımcı olduğu gibi, aynı zamanda onları, iş fırsatlarından ve sahip oldukları kanuni haklardan da haberdar etmektedir. Bu özellikleri ile istihdam hizmetleri, ekonomik kalkınmaya, tam ve üretken istihdama ve sosyal bütünleşmeye katkıda bulunmaktadır. Bir başka açıdan da istihdam hizmetleri, insan nüfusunun neredeyse yarısının günde iki dolarla yaşadığı dünyamızda bir kenara itilmiş hayatlardan ve yoksulluktan bireylerin daha iyi işlere ulaşmasını sağlayarak kurtulmalarına yardımcı olmaktadır. Son olarak istihdam hizmetleri ayrıca bireyler açısından hayat boyu eğitimde önemli bir kapı olma niteliğini taşımaktadır⁵⁴⁷.

Genel de istihdam hizmeti denilince akla gelen ilk kavram iş aracılığıdır. İş aracılığı daha önceden de bahsettiğimiz üzere, iş arayana iş, işçi arayana işçi bulmaya yöneltilmiş bir uğraş şeklinde ifade edilebilir. Bu uğraşın, arazi veya sürekli, ücretli veya ücretsiz, devlet eliyle veya özel kişi ve kuruluşlarca, yurt içi veya yurt dışına aracılık biçiminde görülebilmesi olasıdır. Bununla birlikte iş aracılığının en

⁵⁴⁶ *Başterzi-Şuğle*, 1.

⁵⁴⁷ *Nakayama-Samorodov*, 20.

önemli özelliğini de hatırlamakta fayda vardır. İş aracılığı bir defalık bir faaliyet olup, aracılık yaptığı kimselerle sürekli bir ilişkisi bulunmamaktadır⁵⁴⁸.

Bununla birlikte istihdam kurumlarınca yerine getirilen tek faaliyet iş aracılığı değildir. İstihdam hizmetlerinin işlevleri, üç temel grupta toplanabilmektedir. Bunların, işsizlere yardım sağlama ve iş yaşamına(bireylerin ilk kez veya tekrar) katılmalarına aracılık etme, iş açıklarının en kısa zamanda ve en iyi yetişmiş işgücü ile doldurulabilmesi ve bugünkü veyahut gelecekteki mesleklere göre işgücü talebinin arzı ile eşleştirilebilmesi için işgücü piyasasının düzenlenmesi ve son olarak yeni işlerin yaratılabilmesi için önlemlerin belirlenmesi ve uygulanması şeklinde sıralanabilmesi mümkündür⁵⁴⁹.

Belirtmiş olduğumuz bu işlevlerin yerine getirilebilmesi ve yönetimi açısından tarihsel sürece bakıldığı takdirde dört farklı modelin geliştirilmiş olduğu görülmektedir. Aslında bu modeller, istihdam hizmetlerinin hangi tür istihdam kurumları tarafından yerine getirilebileceği hususu ile de yakından ilgilidir. İlk model, mutlak tekel modelidir. Bu model de istihdam hizmetleri bir kamu hizmeti olarak algılandığından, iş ve işçi bulma hizmetinin görülmesinde devlete tam bir tekel hakkı tanınmaktadır. Bu model gereğince özel istihdam bürolarının anılan hizmeti görmesi kesinlikle yasaktır. İkinci model ise, mutlak tekel modelinin yumuşatılması neticesinde ortaya çıkan ılımlı tekel modelidir. Bu halde, özel istihdam bürolarına bazı istisnai hallerde faaliyette bulunabilmelerine izin verilebilmekte ve işçilere de kamu istihdam kurumlarına başvuruda bulunmaları

⁵⁴⁸ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 110. Aracının taraflarla hangi tür ilişki içinde bulunduğu da araştırılmıştır. Bu bakımdan aracının tarflardan hiç birisiyle iş sözleşmesi veya eser sözleşmesi içerisinde bulunmadığı ifade edilmektedir. Buradaki ilişkinin BK md.404-409 hükümleri çerçevesinde tellallık ilişkisi olduğu belirtilmektedir. (*Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 110).

⁵⁴⁹ *Başterzi-Şuğle*, 4.

koşulu aranmaksızın iş aramalarına olanak tanınmaktadır. Üçüncü model, özel istihdam bürolarının, kamu istihdam kurumlarının yanında devlet izin almak suretiyle veya izin alam koşulu aranmaksızın sadece belli koşulları taşımaları şartıyla fakat her halükarda devletin denetime tabi olarak faaliyet gösterdikleri, denetime açık birlikte çalışma modelidir. Dördüncü modelde, kamu istihdam kurumlarının yanında özel istihdam bürolarının da serbestçe faaliyette bulunabildiği, serbest birlikte çalışma modelidir⁵⁵⁰. Günümüzde Türkiye açısından durumu kısaca belirtmemiz gerekirse, 4857 sayılı iş kanunu, 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu kanunu ve 4904 sayılı kanuna dayanılarak çıkartılan özel istihdam büroları yönetmeliği incelendiği takdirde, özel istihdam bürolarının kurulabilmesinde izin alması gerektiği ve işleyişlerinin denetime tabi tutulduğu görüldüğünde üçüncü modelin yani denetime açık birlikte çalışma modelinin ülkemiz için geçerli olduğu görülebilmektedir.

Esnekliğin çıkışında büyük paya sahip olan teknolojik gelişmelerin istihdam hizmetleri üzerinde etkisi o kadar büyük olmuştur ki, bazı kimseler bugünkü bildiğimiz anlamda kamu istihdam kurumlarının yok olacağını tahmin etmektedirler. Gelişmiş ülke uygulamalarına bakıldığında bilgi teknolojilerinin iş arayanları işverenlerle yakın bir ilişki içine sokmada bir potansiyele sahip olduğunu böylelikle istihdam hizmetlerinin atlanabildiği görülebilmektedir. Ayrıca işsizlik ödemeleri de telefon üzerinden talep edilebilmekte ve talep sahibinin banka hesabına otomatik olarak yatırılabilir. Tüm bu gelişmelere rağmen kamu istihdam kurumlarının işlevleri önemini korumaya devam etmektedir⁵⁵¹.

Ekonomik aktivitelerin zaman içerisinde karmaşıklaşmasından dolayı kamu istihdam kurumları talepleri karşılamakta güçlüklerle yüzleştiğinden, özel istihdam

⁵⁵⁰ *Başterzi-Şuğle*, 50.

⁵⁵¹ *Nakayama-Samorodov*, 21.

bürolarına kapılar açılmış ve son yıllarda olağanüstü bir büyüme göstermişlerdir. Özel istihdam büroları, ne ulusal işgücü piyasası programlarını nede işsizlik sigortasının yönetilmesinde rol oynamaktadır. Bu bakımdan özel istihdam bürolarının geleceğinin, son dönemin ilgi odağı olan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, yurtdışına işçi sağlanması ve müşterilerinin ihtiyaçlarına odaklanmış hizmetlerin hazırlanması olduğu tahmin edilmektedir⁵⁵². Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin, özel istihdam bürolarının geleceğini oluşturan birkaç husustan biri arasında değerlendirilmiş olması dahi, bu hukuki kurumun önemi bir kez daha göstermektedir.

181 no.lu ILO sözleşmesinde de belirttiğimiz üzere, özel istihdam bürolarınca yerine getirilebilecek faaliyetler arasında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açıkça ifade edilmiştir. Bu itibarla genel anlamda istihdam hizmetlerini yerine getiren kurumlara ve özel anlamda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini yerine getiren ve geçici istihdam bürosu olarak adlandırdığımız kuruluşlara değinilmesi gereklidir.

A. Kamu İstihdam Kurumları

Kamu istihdam kurumlarının ilk ortaya çıkması bilhassa özel istihdam bürolarının faaliyetlerini karşılamak amacına dayanmaktadır. Gerçekten de özel istihdam bürolarının işgücünü sömürmesi, 20. yüzyılın başında Avrupa'yı kasıp kavuran reform düşünceleri bakımından artık tahammül edilemez kabul edilmiş ve işçilerin haklarının tanınmasındaki anlayışta aynı yüzyıl içinde doruğa ulaşmıştır. Aslında bu anlatılanlar dahi özel istihdam bürolarının faaliyetlerinin ne kadar eskiye dayandığını da göstermektedir. O dönem özel istihdam büroları insan taciri olarak suçlanmış ve filizlenen sendika hareketi kapsamında grev bozucular olarak ilan

⁵⁵² Nakayama-Samorodov, 21.

edilmişlerdir⁵⁵³. Bunun neticesinde bir utanç kaynağı olarak görülmüşlerdir⁵⁵⁴. ILO bu dönemde devletlerin, kişilere iş bulunmasında ve yerleştirilmelerinde tekel hakkına sahip olmasına yönelik bir politikayı benimsemiştir. Bir başka deyişle işçilere iş bulma faaliyetinin ticari bir faaliyet olmaması yönünde ülkeleri yönlendirmiştir. ILO'nun bu yöndeki hareketi, hükümetler tarafından kontrol edilen ve yönetilen ücretsiz kamu istihdam kurumlarının kurulmasına sebep olmuştur. Nitekim bu gelişmelere ILO'nun yukarıda açıkladığımız 2 no.lu işsizlik hakkındaki sözleşmesi ve 1 no.lu işsizlikle ilgili tavsiye kararı önayak olmuştur. Bu her iki düzenleme de ücret alan veya kar amacı güden istihdam kurumlarının bir diğer ifadeyle özel istihdam bürolarının yasaklanmasını içermektedirler⁵⁵⁵. Yaşanan gelişmeler dolayısıyla hükümetler, özel istihdam bürolarının yetkilerini ellerinden almıştır ve böylece ilk kamu istihdam kurumları da ortaya çıkmaya başlamıştır⁵⁵⁶.

Kamu istihdam kurumları, İkinci Dünya Savaşının bitimini takiben, normalde sosyal işleyiş kapsamında yer almak isterlerken kendilerini beklenmeyen bir rolü üstlenmiş olarak bulmuşlardır. Kısacası, işgücü piyasasının işleyişindeki klasik teorinin kurumsal olarak cisimleşmiş hali olarak ortaya çıkmışlardır. Klasik teori özetle, işgücü piyasası aktörlerinin arz ve talebi bir denge içerisinde kendiliğinden bir araya getirdiğini savunmaktaydı. Dolayısıyla işsizlik, arz ve talebin kendiliğinden aynı düzeye gelmesini engelleyen ilk ve başlıca husus olarak değerlendirilmiştir. Bunu takiben kamu istihdam bürolarının rolü, iş arayanlarla işçi arayanları bir araya getirme sürecini hızlandırma ve basitleştirme olarak görülmeye başlanmıştır. Kamu istihdam kurumları, bu gelişmeler neticesinde hem sosyal işleyişe hizmet eden bir

⁵⁵³ Günümüzde grevci işçilerin yerine ödünç işçilerin çalıştırılmayacağı yönündeki kabul edilmiş genel ilkenin, 20'inci yüzyılın başında yaşanan bu gelişmelere dayandırılabilceği görülmektedir.

⁵⁵⁴ Ricca, 19.

⁵⁵⁵ Vosko, 48-49.

⁵⁵⁶ Ricca, 19.

kurum haline geldiğinden hem de ekonomik dengenin garantörü olarak davrandığından, sayıları tüm dünyada arttığı gibi kurumsal yapıları da kuvvetlendirilmiştir⁵⁵⁷.

İkinci dünya savaşından sonra sömürgelerin bağımsızlığını kazanması hareketi baş göstermiş ve ekonomik kalkınmanın hâkimiyetinin kurulduğu 1960'lı yıllarda bir dalga haline gelmiştir. Yaşanan gelişmeler aslında işsizliğin geçici bir dengesizliğin sonucu olmadığını aksine üretim sistemindeki çok köklü ve uzun süreli bir bozulmanın işaretleri olduğunu göstermiştir. Dolayısıyla kamu istihdam servisleri, kendisini iş yaratmaya ve kalkınma çabalarına adanmış büyük devlet mekanizmasında ikincil derecede bir unsur olarak görülmüştür. İşsizliğin ancak gelirin dağıtılmasından, sanayi teknolojisine ve toprak reformuna kadar her alanda yapılacak kapsamlı ve tutarlı politikalar yoluyla sona erdirilebileceği kabul edilmiştir⁵⁵⁸. Bununla birlikte günümüzde kamu istihdam servislerinin yapıları gözden geçirilmekte ve bir ülkedeki işgücü piyasasının işleyişi ile ilgili olarak önemli görevler verilebilmektedir. Kısacası günümüzde hala önemlerini taşımaktadırlar. Ancak unutmamak gerekir ki, kamu istihdam kurumlarının işgücü piyasasındaki faaliyetleri ve oynadıkları rolleri, zamana göre ve ülkeye büyük ölçüde değişiklik göstermektedir⁵⁵⁹.

İstihdam kurumları başlığı altında istihdam servislerinden ne anlaşılması gerektiği kısaca belirtilmiş olsa da kamu istihdam kurumlarının yürütecekleri başlıca faaliyetlerin de belirtilmesi gerekmektedir. Bir kere kamu istihdam kurumların

⁵⁵⁷ *Ricca*, 19-20.

⁵⁵⁸ *Ricca*, 20.

⁵⁵⁹ *Dockery-Stromback*, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intlr140&div=39&collection=journals&set_as_cursor=30&men_tab=srchresults&terms=public%20employment%20services&type=matchall, 24.07.2008.

yürütmeleri gereken fonksiyonlar arasında işgücü piyasasını ulusal düzeyde düzenlemesi sayılmaktadır. Bu kapsamda her yıl büyük bir insan ordusunun, mevsimsel sebepler yüzünden odunculuk, çiftçilik, demiryolu inşası ve bakımı, inşaat ve denizcilik işleri gibi nedenlerle göç ettikleri belirtilmektedir. Normalde bu göç faaliyetinin düzensiz bir şekilde meydana geldiği ve işçi yığınlarının, aldatıcı dedikoduların kucağına bırakıldığı ifade edilmektedir. İşte kamu istihdam kurumları, bir kere bu durumda bulunan kişileri organize ederek, zaman ve emek kaybının önüne geçebilecektir. Bundan başka kamu istihdam kurumlarının mesleki rehberlik bakımından, üniversiteler ve eğitim kurumlarıyla işbirliği yapması gerektiği ve bu suretle kişileri istihdam edilmek üzere hazırlayabilecekleri belirtilmektedir. Ayrıca işgücü piyasasındaki dalgalanmaların araştırılabilmesi için istatistiksel ve diğer bilgilerin toplanması ve yayınlanması hususunun da kamu istihdam kurumlarının faaliyetlerinden biri olduğu söylenmektedir⁵⁶⁰.

Kamu istihdam kurumlarından ayrıca işsizlik sigortası hizmetlerini de yürütmesi beklenmektedir. İşsizlik sigortası yardımlarını yürüten kamu istihdam kurumları, işsizlik ödemesinden yararlananların gerçekten iş bulmak için gerekli çabayı gösterip göstermediğini belirleyebilmek amacıyla ‘faaliyet raporlarını’ uygulamaktadır. Bu raporlara göre işsizlik ödemesinden yararlananlar, yeterli çabayı göstermediği tespit edildiği takdirde ödemelerin askıya alınması gibi çeşitli yaptırımların muhatabı olabilmektedir⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ **Stewart**, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/alablegr13&div=20&collection=journals&set_as_cursor=47&men_tab=srchresults&terms=public%20employment%20services&type=matchall, 24.07.2008.

⁵⁶¹ **Dockery-Stromback**, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intlr140&div=39&collection=journals&set_as_cursor=30&men_tab=srchresults&terms=public%20employment%20services&type=matchall, 24.07.2008.

Yukarıda saydıklarımızın yanında pek tabî ki kamu istihdam servislerinin ana görevlerinden bir diğerini işverenler ve iş arayanlar bakımından yerine getirilen iş aracılığı oluşturmaktadır. Gerçekten de günümüzde kamu istihdam kurumunun temel dayanak noktalarından birini iş aracılığı ile bağlantılı bir konu oluşturmaktadır. Şöyle ki; dezavantajlı veya iş bulması güç kişilerin, istihdam edilebilirliklerinin arttırılmasında bir yardıma ulaşabilmeleri, işgücü piyasasındaki eşitliği ve tarafsızlığı da arttırmaktadır. Dezavantajlı ve iş bulması güç kişilerden mesela eğitimsiz veya vasıfsız olup uzun süredir işsiz olanlar anlaşılabilir⁵⁶². Bu kapsama göçmen işçilerde dâhil edilebilmektedir. Kamu istihdam kurumları, göçmen işçilere sağlayacağı yardımlarla onları ihtiyaç olan iş sahalarına yönlendirebilir ve böylece ihtiyaç olmayan sektörlerdeki işgücü arzını arttırmaları engellenerek daha düşük çalışma koşullarına tabi olarak çalışmalarının önüne geçilebilir⁵⁶³.

Günümüzde artık kamu istihdam kurumlarının faaliyetleri değişmekte ve çeşitlenmektedir. Teknolojik ilerlemedeki yarış ve uluslararası arenadaki rekabet, tam istihdam yönündeki umutları hayal kırıklığına uğrattığından, pek çok ülke istihdam etmeye yönelik çabalarında özel bir takım önlemlere odaklanmıştır. Genellikle kamu fonları ile finanse ederek, yeni iş alanlarının yaratılması veya iş hayatına iş arayanların katılmasının kolaylaştırılması hedeflenmektedir. İşte bu gelişmelerin bir sonucu da, alttan alta kamu istihdam kurumlarının fonksiyonlarının değişmesidir. İş aracılığına odaklanmış hizmet sunma anlayışından işgücü

⁵⁶² **Dockery-Stromback**, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intlr140&div=39&collection=journals&set_as_cursor=30&men_tab=srchresults&terms=public%20employment%20services&type=matchall, 24.07.2008. **Brodsky**, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/month123&div=101&collection=journals&set_as_cursor=20&men_tab=srchresults&terms=public%20employment%20services&type=matchall, 24.07.2008.

⁵⁶³ **Stewart**, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/alablegr13&div=20&collection=journals&set_as_cursor=47&men_tab=srchresults&terms=public%20employment%20services&type=matchall, 24.07.2008.

piyasasındaki arz ve talep arasındaki açığın kapatılması fonksiyonunun üstlenilmesine geçilmiştir. Bu suretle istihdam yaratma programlarının tasarlanması ve yönetilmesi yönündeki hükümetlerin çabalarına dâhil edilmişlerdir⁵⁶⁴.

Ayrıca şu noktaya da değinilmesi gerekmektedir ki; Avrupa istihdam stratejisinin uygulanmasında kamu istihdam kurumları esas oyuncu konumundadır. Her yıl hazırlanan İstihdam Rehberleri ve Ulusal İstihdam Eylem Planları, istihdam stratejisinin uygulanmasında ve özellikle Avrupa istihdam stratejisinin temel direkleri olan istihdam edilebilirliğin sağlanmasında, girişimciliğin geliştirilmesinde, şirketlerin ve işgücünün uyum yeteneğinin güçlendirilmesinde ve kadınlara ve özürllülere işgücü piyasasında eşit fırsatların sağlanmasında kamu istihdam kurumlarına önemli rol yüklenmektedir. Aynı zamanda AB içindeki işgücünün serbest dolaşımının sağlanmasında da önemli rol oynamaktadırlar⁵⁶⁵. Bu bakımdan kamu istihdam kurumlarının temel görevi, açık işleri araştırarak işgücü piyasasını daha şeffaf hale getirecek şekilde olabildiğince hızlı ve güvenilir biçimde iş arayanlarla buluşturmaktır⁵⁶⁶. Tüm bu nedenlerle Avrupa Komisyonu kamu istihdam kurumlarının modernizasyonu ve değişen işgücü piyasasında etkinliklerini sürdürebilmelerini desteklemektedir⁵⁶⁷. Dolayısıyla gelecekte de görünen o ki; kamu istihdam kurumlarının faaliyetlerine her daim ihtiyaç duyulacaktır ve de duyulmaktadır ancak modernizasyonunda var olması gerektiği aşikârdır⁵⁶⁸.

Tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkışları ve gelişmeleri ile üstlendikleri başlıca işlevleri belirtilen kamu istihdam servisleri, pek çok ülkede özerk bir statüde

⁵⁶⁴ *Ricca*, 26.

⁵⁶⁵ *Kenar*, Kamu, 19.

⁵⁶⁶ *Fırat*, <http://www.isguc.org/zfirat3.htm>, 12.10.2006.

⁵⁶⁷ *Kenar*, Kamu, 20.

⁵⁶⁸ *Fırat*, <http://www.isguc.org/zfirat3.htm>, 12.10.2006.

kurulmaktadır. İstihdam kurumlarına özerk bir statünün sağlanabilmesi için yasal bir düzenleme gerektiğinden, söz konusu yasal düzenlemede bu kurumların yetkileri, finansman yönetimi, genel idare yapısı, denetimi, işçi ve işveren kuruluşlarıyla işbirliği koşulları belirtilmelidir⁵⁶⁹.

aa. Türkiye’de Kamu İstihdam Kurumu ve Gelişimi

Cumhuriyet dönemi iş hukukumuzda iş ve işçi bulmaya yönelik ilk düzenleme 03.04.1930 tarih ve 1580 sayılı belediye kanununda yer almıştır. İlgili kanun gereğince belediyeler, ihtiyari olarak iş ve işçi bulma büroları açabilecekler ve bu alanda faaliyet göstermek üzere açılmış bürolara ruhsat verebileceklerdi. İlaveten kanunda belediyeler, yersiz yurtsuz kimselere iş bulmakla da görevlendirilmişlerdir. Ayrıca kanuna göre belediyeler, yine ihtiyari olarak beldenin veya belediyenin ihtiyaç duyduğu, yapıcılık gibi meslek dallarında yetiştirmek üzere kurslar açabileceklerdi. Görüldüğü üzere belediyelere sadece klasik iş bulma hizmeti sağlama imkânı tanınmamış aynı zamanda mesleki eğitim hizmeti verebilme imkânının da önü açılmıştır⁵⁷⁰.

İş ve işçi bulmaya yönelik hukukumuzda tarihsel açıdan ikinci sırada olan ve bu konuya dair ilk ciddi düzenlememiz, 12.06.1936 tarih ve 3008 sayılı iş kanunumuzdur. Kanunun 63. maddesinde iş aracılığı hizmetinin bir kamu hizmeti olduğu ve bu faaliyetin devlet tarafından yerine getirilmesi gerektiği belirtilmişken, 65. maddesinde kazanç amacı güden iş ve işçi bulma bürolarının açılması yasaklanarak hâlihazırda faaliyette bulunanlarında üç yıl sonra Bakanlar Kurulunun vereceği kararla kapatılması öngörülmüştür. 65. maddeden anlaşıldığı üzere

⁵⁶⁹ Başterzi-Şuğle, 12.

⁵⁷⁰ Başterzi-Şuğle, 61-62.

Türkiye’de o yıllarda özel istihdam bürolarının faaliyette bulunduğu anlaşılmaktadır. İşte bu büroların her ne kadar kapatılması öngörülmüşse de faaliyette bulunanların başıboş bırakılması engellenmek istendiğinden, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde gördükleri işin niteliğini ve çeşidini, ücret tarifelerini, aracılık faaliyetinin yapılış şekli ile kendilerine kayıtlı işçilerin listesini, iş teşkilatına bildirmeleri yükümlülüğü 66. madde hükmü ile öngörülmüştür. Ancak işçi ve işveren kuruluşlarının, kamuya yararlı derneklerin ve hayır derneklerinin, iş veya işçi bulma alanında faaliyet göstermeleri, bu faaliyetin ücretsiz olması, idari makamlardan izin alınması ve ilgili makamın denetimine tabi tutulması koşullarıyla 68. maddede düzenlenmiştir⁵⁷¹.

21 Ocak 1946 tarihine gelindiğinde kabul edilen 4837 sayılı kanun ile ülkemizde, kamu istihdam hizmetlerini vermek üzere İş ve İşçi Bulma Kurumu(İİBK) kurulmuştur. Söz konusu kurumun amacı işçilere vasıflarına uygun işler bulmak ve işverenlere de işlerine uygun vasıfta işçi bulmak yani iş ve işçi bulmaya aracılık etmek olarak nitelendirilmiştir⁵⁷². 4837 sayılı kanunun kabulüyle 3008 sayılı iş kanunda öngörülen ve amacı iş ve işçi bulma faaliyetlerini ve buna ilişkin diğer görevleri yerine getirmek olan kamu istihdam kurumumuz vücut bulmuştur. 4837 sayılı kanunun birinci maddesinde İİBK’nın niteliği üzerinde de durulmuş ve kurumun, çalışma bakanlığına bağlı, tüzel kişiliğe haiz, mali ve idari bakımdan özerk bir devlet kuruluşu olduğu belirtilmiştir⁵⁷³.

1960’lı yıllarla birlikte başta Almanya olmak üzere sanayileşmiş ülkelerin artan işgücü ihtiyaçları ve bu ihtiyacı yabancı işçiler yoluyla da karşılamaları üzerine

⁵⁷¹ *Başterzi-Şuğle*, 62.

⁵⁷² *Kenar*, Kamu, 17.

⁵⁷³ *Başterzi-Şuğle*, 64.

İİBK, yurtdışına işçi gönderme faaliyetine yoğunlaşmıştır⁵⁷⁴. Hukuki alanda yaşanan gelişmelere devam edecek olursak, 931 sayılı iş kanunu, 1967 yılında kabul edilmiştir ve bu kanunda da bir önceki iş kanunu olan 3008 sayılı kanunda olduğu gibi iş aracılığı, bir kamu hizmeti olarak kabul edilmiş ve iş bulma faaliyetinin yürütümü bakımından devlete tekel hakkı tanınmıştır. Ancak 3008 sayılı kanunda olduğu gibi bu kanunda da, kazanç gayesi güdülmemesi, İİBK'dan izin alınması ve kurumun denetimine açık olması koşuluyla işçi ve işverenlerin kendilerinin veya teşekküllerinin, kamuya yararlı derneklerin veya hayır işiyle uğraşan derneklerin, iş aracılığı yapmasına olanak sağlanmıştır. İlaveten tarımda iş aracılığına, İİBK'dan alınacak bir izinle faaliyette bulunulabileceği istisnası dışında kazanç gayesi güdülerek iş aracılığı yapılması ve bu amaçla büro açılması açıkça md.85/1 hükmüyle yasaklanmıştır⁵⁷⁵.

Anayasa mahkemesinin şekil yönünden iptal ettiği 931 sayılı kanunun yerine 1971 yılında 1475 sayılı iş kanunumuz kabul edilmiştir. Bu kanundaki iş aracılığına ilişkin düzenlemelerle 931 sayılı kanundakiler büyük ölçüde örtüşmekteydi. Bununla birlikte işçi ve işveren kuruluşları ile kamuya yararlı derneklerin veya hayır işleriyle uğraşan derneklerin belli koşulları taşıması kaydıyla iş aracılığı faaliyetinde bulunabileceklerine dair hüküm 1475 sayılı kanunda değişiklik yapan 2869 sayılı kanunla kaldırılmıştır. Ayrıca özel iş aracılığına ilişkin yasak 1475 sayılı kanun döneminde de devam ettirilmekle beraber, 931 sayılı kanundan farklı olarak ilgili yasağın ihlali halinde 1475 sayılı kanunda öngörülen cezalara, genel hükümlere göre verilecek eyleme uygun cezaların yanı sıra hükmolunacağı yönünde bir düzenleme

⁵⁷⁴ *Kenar*, Kamu, 17.

⁵⁷⁵ *Başterzi-Şuğle*, 66.

getirilmiştir⁵⁷⁶. Bir yandan özel istihdam bürolarının faaliyeti yasaklanırken, aslında İİBK'nın işleyişinde de sorunlar çıkmaya başlamıştır. 1960'lardaki hareketli yıllardan sonra patlak veren 1973'teki petrol krizi ile birlikte sanayileşmiş ülkelerde yaşanan durgunluk ve artan işsizlik sonucu yurtdışına işçi gönderme faaliyetine yoğunlaşmış olan İİBK ve dolayısıyla kamu istihdam hizmetleri için durgunluk dönemi başlamıştır⁵⁷⁷. Yurtdışına işçi gönderme faaliyetinin sona ermesine bir de zamanla değişen işgücü piyasası dâhil olunca kurum, bu gelişmelere ayak uyduramamış ve işgücü piyasasında kamu istihdam hizmetlerinin rolü giderek azalmaya başlamıştır. Bu itibarla yaklaşık 30 yıllık bir sürenin ardından 2000'li yıllarlarda İİBK'nın yeniden yapılandırılması ihtiyacı gündeme gelmiştir⁵⁷⁸. Nitekim Türkiye'de iş arayanların yalnızca %16'sı kamu istihdam kurumu aracılığı ile de iş aramaktadır. Yani iş arayan her 100 kişiden yalnız 16 tanesi diğer kanallar ile birlikte kamu istihdam kurumuna başvurmuştur⁵⁷⁹.

Yeniden yapılandırma süreci içerisinde 5 Temmuz 2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla kamu istihdam kurumu olan Türkiye İş Kurumunun(İŞKUR), iş ve işçi bulmaya yönelik fonksiyonunun yanı sıra, istihdam edilebilirliği artırmak amacıyla niteliksiz işgücüne yönelik mesleki eğitimler düzenlenmesi, iş seçeceklere ve mesleğe yönleneceklere rehberlik hizmetleri gibi aktif işgücü programları ile işsizlik sigortası gibi pasif işgücü programları uygulayan çağdaş bir istihdam kurumu olmasına imkân tanınmıştır⁵⁸⁰. “Esasen yürütülmesi İŞKUR'un sorumluluğuna verilmiş olan bu görevler devlete, sosyal devletin bir gereği olarak Anayasa'nın 49. maddesi ile

⁵⁷⁶ *Başterzi-Şuğle*, 68-69.

⁵⁷⁷ *Kenar*, Kamu, 17.

⁵⁷⁸ *Kenar*, Kamu, 17-18.

⁵⁷⁹ *Fırat*, <http://www.isguc.org/zfirat3.htm>, 12.10.2006.

⁵⁸⁰ *Ata*, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1217&id=68, 04.11.2006.

yüklenmiştir. Adı geçen maddenin 1. fıkrasında ‘Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir’ denilmek suretiyle herkese bir iş olanağının yaratılması, diğer deyişle mümkün olduğu ölçüde tam istihdama yaklaşılmaması ödevi Anayasada yer almıştır”⁵⁸¹.

İŞKUR, esasen özerk statüdeki istihdam kurumları grubunda yer almaktadır⁵⁸². Zira kurum, 4904 sayılı kanuna göre “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının bağlı kuruluşu olup, özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliği haiz, idari ve mali bakımdan özerk bir kamu kuruluşu(md.1/III)” şeklinde tarif edilmiştir. İŞKUR Teşkilat Yasasına bakıldığında bir takım göze çarpan önemli yenilikler dikkati çekmektedir. İlk olarak kamu istihdam kurumunun iş ve işçi bulmaya aracılık hizmetinin yanı sıra 4 tane görevinin daha işin içine katılmış olduğu dikkati çekmektedir. Bu görevlerden önemlileri ise; mesleki eğitim, işbaşı eğitim, meslek ve kariyer danışmanlığı ile işsizlik sigortası ve iş kaybı tazminatı gibi pasif işgücü programları uygulamaktır. Bunlara ek olarak İl İstihdam Kurullarının kurulmasına olanak tanınmıştır ki; böylece İŞKUR her ilde farklılık gösteren işgücü piyasalarına uygun politikalar uygulama olanağına kavuşmuştur⁵⁸³. Bununla birlikte aşağıda bahsedeceğimiz üzere artık bazı ülkelerin kamu istihdam kurumlarının, kişilere iş bulma faaliyeti esnasında ödünç iş ilişkisinden de yararlanma yoluna gitmeleri, kamu istihdam kurumlarında modernizasyonun ve yeniden yapılandırma ihtiyaçlarının hiç sona ermeyeceği hususunu göstermektedir.

⁵⁸¹ *Süzek*, 715.

⁵⁸² *Başterzi-Şuğle*, 12.

⁵⁸³ *Kenar*, Kamu, 20-21.

bb. Ödünç İş İlişkisinden Yararlanan Kamu İstihdam Kurumları

Ödünç iş ilişkisini, kişilerin istihdamında bir araç olarak kullanan çok az sayıda kamu istihdam kurumu bulunmaktadır. Bunlardan en eskilerinden biri Belçika kamu istihdam kurumu tarafından yönetilen T-intérim adındaki geçici istihdam bürosudur. Bir kamu kuruluşu olan T-intérim, 1980 yılında T-Service Intérim resmi adıyla kurulmuş olup uzun bir sürede ödünç iş ilişkisini kullanan tek kamu istihdam kurumu olma unvanını korumuştur. Merkezden yönetim ilkesinden vazgeçilerek yerinden yönetime geçilme kararı üzerine bir kamu istihdam kurumu olan T-Service Intérim tasfiye edilmiş ve birimleri bölgesel kamu istihdam servisleri olan FOREM, ORBEM ve VDAB⁵⁸⁴,a devredilmiştir. Bu gelişmeler neticesinde T-Service Intérim'in resmi adı da değişmiş ve 1998 Ocak ayından itibaren sadece T-intérim adını almıştır. Devletin sahip olduğu bu geçici istihdam bürosunun amacının, iş arayanların işgücü piyasasına uyumu ve kişiler için daha fazla ve daha iyi iş imkânlarının sağlanması olduğu belirtilebilir. T-intérim bilhassa, ödünç iş ilişkisine dayalı istihdamdan sonra sürekli bir iş arayan kişileri desteklemeyi de amaçlamaktadır⁵⁸⁵.

Görüldüğü üzere Belçika, kamu istihdam kurumlarının ödünç iş ilişkisini istihdam yaratmada bir araç olarak kullandığı en eski ülkelerdendir. Bununla birlikte günümüzde kamu istihdam kurumu ve ödünç iş ilişkisi kavramları bir araya geldiğinde Belçika'dan ziyade Almanya akla gelmektedir. Almanya'da bu bağlamda Personel Servis Acenteleri(PSA) ortaya çıkmıştır. PSA'lar kısaca kamu eliyle ödünç iş ilişkisinin uygulanması olarak adlandırılabilirler. Bu acenteler vasıtasıyla yeni bir

⁵⁸⁴ Federal bir devlet olan Belçika'nın Flaman bölgesinde faaliyette bulunan kamu istihdam kurumu VDAB, özel istihdam büroları ile olan bağlantılarını da internet sitesinde ilan etmekte ve böylece iş arayanların daha fazla iş fırsatına ulaşma ihtimalini arttırmaktadır. Bu suretle kişiler, kamu istihdam kurumu aracılığıyla özel istihdam bürolarına da ulaşma imkânına kavuşmaktadırlar. (*Nakayama-Samorodov*, 37).

⁵⁸⁵ *Nakayama-Samorodov*, 37.

yapılanmaya gidilme yolu tercih edilmiştir. Almanya’da bu yapılanma ile kamu istihdam kurumlarının tümü, faaliyet gösterdikleri yetki alanları dâhilinde bir PSA kurmakla yükümlü tutulmuşlardır⁵⁸⁶.

PSA’ların esas görevi işsizleri ödünç çalışma ilişkisi kapsamında istihdam edip, istihdam edilebilirliklerini arttırmak için vasıf ve eğitimlerini yükseltmek şeklinde tanımlanmıştır. Başka bir deyişle bu büroların amacı; çalışanları ödünç vermekle birlikte, ödünç alan tarafından sürekli istihdam edilmesini sağlayarak işsizlik oranlarının azalmasına katkıda bulunmak şeklinde tarif edebiliriz. Almanya’da ki bu uygulama çerçevesinde iş kurumları, halen faaliyet gösteren geçici istihdam büroları ile işbirliğine giderek PSA oluşturabilecekleri gibi aynı zamanda ilgili kurumlarda doğrudan kendi bünyeleri içinde PSA oluşturma yolunu da seçebilirler. Ancak esas itibariyle yasa koyucu, bu alanda faaliyet gösteren bürolarla anlaşmaya gidilmesi yolunu tercih etmektedir. Bir geçici istihdam bürosunun PSA olarak faaliyet gösterebilmesi için yetkili olan iş kurumu tarafından bir lisansa sahip olması gereklidir. Bu lisanslar genellikle iki yıllık bir süre için verilmekte olup, ayrıca lisans alacakların ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam edilenler için yürürlükte olan genel toplu iş sözleşmesinin tarafı olmaları istenmektedir. Lisans vermede ise daha çok ihale usulü tercih edilmektedir. Lisansların iki yıllık süreyle sınırlandırılmasındaki amaç, aynı geçici istihdam bürosunun kamu eliyle sübvansede edilmesinin önüne geçebilmektir⁵⁸⁷.

PSA’larda istihdam edilecek kişilerin ne şekilde belirleneceği de belirlenmiş ve iş kurumu ile PSA’nın bu konuda birlikte karar verecekleri esası benimsenmiştir. İş kurumu, adayları seçip PSA’lara göndermektedir. İş kurumu tarafından gönderilen ve

⁵⁸⁶ *Hekimler*, Almanya, 128-129.

⁵⁸⁷ *Hekimler*, Almanya, 129-130. *Hekimler*, PSA, 1020-1023.

istihdam edilmesi talep edilen işsizleri, PSA'lar mutlak olarak istihdam etme yükümlülüğü altında değildir. Yazılı olarak gerekçesini belirtmek suretiyle gelen talebi geri çevirebilirler. Eğer bir iş ilişkisinin kurulması konusunda taraflar aralarında anlaşılırsa işsiz ile PSA arasında en az dokuz en fazla on iki ayla sınırlı kalmak üzere bir iş sözleşmesi imzalanmaktadır. Pek tabî ki istihdam edilen kişiler, sosyal güvenlik sisteminden de yararlanmaktadırlar⁵⁸⁸.

Aklımızda tam olarak netleşmesi için PSA'lar ile geçici istihdam büroları arasındaki farklara da kısaca değinmek yerinde olacaktır. Profesyonel amaçlı geçici istihdam büroları kar amacı gütmekte ve çalışanları sadece ödünç vermek için işe almaktayken, PSA'lar sürekli bir istihdam ilişkisi kurulabilmesi için ödünç çalışma yöntemi ile aracılık etmektedirler. Bu anlamda da PSA'lar işe aracılık fonksiyonu görmektedirler⁵⁸⁹. Bu anlatılanlarla ilişkili olarak PSA'lara yönelik çeşitli eleştirilerinde getirildiği görülmektedir. Bir kere bir kamu istihdam kurumunun, faaliyet gösterdiği bölgede lisans sözleşmesi ile bir PSA kurma yoluna gitmesi, kendi faaliyet bölgesinde yeni bir tekelleşmenin önü açtığı şeklinde yorumlanabilmektedir. Bu görüşe göre iş kurumu tarafından bu yönde faaliyette bulunmak üzere lisans verilmiş olan geçici istihdam bürosu, federal iş kurumu tarafından sübvansede edilmekte ve piyasadaki rekabet koşulları olumsuz yönde etkilenmektedir⁵⁹⁰.

İlk sonuçlar ışığında PSA'ların sağladıkları faydaya da değinilmesi yerinde olacaktır. PSA'lara ilişkin ilk uygulamalar neticesinde de işe aracılık etmek konusunda belirli bir oranda katkıda bulundukları ortaya çıkmıştır, ama pek tabî ki

⁵⁸⁸ *Hekimler*, Almanya, 130. *Hekimler*, PSA, 1023-1024.

⁵⁸⁹ *Hekimler*, Almanya, 132.

⁵⁹⁰ *Hekimler*, PSA, 1028.

aktif bir istihdam politikası olarak tek başına işsizliğe çözüm olarak ele alınamazlar⁵⁹¹.

Ülkemizde eğer meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabilip uygulanamayacağı üzerindeki tartışma açık bir yasal düzenleme ile sonlandırılabilirse, bu sayede hem ülkemiz meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin faydalarından yararlanabilecek hem de Almanya gibi kamu eliyle ödünç iş ilişkisinin kullanılabilmesi hususunu düşünebilecektir. İşsizliği düşürmede bir nebze bile katkısı olsa ülkemiz için faydasının olacağı unutulmamalıdır. Gerçekten de “mevcut yasal düzenlemeler işgücü piyasasındaki gerilimi azaltmak, yeni iş alanları yaratmak konusunda yetersiz kalmaktadır. ... Giderek uluslararası arenada ağırlık kazanan görüş işçi ile birlikte işin de korunmasıdır. Kısacası iş hukuku düzenlemeleri, istihdamı engelleyen değil, çalışanları koruyan, ancak aynı zamanda istihdam yaratan hükümlere yer vermek zorundadır”⁵⁹². Günümüzde de ifade edildiği üzere artık iş hukukunda istihdam hukukuna kayılmaktadır.

B. Özel İstihdam Büroları

aa. Özel İstihdam Bürolarının Tarihi Gelişimi

Bilinen ilk istihdam bürosu, 1756 yılında William Meyer tarafından Philadelphia’da işletilmiştir. William Meyer, bu istihdam acentesini işletirken ücret karşılığında işveren ile çırak, gündelik işçi, kalfa ve köle sağlayabileceğini belirten reklâm kampanyasını kullanmıştır⁵⁹³. Görüldüğü üzere, kamu istihdam

⁵⁹¹ *Hekimler*, Almanya, 134.

⁵⁹² *Hekimler*, PSA, 1031.

⁵⁹³ *Finkin-Jacoby*, 1.

kurumlarından bahsederken de belirtildiği gibi, özel istihdam bürolarının ‘tarihi geçmiş’ daha köklüdür.

Özel istihdam bürolarının ilk faaliyet göstermeye başladığından beri uzun bir süre boyunca, bu kurumların faaliyetleri ve rolleri tartışılmıştır. Birinci Dünya Savaşının sonunda imzalanan Versay(Versailles) Andlaşmasında(XIII’üncü Bölümünde), işçilerin haklarını kapsayan bir dizi temel ilke benimsenmiştir. Bu ilkeler, ‘işçi hükümleri(workers’ clauses)’ olarak bilinmekle birlikte, başlıca olarak örgütlenme özgürlüğü, günlük sekiz saat çalışma, hafta tatili, çocuk işçiliğinin yasaklanması, eşit işe eşit ücret ve işgücünün mal olmadığı hususlarını içermekteydi. ILO, bu ilkelerin koruyucusu olarak benimsenmiştir. Tüm bu ilkeler uluslararası iş hukuku standartlarının gelişiminde rol almasına rağmen, özellikle işgücünün bir mal olmadığı yönündeki temel prensip, ILO’nun gelişiminde bariz bir tema olmuştur⁵⁹⁴. Yaşanan bu gelişmeler neticesinde özel istihdam büroları, işgücünün istismarı gibi sebeplerle yasaklanmıştır.

Bu gelişmeyi takiben özel istihdam bürolarını ilgilendiren ILO’nun 34 no.lu sözleşmesi ortaya çıkmış fakat zamanla ILO’ya üye devletlerin daha fazla esneklik istemesi neticesinde ILO’nun 96 no.lu sözleşmesi benimsenmiştir. Bununla birlikte sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihte işgücü piyasası bir geçiş aşamasına girmiştir. Birçok yeni istihdam bürosu türü ortaya çıkmıştır. Şöyle ki özellikle 1950’li yılların sonlarında ve 1960’lı yılların başlarında yoğun olarak görünen geçici istihdam

⁵⁹⁴ Vosko, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cllpj19&div=9&collection=journals&set_as_cursor=26&men_tab=srchresults&terms=public%20employment%20services&type=matchall, 24.07.2008.

büroları, yeni istihdam büroları türlerinin içinde en yaygın türü oluşturmaya başlamıştır⁵⁹⁵.

1980'lerin sonlarında ve 1990'ların başlarında gitgide daha fazla ülke, kamu istihdam kurumlarının sahip oldukları tekelden duydukları memnuniyetsizliklerini ifade etmeye başlamışlardır. Kamu istihdam kurumlarının işgücü piyasasında sahip oldukları tekele karşı çıkılmasının altında bir takım sebepler yatmaktaydı. Bir kere İkinci Dünya Savaşı'nın ertesinde yaşanan refah ve tam istihdam olgusu fazla uzun süreli olmamıştı. Bu bakımdan sanayileşmiş ülkelerde ve dünyanın geri kalanında, petrol fiyatları krizinden sonra çeşitli önlemler alınma yoluna gidilmişti. Bu esnada ekonominin devlet işlerinden ayrılmasını ve piyasayı özel teşebbüslerin yönetmesi gerektiğini savunan bir düşünce akımı olan neo-liberalizm ve part-time çalışma ile meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi artış göstermiştir. Bu dönemde daha çok istihdam ve aktif işgücü programlarına vurgu yapılmıştır. Nitekim kamu istihdam kurumları sayıları gün geçtikçe artan işsizlerle ilgilenmek zorundaydı, ama tahsis edilen kaynakları, kamu harcamaları bütçesi ile sınırlıydı. Ulusal kamu istihdam servisleri, kısıtlı fonları ile kişiye özel hizmetleri sağlamakta yetersiz kalıyordu, ama özel istihdam büroları bu hizmetleri yerine getirmeye hazırды. İşte tüm bu gelişmeler neticesinde en azından özel sektör işgücü piyasası bakımından ücret ödemeye hazır olan işverenlerin gözünde özel istihdam bürolarına yönelik yasaklar haksız ve temelsiz olarak görülmeye başlanmıştır. Bu bakımdan ilk başta özel istihdam büroları

⁵⁹⁵ Vosko, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cllpj19&div=9&collection=journals&set_as_cursor=26&men_tab=srchresults&terms=public%20employment%20services&type=matchall, 24.07.2008.

bakımından değişikliği başlatan işverenlerin yaklaşımı olmuştur, fakat hiç şüphesiz ki bu değişimde iş arayanların da katkısı bulunmaktadır⁵⁹⁶.

1994 ve 1997 yılları arasındaki görüşmelerden sonra, ILO'ya üye devletler, özel istihdam bürolarına yönelik olarak yeni uluslararası iş hukuku standartlarını belirleme işine koyulmuşlar ve netice de 1997 yılında 181 no.lu ILO sözleşmesi kabul edilmiştir. Bu sözleşmenin kabulü, yaklaşık olarak 50 yıldır süren istihdam hizmetlerindeki kamu tekeli politikasının sona erdirilmesine yönelik olarak ILO'nun verdiği desteği göstermektedir⁵⁹⁷.

1997 yılındaki AB'deki önemli bir diğer gelişmeye de değinmek gerekmektedir. 1997'de 181 no.lu sözleşmenin kabul edilmesinin yanı sıra Avrupa Adalet Divanı, istihdam hizmetlerinde kamu tekeline ilişkin bir karara varmıştır. Avrupa Adalet Divanındaki bu davaya, 23 Ekim 1960 tarihli iş ilişkilerinde özel istihdam bürolarının aracılık faaliyetinde bulunmasını yasaklayan İtalyan kanunu konu olmuştur⁵⁹⁸. Bu karara İtalya'da faaliyet gösteren bir 'Job Center' şirketinden dolayı 'Job Centre Case' adı verilmiştir. Konu Avrupa Adalet Divanının önüne gelmeden önce, adı geçen şirket, yürüttüğü diğer işlere ilaveten İtalya'da işçileri hem ödünç olarak vermek hem de iş aracılığında bulunmak istemiştir. Bununla birlikte İtalya'da kamu istihdam kurumunca yönetilen, emredici nitelik taşıyan istihdam hizmetleri sistemi gereğince işgücü piyasasında kamu istihdam kurumu dışındaki diğer aracılardan faaliyette bulunması yasaklanmıştır. Kanuni düzenlemelere rağmen 'Job Centre' şirketi onay vermeye yetkili olan İtalyan mahkemelerine başvurmuş fakat 18

⁵⁹⁶ *Nakayama-Samorodov*, 25.

⁵⁹⁷ *Vosko*, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cllpj19&div=9&collection=journals&set_as_cursor=26&men_tab=srchresults&terms=public%20employment%20services&type=matchall, 24.07.2008.

⁵⁹⁸ *Blanpain*, Legislation, 259.

Kasım 1995 tarihinde onay yolundaki talebi Milan Mahkemesince İtalyan mevzuatına uymadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Nitece de Avrupa Adalet Divanının önüne gelen konuda, İtalya iki önemli soru yöneltmiştir. İlki, iş aracılığını yasaklayan İtalyan düzenlemelerinin, bir üye devletin birlik hukukunu uygulamasına engel olan resmi otoritenin kullanımı olarak algılanabilip algılanamayacağı iken, diğeri İtalyan düzenlemelerinin, işçilerin serbest dolaşımı, hizmet özgürlüğü, piyasadaki hâkim durumun kötüye kullanılması ve piyasada kamu kuruluşlarınca kötüye kullanma konularını düzenleyen AB Andlaşması hükümlerine aykırılık niteliğini taşıyıp taşımadığıdır⁵⁹⁹.

Bu gelişmeler neticesinde divan, dönüm noktası olarak kabul edilebilecek bir karara varmıştır. Buna göre, kamu istihdam kurumlarına bırakılmış olsa bile iş aracılığı faaliyetinin ekonomik bir etkinlik olduğu belirlenmiştir. Bu yüzden kamu istihdam kurumları, Birlik rekabet kuralları bakımından bir işletme olarak algılanabilecektir. AB Andlaşması md.86'nın⁶⁰⁰ uygulanmasının, kamu istihdam kurumlarına verilen belirli görevlerin işleyişine engel olmayacağı da tespit edilmiştir. Ayrıca mahkeme kararında, komisyonun haklı olarak işaret ettiği gibi, iş aracılığı piyasasının hem oldukça geniş hem de oldukça karmaşık olduğunu belirlemiş, dolayısıyla işgücü piyasasındaki arz ve talebin tüm üretim sektörlerini kapsadığını, bununda hiçbir nitelik gerektirmeyen vasıfsız işten, en nadir en uzmanlık gerektiren

⁵⁹⁹ **Olson**, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/denilp27&div=28&collection=journals&set_as_cursor=25&men_tab=srchresults&terms=public%20employment%20services&type=matchall, 24.07.2008.

⁶⁰⁰ Avrupa Birliği Andlaşmasının 86. maddesinde; üye devletlerin özel veya inhisari yetkiler verdiği işletmeler veya kamu kuruluşları söz konusuysa, üye devletler, AB Andlaşmasında yer alan hükümlere aykırı düzenlemeleri ne kabul edebilir ne de yürürlükte tutmaya devam edebilir. Özellikle de üye devletlerin bu uygulamalarının, andlaşmanın 81'den 89'a kadarki maddelerinde ve 12'inci maddesinde öngörülen hükümlere aykırı olamayacağı belirtilmiştir. 81'den 89'a kadar ki maddelerde işletmelere ilişkin düzenlemeler, ki bunların arasında hâkim durumun kötüye kullanılması ve daha çok rekabet hukuku ile ilgili olanlar yer alırken, 12'inci madde de, ortak dış politika ve güvenlik politikası hükümleri başlığı altında yer almaktadır.

profesyonel işe kadar bir dizi işe ilişkin olduğunu kabul etmiştir. Tüm bu hususlar göz önüne alındığında ekonomik ve sosyal gelişmelerin bir sonucu olarak büyük değişikliklerle karşı karşıya kalan böylesine büyük bir piyasada, kamu istihdam kurumları, bu yöndeki hizmet taleplerinin büyük bir oranını karşılayamayabilecektir. Bu bakımdan kamu istihdam kurumlarınca yerine getirilmeyen işgücü piyasasındaki arz ve talep arasında aracılık fonksiyonu gören herhangi bir faaliyet, idari yaptırımlar ve para cezaları ile yasaklanmışsa ve kamu istihdam kurumu açıkça tüm sektörlerdeki istihdam hizmetlerine yönelik talepleri karşılayamıyorsa; üye devlet, AB andlaşmasının 86. maddesine aykırı bir durum yaratmış olacaktır. Eğer ki kamu tekeli kabul edilecek olursa, bir nevi kötüye kullanma halini oluşturan bu uygulama, diğer üye ülkelere veya ülkelerin belirli bölgelerine yayılabilecektir. Görüldüğü üzere mahkemenin kararı oldukça açıktır. İşgücü piyasasındaki tekel, Avrupa rekabet hukukunu ihlal etmektedir⁶⁰¹.

İtalya'nın AB Andlaşmasını ihlal ettiğini belirleyen bu kararın pek tabii ki üye devletlerin ulusal hukuklarına yansması da olacaktır. Bu bağlamda mesela kamu istihdam bürolarının, iş gücü piyasaları üzerindeki tekeli kaldırılacaktır. Ayrıca girişimciler, artık mesleki eğitim dâhil toplu paket hizmetleri sunabileceklerdir⁶⁰². Mahkeme kararının bir yerinde komisyonun haklılığına da değinmiş ve bu suretle komisyonun ekonomik bakış açısını ve üye devletlerdeki tekellerin kaldırılması yönündeki düşüncelerini yansıtmıştır. Mahkemenin bu kararı, hem işletme hem de kötüye kullanma kavramlarının geniş bir şekilde yorumlandığını doğrulamakta ve

⁶⁰¹ *Blanpain*, Legislation, 259-260.

⁶⁰² *Blanpain*, Legislation, 260.

üye devletlerin AB Andlaşması kapsamında yükümlülüklerini arttırdığını göstermektedir⁶⁰³.

Tarihsel gelişim incelendiği takdirde özel istihdam bürolarına yönelik yaklaşımın yıllar içinde değiştiği ve giderek ekonomik işleyişte ve işe aracılık gibi pek çok istihdam hizmetinde özel istihdam bürolarının önemli bir rol oynadığına yönelik görüşün daha baskın hale geldiğini görebilmekteyizdir. Bununla birlikte hala özel istihdam bürolarına yönelik tartışmaların sona erdiğini söyleyebilmemiz mümkün değildir. Günümüzde özel istihdam bürolarına yönelik yaklaşımlardan bir tanesi, hızlanan küreselleşme süreciyle birlikte artan uluslararası rekabetin, ekonomik ve sosyal hayatın yanı sıra işgücü piyasasını da etkilemesiyle beliren istihdam ve işsizlik sorununun çözümüne yönelik olarak yeni istihdam türleri ve politikalarının giderek önem kazandığını, sonuç olarak sayıları gittikçe artan birçok ülkede önceleri kamu hizmeti olarak algılanan işgücü piyasasındaki aracılık hizmetlerinin özel sektöre açıldığını ve özel istihdam bürolarının faaliyetine izin verildiğini belirtmektedir⁶⁰⁴.

Bir diğer yaklaşım ise küreselleşme ve rekabetin, kapitalist üretim sistemiyle birlikte zaten var olduğunu, yeni kavramlar olmadığını, özel istihdam bürolarının daha fazla kar elde etmeyi sağlayan yeni bir işletme biçiminin kurulmasına katkıda bulunduğunu, bu kapsamda emeğin baskılanarak rekabet üstünlüğünün korunmasında ilgili büroların gerekli olduğunu ileri sürmektedir. Ayrıca bu yaklaşım çerçevesinde bürolar, iş güvencesi hükümlerinin dolanılmasında bir açık kapı olarak

⁶⁰³ *Olson*, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/denilp27&div=28&collection=journals&set_as_cursor=25&men_tab=srchresults&terms=public%20employment%20services&type=matchall, 24.07.2008.

⁶⁰⁴ *Özveri*, 69-70. *Kenar*, İstihdam, 81.

algılanabildiği gibi, kişilerin daha düşük ücretle çalıştırılmasında bir araç olarak da görülmektedirler⁶⁰⁵.

İlk bakışta gerçektende küreselleşme ve rekabetin yeni kavramlar olmadığı görülebilmektedir, fakat günümüzde daha yoğun bir şekilde bu kavramlar hissedilmekte ve beraberlerinde esneklik arayışlarını getirdiklerine bir şüphe bulunmamaktadır. Ayrıca özel istihdam bürolarının geçmişteki kötü uygulamaları ile kişilerin işgücünü istismar etme ihtimallerinin önüne geçilebilmesi için getirilen yasal düzenlemelerle pek çok önlem alınmaktadır. Bir diğer deyişle özel istihdam bürolarının faaliyette bulunmasına izin verilmekte fakat öngörülen çeşitli hükümlerle kötüye yönelik uygulamaların önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Dolayısıyla özel istihdam bürolarının yürüttükleri faaliyetlerin yetkili mercilerin denetimi ve işleyişi altında kontrol altına alınabileceği ortadadır. Dolayısıyla artık bu bürolara ve yürütecekleri faaliyetlere, iş gücünün istismar edileceği gibi aslında önlemlerin alınmasıyla kaldırılacak korkularla karşı çıkmak, ülkemizin istihdam politikasına yarardan çok zarar vereceği görülebilmektedir. Bu bakımdan özel istihdam bürolarının faaliyette bulunması gerektiğini belirten yaklaşımın haklılık payı olduğu düşüncesindeyim.

bb. Özel İstihdam Bürosu Kavramı

Günümüzde pek çok kişi ki, bu kapsamda sayıları günden güne artan işsizler ile mevcut işinden memnun olmayanları ele alabiliriz, mevcut işler ile işçileri eşleştirmek veya çeşitli şekillerde işgücü piyasasına hizmet veren kişilerin veya kuruluşların çalışmalarından yararlanmak için her geçen gün daha çok başvuruda

⁶⁰⁵ Özveri, 70-73.

bulunmaktadır⁶⁰⁶. Bu husus, geçici istihdam bürolarının da dâhil olduğu özel istihdam büroları kavramını, tanımını ve uygulamasını gitgide daha önemli bir hale getirmektedir. Özel istihdam büroları ilk çıktığı zamanlardan bu yana evrim geçirerek hitap ettikleri kitlenin genişlemesinin yanı sıra yürüttükleri faaliyetlerde de farklılaşma meydana gelmiştir.

Özel istihdam bürosu denildiğinde, kısaca hükümetlerden ve her türlü kamu kuruluşundan bağımsız, faaliyet konusunun dolaylı ya da doğrudan istihdam hizmeti sağlama amacını taşıdığı hukuki kurumlar şeklinde tanımlanabilmesi mümkündür. Nitekim ILO tarafından yapılan tanımda da özel istihdam büroları, bir sözleşmeyle bedel karşılığında gerçek veya tüzel kişiler adına bir istihdam boşluğunun doldurulmasını veya istihdama girişi ya da mesleki ilerlemeyi kolaylaştırmak veyahut hızlandırmak amacıyla faaliyet gören, özel hukuk hükümlerine tabi hizmet kuruluşları şeklinde tarif edilmiştir⁶⁰⁷. Bu bakımdan bir yandan birçok ülkede yapısal değişimi kolaylaştıran bir rol üstlenen ve iş piyasasında yaşanan çalkalanmalara karşı denge unsuru olma niteliğini taşıyan özel istihdam büroları, günümüzde işletmelerin işgücüne yönelik taleplerinin karşılanmasında giderek artan bir dış kaynak haline gelmişlerdir⁶⁰⁸.

Yukarıda belirttiğimiz tanımdan da anlaşılacağı üzere, özel istihdam bürolarının faaliyetleri kamu hukukunu değil özel hukuku ilgilendirmektedir. Bu konuda devlet tarafından ya da özel kişilerce (gerçek veya tüzel kişi) finanse edilmiş olması önem taşımamaktadır⁶⁰⁹. Bu açıklama zaten ILO'nun yukarıda belirtmiş olduğumuz tanımından da çıkarılabilmektedir. Ayrıca bir büronun özel istihdam bürosu olarak

⁶⁰⁶ *Akıntürk Türkmen*, İş ve İşçi Bulmaya Aracılık, 338.

⁶⁰⁷ *Başterzi-Şuğle*, 83. *Özkan*, 117-119.

⁶⁰⁸ *Özkan*, 117. *Hekimler*, İnsan Kaynakları, 244.

⁶⁰⁹ *Başterzi-Şuğle*, 84. *Özkan*, 119.

nitelendirilebilmesi için başlıca konusunun istihdam olması ya da en azından ikincil işlevlerinin bir bölümünü istihdamın teşkil etmesi gereklidir⁶¹⁰.

181 no.lu ILO sözleşmesinden bahsederken özel istihdam bürolarının yürütebilecekleri faaliyetlerin neler olduğunu belirtmiştik. Tekrara düşmemek için kısaca faaliyetlerin, iş aracılığını, işçilerin çalışmak üzere bir başka işverenin yanına gönderilmesini(konuyu anlatırken de belirttiğimiz üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi veya personel leasing faaliyeti şeklinde algılanabilir) ve iş arama ile ilgili bilgi sağlama hususunu kapsadığını belirtebiliriz⁶¹¹.

Özel istihdam bürolarına yönelik ulusal düzenlemeler birbirlerinden farklılık gösterebilmektedir ve genel olarak üç kategoriye ayrılmaktadır. Bu kategoriler, özel istihdam bürolarına nispeten serbesti öngören ülkeler, özel istihdam bürolarının lisans almasını zorunlu kılan ülkeler ve özel istihdam bürolarını yasaklayan ülkelerden oluşmaktadır. Mesela Finlandiya ve Hollanda, özel istihdam bürolarının faaliyette bulunabilmesi için bakanlık tarafından getirilen bir lisans ve ruhsat sistemini getirmemişlerdir. Bununla birlikte Etiyopya, İrlanda, Japonya, Malezya ve Güney Afrika gibi çeşitli ülkelerde ise özel istihdam bürolarının faaliyette bulunmasını ruhsata bağlayan bir sistem bulunmaktadır⁶¹². Ülkemizi, yakın bir zamana kadar özel istihdam bürolarını yasaklayan ülkeler kategorisine sokabilmemiz mümkündü ve fakat 2003 yılından itibaren çıkarılan yasalar ve yapılan idari düzenlemeler çerçevesinde artık ruhsat sistemini benimseyen ülkeler kategorisine girmiş bulunmaktayız.

⁶¹⁰ *Özkan*, 119.

⁶¹¹ Özel istihdam bürosu faaliyetlerinin 181 no.lu sözleşme de tam olarak ne şekilde açıklandığını görmek için Bkz., s. 169.

⁶¹² *Nakayama-Samorodov*, 28-29.

cc. Özel İstihdam Bürolarının Türleri

Özel istihdam büroları kavramını belirtirken, ilgili bürolara ilişkin olarak ancak genel bir tanıma yer verebilmekteyizdir. Dolayısıyla kapsamlı bir tanım ne kadar yapmaya çalışırsak çalışalım gene de özel istihdam bürolarının tüm türlerini ve faaliyetlerini tam anlamıyla yansıtamayacaktır⁶¹³. Gerçekten bir özel istihdam bürosu, işgücü piyasası ile ilgili faaliyetlerini veya faaliyetini, çok geniş tutabileceği gibi belirli bir bölge veya hedef kitlesine yönelik olarak da sınırlandırabilir ki; bu durumda belirli alanlarda uzmanlaşmış özel istihdam bürolarından bahsedilecektir⁶¹⁴. Dolayısıyla bu bürolar, faaliyet alanları ve uyguladıkları yöntemlere göre çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulabilmektedir. Genel olarak bu bürolar; ücret karşılığı hizmet veren istihdam büroları, yabancı ülkelerde istihdam sağlayan bürolar, yabancı ülkeler için istihdam sağlayan bürolar, eğitim ve işe yerleştirme enstitüleri, geçici istihdam büroları, personel leasing(kiralama) büroları, üst düzey yönetici temin eden bürolar, tamamlayıcı hizmet sunan istihdam büroları, kariyer yönetim büroları, aracı birlikler, outplacement(ihtiyaç fazlası personele istihdam) hizmeti veren bürolar, iş arama danışmanlıkları, personel yönetim danışmanlıkları, kompüterize istihdam bilgisi sağlayan bürolar şeklinde sınıflandırılmaktadır⁶¹⁵. Hemen belirtelim ki, bu sınıflandırma mutlak bir nitelik taşımamakta ve zamanın ekonomik ve sosyal gelişmelerine bağlı olarak çeşitlendirilebilmektedir.

Konumuz itibarıyla tüm özel istihdam bürosu türlerine değinebilmemiz mümkün değildir fakat bunlardan günümüz açısından önem taşıyan birkaçına değinmek yerinde olacaktır. Ücret karşılığı hizmet veren istihdam büroları, özel istihdam

⁶¹³ *Özkan*, 119.

⁶¹⁴ *Hekimler*, İnsan Kaynakları, 244.

⁶¹⁵ Özel İstihdam Bürolarının sınıflandırılması ile ilgili daha fazla bilgi için Bkz., *Baştırzi-Şuğle*, 84-88. *Özkan*, 119-123.

büroları arasında en eski ve en tipik kategoriye oluşturmaktadır⁶¹⁶. Bu husus ilk istihdam bürosu olarak tespit edebildiğimiz William Meyer'in reklâm kampanyasından da çıkmaktadır. İş arayan ile işçi arayan arasında aracılık görevi yapan bu büroların, iş sözleşmesine taraf olmaları hiç bir şekilde söz konusu değildir. İş arayanlara ücretsiz hizmet veren bürolar, aracılık ettiği kişiyi işe alan işverenden ücret alır ve genellikle kar amacı gütseler de kar amacını gütmeyen sadece yaptığı masrafların karşılığını alan türleri de mevcuttur⁶¹⁷.

Dikkat çeken bir diğer tür ise 'üst düzey yönetici' temin eden bürolardır. Bu bürolar müşterisi olan işletmeler için vasıflı ve nitelikli uzman yönetici temini konusunda faaliyet gösterirler. Bu büroların görevi, istenilen alanlarda uzmanlaşmış yöneticileri tespit ederek, uzman yönetici arayan firmalarla tanıştırmaktan oluşmaktadır. Bu durum beyin avcısı(head hunter) adıyla anılmalarına yol açmıştır. Vasıflı işgücünün istihdamı ihtiyacını karşılayan bu büroların faaliyeti, nitekim özel istihdam bürolarına yönelik yeni yasal düzenlemeler ve özel istihdam hizmetlerinin ortaya çıkmasından önce kanun dışı olarak görülebildikleri dönemde dahi kabul edilmiştir. Bu bürolar, sadece işveren firmadan ücret alabildiği gibi bazen işveren firmanın yanında iş bulduğu yöneticilerden de yüksek ücretler alabilmektedir⁶¹⁸.

Özel istihdam büroları kapsamında açıklamak istediğimiz bir diğer türü ise, ihtiyaç fazlası personele istihdam hizmeti sunan(outplacement) büroları oluşturmaktadır. Bu bürolar, işveren adına işgücüne ihtiyaç kalmayan yöneticilere ve diğer işçilere iş bulmaya ya da bu kişilerin serbest meslek faaliyetine girmesine yardımcı olmaya çalışmaktadırlar. Bu itibarıyla bu bürolara genel olarak araştırma ve

⁶¹⁶ *Özkan*, 119-123.

⁶¹⁷ *Özkan*, 119.

⁶¹⁸ *Başterzi-Şuğle*, 86. *Nyström*, 204.

danışma amacıyla başvurulmaktadır. Dolayısıyla yürüttükleri faaliyet işe aracılık faaliyetinden ziyade danışmanlık niteliğini taşımaktadır. Ekonomik daralma veyahut yeniden yapılanma dönemlerinde işçi sayısını azaltma ihtiyacında bulunan işletmeler, işçilerini işten çıkarırken kıdem tazminatı ödemelerinde bulunmalarının yanı sıra bu büroların yardımlarından da yararlanabilmektedir⁶¹⁹. Konumuz dolayısıyla geçici istihdam büroları kavramının ayrı bir başlıkta ele alınması yerinde olacaktır.

aaa. Geçici İstihdam Büroları

Konumuz dolayısıyla geçici istihdam büroları kavramının daha ayrıntılı bir şekilde ele alınması zorunluluğu mevcuttur. Bu bakımdan geçici istihdam büroları, bünyesinde iş sözleşmesi ile işçi istihdam eden, bu sözleşme gereğince işçilere çeşitli sorumlulukları olan, ayrıca istihdam ettiği işçileri, üçüncü bir kişinin yanında iş görme edimlerini yerine getirmek üzere gönderen ve ödünç alan işveren konumunda bulunan bu kişilerle de sözleşme ilişkisi içerisinde bulunan özel istihdam bürosu olarak tanımlanabilmeleri mümkündür⁶²⁰. Görüldüğü üzere geçici istihdam büroları, ödünç iş ilişkisinin temel niteliğini teşkil eden üçlü bir hukuki ilişkinin kurulmasına yol açmaktadırlar. Müşterisi olan işverenin gözetiminde çalışacak olan eleman ile iş sözleşmesi yapmaktayken, bir diğer yandan da söz konusu elemanın çalışmasını gerçekleştireceği işveren ile sözleşme gerçekleştirmektedir. İşte bu ilişki ağında, işçilerin hukuki açıdan esas işvereni olarak karşımıza geçici istihdam büroları çıkmaktadır⁶²¹.

Geçici istihdam büroları, belirtmiş olduğumuz nitelikleri dolayısıyla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde, ödünç veren işveren tarafını oluşturmaktadır. Bu

⁶¹⁹ Nyström, 204. Başterzi-Şuğle, 87.

⁶²⁰ Odaman, 75. Özkan, 121.

⁶²¹ Başterzi-Şuğle, 85. Özkan, 121.

bürolar, öngörülecek ulusal düzenlemelere bağlı olarak gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi, bağımsız kişiliği olmayan bir kamu kurum veya kuruluşu da olabilirler. Örneğin, İtalya ve Belçika’da ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunmada gerçek kişilere yetki verilmemiş, bu husustaki yetki tüzel kişilere tanınmıştır. Halbuki Almanya, İspanya, Lüksemburg ve Fransa’da ise ödünç veren tarafın gerçek veya tüzel kişi olabileceği esasları belirlenmiştir⁶²². Ülkemiz açısından özel istihdam bürolarının gerçek veya tüzel kişi olabileceği kabul edildiğinden, geçici istihdam bürolarının da ayrı yasal düzenleme yapılmadığı müddetçe gerçek veya tüzel kişiliği haiz olabileceğe düşünülmelidir.

Bazı ülkelerin düzenlemelerinde, geçici istihdam bürolarının gerçek veya tüzel kişi olmasının ötesinde ticari niteliklerinin sınırlandırılması yoluna da gidildiği görülebilmektedir. Bu bakımdan sadece tüzel kişiliğe haiz kuruluşlar olması yeterli olmamakta aynı zamanda hangi tür tüzel kişilik şeklinde kurulabilecekleri de belirlenmektedir. Mesela; Yunanistan’da sınırlı sorumlu anonim şirket türünde, İtalya’da sermaye şirketi, emek kooperatifi veya kooperatif konsorsiyumu şeklinde kurulmalarına izin verilmektedir⁶²³.

Geçici istihdam bürolarının faaliyet alanlarına ilişkin düzenlemelerde çeşitli ülkeler tarafından gerçekleştirilebilmekte ve faaliyet alanları daraltılabilmektedir. Kimi ülkelerde geçici istihdam bürolarının münhasır faaliyetini sadece meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi oluşturması esasları yasal ve idari düzenlemelerle belirlenebilmektedir. Geçici istihdam bürolarının münhasır faaliyetinin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinden oluştuğu yönünde düzenlemeler getiren ülkeler arasında Yunanistan, İspanya ve Fransa sayılabilir. İtalya’da ise Biagi reformu ile

⁶²² Uşen, 20.

⁶²³ Uşen, 20.

birlikte geçici istihdam büroları gerekli izinleri almak koşuluyla işçi bulma ve seçme, işe yerleştirme, mesleki danışmanlık gibi özel istihdam büroları tarafından yürütülen diğer faaliyetleri de yürütebilmektedirler. İngiltere’de ise geçici istihdam büroları, sadece işçilere yani bağımlı çalışanlara değil aynı zamanda bağımsız veya kendi hesabına çalışanlara da hizmet sunabilmektedir⁶²⁴. Geçici istihdam bürolarının gerek hukuki kişilikleri, gerek yürütecekleri faaliyetleri gibi konularda belirtebileceğimiz genel bir ölçütün var olmadığı verilen ulusal uygulama örneklerinden de görülmektedir. Bu bakımdan her ülke, kendi ekonomik ve sosyal ihtiyaçları çerçevesinde ilgili konularda belirlemeye gitmektedir.

Günümüzde gelinen nokta itibariyle geçici istihdam bürolarının gerek yapılarında gerek faaliyetlerinde büyük oranda değişiklikler meydana gelmiştir. Geçici istihdam büroları, ilk ortaya çıktığı zamanlarda bir telefon ve ödünç alan işverenin işyerinde geçici olarak çalışmaya hazır adaylardan oluşan bir dosyanın varlığı yeterliydi. Artık bu şekilde az parayla işletilen geçici istihdam bürolarının varlıklarını devam ettirebilmesi pek olası değildir. Her şeyden önce, yukarıdaki paragraflarda da ifade ettiğimiz üzere yetkili resmi merciler, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini yerine getirmeye hevesli olan girişimcilere lisansları veya ruhsatları dağıtırken oldukça hassas davranmaktadırlar. Ayrıca geçici istihdam bürolarının müşterisi konumunda bulunan ödünç alan işverenler, gitgide daha fazla hizmet talep etmeye başlamışlardır. Dolayısıyla gelişmek ve varlığı devam ettirmek isteyen geçici istihdam bürolarının, müşterilerinin ihtiyaçlarını belirleyerek onlara yardım etme, muhtemel ödünç işçilerle görüşme yapabilme, onları teste tabi tutabilme ve sıklıkla ilave eğitimleri verebilme kapasitesini geliştirmesi zorunludur. Mesela uluslararası arenada büyük bir

⁶²⁴ Uşen, 21.

firma konumunda bulunan Manpower, 1990 yılında işçilerinin eğitimi için yaklaşık 30 milyon dolar harcadığını beyan etmiştir. Fransa’da tüm geçici istihdam bürolarının, giderlerinin yaklaşık yüzde ikisinin eğitime gittiği tahmin edilmektedir. Tüm bu gelişmelere ilaveten geçici istihdam büroları, hala yürüttükleri faaliyete ilişkin olarak olumsuz bakış açıları varlığını devam ettirdiğinden reklâma ve halkla ilişkilere önem vermek zorundadırlar. Son olarak geçici istihdam büroları, bir bakıma karlarını temsil eden ödünç işçilerinin bağlılığını geliştirmek ve gerek rakip geçici istihdam bürolarınca gerek müşteri konumunda bulunan ödünç alan işverenlerce işçilerinin aklının çelinmemesi için çeşitli önlemleri almaları da gerekmektedir⁶²⁵. Tüm bu anlatılanlardan ulaşılabilecek olan netice ise, geçici istihdam bürolarının yapılarının karmaşıklaştığı ve çeşitli ülkelerde geçici istihdam bürolarının hem anonim şirket şeklinde kurulma hem de belirli bir teminat gösterme zorunluluğu getirilmesinin yerinde bir yaklaşım olduğudur. Neticede geçici istihdam bürolarının istihdam ettikleri işçilerin haklarının korunması ve işgücü piyasasının uygun bir şekilde işleyişine söz konusu büroların katkıda bulunabilmeleri için güçlü bir yapıya sahip olmaları istenmektedir.

Geçici istihdam bürolarının faaliyetlerinin ve yapılarının karmaşılaşmasında beklide özel istihdam büroları içinde en büyük paya sahip olmaları rol oynamaktadır. Geçici istihdam bürolarının iş potansiyeli, diğer tüm özel istihdam bürosu türlerinin iş potansiyelleri toplamına eşittir. Dönemsel ve geçici pozisyonlar için burada birisi bulunsun geleneksel yaklaşımından, işgücü gerçekten olması gereken zamanda, olması gereken pozisyonda bulunmalı yaklaşımına geçilmiştir. Bu nedenle geçici işçi seçimi, eğitimi ve bu işgücünü kalıcı kılmak üzere kurulan geçici istihdam büroları,

⁶²⁵ *Bronstein*, 301.

yeni ekonominin çok önemli bir parçası ve iş dünyasının vazgeçilmez tedarikçileri haline gelmişlerdir⁶²⁶. Geçici istihdam bürolarınca yürütülen faaliyete genellikle işgücüne yeni katılanlar rağbet etmekte ve bu faaliyet onlar için sürekli bir istihdama geçişin basamağını oluşturmaktadır. Gerçekten de ödünç iş ilişkisi çerçevesinde çalışan işçilerin kayda değer bir bölümünün daha sonradan ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaya devam etmesi sık karşılaşılan bir durumdur. Bunda işçi ve işverenlerin, ödünç müddetince birbirini tanıma olanağı bulması önemli rol oynamaktadır⁶²⁷. Çoğu ülke düzenlemeleri gereğince geçici istihdam büroları, devletin izniyle ve sıkı bir denetim altında çalıştıklarından, ödünç işçilerin kayıt dışı ve sigortasız çalışmaları neredeyse imkânsız hale gelmektedir⁶²⁸.

İşgücü hacimleri neticesinde, ABD ve Avrupa’da geçici istihdam büroları iş piyasasını oluşturunca bir rol oynarlar. Ayrıca bu tür bürolar, işletmelere esnek istihdam olanağı sağlamak suretiyle Avrupa’da kronikleşen işsizlik oranının indirilmesine yardımcı olurlar. Dolayısıyla geçici istihdam büroları, istihdamın arttırılmasına ilişkin önemli bir görevi yerine getirebilmektedirler⁶²⁹. Bu gelişmeler neticesinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, 1997 Amsterdam Zirvesinde AB’nin istihdam politikasının temel taşı olarak değerlendirilmiştir. Ancak bu büroların esneklik bahanesinin arkasına saklanarak sürekli çalışan işçilerin yerine geçici çalışan işçilerin alınması yönünde çabalarda bulunduğu da doktrinde dile getirilmektedir. İşte dile getirilen bu çekincenin giderilebilmesi için ILO harekete geçmiş ve daha önce ayrıntılarını ifade ettiğimiz 181 no.lu sözleşmeyi kabul ederek

⁶²⁶ *Uçkan*, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=521&id=31, 05.11.2006.

⁶²⁷ *Odaman*, 75. *Başterzi-Şuğle*, 85-86.

⁶²⁸ *Odaman*, 75.

⁶²⁹ *Tuncay*, İstihdam, <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=900>, 04.11.2006.

gerekli denetimden yoksun, her türlü istismara açık geçici istihdam bürolarının bir düzenlemeye tabi olması ve fiili durumun yasal hale getirilmesini hedeflemiştir⁶³⁰.

Uluslararası alanda faaliyette bulunan kurumlaşmış geçici istihdam büroları bulunmaktadır. Bunlardan Adecco, beş kıtada ve 60 ülkede faaliyette bulunarak ilk sırayı almaktadır. Manpower, ikinci sırada yer almakla birlikte, dünya çapında 50 ülkede varlığını korumaktadır. Vedior ve Randstad ise sırasıyla 25 ve 15 ülkede bulunmaktadır. Her ne kadar meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, dünyadaki beş kıtada mevcut olsa da, Amerika Birleşik Devletleri(ABD), Avrupa, Japonya ve Avustralya da dünya çapında gerçekleşen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetin %95'inden fazlası meydana gelmektedir⁶³¹. ABD'de 1990'lı yıllardaki ekonomik büyüme esnasında 2 milyona yakın iş olanağı bu bürolar tarafından sağlanmıştır⁶³². Dünyada günde ortalama 4.5 milyondan fazla ödünç işçi çalışmaktadır. Bu işçilerin %52'si ABD'de, %4'ü Japonya'da ve %39'u ise Avrupa Birliği Ülkelerinde çalışmaktadır⁶³³.

bbb. Personel Leasing(Kiralama) Büroları

Geçici istihdam büroları, adından da anlaşılacağı üzere, çeşitli nedenlerle işgücü açığı bulunan ödünç alan işveren konumunda bulunan müşterilerine, 'geçici olarak' işçi sağlamaktadır. Kısacası ödünç alan işverene gönderilen işçiler, gönderildikleri işyerinde belirsiz bir süre için değil, geçici nitelik taşıyan bir süre için iş görme edimlerini yerine getirmektedirler. Bu nedenle geçici istihdam bürolarını

⁶³⁰ *Odaman*, 76.

⁶³¹ *Denys*, 9.

⁶³² *Tuncay*, İstihdam, <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=900>, 04.11.2006.

⁶³³ *Uçkan*, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=521&id=31, 05.11.2006.

andıran fakat daha değişik bir faaliyeti yerine getiren personel leasing(kiralama) büroları ile aralarındaki farkın ortaya konması ihtiyacı mevcuttur.

Personel leasing büroları, günümüzde hizmet alan firmaların dış kaynak kullanma yönündeki stratejilerine yönelik bir sonuç olarak görülebilir⁶³⁴. Bu bürolar, ilk kez ABD’de ortaya çıkmış olmakla birlikte, personel yönetimi konusunda uzmanlaşmışlardır ve müşteri konumunda bulunan işletmede çalışacak işçiler, bu bürolar tarafından işe alındıktan sonra ilgili işletmeye kiralanmak suretiyle devredilmektedir⁶³⁵. İşçiler, ilgili bürolar tarafından müşteri işletmelerin işgücü ihtiyacının karşılanması için personel leasing bürolarınca belirsiz süreli olarak müşteri işletmelere sağlanmaktadır. Bu nedenle söz konusu bürolar, ayrıca işçilerin seçimi, eğitimi, yönetimi, ücretlerin, vergilerin ve sosyal güvenlik primlerinin ödenmesi ile toplu iş sözleşmesi akdetme sorumluluklarını da üstlenmektedirler. İşçiler, personel leasing bürolarınca istihdam edilmesine rağmen üçüncü işveren konumunda bulunan müşterinin işyerinde iş görme edimlerini yerine getirdiklerinden üçlü bir hukuki ilişki meydana gelmektedir. Bu ilişkide personel leasing bürosu yükümlülüklerini yerine getiremezse, ücretlerin ödenmesinden ve diğer yükümlülüklerden müşteri konumunda bulunan ve işçilerin işyerinde çalıştığı işletmeler sorumlu olmaktadır. Müşteri konumunda bulunan işletmeler, almış oldukları hizmet nedeniyle personel leasing bürolarına ücret ödemesinde bulunmaktadırlar⁶³⁶.

Özellikle küçük işletmeler arasında personel leasing bürolarına başvurulmasının nedeni, ilgili büroların karmaşık nitelikteki ücret, işçilik hakları ve stopaj vergisi

⁶³⁴ *Denys*, 13.

⁶³⁵ *Başterzi-Şuğle*, 86.

⁶³⁶ *Blanpain*, 4. *Carlson*, 689.

ödemeleri ile diğer idari konuların yönetimini üstlenmesi gösterilebilmektedir. Bu noktada personel leasing bürolarının yürüttükleri faaliyetin, geçici istihdam bürolarından bir farkı da ortaya çıkmaktadır. İşçiler geçici istihdam bürolarınca geçici bir süre için çalışmak üzere müşteri işletmelere gönderilirken, personel leasing bürolarınca seçilen ve istihdam edilen işçiler, düzenli, tam zamanlı ve sürekli bir şekilde müşteri işletmenin işyerinde çalışmaktadır. Böylelikle işçi istihdam etmek isteyen işletmeler, personel yönetiminin getireceği mali külfetlerden de kurtulmaktadırlar⁶³⁷. Personel leasing bürolarına başvurma nedenlerinden bir diğeri olarak, işçilerin tazminat taleplerine yönelik işverenlerin karşı karşıya bulunduğu riskten kaçınma isteği olarak gösterilebilir⁶³⁸.

Personel leasing faaliyeti, ABD'nin Texas eyaletinin yapmış olduğu bir düzenlemede tanımlanmıştır. Buna göre personel leasing faaliyetine yönelik anlaşma, ilgili bürolarının işçilerinin çalışmak üzere müşteri işletmelere gönderilmesi ve iş hukukuna ilişkin yükümlülük ile sorumlulukların personel leasing bürosu ile müşteri arasında paylaşılması hususlarını içermektedir. İşçilerin müşteri işletmeye gönderilmesi ile mevsimsel veya geçici bir süre çalışmaları değil, uzun dönemli ve sürekli çalışmaları hedeflenmektedir. Ayrıca müşteri konumunda bulunan işletmenin veya şirketler grubunun işyerinde çalışan işçilerin büyük bir çoğunluğunun personel leasing bürosunun gönderdiği işçilerden oluşması gerekmektedir⁶³⁹.

Texas düzenlemesine göre personel leasing faaliyetini yürütecek bürolar, gerekli lisansa sahip olmaları gerektiği gibi müşteri işletmelerle de yazılı şekilde sözleşme imzalamalıdırlar. Bu sözleşmede kanunda belirtilen hususlara yer verilmesi gerektiği

⁶³⁷ *Carlson*, 689. *Başturki-Şuğle*, 86.

⁶³⁸ *Carlson*, 689-690.

⁶³⁹ *Carlson*, 690.

gibi, her şeyden önce sözleşme de, personel leasing bürolarının, istihdam ettiği işçiler üzerindeki yönetim hakkı korunmalı, işçilerin tazminat iddialarına, iş güvencesine ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin büroların sorumluluklarına yer verilmelidir. Ayrıca ücretlerin ve vergilerin ödenmesi zorunluluğunun muhatabının personel leasing büroları olduğunun sözleşmede mutlaka belirtilmesi gerekmektedir. İşçilerin tazminat iddiaları karşısında, kanun gereğince personel leasing büroları ile müşteri işletmeler, müteselsil sorumlu olarak kabul edilmektedirler⁶⁴⁰. Kanunla getirilen bu düzenlemelerin, personel leasing faaliyetinin işçilik haklarını kısıtlayacak ve işgücünün sömürülmesine yol açacak bir şekilde yerine getirilmesini engelleme amacını taşıdığı görülmektedir.

Şimdiye kadar anlatılan bölümlerden personel leasing firmaları ile geçici istihdam büroları arasındaki temel farkı, işçilerin müşteri konumunda bulunan diğer işverenlerin işyerlerine geçici olarak mı yoksa sürekli olarak mı çalışmak için gönderildiği noktası oluşturmaktadır. Bunun dışında gerek geçici istihdam büroları gerek personel leasing büroları istihdam ettikleri işçilerin hukuki işvereni olarak kabul edilmektedir. Bu yönleri itibariyle personel leasing bürolarının, geçici istihdam bürolarının bir türünü oluşturduğu söylenebilecektir⁶⁴¹. Günümüzdeki gelişmeler çerçevesinde geçici istihdam büroları, başta insan kaynakları yönetimine danışmanlık, mesleki eğitim ve bilgi teknolojileri konusuna ilave hizmetler sunmakta ve bu suretle insan kaynakları yönetiminin etkili bir ögesi haline gelmeye başlamaktadırlar⁶⁴². Gelecekte gerek geçici istihdam bürolarının gerekse de bir türü olarak kabul edilen personel leasing bürolarının yürütecekleri faaliyetlerin daha

⁶⁴⁰ *Carlson*, 690.

⁶⁴¹ *Başterzi-Şuğle*, 86.

⁶⁴² *Denys*, 13.

karmaşık bir hal alacağını ve faaliyetlerinin uygulama alanının yaygınlaşacağını tahmin etmek zor görünmemektedir.

dd. Türkiye’de Özel İstihdam Büroları

4857 sayılı yasadan önceki dönemi oluşturan 1475 sayılı kanun döneminde öngörülen bir takım istisnalar⁶⁴³ dışında, hiçbir özel girişimin Türkiye’de iş aracılığı faaliyeti yürütme hakkına sahip olmadığı prensibi benimsenmişti. Bu prensip, kazanç elde etme gayesi taşısın veya taşımasın, iş sözleşmesinin kurulmasına aracılık yapılması yasağını ihtiva etmekteydi⁶⁴⁴. Bu yasağı hafifletmek amacıyla, 24.08.2000 tarihinde 617 sayılı kanun hükmünde kararname(KHK) kabul edilmiştir. İlgili KHK ile 1475 sayılı kanundaki yasaklayıcı hükümler değiştirilmiş ve özel istihdam büroları, uluslararası normlar çerçevesinde hayata geçirilmeye çalışılmıştır. Ancak söz konusu KHK’nın dayandığı 4588 sayılı yetki yasası yürürlüğe girdikten kısa bir süre sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğinden, kamu istihdam kurumunun teşkilat yasası ve özel istihdam bürolarının işe aracılık yapmasını düzenleyen hükümler iptal edilmiştir⁶⁴⁵. Bu gelişmeler neticesinde özel istihdam bürolarının yasayla düzenlenmesi ve 1475 sayılı kanunun işe aracılığa yönelik benimsediği yasağın kaldırılması 4857 sayılı iş kanunumuz ile gerçekleşmiş ve özel istihdam büroları mevzuatımıza girmiştir. Yasanın 90. maddesine göre iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmeleri ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık görevi, Türkiye İş Kurumu ve bu hususta izin verilen özel

⁶⁴³ İstisnalar kapsamında tarım işlerinde ücretli iş aracılığı, işverenin yurtdışında çalıştıracağı işçileri bulması hususları yer almaktaydı. (*Başterzi-Şuğle*, 74-78).

⁶⁴⁴ *Başterzi-Şuğle*, 70-71.

⁶⁴⁵ *Uşen*, 292-293.

istihdam bürolarınca yerine getirilir. Özel istihdam bürolarının yasal çerçevesi ise Türkiye İş Kurumu Kanunu'nda düzenlenmiştir⁶⁴⁶.

4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu'nun Özel İstihdam Büroları Başlıklı, İkinci Kısımının 17–20. maddelerinde söz konusu büroların kurulması, izin verilmesi, izinlerin yenilenmesi ve iptali, yükümlülükler, yaptırımlar ve cezalar düzenlenmiştir⁶⁴⁷. Ayrıca özel istihdam bürolarına ilişkin olarak 4904 sayılı İŞKUR yasasının 32. maddesine dayanılarak hazırlanmış bulunan 19.02.2004 tarihli Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği ile 14.03.2004 tarihinde Tarımda İş ve İşçi Bulma Aracılığına İzin Verilmesi ve Aracıların Denetimi Hakkında Yönetmelik mevcuttur⁶⁴⁸.

Özel istihdam büroları, Türkiye İş Kurumunca iş piyasasının ihtiyaçları dikkate alınarak belirlenecek sayıda ve aranan koşullar çerçevesinde seçilmek ve izin verilmek kaydıyla, kamu kurum ve kuruluşları dışında iş ve işçi bulma faaliyetinde bulunabilirler. İlgili bürolar, sadece yurt içinde değil yurt dışı işlerde de aracılık faaliyetinde bulunabilir. Özel istihdam bürolarınca yurtdışı işler için aracılık yapılması halinde yurtdışına gidecek işçilerin çalışacakları işverenle aralarındaki iş sözleşmesinin İş Kurumuna onaylatılması zorunludur. Bu onay işlemi özel istihdam bürolarınca yapılmalıdır. Ancak onayın alınmamasından işveren de sorumlu tutulmuştur⁶⁴⁹.

Yasal mevzuatımız gereğince özel istihdam bürosu açmak isteyenlerin belirli koşullara sahip olması gerekmektedir. Kurumca yapılacak duyuru üzerine, özel

⁶⁴⁶ *Uçum*, 27.

⁶⁴⁷ *Kenar*, İstihdam, 82.

⁶⁴⁸ *Süzek*, 720.

⁶⁴⁹ *Uçum*, 27-28.

istihdam bürosu açmak için başvuracak gerçek kişiler ile tüzel kişileri idare, temsil ve ilzama yetkili kişilerin; Türk Vatandaşı olması, müflis veya konkordato ilan etmemiş olmaları, 4 yıllık fakülteden mezun olmaları, Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesine göre devlet memurluğuna atanmaya engel mahkûmiyetin bulunmaması gerekmekte ve bu şartlara ek olarak iş ve işçi bulma faaliyetlerini gerçekleştirebilecek ölçüde yönetim, nitelikli uzman personel, teknik donanım ve uygun bir işyerine sahip olmaları, iş ve işçi bulma aracılığı için on milyar lira tutarında kat'i ve süresiz banka teminat mektubu⁶⁵⁰ ile istenilen diğer bilgi ve belgeleri kuruma vermeleri, masraf karşılığı ödemeleri gerekmektedir(md.17)⁶⁵¹.

Özel istihdam büroları aynı ilde veya başka ilde şube açabilirler. Açılacak her bir şube için masraf karşılığının yatırılması ve gerekli diğer bilgi ve belgeleri de ibraz etmeleri gerekmektedir. Bu şekilde yapılan başvurular, İŞKUR tarafından en geç 30 gün içinde değerlendirilir. Talepleri uygun bulunan bürolar, kuruma bilgi vermek koşuluyla internet ortamında da faaliyet gösterebilir. İzin belgeleri, üç yıl süre ile geçerli olup, izin süresinin bitmesinden en az bir ay önce yazılı talep ile üçer yıllık süreler için izin süresi yenilenebilir⁶⁵².

Türkiye İş Kurumu Kanunu'nun 19. maddesinin ikinci fıkrası gereğince özel istihdam büroları iş arayanlardan her ne ad altında olursa olsun menfaat sağlayamaz ve ücret alamaz. İşe yerleştirme faaliyeti karşılığı ücret sadece işverenden alınır. Buna karşılık iş arayanlardan ücret almamanın istisnaları da özel istihdam bürolarına ilişkin yönetmelikte(m.15) belirtilmiştir⁶⁵³.

⁶⁵⁰ İzin belgesi alan bürolar teminat miktarını her yıl yeniden değerlendirme oranında artırmak durumundadır.

⁶⁵¹ *Uçum*, 27-28.

⁶⁵² *Kenar*, İstihdam, 83-84.

⁶⁵³ *Süzek*, 722.

Özel istihdam bürolarını denetleme yetkisi İş Kurumu müfettişlerine aittir. Özel istihdam büroları, müfettişlerin istediği her türlü belgeyi vermek ve bu bilgilerin doğruluğunu ispata yarayan defter, kayıt ve belgeleri sunmakla da yükümlü tutulmuşlardır. Kanunda aynı zamanda özel istihdam bürolarının işverenler ve iş arayanlarla yaptıkları anlaşmaların hangi hallerde geçersiz olacağı hususu da belirtilmiştir. Buna göre özel istihdam büroları, iş arayanlardan ücret alınacağına ilişkin anlaşma yapmışlarsa veya işçilerin sigortasız çalışması veyahut sendikaya üye olmaması ya da asgari ücretin altında ücretle çalışacakları kararlaştırılmışsa, bir işverenin ya da iş arayanın, işe yerleştirme faaliyeti için diğer özel istihdam bürolarından veya kurumdan hizmet almalarını engelleyen hükümler koymuşlarsa, bu yöndeki anlaşmalar geçersiz sayılacaktır(İŞKUR Kanunu md.19)⁶⁵⁴. İlaveten özel istihdam büroları kanun ve yönetmelik hükümlerine uyulmaması halinde Türkiye İş Kurumu Kanunu'nun 20. maddesinde belirtilen idari para cezalarına tabi olacaklardır.

Türkiye İş Kurumu'nun internet sayfasından alınan bilgilere göre, kurum tarafından özel istihdam büroları başvurularının alınmaya başladığı 2004 yılı Haziran ayından beri, 2004 yılında 23, 2005 yılında 79, 2006 yılında 105 ve 2007 yılında ise 51 büroya faaliyette bulunması için izin verilmiştir. Özel istihdam bürolarının listesine bakıldığında 241 büronun faaliyetine devam ettiği, bununla birlikte 64 büronun faaliyetine ya son verdiği ya da kurum tarafından izinlerinin iptal edildiği görülmektedir. Haziran 2004 ile 2007 yılları arasında toplamda 122.070 kişi özel istihdam bürolarının aracılığı sayesinde işe kavuşmuştur⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ Özveri, 74-75.

⁶⁵⁵ <http://www.iskur.gov.tr/LoadExternalPage.aspx?uicode=statozelistihdamburofaal>, 12.08.2008.

Türkiye, 181 no.lu ILO sözleşmesini onaylamamakla birlikte 4904 sayılı İŞKUR kanunu hükümlerinde 181 no.lu sözleşme hükümlerinden bazılarına yer verildiği bilhassa yurtdışında işe yerleştirme açısından söz konusu ILO sözleşmesindeki hükümlerinde ilerisinde düzenlemelerin getirildiği tespit edilebilmektedir⁶⁵⁶. Bununla birlikte İŞKUR kanunu incelendiğinde ilk bakışta özel istihdam bürolarının sadece iş aracılığı faaliyetinde bulunabileceği, ayrıca ödünç iş ilişkisi kurulacak şekilde iş arayanlarla iş sözleşmesi yapamayacağı ve dolayısıyla işçi sağlama sözleşmesinin tarafı olamayacağı yolunda bir sonuca varılabilmesi olasıdır⁶⁵⁷. Gerçekten de gerek İŞKUR kanununda gerekse de özel istihdam büroları yönetmeliğinde kısaca özel istihdam büroları, iş arayanlara elverişli oldukları işlerin, işçi arayanlara da uygun işçilerin bulunmasında aracılık etme görevini üstlenen, İŞKUR tarafından kurulmasına izin verilen gerçek veya tüzel kişiliği haiz kuruluşlar şeklinde tanımlanmıştır(İŞKUR Kanunu md.17/1, Yönetmelik md.5/1). Her şeyden önce bu tanıımı ele aldığımız takdirde, burada bahsedilen özel istihdam bürosu türünün, özel istihdam bürolarının türlerinde bahsettiğimiz ücret karşılığı hizmet veren kategori kapsamına girdiği belirlenmektedir⁶⁵⁸. İlgili kanun ve yönetmelik hükümleri ile öngörülen düzenlemelerin bu tür özel istihdam bürolarına ilişkin olarak getirilmiş olduğu tespit edilmektedir. İŞKUR kanunu ve özel istihdam büroları yönetmeliğinde, kanunca kurulmasına cevaz verilen özel istihdam bürolarının münhasır faaliyetinin sadece iş aracılığından oluştuğu yönünde bir hükme rastlanmamaktadır. Şöyle ki; İŞKUR kanunu'nun yapılan anlaşmaların hangi hallerde geçersiz olacağını ve idari para cezalarını düzenleyen m.19 ve m.20 hükümleri gereğince, özel istihdam büroları tarafından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunulsa da, yerine

⁶⁵⁶ Uşen, 294.

⁶⁵⁷ Odaman, 77. Uşen, 294. Kenar, İstihdam, 82-84.

⁶⁵⁸ Uşen, 295.

getirilen faaliyetin herhangi bir geçersizlik yaptırımının veya idari para cezasının muhatabı olamayacağı ortadadır. Kısacası kanun ve yönetmelik ile getirilen düzenlemelerin sadece iş aracılığı faaliyetinde bulunan özel istihdam bürolarına özgülenmiş olduğu anlaşılmaktadır.

Uygulamaya baktığımızda genellikle ‘dönemsel istihdam’ adı altında zaten çeşitli özel istihdam bürolarınca meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinin yerine getirildiği görülmektedir. Hatta yasal mevzuatımızda açık hükümler bulunmamasından dolayı, taşeronlukla uğraşan bazı firmaların, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi çerçevesinde işçi temini faaliyetinde bulunduğuna da rastlanılmaktadır. Gerçi uluslararası iş hukuku normları göz önüne alındığında taşeron firmaların meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunan birimlerinin, özel istihdam bürosu kategorilerinden geçici istihdam bürosu kapsamına girdiği kabul edilmelidir. Kısacası bu faaliyette bulunan kurumlar yasal anlamda özel istihdam bürosu sıfatına sahip olsalar da olmasalar da herhangi bir müeyyide ile karşı karşıya kalmamaktadırlar. Netice de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinin, denetlenme biçiminin yasal mevzuatta düzenlenmediği ve doğabilecek hukuki sorunların çözümünde önemli bir boşluğun var olduğu doktrinde de dile getirilmektedir⁶⁵⁹.

⁶⁵⁹ **Odaman**, 78-79. Hukuk sistemimizde 1475 sayılı yasa döneminde istihdam piyasasının da kamu istihdam kurumumuzun mutlak tekele sahip olduğunu belirtmiştik. 4857 sayılı yasa döneminde ise herhangi bir yaptırımın öngörülmediği ortadadır. Bu bakımdan İspanya hukuk sisteminde geçici istihdam bürolarının durumuna kısaca değinmek yerinde olacaktır. İspanya’da geçici istihdam büroları ilk ortaya çıktığı zamanlarda, iş kanunu tarafından ödünç iş ilişkisi açıkça yasaklanmıştı. Bu nedenle herhangi bir şekilde işçi sağlama(ödünç iş ilişkisi), yasadışı kabul edilmekte ve hukuki, idari ve hatta cezai yaptırımlara konu olabilmekteydi. Bu yüzden İspanya’da yapılan yasal düzenlemeye kadar, geçici istihdam bürolarının yürüttüğü faaliyetin yasa dışı olup olmadığı konusunda bir tartışma yaşanmamıştır(**Rodriguez-Royo**, 171). Bizim hukuk sistemimize bakıldığında ise meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik açık bir yasal düzenlemenin bulunmadığı fakat herhangi bir yaptırıma da yer verilmediği görülebilmektedir. Bu bakımdan da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasaklandığı ve özel istihdam bürolarının bu faaliyeti yerine getirilemeyeceği yönündeki görüşün yerinde olmadığı söylenebilir.

Mevzuatımızda açıkça engellenmediğinden meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin, iş kanunu uygulamamız çerçevesinde yerine getirilebileceği pek tabîî ki düşünülebilecektir. Bununla birlikte kanun ve yönetmeliklerle oluşan hukuki ortam açısından bu değerlendirmeyi gerçekleştirmiş olsak da Yargıtayın, ödünç iş ilişkisi ile iş aracılığının karşılaştırılması kısmında belirttiğimiz ve tez konumuzla yakından ilgili kararı⁶⁶⁰ gereğince meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanmasının yüksek mahkemenin şu anki yaklaşımı gereğince olası olmadığı belirlenmektedir. Her ne kadar Yargıtayın yaklaşımı ile aynı doğrultuda bulunmasak da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair açık bir düzenlemenin var olmadığı ve bir boşluğun bulunduğu bu ortamda ilgili faaliyetin yasak olup olmadığı yönünde iki yönlü yorum yapmanın mümkün olduğu ortadadır. Yüksek mahkemenin yaklaşımını ekonomik ve sosyal gelişmeler ve doktrindeki konuya ilişkin yorumlar kapsamında değişebileceği de dolayısıyla umut edilebilir. Her ne kadar meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin özel istihdam bürolarınca yerine getirilebileceği düşüncesindeyse de, bu faaliyeti yerine getiren firmaların kayıt altına alınmaları ve denetlenebilmeleri, bu sayede işgücünün sömürülme ihtimalinin en aza indirilebilmesi için bu konunun açıkça yasal mevzuatta düzenlenmesi şarttır⁶⁶¹.

ee. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi ile İlgili Uluslararası Organizasyonlar

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili olarak uluslararası boyutta faaliyet gösteren çeşitli kuruluşlar mevcut bulunmaktadır. Bunlar biri ayrıntılarına daha sonra değineceğimiz ve ülkeler arasında bilgi alışverişi sağlamak amacıyla kurulmuş bir

⁶⁶⁰ Y9HD, 04.04.2005, 7774/11838, *Çankaya-Çil*, 168-169.

⁶⁶¹ *Odaman*, 80.

üst organizasyon olan Özel İstihdam Büroları Uluslararası Konfederasyonu(CIETT)'dur. Bir diğeri ise, CIETT ile sıkı bir bağlantı içinde olan, ödünç çalışma konusunda yardımlaşma ve teşviklerle ilgili etüdler hazırlama amacı güden Uluslararası Geçici Çalışma ile İlgili Araştırmaları Teşvik Vakfı(FIPRETT)'dir⁶⁶². Bu alanda faaliyet gösteren bir diğerkuruluşta Uluslararası Geçici Çalışma Enstitüsü(IITT)'dür⁶⁶³. Bu kuruluşlara son olarak bir işçi örgütü niteliğini taşıyan ve 900 sendika ile toplamda 15 milyon üyeyi bünyesinde bulunduran UNI-Global Union'ı dâhil etmemiz gerekmektedir. Bu kuruluşlardan uluslararası sosyal tarafları oluşturduğu düşünülen CIETT ve UNI-Global Union ayrı bir başlık altında incelenecektir.

aaa. Özel İstihdam Büroları Uluslararası Konfederasyonu-CIETT

CIETT, 17 Mayıs 1967 tarihinde toplam 18 ülkenin milli kuruluşlarının katılımı ile kurulmuştur⁶⁶⁴. İlgili kuruluşun kurulmasının temelinde yatan sebep 96 sayılı sözleşmede yer alan çeşitli düzenlemelerin değerlendirilmesi hususuna dayanmaktadır⁶⁶⁵. CIETT, geçici istihdam bürolarının uluslararası üst kuruluşu niteliğinde olan ve bu alanda faaliyet gösteren tek kuruluş olmakla birlikte OECD, ILO, Avrupa Birliği gibi uluslararası organizasyonlar, ulusal kuruluşlar ve ulusal hükümetlerce de genel kabul görmektedir⁶⁶⁶. CIETT'in bünyesinde 38 tane ulusal özel istihdam bürosu ile dünya çapında faaliyet gösteren en büyük 6 istihdam bürosu

⁶⁶² *Akyiğit*, Ödünç İş, 20. *Uşen*, 38.

⁶⁶³ *Akyiğit*, Ödünç İş, 20.

⁶⁶⁴ *Akyiğit*, Ödünç İş, 20. *Uşen*, 77. *Alarcon*, 305.

⁶⁶⁵ *Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği*, 39.

⁶⁶⁶ *Alarcon*, 306. *CIETT, The International Confederation of Private Employment Agencies, Profile & Structure*, http://www.ciett.org/fileadmin/templates/ciett/docs/Presentation_of_CIETT_profile_structure.pdf, 01.05.2008. *Uşen*, 77.

ve yüzlerce küçük ve orta ölçekli işletme yer almaktadır. CIETT üyeleri 120.000 branşta hizmet sunmakta olup günlük olarak ortalama 8 milyondan fazla işçiyi istihdam etmektedirler⁶⁶⁷. CIETT üyeleri, Belçika, Fransa, Hollanda gibi ülkelerde taraf sendikalarla toplu iş sözleşmesi yapmakta, ulusal toplu iş sözleşmesinin olmadığı ülkelerde ise geçici istihdam büroları bizzat yerel toplu iş sözleşmelerine taraf olmaktadır. Bu nitelikleri itibariyle birazdan bahsedeceğimiz CIETT'in Avrupa örgütü olan Euro-CIETT, Avrupa düzeyinde sosyal diyalogun bir parçası olarak görülmektedir⁶⁶⁸.

aaaa. CIETT'in Amacı

CIETT'in amacı CIETT Anayasasının beşinci maddesinde belirtilmiştir. Buna göre konfederasyonun amacı, özel istihdam bürolarının varlığını ve uzun dönemdeki gelişimlerini sağlamak için çıkarların korunması ve geliştirilmesi ve özel istihdam bürolarının faaliyette bulunduğu toplumlara ve ekonomilere olumlu katkıda bulunmaları için sürekli işleyişlerini temin etmek şeklinde ifade edilmiştir. Konfederasyon faaliyetlerinin başlıca odağını, büroların, ödünç alan işverenin gözetimi altında çalışan ödünç işçilerin işvereni olduğu üçlü istihdam ilişkisi oluşturduğu açıkça belirtilmiştir. Görüldüğü üzere CIETT, her ne kadar özel istihdam büroları uluslararası konfederasyonu adını taşısa da amacının birincil önceliğini meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin oluşturduğunu kabul etmiş ve bu alanda faaliyetlerine yoğunlaşmıştır.

⁶⁶⁷ CIETT, *The International Confederation of Private Employment Agencies, Profile & Structure*, http://www.ciett.org/fileadmin/templates/ciett/docs/Presentation_of_CIETT_profile_structure.pdf, 01.05.2008. *Uşen*, 77.

⁶⁶⁸ *Uşen*, 77.

Bununla birlikte CIETT'in amacını belirten beşinci maddenin ikinci fıkrasında CIETT'in, ödünç alan işverene gönderilen ödünç işçilerin işverenin özel istihdam bürosu olduğu ilkesinin genel kabul görmesine yönelik çaba göstereceği ve konfederasyonun, insan kaynakları hizmetlerinin geniş yelpazesinde ve personel yönetimdeki diğer faaliyetlerde bulunan üyelerinin çıkarlarının korunması ve geliştirilmesinde de faal olarak çalışacağı ilkesi benimsenmiştir. İlgili ikinci fıkra hükmü ile birlikte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi yanında özel istihdam bürolarınca yürütülen diğer faaliyetler ile ilgilide çalışma yapılacağı hususunun güvence altına alınmak istendiği ve böylece tüm özel istihdam bürolarına hitap edebilme yolunun hedeflendiği düşünülebilir.

CIETT belirlemiş olduğu bu amaçlarına ulaşabilmek için araştırmalar yapmakta, istatistikî veriler toplamakta ve ülkeler arasında bilgi alışverişi sağlayarak sektörün gelişimine katkı sağlamaya çalışmaktadır⁶⁶⁹.

bbbb. CIETT'in Görevleri ve Hedefleri

CIETT'in görevleri, CIETT anayasasının altıncı maddesinde belirtilmiştir. Bu görevler, CIETT'in amaçları doğrultusunda belirlenmiş olup, konfederasyonun başlıca görevini, üyelerinin çıkarlarını etkileyen uluslararası hukuki ve düzenleyici sistemlerin, üyelerinin gelişimi ve devamı ile mümkün olduğu ölçüde uyumlu kılmak olduğu hususu belirlenmiştir. Bundan başka uluslararası kuruluşlar ve organizasyonlarla ve üyelerinin veya bir bölgesel birliğin resmi talebi halinde uygun bölgesel kuruluşlarla, ulusal hükümetlerle veya resmi organizasyonlarla müzakere etmek, bölgesel ve ulusal birliklerin bulunmadığı ülkelerde ve bölgelerde, ulusal ve bölgesel birliklerin kuruluşunu teşvik etmek, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin

⁶⁶⁹ Uşen, 78.

geliştirilmesine yönelik çalışmak yapmak ve ödünç alan işverenlerle işbirliğini geliştirmek, üyeleri ile arasındaki sözleşmeleri kolaylaştırmak ve sözleşmeleri belirli aralıklarla yapılmaları için düzenlemek gibi görevlerde yüklenmiş bulunmaktadır.

Yukarıda saydığımız görevleri yerine getirebilmek için CIETT, bir takım hedefler belirlemiştir. Bu hedefler özel istihdam bürolarının uzun dönemde de gelişimlerinin temini için onların çıkarlarını korumak ve teşvik etmek, sektörün işlemesi için en uygun hukuki ortamı oluşturmak, sektörün imajını geliştirmek ve temsil edilebilirliğini kuvvetlendirmek, istihdamın yaratılması, iş piyasasına katılımın arttırılması ve çeşitliliğin sağlanması, ekonomik büyümeye katkıda bulunulması ve vergi gelirlerinin arttırılması gibi üç kilit alanda özel istihdam bürolarının daha fazla kabul görmesi için çabalamak şeklinde sıralanabilir⁶⁷⁰.

CIETT, söz konusu görevleri ve hedefleri ile ilgili olarak başta meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi olmak üzere özel istihdam sektörüne yönelik olarak uygulanan çeşitli düzenlemeleri eleştirmektedir. Eleştirileri temel olarak, ödünç iş ilişkisine başvurma halleri, ödünç iş ilişkisinin süresi, sektörel sınırlamalar, çalıştırılabilecek ödünç işçi sayısı, geçici istihdam bürolarının yetki ve işleyiş biçimi konularına yönelmiştir⁶⁷¹. CIETT'in eleştirileri ve çabaları sonuç doğurmaktadır. Mesela CIETT, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin inşaat ve kamu sektörlerinde yasaklanmış olmasının geçici istihdam bürolarının gelişimini olumsuz yönde etkilediği düşüncesindeyken, günümüzde pek çok AB üyesi ülke, bu yasaklamaları kaldırma veya yumuşatma eğilimi içine girmiştir⁶⁷².

⁶⁷⁰ CIETT, *The International Confederation of Private Employment Agencies, Profile & Structure*, http://www.ciett.org/fileadmin/templates/ciett/docs/Presentation_of_CIETT_profile_structure.pdf, 01.05.2008.

⁶⁷¹ Uşen, 78. Tuncay, İstihdam, <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=900>, 04.11.2006.

⁶⁷² Uşen, 78.

Belirtilen görevleri ve hedefleri çerçevesinde faaliyette bulunan CIETT, bir takım başarılar elde etmiş, düzenlemelerin hazırlanmasına katkıda bulunmuş veyahut uluslararası standartların oluşturulmasında pay sahibi olmuştur. CIETT, ILO'nun 96 no.lu sözleşmesinden vazgeçmesinde ve meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine ilişkin 181 no.lu sözleşme ile ILO'nun uygun uluslararası düzenleyici standartların tanımlanmasına katkıda bulunmuştur. Ayrıca Fransa'da(1972), Yunanistan'da(1999), Danimarka'da(1990), Finlandiya'da(1993), İsveç'te(1993), Hollanda'da(1998 ve 2003'teki ilave serbestleştirmeler), Belçika'da(1987 ve 2003) meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin hukuki açıdan kabul edilmesine de katkıda bulunmuştur. Bunların yanı sıra, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik ulusal mevzuatların serbestleştirilmesinde Japonya ve Çin'de hükümetle olan müzakerelerde üyelerine yardımda bulunmuş ve İtalya, İspanya ve Almanya'ya karşı 1992'de Avrupa Komisyonuna şikâyetle bulunarak ilgili ülkelerin yasal mevzuatların meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi yönünden serbestleşmesini sağlamıştır. Son olarak CIETT'in önemli bir katkısı da sağlam istatistikleri yayınlamak ve sektörün gerçekliğiyle ilgili yanlış anlaşılmalara baş etmek için olay incelemelerini başlatmak olmuştur⁶⁷³.

cccc. CIETT Üyeliği

CIETT üyeliği kendi içerisinde 4 farklı türe ayrılmaktadır. Bu üyeliklerin neler olduğu ve ilgili kuruluşun hangi tür üyelikten yararlanabileceği hususları CIETT Anayasasının yedinci maddesinde belirlenmiştir. İlk üyelik türü 'ulusal birlik üyeliği (National Association Members)' olarak adlandırılabilir. Söz konusu üyelik türü, her

⁶⁷³ CIETT, *The International Confederation of Private Employment Agencies, Profile & Structure*, http://www.ciett.org/fileadmin/templates/ciett/docs/Presentation_of_CIETT_profile_structure.pdf, 01.05.2008.

bir ülke açısından özel istihdam büroları sektörünün temsilcilerinin olduğu özel istihdam bürolarına ilişkin ulusal düzeydeki birlikleri kapsamına almaktadır. Aynı zamanda birden fazla ülkeyi temsil eden çokuluslu birliklere ilişkin düzenleme de getirilmiş bulunmaktadır. Buna göre birden fazla ülkeyi temsil eden çokuluslu birlikler, CIETT anayasasının 29. maddesine⁶⁷⁴ uygun olarak kurulmuş bölgesel birliğin üyesi olmak koşuluyla ulusal birlik üyeliğinde sınıflandırılabilirler. Genellikle, uygun bir coğrafi alanda veya her bir ülkede sadece bir tane ulusal veya çokuluslu birlik, üyeliğe hak kazanabilir. Bununla birlikte, olağandışı durumlarda, genel kurul sektörün uygun bir şekilde temsilinin sağlanması için birden fazla birliğe üyelik vermeye karar verebilmektedir.

Bir diğer üyelik türünü, ‘çokuluslu şirket üyeliği (Multinational Corporate Members)’ oluşturmaktadır. CIETT Anayasasının 29. maddesinde Avrupa, Kuzey Amerika, Güney Amerika, Asya/Pasifik, Afrika/Yakın Doğu olmak üzere beş bölgenin üyelerin bölgesel menfaatinin korunması için belirlendiği hususuna yer verilmiştir. İşte çokuluslu şirket üyeliğinden bahsedebilmemiz için, bir şirketin 29. madde de belirlenen bu bölgelerden birinde en az üç ülkede özel istihdam bürosu faaliyetlerini yerine getirmesi ve ilgili bölgede CIETT üyesi üç ulusal birliğe üye olması gerekmektedir. Öngörülen üç ülke şartına istisna getirilerek Kuzey Amerika bölgesi için üç ülke yerine iki üyede faaliyette bulunma ve ilgili bölgede iki ulusal birliğe üye olma şartı getirilmiştir.

⁶⁷⁴ CIETT Anayasasının ilgili maddesi, üyelerin bölgesel menfaatlerinin korunması amacıyla dünya çapına beş bölge belirlemiştir. Bunlar, Avrupa, Kuzey Amerika, Güney Amerika, Asya/Pasifik, Afrika/Yakın Doğu bölgeleridir. İlgili bölgelerde Konfederasyon, üyelerini, kendi bulundukları bölgede çıkarlarını korumalarını sağlamak üzere bölgesel birlikler meydana getirmelerini teşvik eder. İlgili madde düzenlemesi gereğince bölgesel birlik üyeliği, CIETT üyeliğini etkilemeyecektir. Bölgesel birliklere örnek ise, ileride de bahsedeceğimiz üzere CIETT’e bağlı olan Euro-CIETT’dir.

Bunlardan başka bir de, ‘birden fazla bölgede faaliyet gösteren çokuluslu şirket üyeliği (Multiregional Corporate members)’ bulunmaktadır. İlgili üyelik türünün kapsamına CIETT anayasasının 29. maddesinde belirlenen bölgelerden iki veya daha fazlasında bir önceki paragrafta belirttiğimiz ‘çokuluslu şirket üyeliğinin’ şartlarını karşılayan çokuluslu özel istihdam bürosu şirketleri girmektedir. CIETT anayasasına göre, ‘çokuluslu şirket üyeliği’ ile ‘birden fazla bölgede faaliyet gösteren çokuluslu şirket üyeliği’ koşullarını karşılayan bir özel istihdam bürosu, her iki üyelikten de yararlanamayacaktır. Ait olacakları üyelik sınıfı, yönetim kurulunun teklifi üzerine genel kurulca belirlenecektir.

Belirteceğimiz son üyelik türü ise, ‘Aday Üyelik (Associate Members)’tir. Bu tür üyelik, merkezlerinin hiçbir ulusal birliğin bulunmadığı bir ülkede bulunduğu ve çokuluslu şirket veya birden fazla bölgede faaliyet gösteren çokuluslu şirket üyeliğine ilişkin koşulları sağlayamayan ferdi özel istihdam bürosu şirketleri ile özel istihdam bürosu şirketleri grubunu ihtiva etmektedir. Yönetim kurulu, her yıl aday üyelerin üyelik durumunu gözden geçirir ve bunun üzerine genel kurula rapor verir. Bir aday üyenin üyeliği, merkezinin bulunduğu ülkenin bir ulusal birlik üyeliği ile temsil edilmesiyle sona erer.

CIETT üyesi olmak bazı hakları sağladığı gibi, bazı yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. CIETT anayasasının 8. maddesinde bu konulara yer verilmiştir. Bu bakımdan yerel mevzuat imkân tanındığı ölçüde, CIETT üyeleri, usul kurallarına, Ahlak Normlarına ve CIETT anayasasına bağlanmalıdır. Ulusal birlik üyeleri demokratik bir yapıya uygun olarak teşkilatlanmalı ve tüm üyeler, dürüstlük ilkelerine saygı göstermelidir. Ayrıca üyeler, genel kurulun ve yönetim kurulunun kararlarına uymalıdır. Ancak buna istisnada öngörülmüştür. Buna göre, bir üye

kendi görüşüne göre, bir kararın kendi ulusal veya şirket çıkarlarına zarar verdiğini düşündüğü takdirde, uymama nedenlerini başkana bildirerek, ilgili karar uymaktan kaçınılabilir. Üyelere bu konularda tam bir takdir yetkisi tanınmıştır. İlaveten üyeler, konfederasyona karşı üyelik ücretlerinden ve diğer mali yükümlülüklerinden dolayı sorumludurlar. Bu nedenle ödemelerini zamanında yapmaları gerekmektedir.

CIETT, üyeliğin sağlayacağı başlıca avantajların, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin dünya çapında temsili, etkili politik kulis faaliyetleri, gerçekleşen iyi uygulamaların paylaşılması, sektör hakkındaki istatistik ve araştırmaların yapılması şeklinde sıralamaktadır⁶⁷⁵.

dddd. CIETT'in Yapısı

CIETT'in ana organları; genel kuruldan, yönetim kurulundan, daimi komitesinden ve başkanından oluşmaktadır. Genel Kurul, CIETT'in her bir üyesinin temsil edildiği ve oy hakkının olduğu en yüksek karar merciidir. Genel kurul, kendi yetkisini, yönetim kuruluna ve/veya sekreteryaya devredebilir. Genel kurul, konfederasyonun önceliklerini ve stratejisini belirler, kamudaki ana öncelikler hakkında başarılan süreçleri gözden geçirir, üyelik katkı tablosunu ve konfederasyon bütçesini hazırlar, CIETT yönetim kurulunu seçer, üyelik başvuruları ve diğer üyelik konuları hakkında karar verir, eğer gerekiyorsa CIETT anayasasını değiştirir ve yönetim kurulunun faaliyetlerini teftiş eder⁶⁷⁶.

Yönetim Kurulu, genel kurulca seçilen 15 üyeden oluşur. Yönetim kurulu, konfederasyonun yönetiminden, faaliyetlerinden ve günlük işleyişinden sorumludur.

⁶⁷⁵ CIETT, *The International Confederation of Private Employment Agencies, Profile & Structure*, http://www.ciett.org/fileadmin/templates/ciett/docs/Presentation_of_CIETT_profile_structure.pdf, 01.05.2008.

⁶⁷⁶ *Structure and Constitution of CIETT*, <http://www.ciett.org/index.php?id=33>, 01.05.2008.

Bu husus ise, özellikle konfederasyonun eylem planının yürütülmesini, mali yönetimi ve bütçenin uygulanmasını, olağan ve olağan dışı genel kurula davetin yapılmasını ve üyelik konuları ile başvuruların takibini içerir⁶⁷⁷.

eeee. CIETT Davranış Kuralları

Ekim 2006'da, CIETT genel kurulu tüm CIETT üyelerince paylaşılan ortak değerler ve ilkeleri tanımlayan 'CIETT Davranış Kurallarının' güncellenmiş bir versiyonunu benimsemiştir. Davranış kuralları, CIETT üyelerinin, iş arayanlara ve şirketlere hizmet önerdiklerinde sağlamayı taahhüt ettikleri yüksek kalite standartlarının bir örneği niteliğini taşımaktadır⁶⁷⁸.

Davranış kuralları, iki ana bölümde düzenlenmiştir. Davranış kurallarının ilk bölümü, dünya çapında özel istihdam bürosu faaliyetinin yürütümü için uzlaşmış olan ve tüm üyeler arasında paylaşılan ortak prensipleri içermektedir. Bu prensipler, özel istihdam sektörünün uluslararası prensipleri yanında üyelerin ulusal davranış kurallarına da dayanır ve ilk kısım olarak adlandırabileceğimiz ilkeler; örneğin iş arayanlardan ücret talep etme yasağı, kanunu gözetmeyi, şeffaflığı, iş sağlığı ve güvenliği kurallarına bağlılığı, çeşitliliğe saygı göstermeyi ve adil rekabete riayet etmeyi içermektedir⁶⁷⁹.

İkinci bölüm ise, CIETT üyelerinin toplumsal sorumluluğa bağlılığını vurgulayan bir tüzüktür. Bu tüzüğün kabul edilmesiyle, CIETT üyeleri, toplumsal açıdan sorumlu işverenler olduklarını ve ödünç işçilerine karşı ayırım gözetmemeye, eğitime erişime, iş arayanlardan herhangi bir ücret istenmeyeceğine, ödünç işçilerinin grevci işçilerin yerlerine gönderilmeyeceklerine, sektörü organize etmede uygun bir yol

⁶⁷⁷ *Structure and Constitution of CIETT*, <http://www.ciett.org/index.php?id=33>, 01.05.2008.

⁶⁷⁸ *Code of conduct*, <http://www.ciett.org/index.php?id=30>, 05.05.2008.

⁶⁷⁹ *Code of conduct*, <http://www.ciett.org/index.php?id=30>, 05.05.2008.

olarak sosyal diyalogu geliştirmeye dair taahhütlerini karşılayacaklarını kabul ettikleri konusunda uzlařmıřlardır⁶⁸⁰.

CIETT tarafından getirilen bu davranış kurallarındaki temel prensipler hatırlanacağı üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair AB Direktif önerisinde de yer almaktadır. Pek tabiî ki bunlar uyulması zorunlu kurallar şeklinde değil de daha ziyade ulaşılması hedeflenen program hüküm niteliğinde oldukları düşünölebilir. Bu ilkeler ile birlikte CIETT'in meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi dâhil özel istihdam bürolarının yürüttüğü her türlü faaliyetin tüm kesimlerce kabul edilmesini sağlamaya çabaladığı söylenebilecektir.

ffff. Euro-CIETT

Euro-CIETT, özel istihdam büroları uluslararası konfederasyonunun(CIETT'in) Avrupa örgütlenmesidir. Euro-CIETT'in açılımı, Özel İstihdam Büroları Uluslararası Konfederasyonu Avrupa Komitesi anlamına gelmektedir. Euro-CIETT, özel istihdam büroları sektörünü Avrupa'da temsil eden tek yetkili örgüttür. Bu temsil yetkisi, Avrupa Sendikalar Konfederasyonu, Uni-Europa ve Business Europa gibi kuruluşlar tarafından da tanınmaktadır⁶⁸¹.

Temel çalışma alanını meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi oluşturan Euro-CIETT'in temel hedefini CIETT'te olduğu gibi özel istihdam sektörünün çıkarlarını temsil etmek oluşturmaktadır. Euro-CIETT, CIETT'e bağlı bir kuruluş olmasından dolayı hedefleri arasında da bir birlik bulunmaktadır. Bu bakımdan meslek edinilmiş

⁶⁸⁰ *Code of conduct*, <http://www.ciett.org/index.php?id=30>, 05.05.2008.

⁶⁸¹ *Muntz*, 4.

ödünç iş ilişkisi faaliyetinin imajının düzeltilmesinin temel ilkelerinden biri olduğu hususu üzerinde bilhassa durulmaktadır⁶⁸².

Euro-CIETT, Avrupa’da etkili bir rol oynadığından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik direktif önerisinde de görüşleri ile önemli bir rol oynamaktadır. Euro-CIETT, direktif önerisine ilişkin bölümlerde de bahsettiğimiz üzere genel bir düzenleme yapılmasını yani AB direktifi çıkarılma ihtiyacını kabul etmektedir, fakat bir takım nedenlere bağlı olarak direktif önerisinde değişikliklere gidilmesi gerektiği hususunu da ileri sürmektedir⁶⁸³. Bu konuları direktif önerisi kısmında bahsettiğim için, hatırlatmakla yetineceğim.

bbb. UNI-Global Union

UNI-Global Union(UNI), dünya çapında bir sendikal örgütlenme niteliğini taşımaktadır. 1 Ocak 2000 tarihinde oluşturulan bu uluslararası sendikal örgütlenme, küresel ekonomi de yaşanan değişimlere bir cevap niteliğini taşımaktadır. UNI, çokuluslu şirketler, hükümetler ve uluslararası kuruluşlarla birlikte sendika üyelerinin sesini daha etkili bir şekilde duyurmayı amaçlamaktadır⁶⁸⁴.

UNI, 140’tan fazla ülkede 900 sendika ile 15,5 üyeyi temsil etmektedir. CIETT’in bölgesel örgüt kurulmasını teşvik etmesine benzer bir niteliği UNI’de bünyesinde taşımaktadır. Bu bakımdan UNI, CIETT’ten farklı olarak dört bölge tespit etmiştir. Bu bölgeler, Afrika, Amerika, Asya-Pasifik ve Avrupa’dan oluşmaktadır. Tespit edilen bu bölgelerin her birinde bölgesel örgütlerde kurulmuştur. UNI sadece bölgesel olarak değil aynı zamanda sektörel olarak da

⁶⁸² *Muntz*, 5-7.

⁶⁸³ *Uşen*, 79-80. *Muntz*, 27.

⁶⁸⁴ http://www.uniglobalunion.org/UNISite/About_Us/Presentation_of_UNI/What_is_UNI.html, 15.08.2008.

yapılanmaya gitme yolunu tercih etmektedir⁶⁸⁵. UNI'nin örgütlenme yoluna gittiği sektörlerden birini de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörü oluşturmaktadır.

UNI, 'UNI Temporary Work Agencies' adıyla oluşturduğu bu örgütlenme de, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi dalının küresel işgücündeki sürekli artışına dikkat çekmektedir. Geçici istihdam bürolarının, giderek büyümesi ve küreselleşmesi nedeniyle ilgili sendikal örgütlenme, ödünç işçilerin çalışma koşullarını geliştirmek amacıyla çaba göstermektedir. Ayrıca söz konusu sendikal örgütlenmenin hedefleri arasında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörünün standartlarının yükseltilmesi hususu da yer almaktadır⁶⁸⁶.

C. Kamu İstihdam Kurumları ile Özel İstihdam Büroları Arasındaki İlişkiler

Özel istihdam bürolarına ilişkin yaklaşımın yıllar içinde değişime uğramasıyla birlikte kamu istihdam kurumları ile özel istihdam büroları arasındaki ilişkiler birlikte var olmadan, işbirliği aşamasına yükselmiştir. Nitekim Avrupa Komisyonu, ilgili kurumlar arasındaki gerçekleşebilecek üç muhtemel durumu belirlemiştir. Bir kere ilişkiler enformasyon ve temel iş aracılığı hizmetleri temelinde gerçekleşebilecektir. İkinci olarak işbirliği işgücü piyasasının belirli alanlarında veya belirli hizmet alanlarında destekleyici bir nitelik taşıyabilecektir. Son olarak kamu istihdam kurumlarınca ücret karşılığı işverenlere hizmet sağlanması ihtimalinde rekabette işbirliğinin gerçekleşebileceği tespit edilmektedir. Bununla birlikte kamu istihdam kurumları ile özel istihdam büroları arasındaki muhtemel işbirliği alanları farklı kuruluşlarca farklı şekilde tespit edilebilmektedir. Mesela CIETT, ilgili

⁶⁸⁵ http://www.uniglobalunion.org/UNIsite/About_Us/Presentation_of_UNI/What_is_UNI.html, 15.08.2008.

⁶⁸⁶ <http://www.union-network.org/unitwa.nsf/EnAboutUs?OpenPage>, 15.08.2008.

kurumlar arasındaki muhtemel işbirliğinin, açık pozisyonlar bakımından değiş tokuş dâhil olmak üzere işgücü piyasası bilgilerinin paylaşılması, kamu istihdam kurumları ile özel istihdam büroları arasında belli projelerde alt sözleşmelerin yapılması, personelin eğitimi, komite veya konseylere katılım konularında olabileceğini belirtmektedir⁶⁸⁷.

Söz konusu kurumlar arasında işbirliği çeşitli yollarla sağlanabileceği gibi ilgili kurumlar arasındaki resmi ilişkiler işbirliği konseyleri veya her iki tarafın temsilcilerinin katılacağı yönetim kurulları aracılığıyla daha etkili bir şekilde geliştirilebilir. Bu her iki tarafın çıkarları ile ilgili olarak kalıcı bir diyalogun sürdürülmesinde olası ve etkili bir yol olarak görünmektedir. Günümüzde birçok kamu istihdam kurumu, ILO'nun tavsiyesi üzerine çeşitli seviyelerde danışma kurulları tarafından desteklenmekte veya yönetilmektedir⁶⁸⁸. Bu husus iş hukukunda üçlü yapılanma dediğimiz kavramı hatırlatma ve çeşitli resmi karar alma mekanizmalarında sosyal tarafların rol oynamasını içermekteydi. İşte burada sosyal tarafların kamu istihdam kurumunun işleyişinde söz sahibi olma durumu mevcuttur. Bu bakımdan eğer özel istihdam büroları ile kamu istihdam kurumları arasında işbirliği konseyleri gibi yöntemlere başvurulacak olursa kamu istihdam kurumları, yönetiminde yer alan sosyal taraflara danışmak zorunda kalacaktır ki, bu da vakit kaybına yol açacaktır. Bununla birlikte bir diğer taraftan kamu istihdam kurumunun yönetiminde söz sahibi olan sosyal tarafların çeşitli konulara ilişkin kabulü, ilgili kurumlar arasında oluşturulan konsey veya yönetim kurulunda alınan kararların

⁶⁸⁷ Nakayama-Samorodov, 31-32.

⁶⁸⁸ Nakayama-Samorodov, 32.

işgücü piyasasında sunulan belirli hizmetlere ilişkin çıkarları temsil etmeyi garanti edecektir⁶⁸⁹.

Avrupa Birliğindeki kamu istihdam kurumları, son zamanlarda sosyal taraflar, temel ve ileri düzey eğitim enstitüleri, mesleki rehberlik, ulusal hükümetler, özel istihdam hizmetleri sağlayıcıları gibi iş gücü piyasasındaki tüm aktörlerle daha aktif işbirliği stratejisi üzerinde çalışmaktadır. Bu strateji esas olarak iş arayanlara daha kapsamlı bir hizmet ağına kolaylaştırılması ve sunulması amacıyla tasarlanmıştır. Kamu istihdam kurumlarının, diğer işgücü piyasası aktörleri ile işbirliği, tamamlayıcı nitelikteki unsurları bir araya getireceğinden bölgesel olarak sunulabilen hizmet ağını genişletebilecektir. Bu sayede kamu istihdam kurumları, bölgesel ekonomik kalkınmanın önemli bir ögesi haline gelecektir⁶⁹⁰. Yaşanan bu gelişmeler kamu istihdam kurumlarının etkinliğini ve önemini hala devam ettirdiğini gösteren güzel bir örnektir.

Kamu istihdam kurumları ile özel istihdam büroları arasında kurulan ilişkilere İngiltere'deki bir uygulama örnek gösterilebilir. İngiltere'de kamu istihdam kurumu ile özel kuruluşların ortaklığı sayesinde kurulmuş olan 'Working Links' adlı kuruluş, işsiz kişileri, iş dünyasına kazandırmayı hedeflemektedir. 'Working Links' kurumunun kuruluşunda, İngiltere'nin kamu istihdam kurumu, 'Management and IT Consulting Firm', 'Cap Gemini Ernst and Young' ve 'Manpower' firmaları rol oynamıştır. Kamu ve özel ortak teşebbüsü olan ilgili firma uzun dönemdir işsiz kalanları hedeflemekle birlikte hizmetlerini işveren ve iş arayanlara doğru da genişletmiştir. Bu kuruluş iş arayanlara yeni vasıfların kazanılması için eğitim fırsatı ve ayrıca mali yardım olanağı da sunmaktadır. Kamu ve özel kuruluşlar arasındaki

⁶⁸⁹ Nakayama-Samorodov, 32.

⁶⁹⁰ Nakayama-Samorodov, 33.

işbirliğinin bir sonucu olan ‘Working Links’ kurumunun önemi, iş arayanlara yönelik farklı bir yaklaşımı kabul etmesinde yatmaktadır. Gerçekten de bu kurum, iş arayanların yaş, dil yetenekleri, oturdukları yer, kişilerin özgeçmişi gibi karakteristik özelliklerini ele almakta ve her bir adayda bireyselleştirilmiş anlayışı geliştirmektedir. ABD’de ise, Amerika Çalışma Departmanı elektronik ortamda iş ve işçi arayanlara ilişkin bilgilerin değiş tokuşuna ilişkin işbirliğinde ilerleme kaydetmiştir. ABD’nin devlete ait en büyük elektronik iş bankası olan ‘America’s Job Bank’ ile en büyük özel sektör iş bankası olan ‘Monster.com’ bir anlaşmaya varmıştır. Bu anlaşmanın amacı çerçevesinde ‘Monster.com’ şirketi, hükümetin iş bankasının kullandığı standart mesleki sınıflandırma sistemini benimseyecek ve kullanacaktır. Bu sayede ilgili kuruluşlar birbirlerine açık pozisyonlar konusunda çapraz gönderme de bulunabilecektir ve iş arayanların iş bulma fırsatı büyük bir ölçüde arttırılabilecektir. Bu iki büyük elektronik bilgi kaynağının birleşmesinin işgücü piyasasına ilişkin paha biçilmez bir bilgi kaynağını oluşturacağına inanılmaktadır⁶⁹¹. Ülkemiz açısından Amerika’dakine benzer bir uygulamanın İŞKUR tarafından uygulanmasının iş arayanlara kolaylık sağlayacağı ve iş bulma oranlarının artmasını sağlayacağı düşünülmektedir.

3. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinin Diğer Ülkelerdeki Uygulaması

AB üyesi ülkelerin dünya da gerçekleşen günlük meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde %40’lık bir paya sahip olduğunu zaten belirtmiştik. Bu ülkelerde ilgili faaliyet hukuk mevzuatlarıyla da genellikle açık bir şekilde kabul edildiğinden,

⁶⁹¹ Nakayama-Samorodov, 36,38.

hukuk sistemlerindeki düzenlemelere bakılması, hem uygulamanın ne şekilde gerçekleşebileceğini hem de ülkemizde hazırlanacak muhtemel konuya ilişkin yasa taslağının ne şekilde olması gerektiğini gösterebileceğinden faydalı olacaktır. AB üyesi ülkelerde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasa yoluyla düzenlenmesi tarihsel açıdan iki dönemde sınıflandırılabilir. Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, İrlanda, Hollanda, Norveç ve İngiltere'den oluşan ilk grup nispeten daha köklü bir geçmişe sahip olduğundan 'İlk Dalga Ülkeleri' olarak adlandırılabilirlerdir. Örnek teşkil etmesi bakımından Hollanda, ilk lisans sistemini 1965 yılında yürürlüğe koymuştur. Avusturya, Lüksemburg, Portekiz, İspanya ve İsveç'te ise meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik özel yasalar 1980'lerin sonu ile 2000'li yıllarda çıkarılmaya başlandığından 'İkinci Dalga Ülkeleri' olarak adlandırılabilirlerdir. Yapılan bu sınıflandırma yasal düzenlemelerin hangi dönemde gerçekleştiği hususuna dayanmaktadır.

'İlk Dalga Ülkeleri' arasında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini ilk tanıyan ve özel bir yasayla düzenleyen ülkelerin başında Hollanda, Danimarka ve İrlanda gelmektedir. Bu ülkeleri sonradan Almanya, Fransa ve İngiltere takip etmiştir. Bu ülkelerden bazılarındaki tarihsel gelişime bakılacak olursa, Hollanda da 1965 yılında çıkarılan 'Geçici işçi Sağlama' hakkındaki yasanın, geçici istihdam bürolarına yönelik olarak özel bir lisans sisteminin getirilmesine sebep olduğu görülmektedir. Bununla birlikte Hollanda da en önemli değişiklik 1 Temmuz 1998 yılında yürürlüğe giren 'Emek Piyasası Aracıları Kanunu(WAADI Act)' ile olmuştur. Söz konusu yasa, lisans sistemi ile işçilerin işe yerleştirilmeleri, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin azami süresi ve işçilerin yeniden istihdamı ile ilgili sınırlamaları

⁶⁹² *Genişlemiş Avrupa Birliği'nde Dönemsel Çalışma*, 31.

yürürlükten kaldırmıştır. Ancak eşit ücret şartı, grev yapılan ödünç alan işverenin işyerinde ödünç işçi kullanma yasağı, vergilerle sosyal sigorta primlerinin ödenmesinde geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında var olan sorumluluk esasları korunmuştur. Bu ülkedeki bir diğer önemli gelişme de Ocak 1999'da yürürlüğe giren ve ödünç işçilerin yönetime katılma haklarını düzenleyen ve ödünç işçilerin hukuki statülerini düzenleyen 'Esneklik ve Güvenlik Kanunu'dur⁶⁹³.

İngiltere'de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair emredici nitelikteki düzenlemeler esas olarak 1973 tarihli 'İstihdam Büroları Kanunu' ile belirlenmiş ve 1976 yılında 'İstihdam Bürolarının İşleyişi ve İstihdam İşletmeleri' düzenlemesi kabul edilmiştir. 1973 tarihli kanun ile lisans sistemi düzenlenmiştir. Bu yasal çerçeve dâhilinde İngiltere'de çoğu istihdam bürosu hem meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetini hem de diğer işe aracılık faaliyetlerini yerine getirebilmektedir⁶⁹⁴. 2003 yılında maliyetlerin azaltılması ve esnekliğin artırılması amacıyla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörünün gelişmesini sağlayacak çeşitli düzenlemeler gerçekleştirilmiştir⁶⁹⁵.

Fransa'da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik ilk yasal düzenleme 3 Ocak 1972 tarihli ve 72-1 no.lu kanunla gerçekleştirilmiştir. Seçim vaatlerinde yer almasına rağmen 1981'de seçilen sosyalist hükümet, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini yasaklamamakla beraber, ödünç işçilere bireysel ve toplu iş hukukuna ilişkin belli başlı hakları sağlamayı amaçlayarak, katı bir düzenleme oluşturmuştur. 1982 tarihli kanun ödünç işçilerin ödünç verilebileceği süreyi ve iş alanlarını tespit etmiştir. Ayrıca ödünç alan işverenin işyerinde çalışan daimi işçilerle ödünç işçiler

⁶⁹³ *Genişlemiş Avrupa Birliği'nde Dönemsel Çalışma*, 32-34. *Sol*, 98-99.

⁶⁹⁴ *Morris*, 101. *Genişlemiş Avrupa Birliği'nde Dönemsel Çalışma*, 35.

⁶⁹⁵ *Genişlemiş Avrupa Birliği'nde Dönemsel Çalışma*, 35.

arasında eşit davranma ilkesini de benimsemiştir. Ayrıca kanun, sosyal tarafları, ödünç işçilerin durumlarının geliştirilmesi için toplu iş sözleşmesinin akdedilmesine teşvik etmiştir. 1990'da iktidara geçen sol kanattan hükümet geçici istihdam bürolarının ulusal düzeyde toplu iş sözleşmesi yapması için yol göstermiştir. Yıllar içerisinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair yoğun bir kanunlaştırma aktivitesi yaşanmış ve serbestlik getiren modellerle sınırlayıcı modeller arasında dalgalanma yaşanmıştır⁶⁹⁶. Son dönemde 18 Ocak 2005 tarihinde 'Sosyal Uyum Çerçeve Kanunu' çıkartılmış ve geçici istihdam bürolarının işçilerle hem belirli süreli hem de belirsiz süreli iş sözleşmesi yapma olanağı getirildiği gibi iş arayanları işe yerleştirme hizmeti sunma olanağı da tanınmış ve geçici istihdam bürolarının faaliyet alanı genişletilmiştir⁶⁹⁷.

Belçika bilineceği üzere iktidarın üç bölge ve üç toplum tarafından paylaşıldığı federal bir devlettir. İş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin düzenleme yapma yetkisi federal devlete ait olup, iş hukukuna ilişkin yasama faaliyetinin büyük bir bölümü federal devlete bırakılmıştır. Bu bakımdan Belçika'da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasal dayanağını 24 Temmuz 1987 tarihli yasa oluşturmaktadır. Her ne kadar federal devletin iş hukukuna ilişkin yasama faaliyetinde etkisi daha fazla olsa da, federe devletlerinde, daha ziyade istihdam politikası ile alakalı olmak üzere, önemli yetkileri bulunmaktadır. Dolayısıyla geçici istihdam bürolarına lisans verilmesini de içeren istihdam hizmetlerinin düzenlenmesi federe devletlerin yetkileri dâhilinde kalmaktadır. Bu itibarla hem Flaman bölgesi, hem Walloon bölgesi hem de Brussels bölgesi için geçici istihdam bürolarına lisans verilebilmesinin şartları farklılık taşıyabilmektedir. Belçika'nın tüm federe

⁶⁹⁶ *Vigneau*, 47. *Odaman*, 289-296.

⁶⁹⁷ *Genişlemiş Avrupa Birliği'nde Dönemsel Çalışma*, 35.

devletlerinde faaliyette bulunmak isteyen bir geçici istihdam bürosu, bu nedenlerle her federe devletten lisans alması gerekmektedir⁶⁹⁸. Ulusal düzeyde etkili olan 1987 tarihli yasadaki en önemli mevzuat değişikliği 12 Ağustos 2000 tarihinde kabul edilen yasa ile gerçekleşmiştir. Bu yasa ile geçici istihdam bürolarının, uzun süreli işsizler gibi bazı işsiz kategorilerini işe yerleştirmeleri ve bu kişilerle belirsiz süreli iş sözleşmesi yapmaları öngörülmüştür⁶⁹⁹.

Almanya’da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili hukuki çerçeve, Profesyonel Amaçlı Ödünç Çalışma Kanunu (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, AÜG) ile belirlenmiştir. Adı geçen kanun, geçici istihdam bürolarına lisans verilmesinin önkoşullarını, istihdam ilişkisi ile bağlantılı özel hükümleri ve sosyal güvenlik haklarını kapsamına alarak düzenlemelerde bulunmuştur. Ayrıca, belirli durumlara ilişkin olarak bir takım istisnalarda öngörülmüştür. 2001 yılında yapılan değişikliklerle, Ocak 2002’den itibaren meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından maksimum ödünç süresi 24 aya çıkarılmış ancak 2002 yılında bu sınırlama dâhil bir takım sınırlamalar kaldırılarak 2004’den sonrası için herhangi bir zaman sınırlaması bulunmaksızın meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabileceği esas kabul edilmiştir⁷⁰⁰. Oluşturulan yeni yasal çerçeve içinde özel istihdam bürolarına yeni görevler yüklenmiştir. Özel istihdam bürolarının bir türü niteliğinde olan geçici istihdam büroları, işsizlerin kısa süreli işlerde istihdam edilmelerini sağlayarak işgücü piyasasına yeni girenler için önemli bir atlama taşı işlevini görebileceklerdir⁷⁰¹.

⁶⁹⁸ *Eeckhoutte*, 81.

⁶⁹⁹ *Genişlemiş Avrupa Birliği’nde Dönemsel Çalışma*, 37.

⁷⁰⁰ *Schüren*, 67.

⁷⁰¹ *Genişlemiş Avrupa Birliği’nde Dönemsel Çalışma*, 35.

Yukarıda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik daha köklü bit tarihi geçmişe sahip olan ‘İlk Dalga Ülkeleri’nin bazılarında bahsedilmiş olmakla birlikte ‘İkinci Dalga Ülkeleri’ne bakılacak olursa bu kapsama Avusturya, Portekiz, İsveç, İtalya, Finlandiya, İspanya ve Yunanistan gibi ülkeleri dâhil edebilmek mümkün görünmektedir. Bu ülkelerden İtalya’da, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ve geçici istihdam büroları 1997 yılında gerçekleştirilen ‘Emek Piyasası Reformu’ ile yasal çerçeveye kavuşturulmuştur. 1997 yılına gelinceye kadar konuya ilişkin hukuki çerçevenin oluşturulmamasının temel nedeni, katı yasakları ve kamu tekelini öngören ve özel işe yerleştirme faaliyetlerini kanun dışı kabul eden 264/1949 sayılı ve 1369/1960 sayılı kanunlardan kaynaklanmaktaydı⁷⁰². 196/1997 tarihli kanun ile meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin ne zaman, nerede ve hangi nedenlerle kurulabileceği, ödünç işçilerin ödünç alan işverenin işyerindeki daimi işçilere nazaran ücret ve sosyal haklar bakımından farklı bir işleme tabi tutulamayacakları ilkeleri yer almaktaydı⁷⁰³. 2003 yılında ‘Biagi Reformu’ olarak adlandırılan ‘Biagi Kanunu’ ile meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili olarak iki husus hedeflenmiştir. Bir kere bu kanun ile geçici istihdam bürolarının, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi dışında herhangi bir faaliyette bulunma yasağı kaldırılmış ve bu suretle birden fazla faaliyeti yürütecek özel istihdam büroları haline gelmeleri sağlanmıştır. İkinci olarak bu yasa da 1997 tarihli yasa hükümlerinin sadeleştirilmesi ve yumuşatılması hedeflenmiştir⁷⁰⁴. Mesela meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği haller genişletilmiş, ödünç alan işverenlerin günlük normal faaliyetleri için bile ödünç işçi çalıştırabilmesine olanak tanınmıştır⁷⁰⁵.

⁷⁰² Uşen, 113-114.

⁷⁰³ Genişlemiş Avrupa Birliği’nde Dönemsel Çalışma, 38-39.

⁷⁰⁴ Uşen, 145.

⁷⁰⁵ Genişlemiş Avrupa Birliği’nde Dönemsel Çalışma, 39.

İspanya’da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kabulü 1990’lı yılların başlarına denk gelmektedir. İlk hukuki açıdan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kabulü İş Kanununun 43. maddesinde değişiklik gerçekleştiren 18/1993 sayılı Kraliyet Kararnamesi ile gerçekleşmiştir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik kapsamlı ve temel düzenlemeler ise geçici istihdam büroları ile ilgili geçici istihdam bürolarına yönelik olarak kabul edilen Haziran 1994’teki 14/1994 sayılı yasa ile oluşturulmuştur. Bu düzenlemeler sonradan bir dizi idari düzenlemeyle tamamlanmıştır. 1994 tarihli yasa çerçeve bir yasa niteliği taşıdığından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik olarak kazuistik bir düzenleme getirmemekteydi, fakat daha sonradan bu durum bir takım sıkıntılara yol açmış ve belli durumların ortaya çıkması sonucunda kanunun cevap verememesine yol açmıştır. Bu durumda İspanya’daki genel kanı daha ayrıntılı düzenlemeler getiren bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu yönünde gelişme göstermiştir. Bu dönemde toplu iş sözleşmeleri ve yüksek mahkeme içtihatları, 1994 sayılı yasanın boşluklarının telafi edilmesinde önemli bir rol oynamışlardır. Ancak zamanla geçici istihdam bürolarının ödünç işçileri, ödünç alan işverenin işyerindeki daimi işçilere nazaran daha düşük ücretle çalıştırmaları durumu ortaya çıkmış ve ödünç alan işverenin işyerindeki daimi işçiler aleyhine bir eşitsizliğin doğmasına yol açmıştır. Yaşanan bu gelişmelere bağlı olarak ödünç işçilerin çalışma koşullarını geliştiren 29/1999 tarihli kanun kabul edilmiştir⁷⁰⁶.

İsveç’te, 1993 yılında kabul edilen ‘Özel İşe Yerleştirme ve Eleman Kiralama Kanunu’ ile birlikte geçici istihdam bürolarının yanında kar amacı güden özel istihdam hizmetleri kanunlaştırılmıştır. Bu kanun ile birlikte geçici istihdam büroları,

⁷⁰⁶ *Rodriguez-Royo*, 172-173.

diğer işletmelerden farksız bir şekilde ele alınmaya başlanmıştır. Sınırlamalar genel olarak kaldırılmakla birlikte tek bir sınırlama korunmaya devam etmiştir, buna göre özel istihdam bürolarının ve geçici istihdam bürolarının, iş arayanlardan veya ödünç işçilerden ücret talep etmeleri yasaklanmıştır. Bu husus cezai bir yaptırımla korunmaya devam etmektedir. 1993 yılında kabul edilen bu kanun hükümleri gereğince ‘İstihdamın Korunması Kanunu’ndan ödünç işçiler, diğer işçilerden farksız bir şekilde yararlanabilmektedirler⁷⁰⁷.

Yunanistan’da konuyla ilgili ilk hukuki düzenleme 2001 yılında gerçekleştirilmiştir. 2956/2001 tarihli yasa ile geçici istihdam bürolarının kuruluş ve faaliyet şartları belirlenmiş ve meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine ilişkin bazı sınırlama ve yükümlülükler öngörülerek ödünç işçilerin çalışma hakları düzenlenmiştir. 2003 tarih ve 3114/2003 sayılı kanun ile de Çalışma Bakanlığı’na bağlı geçici istihdam bürolarına ruhsat verilmesi ile ilgili özel bir komitenin kurulması benimsenmiştir⁷⁰⁸.

Şimdiye kadar meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik ilk hukuki düzenlemenin ne zaman gerçekleştirildiği esasına dayanılarak ülkeler, ‘İlk Dalga’ ve ‘İkinci Dalga’ ülkeleri şeklinde bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Bunun yanı sıra ülkelerin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik getirdiği düzenlemelerin kapsamına bağlı olarak üç farklı kategori içinde sınıflandırılabilmesi de olasıdır. İlk grup ülkelere, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair herhangi bir tanım getirmeyen veya oldukça sınırlı düzenlemeler öngören ülkeler dâhil edilmektedir. Bu ülkelerin kapsamına Danimarka, Finlandiya, İrlanda ve İngiltere sokulabilmektedir. Bundan başka bir diğer grubu, esas olarak geçici istihdam bürosu, ödünç işçi ve

⁷⁰⁷ *Nyström*, 194-195.

⁷⁰⁸ *Genişlemiş Avrupa Birliği’nde Dönemsel Çalışma*, 39.

ödünç alan işveren arasındaki ilişkileri ele almayı hedefleyen ve meslek edinilmiş ödünc iş ilişkisine dair belli düzenlemelere sahip olan ülkeler oluşturmaktadır. Bu ülkeler içerisinde de Almanya, Avusturya, İspanya, Lüksemburg, Hollanda ve İsveç dâhil edilebilir. Son kategorideki ülkeler ise, geçici istihdam bürosu, ödünc işçi ve ödünc alan işveren arasındaki ilişkilerin yanında ödünc işçilerin hukuki durumlarını da kapsayacak şekilde meslek edinilmiş ödünc iş ilişkisine yönelik düzenlemeler getirmektedir. Bu ülkeler arasında Belçika, Fransa, İtalya, Portekiz ve Yunanistan sayılabilir⁷⁰⁹.

Yaşanan tarihsel süreç ve meslek edinilmiş ödünc iş ilişkisi dair düzenleme çeşitlerine ilişkin bu kısa bilgilere değinildikten sonra alt başlıklar altında çeşitli ülkelerin, meslek edinilmiş ödünc iş ilişkisine yönelik hukuki mevzuatlarının ayrıntılarına girilmesi yerinde olacaktır.

A. Geçici İstihdam Büroları İçin Öngörülen Yetki Rejimleri

Meslek edinilmiş ödünc iş ilişkisine dair düzenleme öngören pek çok ülke de geçici istihdam bürolarının yetki rejimi ile ilgili ayrıntılı hükümlere yer verildiği görülmektedir. Geçici istihdam bürolarına yönelik belirlenen yetki rejimi bazı ülkelerde sadece idari izin veya ruhsat alma ile sınırlandırılmışken, bazılarında yetki başvurusundan önce ilgili sicillere kayıt yaptırma zorunluluğu getirilmiştir⁷¹⁰. Bu yetki sistemleri aracılığıyla geçici istihdam büroları ile bağlı şubelerinin altyapısı, yöneticilerinin nitelikleri ile ilgili asgari hususlar, geçici istihdam bürosunun iflası halinde işçilerin ücretleri ile vergi miktarını kapsayacak miktarda garanti olarak finansal şartlar ve bazen de geçici istihdam bürolarının münhasır faaliyetinin meslek

⁷⁰⁹ *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008. *Uşen*, 82.

⁷¹⁰ *Uşen*, 85.

edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile sınırlandırılması konuları hükme bağlanmaktadır⁷¹¹. Belirlenen yetki rejimlerine uyulmamış olması veya yetkinin süresinin dolması, genellikle idari ve cezai yaptırıma tabi tutulmuş olmakla birlikte, bazı ülkelerde bu tip durumlarda ödünç işçinin iş sözleşmesinin ödünç alan işverene devredilmiş kabul edileceği esası benimsenebilmektedir⁷¹².

Tek tek ülke uygulamalarına göz atılacak olursa mesela Japonya’da geçici istihdam büroları sadece meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunabilir. Japonya’da kanunlar iki tür ödünç iş ilişkisini de düzenlemektedirler. İlki meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisidir ve bu ilişki kurulduğunda Sağlık, Çalışma ve Refah Bakanlığı’na bildirimde bulunulması yeterlidir. İkinci tür de tez konumuzu oluşturan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisidir ve bu faaliyeti yürütecek geçici istihdam bürolarının bakanlıktan lisans almış olmaları gerekmektedir. Her iki ödünç iş ilişkisine yönelik olarak Japonya’da bu şekilde farklı düzenlemelerin getirilmiş olmasının nedeni, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçilerin, geçici istihdam bürosunca müşterinden aldığı talepler sonucunda istihdam edilmeleri şeklindeki belirsiz niteliğinden kaynaklanmaktadır⁷¹³. Buradan da anlaşılabileceği üzere Japonya’da geçici istihdam bürolarının ödünç işçileri ödünç süresi ile sınırlı olmak üzere istihdam edebilme olanağının kabul edildiği görülebilmektedir. Japonya’da aynı zamanda geçici istihdam bürolarının lisans alabilmesi için gerekli olan koşullarda belirlenmiştir. Buna göre, hapis yatmaya nazaran daha ağır nitelikte olduğu kabul edilen ağır para cezasına, ‘İşçilerin Ödünç Verilmesine İlişkin Kanun’ hükümleri, bakanlar kurulunca iş mevzuatıyla bağlantılı olduğu tespit edilmiş diğer

⁷¹¹ *Genişlemiş Avrupa Birliği’nde Dönemsel Çalışma*, 42.

⁷¹² *Uşen*, 85.

⁷¹³ *Hanami*, 164.

kanunların hükümleri, dolandırıcılığın önlenmesine dair kanun hükümleri çerçevesinde para cezasına mahkûm olmuş ya da güveni kötüye kullanma, tehdit, cebir gibi ceza kanunundaki veyahut müessir fiille ilgili kanun çerçevesinde işlediği suça ilişkin mahkûmiyet hükmünün hükümsüz kalmasından veya tamamlanmasından itibaren beş yıl geçmemiş olan, bu gibi hükümler çerçevesinde suç işlemiş olanlara geçici istihdam bürosu kurmaları için lisans verilememektedir. Pek tabî ki tek koşul bu değildir. Aynı zamanda işçilerin uğradıkları iş kazası sonucu zararlarının tazmini ve sağlık sigortası ile ilgili kanun hükümleri kapsamında işverenin sigorta bedelini ödememesi, bildirimde veya ihbarda bulunmaması gibi gereksinimleri yerine getirmemiş olması nedeniyle para cezasına mahkûm olması halinde; bir kimsenin iflas ettiği, eski halinin iade edilmediği veya ehliyetsiz olduğunun tespit edildiği hallerde; bir kimsenin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini yürütebilmesine yönelik lisansının iptal edilmesi ve iptal tarihinden itibaren beş yılın geçmemesi halinde; bir işletmeyi yönetme yeterliliğine sahip olmayan küçüklerin kanuni temsilcilerinin durumunun yukarıda belirttiğimiz hallerden birine girmesinde ve son olarak yukarıda belirttiğimiz kategorilerden birine giren yöneticiyi istihdam eden tüzel kişilere, geçici istihdam bürosu işletmelerine yönelik lisans verilemeyeceği belirlenmiştir⁷¹⁴.

İspanya’da geçici istihdam bürolarına lisans verilebilmesine ilişkin düzenlemelere 14/1994 no.lu kanun ve 4/1995 sayılı Kraliyet Kararnamesinde yer verilmiştir. Bu düzenlemelere göre bir geçici istihdam bürosunun lisans alabilmesi için, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetini yürütürken bir işveren olarak yükümlülüklerini yerine getirebileceği kurumsal bir yapıya sahip olması; meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin tek işletmesel faaliyetini oluşturması; sosyal güvenlik

⁷¹⁴ *Hanami*, 164.

veya vergi hizmetlerinde çözüm bekleyen bir yükümlülüğünün bulunmaması; ücretlerin ve sosyal güvenlik primlerinin ödenmesini garanti edebilme yeterliliğine sahip olması; iki veya daha fazla olay nedeniyle faaliyetinin askıya alınmasıyla sonuçlanan bir yaptırımın muhatabı olmaması; işletmenin ticari adının ‘geçici istihdam bürosu’ ibaresini ihtiva etmesi koşullarının bir arada bulunması gerekmektedir⁷¹⁵. Devlet, geçici istihdam bürolarına lisans vermek suretiyle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi piyasasını kontrol edebilmektedir. Nitekim lisans verilmesi, kanuni meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetini, yasaklanmış olan ödünç işçi verme biçimlerinden de ayrılmasını sağlamaktadır. İspanya hukukunda lisans sistemi, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi piyasasına girişlerin kontrol mekanizması olarak görüldüğü gibi, lisans almak için başvuruların yapıldığı esnada devlet, başvuruların geçici istihdam bürosunun işletilebilmesi için gerekli olan koşulları taşıyıp taşımadığını da denetleyebilmektedir. Bunlardan başka resmi makamlar, lisans verirken geçici istihdam bürolarına bir ‘kayıt numarası’ vermektedirler ki, bu numara geçici istihdam bürolarının reklâmları dâhil tüm faaliyetlerinde kullanılmak zorundadır. Ayrıca devlet, lisans sistemini bir cezalandırma aracı olarak da kullanabilmektedir. Şöyle ki; ciddi hukuki ve sözleşmesel yükümlülüklerin ihlali halinde geçici istihdam bürolarına ilişkin en ağır yaptırım olarak lisansın iptali gündeme gelmektedir⁷¹⁶. Devlet açısından bu faydayı sağlayan lisans, İspanya’da geçici bir süre için verilmektedir. Verildiğinde bir yıl için geçerli olup yıllık olarak yenilenmesi gerekmektedir. İkinci kez yenilemenin yapılmasıyla birlikte lisans devamlı bir nitelik kazanır, fakat bu durumda da haklı durumların ortaya çıkması halinde devamlı bir nitelik kazanan lisansın iptal

⁷¹⁵ *Rodriguez-Royo*, 180. *Uşen*, 88.

⁷¹⁶ *Rodriguez-Royo*, 186.

edilebilmesi mümkündür. Lisansın verildiği ilk üç yıl boyunca geçici istihdam bürosunun kanuni yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin tespit edilebilmesi için teftişler yapılmaktadır. Bu kontroller bir nevi geçici istihdam bürolarının resmi mercilerin güvenini kazanması için gerekli olan deneme süresi olarak kabul edilebilir⁷¹⁷. Bu şekilde verilen lisansla bağlı olarak faaliyet gösteren bir geçici istihdam bürosunun işleyişi, yükümlülüklerinin tekrarlanan bir şekilde ihlali durumunda ‘faaliyetin askıya alınması yaptırımı’ ile karşı karşıya kalabilmektedir. Faaliyetin askıya alınması yaptırımı geçici bir nitelik taşımakla birlikte, üçüncü kez tekrar faaliyetin askıya alınması yaptırımı sonucuna ulaşırsa bu kesin bir karar niteliğini kazanır ve lisans yetkili resmi mercilerce iptal edilir⁷¹⁸.

İsveç’te 1993 yılında kabul edilen kanun gereğince geçici istihdam bürolarının faaliyette bulunabilmesi için lisans aranmamaktadır. Bu bağlamda yürütülecek faaliyetin türüyle ilgili olarak resmi makamlara herhangi bir bildirimde bulunma yükümlülüğü de getirilmemiştir. Ancak bu durum geçici istihdam bürolarını diğer işletmelerden ayırmamakta ve geçici istihdam büroları da diğer tüm şirketler gibi şirketler hukukunun genel yükümlülüklerin muhatabı olarak kalmaya devam etmektedir. 1997 yılında Devlet bünyesinde oluşturulan ‘İstihdam Piyasasındaki Tekelin Kaldırılmasını Değerlendirme Kurulu’, geçici istihdam büroları ile ilgili olarak lisans sisteminin gerekli olduğunu belirtmiş olmakla birlikte, günümüzde henüz bu yönde bir değişiklik İsveç’te meydana gelmemiştir⁷¹⁹. İsveç’e benzer şekilde İngiltere’de de geçici istihdam bürolarının lisans alma zorunluluğu olmadığı gibi, geçici istihdam bürolarının faaliyette bulunabilmesi için belirli bir hukuki kişilik

⁷¹⁷ *Rodriguez-Royo*, 187. *Uşen*, 88-89.

⁷¹⁸ *Rodriguez-Royo*, 188.

⁷¹⁹ *Nyström*, 203-206.

taşıması mesela anonim şirket şeklinde kurulması gibi zorunluluklar mevcut bulunmamaktadır⁷²⁰.

İtalya’da, geçici istihdam bürosu olarak faaliyette bulunmak isteyen işletmenin başvuru tarihinden itibaren 60 gün içerisinde ilgili işletmenin yasada öngörülen yasal ve finansal şartları yerine getirdiği tespit edilerek Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından söz konusu işletme, gerekli listeye kaydedilir ve lisans geçici olarak verilir. Bu şekilde verilen geçici yetkinin üzerinden 2 yıl geçtikten sonra talep sahibinin talepte bulunduğu tarihten itibaren 90 gün içinde yetkili makamca yasalara uygun bir şekilde faaliyette bulunulduğunun tespitine bağlı olarak lisans belirsiz süreli olarak verilir. Ayrıca geçici istihdam bürolarının da kapsamına dâhil olduğu özel istihdam büroları, İtalya’da ancak sermaye şirketi, kooperatif veya kooperatif konsorsiyumu şeklinde yasada belirtilen tüzel kişilikler yoluyla kurulabileceklerdir. Tüm bunların yanı sıra İtalya’da geçici istihdam büroları, yürütecekleri faaliyetin genişliğine göre yasada belirtilen 350 bin Euro’dan 600 bin Euro’ya kadar değişen banka hesabında tutulan sermayesinin bulunması ve 200 bin Euro’dan 350 bin Euro’ya kadar değişen banka veya sigorta kurumlarından garanti alması gerekmektedir⁷²¹.

Fransa’da, geçici istihdam büroları sadece meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyeti ile uğraşabilecektir. Fransız mevzuatında hem idari izin, hem finansal şartlar, hem de bildirim zorunluluğu düzenlenmiştir. Geçici istihdam bürolarının faaliyete geçebilmeleri ve sürdürebilmeleri, iş müfettişine yapacakları bildirim ve gerekli finansal garantiyi sağlamalarına bağlıdır. Bildirimin içeriğinde hangi

⁷²⁰ *Uşen*, 86. *Morris*, 106.

⁷²¹ İtalya’da geçici istihdam bürolarının yetki rejimi ile ilgili olarak belirlenen düzenlemelerle ilgili daha fazla bilgi için Bkz., *Uşen*, 158-160.

hususların bulunacağı Fransız İş Kanunu md.R.124-1’de düzenlenmiştir. Buna göre, firmanın adı, hukuki statüsü, adresi, kurulduğu ve faaliyete başlayacağı tarih, devamlı olarak çalıştırılacak işçi sayısı, sosyal sigorta primlerinin yatırılacağı sosyal güvenlik kurumu şubesi, bildirimde yer almalıdır. Bunun sonrasında yerel yetkili makam, geçici istihdam bürosuna faaliyet iznini verir. Bu izin olmaksızın faaliyete başlama cezai bir yaptırımı beraberinde getirir⁷²². Verilen izin bir yıllık olup yenilenebilir, birden fazla üst üste yenilenen izin daimi izne dönüşmektedir⁷²³. 21 Ocak 1979 tarihli kanun geçici istihdam bürolarının, bankaya veya finansal bir kuruma sermaye yatırmasını öngörmüştür. Bu düzenleme ile geçici istihdam bürolarının iflası halinde işçilerin ücretlerinin ödenmesinin sağlanması ve ülkenin vergi kaybının engellenmesi amaçlamıştır. Garantinin miktarı kararnamede belirtilenden daha az olamamakla birlikte geçici istihdam bürosunun yıllık hâsılatına bağlı olarak tespit edilmektedir. Geçici istihdam bürolarının kuruluşunda veya bir şubenin açılmasında bu garantinin yatırılması mecburidir. Geçici istihdam bürolarının aktivitesi ile bağlantılı tüm dokümanlarda (posta, iş sözleşmeleri, geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasındaki sözleşmelerde) garanti edenin adresi ve adı belirtilmek zorundadır. Ödünç işçilere karşı, geçici istihdam bürolarının borçlarını, mali garantinin karşılamasının yetersiz olduğu durumlarda ödünç alan işverenin sorumluluğuna gidilebilecektir. Herhangi bir sözleşmesel anlaşma ile ödünç alan bu tali yükümlülüğünü ortadan kaldıramaz⁷²⁴. Belirtilen bu garantinin yokluğu durumunda geçici istihdam bürosunun faaliyetini yerine getirmesi mümkün değildir⁷²⁵.

⁷²² *Odaman*, 296-297. *Tuncay*, Tasarı, 66.

⁷²³ *Uşen*, 89.

⁷²⁴ *Vigneau*, 48-49.

⁷²⁵ *Odaman*, 297.

Belçika'daki duruma bakılacak olursa Belçika federal bir yapıya sahip olduğundan geçici istihdam bürolarının faaliyette bulunabilmesi için üç bölgesel yetki komisyonunun birinden yetki alması gerekmektedir. Bu komisyonda sosyal tarafların temsilcileri de yer almaktadır⁷²⁶. Belçika'nın her bir bölgesel yönetimi, geçici istihdam bürolarının yetki(lisans) alabilmesi için gerekli olan koşullara ilişkin ayrı ayrı belirlemelerde bulunmuşlardır. Flaman bölgesi için, geçici istihdam bürolarının yetki alabilmesine yönelik aranan koşullar 13 Nisan 1999 tarihli kararname ile belirlenmiştir. Bu kararname sadece geçici istihdam bürolarını değil aynı zamanda özel istihdam bürolarının diğer türlerini de kapsamına almaktadır⁷²⁷. Flaman bölgesi için aranılan koşullar, geçici istihdam bürosunun bir ticaret şirketi şeklinde kurulmuş olması; kanun tarafından belirlenmiş para miktarını depozito etmesi; geçici istihdam bürosu faaliyetinde bulunmak isteyen işletmenin, vergi, sosyal güvenlik primleri veya yaşam boyu garanti fonu katkıları ile ilgili olarak tüm görevlerini yerine getirmiş olması, iflas durumunda bulunmaması veyahut iflas usulünün hakkında işletilmeye başlanmamış olması gerekmektedir. Pek tabii ki geçici istihdam bürosunun kurucuları, yöneticileri veya işletmeyi yönetim ve temsil yetkisine sahip olan kişiler hakkında da bir takım koşullar aranmaktadır. Bu konumda bulunan kişilerin, 24 Ekim 1934 tarihli 22 no.lu Kraliyet Kararnamesinde belirtilen iflas etmiş veya belli suçlardan hüküm giymiş dolayısıyla belli faaliyetlerde bulunması yasaklanmış kişilerin kapsamına girmiyor olması; lisans veya lisansın yenilenmesine ilişkin talep tarihinden itibaren beş yıllık bir süre içinde iflas etmiş bir şirketin borçlarından veya yükümlülüklerinden dolayı sorumluluk taşımaması; özel istihdam bürolarının işleyişiyle ilgili veya sosyal güvenlik ve vergi mevzuatıyla ilgili

⁷²⁶ *Genişlemiş Avrupa Birliği'nde Dönemsel Çalışma*, 44. *Uşen*, 87.

⁷²⁷ *Hendrickx*, 56.

hükümleri sık sık veya ciddi kabul edilebilecek bir şekilde ihlal etmemesi; medeni ve politik haklarını kullanmaktan yoksun olmaması gerekmektedir⁷²⁸. Bu özel koşulların yanında aranan genel nitelikteki koşullarda bulunmaktadır. Bunlar arasında iş arayan kişilerin haklarına saygı gösterilmesi, hizmetin kaliteli olması ve hizmetin iyi niyetle sunulması, herhangi bir hizmet karşılığında işçilerinden ücret talep etmemesi gibi hususlar yer almaktadır⁷²⁹.

Belçika'nın Walloon bölgesi için aranan şartlar 13 Mart 2003 tarihli ve geçici istihdam bürolarına yetki verilmesiyle ilgili kararname ile belirlenmiştir. Bu bölgede yetki verilmesi için gereken şartlar Flaman bölgesinde yetki verilebilmesi için aranan şartlara benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte Flaman bölgesinde aranan şartlara ek olarak geçici istihdam bürosunun, danışma kurulunun talep ettiği tüm bilgi ve belgeleri vermesi; ödünç işçileri ödünç alan işverenlerin işyerinde grev veya lokavt olduğu hallerde ödünç vermemesi ve geçici istihdam bürolarının ödünç alan işverenle ve ödünç işçilerle yaptığı ödünç işçi sağlama sözleşmesi ile iş sözleşmesi örneklerinin bir nüshasını, ödünçün sona ermesinden itibaren beş yıl boyunca saklaması gerekmektedir⁷³⁰. Son olara bahsedilen unsurlar geçici istihdam bürolarının lisansı alabilmeleri için gerekli olan şartlar olmayıp, lisans alındıktan sonra geçici istihdam bürolarının uyması gereken koşullar niteliğini taşımaktadır.

⁷²⁸ *Hendrickx*, 57. *Eeckhoutte*, 88.

⁷²⁹ *Eeckhoutte*, 87-88. *Hendrickx*, 57.

⁷³⁰ *Eeckhoutte*, 89. *Hendrickx*, 57-58. Ayrıca AB ülkeleri dışında merkezinin yer aldığı ve Walloon bölgesinde faaliyet göstermek isteyen bir geçici istihdam bürosunun da taşınması gereken ilave şartlar bulunmaktadır. Buna göre, bu nitelikteki bir geçici istihdam bürosu Belçika'da ikamet eden ve şirketin bir temsilcisi olarak yetki sahibi olan bir kişiyi ilgili bölgede istihdam etmesi; merkezinin bulunduğu ülkede aktif bir şekilde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunması; Belçika'da işverenler bakımından kabul edilmiş bir sosyal kurula katılmış olması; uluslararası sözleşmeler aksini belirtmediği müddetçe Belçika sosyal güvenlik mevzuatına uyması gerekmektedir. (*Eeckhoutte*, 89).

Belçika'nın Brüksel bölgesi içinde geçici istihdam bürolarına lisans veya yetki verilmesi için aranan koşullar, 3 Aralık 1981 tarihli Kraliyet Kararnamesinde ve Brüksel bölgesinde geçici istihdam bürolarına lisans verilmesine dair 9 Haziran 1982 tarihli Bakanlık kararında yer verilmiştir. Bu koşullar, lisans almak isteyen firmanın tek faaliyetinin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi olacağı uygun bir ticaret şirketi biçimde kurulmuş olması; kanunda belirtilmiş olan para miktarını depozito etmesi; ödünç işçileri ödünç alan işverenin işyerinde grev veya lokavt olması durumunda, ödünç alan işverenlere göndermemesi veya onların işyerinde çalıştırmaması; şirketin merkezinin Belçika'da bulunmaması halinde işverenler bakımından kabul edilmiş bir sosyal kurula katılmış olması gerekmektedir⁷³¹.

Belçika'nın üç bölgesinde de geçici istihdam bürolarının faaliyette bulunmasına yönelik olarak verilen lisansların süreleri farklı bir şekilde tespit edilmiştir. Flaman bölgesinde lisans, belirsiz bir süre için verilmektedir. Ancak belirsiz bir süre için verilmiş olan bu lisanslar, belirli süreli lisansa dönüştürülebilir. Ayrıca bir geçici istihdam bürosunun lisansı, yıllık olarak gönderilen faaliyet raporlarından da anlaşılabilceği üzere geçici istihdam bürolarının taşıması gereken koşulları yitirmesi halinde iptal edilebilir. Walloon bölgesinde lisans iki yıllık bir süre için verilmektedir. Bu lisans iki yılın sonunda iki yıllık bir süre için veya belirsiz bir süre için yenilenebilir. İkinci bir iki yıllık dönemin ardından lisans belirsiz bir süre için yenilenebilmekte veyahüt yenileme talebi reddedilebilmektedir⁷³². Walloon bölgesinde verilen lisanslar, geçici istihdam bürolarının mevzuatta aranan şartları daha fazla taşımaması halinde veya meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ve sosyal mevzuatla ilgili hükümleri ihlal etmesi halinde iptal edilebilir. Lisansın iptal

⁷³¹ *Eeckhoutte*, 89-90. *Hendrickx*, 58.

⁷³² *Eeckhoutte*, 90.

edilmesinden önce geçici istihdam bürosunun savunması alınmalı veya savunma vermesi için davet edilmelidir⁷³³. Brüksel bölgesinde ise lisanslar 3 Aralık 1981 tarihli Kraliyet Kararnamesi gereği bir yıla kadar verilebilmektedir. Verilen lisanslar sonradan yenilenebilmektedir⁷³⁴. Brüksel bölgesinde lisansların iptal edilmesi veya askıya alınabilmesi, Ulusal Çalışma Konseyine başvurulduktan sonra; geçici istihdam bürosunun mevzuatta belirtilen koşulları bünyesinde taşımaması; sosyal mevzuat veya toplu iş sözleşmesi hükümlerinde yer alan yükümlülüklerini yerine getirmemesi; grev veya lokavt olan bir işyerinde ödünç işçi göndermemesi veya çalıştırmaması yükümlülüğüne uymadığı hallerinden birinin bulunması durumunda söz konusu olabilmektedir. Walloon bölgesinde olduğu gibi lisansın iptal edilebilmesi veya askıya alınabilmesi için geçici istihdam bürosunun savunmasının alınması veyahut savunmasını vermesi için davet edilmiş olması gerekmektedir⁷³⁵.

Almanya’da meslek edinilmiş bir biçimde bu işi yerine getirmek isteyen bir geçici istihdam bürosunun, bunun için ilgili kurumdan izin alması zorunludur. İlgili kurum ise, Federal İstihdam Kurumu’dur. Buradaki izin şartı önleyici bir yasak olarak adlandırılmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, Alman Anayasasının ifade edilen ilgili maddesi uyarınca, Ödünç İş İlişkisi Kanununda sayılan hallerin dışında izin verilmesinin zorunlu olduğu anlamına gelmektedir. İlk başta bu izin bir yıllığına verilmektedir⁷³⁶. Geçici istihdam büroları 1 yıllık sürenin dolmasına en az üç ay kala iznin uzatılması talebinde bulunmak zorundadır. Yetkili merci, bir yıllık süre dolmadan uzatma talebini reddetmez ise iznin bir yıllık süre için uzatıldığı kabul edilir. Uzatma talebi reddedilmiş ise, geçici istihdam bürolarının yasalara uygun

⁷³³ *Hendrickx*, 58.

⁷³⁴ *Eeckhoutte*, 90.

⁷³⁵ *Hendrickx*, 58.

⁷³⁶ *Schüren*, 75.

olarak akdettiği sözleşmelerin süresinin dolmasının beklenmesi amacıyla geçici istihdam bürosunun en fazla 6 ay daha faaliyetini sürdürmesine izin verilmektedir⁷³⁷. Bu şekilde bir yılla sınırlı birbirini takip eden üç tane izin verildikten sonra izin limitsiz olarak verilir. İzin belli koşullar ve yükümlülükler altında verilmekle beraber geri alma konusu da olabilir. Böylece Federal İstihdam Kurumuna, geçici istihdam bürosunun noksanlarına karşı esnek ve makul reaksiyonlar gösterme imkânı tanınmıştır⁷³⁸. Bu şekilde yetki rejiminin kurulduğu Almanya’da 15 Kasım 2002 tarihinde kabul edilen ‘Personel Hizmetleri Büroları’ hakkındaki kanun ile geçici istihdam bürolarının izin alma yükümlülükleri ile faaliyetleri bakımından kolaylaştırma yoluna gidilmiştir⁷³⁹.

Hollanda’da, 1 Temmuz 1998’de yürürlüğe giren Emek Piyasası Aracıları Kanunu(The Labor Market Intermediaries Act - WAADI Kanunu) ile geçici istihdam bürolarını da içeren özel istihdam bürolarının hukuki durumları düzenlenmiştir. WAADI Kanunu, lisans sistemini kaldırmakla birlikte aynı zamanda ödünç alan işveren yanında maksimum çalışma süresini de ortadan kaldırmıştır⁷⁴⁰. Her ne kadar lisans sistemi kaldırılmış olsa da, Çalışma Bakanlığı tarafından yayınlanan bir yönetmelik ile geçici istihdam bürolarının meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini belirli iş kollarında veya işgücü piyasasının belirli alanlarında yerine getirmesinin izne tabi kılınabilmesi olanağı getirilmiştir⁷⁴¹.

Yunanistan’da ise geçici istihdam büroları sadece meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunabilirler, diğer faaliyetlerde bulunmaları yasaklanmıştır.

⁷³⁷ Uşen, 88.

⁷³⁸ Schüren, 75.

⁷³⁹ Uşen, 88.

⁷⁴⁰ Sol, 99.

⁷⁴¹ Uşen, 87.

Ayrıca geçici istihdam büroları, sermayeleri yasada belirtilen miktardan az olmamak kaydıyla sınırlı sorumlu anonim şirket türünde kurulabilirler. Tüm bunların yanında geçici istihdam bürolarının faaliyette bulunabilmesi için Çalışma Bakanlığından izin almaları gerekmektedir. Bu iznin alınması için yapılan başvuruya iki finansal garanti mektubunun eklenmesi zaruridir. Bu mektuplardan ilki ödünç işçilerin ücretlerini, ikincisi ise ilgili işçilerin sosyal güvenlik primlerini güvence altına alma amacını taşımaktadır⁷⁴².

B. Geçici İstihdam Bürosu ile Ödünç İşçi Arasında İş Sözleşmesinin Yapılması

Geçici istihdam büroları, genellikle ödünç işçilerin işvereni olarak kabul edilmektedir. Bundan dolayı ödünç işçiler, iş hukuku bakımından da hukuki anlamda işçi olarak görülürler. Bununla birlikte geçici istihdam büroları ile ödünç işçiler arasında iş ilişkisinin bulunduğu yönündeki genel kabule aykırı düzenlemeleri içeren İngiltere ve İrlanda gibi ülkelerde mevcut bulunmaktadır. Tekrar geçici istihdam bürolarının işveren sıfatını taşıdığı hususuna dönecek olursak, ödünç işçiler genellikle belirli süreli iş sözleşmesine dayanılarak istihdam edilmektedirler. Kimi ülkelerde, mesela Hollanda ve İtalya’da belli koşulların gerçekleşmesi halinde belirli süreli iş sözleşmeleri, belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşebilmektedir⁷⁴³. Görüldüğü üzere her ülke kendi şartları veya meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini ele alış biçimine göre düzenlemeler yapmaktadır.

İspanya’da, 14/1994 sayılı kanun, geçici istihdam bürosu tarafından istihdam edilen işçiler bakımından ikili bir ayrıma gitmektedir. İlk grup geçici istihdam

⁷⁴² Uşen, 90.

⁷⁴³ Commission of the European Communities, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

bürosunun işyerinde çalışmak üzere istihdam edilen ve toplu iş sözleşmelerinde ‘işletmenin kalıcı işçisi’ olarak adlandırılan çalışanlardan oluşmaktadır. İkinci grup ise ödünç alan işverenlerin yanında iş görme edimini yerine getirmek üzere istihdam edilen ve ‘ödünç işçi’ olarak adlandırılan çalışanlardan oluşmaktadır. Konuyu ödünç işçiler açısından ele alacak olursak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde sadece tek bir iş sözleşmesi bulunmaktadır ki, bu da ödünç işçi ile geçici istihdam bürosu arasında yapılan iş sözleşmesidir. İlgili taraflar arasındaki bu iş sözleşmesinin 14/1994 sayılı kanuna göre özel bir düzenlemeye tabi kılınmadığı ve genel düzenlemelere tabi olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim kanunun bu yaklaşımı eleştirilmiş iş hukukuna özgü genel düzenlemelerin üç taraflı bir hukuki ilişkinin özelliğine uymadığı ifade edilmiştir. Gene de genel düzenlemeler uygulanacağından bir ödünç işçinin belirli veya belirsiz süreli bir iş sözleşmesi ile istihdam edilebilmesi mümkündür. Eğer belirli süreli bir iş sözleşmesi yapılacaksa, bu sözleşmenin süresi geçici istihdam bürosunun ödünç alan işverenle yaptığı işçi sağlama sözleşmesinin sürelerine denk gelmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra 1999 yılında yapılan reform ile kanunun 10.3 maddesine göre bir dizi ödünce ilişkin olarak tek bir belirli süreli iş sözleşmesi yapılması olanağının önü açılmıştır. Bu son durumun gerçekleşmesi durumunda, iş sözleşmesinde tüm ödünçler ayrı ayrı belirtilmeli ve ödünçler, iş kanununun 15.1.b maddesinde belirtilen piyasa koşullarına uyum sağlamak için meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurulması ihtiyacına dayanmalıdır⁷⁴⁴.

İspanya’da belirsiz süreli iş sözleşmesinin yapılması durumunda, ödünç işçi birbirini takip eden ödünçlere bağlı olarak ödünç alan işverenlerin yanında iş görme edimini yerine getirmek üzere gönderilebileceklerdir ve geçici istihdam bürosu ile

⁷⁴⁴ *Rodriguez-Royo*, 175-176.

ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesi varlığını sürdürmeye devam edecektir. Her ne kadar geçici istihdam bürolarının ödünç işçileri belirsiz süreli iş sözleşmesi ile istihdam etme olanağı bulunsu da genellikle ödünç işçilerin belirli süreli iş sözleşmeleri ile istihdam edildiği görülmektedir. Ayrıca ödünç işçilerle yapılan iş sözleşmesi, 4/1995 sayılı Kraliyet Kararnamesinde belirlenen modele uygun olarak yazılı bir şekilde yapılmalıdır. Bu yaklaşım İspanya mevzuatındaki genel yaklaşım ile uyumludur. 14/1994 sayılı kanuna göre deneme süresine ilişkin bir düzenlemenin getirilmediği görülmektedir, dolayısıyla İş Kanununun 14. maddesinde yer alan deneme süresine ilişkin hüküm ödünç işçiler açısından da uygulanabilecektir. Bunun anlamı deneme süresi, iş sözleşmesi akdedilirken her iki tarafça kararlaştırılabilecektir ancak işçi aynı işveren için zaten çalışıyorsa deneme süresi kararlaştırılamayacaktır. Deneme müddeti, yapılan işe göre sınırlandırılmıştır. Deneme süresinin müddeti, toplu iş sözleşmeleri ile düzenlenebilmektedir⁷⁴⁵.

İsveç'te, geçici istihdam büroları ödünç işçilerin işvereni olarak kabul edildiklerinden tüm işverenlik haklarını ellerinde tuttıkları gibi yükümlülüklerine de tabi olmaktadır. Burada tek bir istisna vardır, o da ödünç alan işverenin işyerindeki çalışma koşulları ile ilgili olarak öngörülmüştür, çünkü bu alanda artık ödünç alan işverenin hâkimiyeti söz konusudur. Ödünç işçilerde, İsveç'te İş Güvencesi Kanunundan tamamen yararlanabilmektedir. Bu da iş ilişkisinin genellikle belirsiz süreli olarak kurulması gerektiğine işaret etmektedir. Hemen belirtilmelidir ki, iş ilişkisi belirsiz süreli olarak kurulmuş olsa bile, işveren her zaman için ücret ödeme yükümlülüğü altında bulunmamaktadır. Büyük geçici istihdam bürolarında belirsiz süreli iş ilişkisi kural niteliğini taşıırken, küçük geçici istihdam bürolarında ödünçten

⁷⁴⁵ *Rodriguez-Royo*, 176-177.

ödünce istihdam ilişkisinin kurulduğu da görülebilmektedir. Gerek işverenler gerek sendikalar ödünç işçilerin yaklaşık % 80'inin belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile istihdam edildiğini tahmin etmektedirler. İsveç'te mevcut hukuki durum yani ödünç işçilerle iş sözleşmesinin belirsiz süreli kurulabilmesinin yanında belirli süreli de kurulup kurulamayacağı hususu karmaşık bir nitelik taşımaktadır. Bazı toplu iş sözleşmelerinde iş sözleşmesinin ödünçten ödünce belirli süreli olarak kurulabileceği esası benimsenmektedir. Hâlbuki İsveç İş Mahkemesi, belirli süreli iş sözleşmelerinin tekrarlanmasını 'İş Güvencesi Kanunu' çerçevesinde oldukça sınırlayıcı bir şekilde yorumlamaktadır. Nitekim mahkemeler, işsizlik ve diğer sosyal güvenlik yardımları ile ilgili kuralları yorumlarken, geçici istihdam bürolarınca düzenli olarak istihdam edilen ödünç işçilerin iş sözleşmesinin belirsiz süreli kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedirler, hatta bu konuda iş sözleşmesinde, sözleşmenin belirli süreli olduğunun kabul edilmesinin durumu değiştirmeyeceği de ifade edilmektedir. Tüm bu anlatılanlar ışığında ödünç işçilerin, geçici istihdam bürolarında belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile istihdam edilmesi gerekliliği sonucuna ulaşılmaktadır⁷⁴⁶.

İtalya'da, geçici istihdam bürolarının ödünç işçilerle yapacağı iş sözleşmelerine ilişkin olarak özel bir iş sözleşmesi türü düzenlenmediği görülmektedir. Dolayısıyla ödünç işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılırsa belirli süreli iş sözleşmesine dair hükümler devreye girecekken, belirsiz süreli bir iş sözleşmesi yapılırsa ilgili yasalarla, medeni kanunu hükümleri devreye girecektir. Bu sayede ödünç işçilerin, iş güvencesini düzenleyen 20 Mayıs 1970 tarih ve 300 sayılı yasanın kapsamına girmesi sağlanmıştır. Ancak belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalışan ödünç işçiler

⁷⁴⁶ Nyström, 203-210.

için özel bir düzenlemenin gerçekleştirildiği de görülmektedir. Buna göre; belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ödünç işçiler, iş ilişkisinin geçerli veya haklı nedenlerle sona erdiği durumlar hariç, emeğini ödünç alan işverenlere sunmadığı dönemlerde geçici istihdam bürolarından çalıştırılabilirlik ödeneği almaktadırlar. Kısacası geçici istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında akdedilen iş sözleşmesinde, ödünç işçiye geçici istihdam bürosunun hâkimiyeti(tasarrufu) altında kaldığı zamanlar için ödenecek çalıştırılabilirlik ödeneğinin miktarı belirtilmelidir. Bu miktar geçici istihdam bürosunun tarafı olduğu toplu iş sözleşmesi ile belirlenmekle birlikte, herhalde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yayınlanan kararnamede öngörülen ve periyodik olarak güncellenen meblağdan daha düşük tespit edilemeyecektir⁷⁴⁷.

Fransa'da da geçici istihdam bürosu pek çok ülkede benimsendiği üzere ödünç işçilerin işvereni olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan geçici istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında akdedilecek bir iş sözleşmesi, kanunda öngörülen bir takım özel düzenlemeler dışında hukukun genel ilkelerine tabidir. Aslında ilgili taraflar arasında akdedilen bu iş sözleşmesi, geçici istihdam bürosunun ödünç alan işveren ile imzaladığı 'işçi sağlama sözleşmesinin' bir kopyası niteliğini taşımaktadır⁷⁴⁸. Bu nedenle işçi sağlama sözleşmesinde de bulunması gereken ödünç işçiye başvurma nedeni, işçinin mesleki nitelikleri, ödünç işçinin çalışacağı işyeri, çalışma saatleri ve iş vardiyasındaki pozisyonun nitelikleri, belirli makine veya ürünlerin kullanımı gibi unsurlar, ödünç işçi ile yapılacak iş sözleşmesinde de bulunmak zorundadır. Bunlara ek olarak, iş sözleşmesi, ödünç işçinin ücretini, deneme süresinin müddetini, yurt dışında görevin ifa edilmesi durumunda memlekete geri gönderilme koşullarını,

⁷⁴⁷ Uşen, 156-157.

⁷⁴⁸ Odaman, 313-314.

tamamlayıcı emeklilik sandığını ve geçici istihdam bürosu tarafından desteklenen yardım sandığının adı ve adresini de ihtiva etmelidir⁷⁴⁹. Bu unsurları içermesi gereken iş sözleşmesinin Fransa’da yazılı olarak her bir işçi için ayrı ayrı yapılması zorunludur. Ayrıca ödünç işçinin işe başlamasından itibaren en geç iki gün içerisinde iş sözleşmesinin bir kopyası, ödünç işçiye verilmelidir. Kanun tarafından bu unsurları ihtiva etmesi gereken iş sözleşmesinin, gerektiği gibi kurulabilmesi yönündeki yükümlülük geçici istihdam bürolarının üstündedir. Bu bakımdan çeşitli unsurların ödünç işçi ile kurulan iş sözleşmesinde bulunmaması halinde unsurun niteliğine ve tekerrür haline göre para cezasından altı ay hapis cezasına kadar cezalar söz konusu olabilmektedir. Fransa’da bu esaslara tabi olarak kurulan iş sözleşmesi aslında zorunlu bir belirli süreli iş sözleşmesidir. Bu durum bizim hukuk sistemimizde özel öğretim kurumlarındaki öğretmenlerle belirli süreli iş sözleşmesi kurma zorunluluğuna benzetilebilir. 5 Şubat 1982 tarihli tüzük gereğince ödünç işçilerle yapılan iş sözleşmesi on sekiz aylık bir süre için yapılabilmeyle birlikte bir kez yenilenebilir, ayrıca ödünç alan işverenin işyerinde belirsiz süreli iş sözleşmesiyle işe alınan bir işçinin fiilen işe başlamasının beklenmesi gibi tüzükte sayılan diğer sebeplerin varlığı halinde, ödünç işçilerle akdedilen iş sözleşmelerinde kesin bir sürenin olmaması esası da benimsenmiştir. Ödünç işçilerle akdedilen iş sözleşmelerinde deneme süresi de kararlaştırılabilmektedir. Deneme süresi veya müddeti iş sözleşmesinde belirtilmemişse kanun, iş sözleşmesinin süresine göre değişen azami deneme süreleri belirlemiştir. Buna göre; sözleşme bir ay veya daha az bir süre için yapılmışsa deneme süresi iki günü, sözleşme bir ile iki ay arasındaki bir

⁷⁴⁹ *Vigneau*, 57. *Tuncay*, Tasarı, 66-67. *Odaman*, 314.

müddeti kapsayacaksa üç günü, iki aydan fazla bir süre için yapılmışsa beş günü geçemeyecektir⁷⁵⁰.

Belçika’da, geçici istihdam büroları ödünç işçilerin işvereni olarak kabul görmektedir. Bu durum geçici istihdam bürolarının gerek iş hukukundan gerekse de sosyal güvenlik hukukundan doğan tüm işveren yükümlülüklerine tabi olmasına yol açmaktadır⁷⁵¹. Nitekim vurgulanması gereken husus, bir istihdam(iş) ilişkisinin bulunabilmesi için, işverenin aktif bir şekilde yönetim hakkını kullanmasının gerekmediğidir. Geçici istihdam bürosunun durumunda olduğu gibi işverenin, iş sözleşmesinden doğan hakkını aktif bir şekilde kullanmasa bile, işçi üzerinde bu yöndeki bir hakkının varlığı işveren sıfatını kazanmasında yeterlidir⁷⁵². Belçika’da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair kanuna göre geçici istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında iki farklı sözleşme akdedilmektedir. İlk sözleşmede taraflar, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetine yönelik bir iş sözleşmesini kurmak konusunda uzlaşırlar. Bu ilk tür sözleşme, çerçeve iş sözleşmesi dediğimiz hususu anımsatmaktadır. Bu sözleşme yazılı yapılmalı ve ödünç işçi, geçici istihdam bürosunca ilk kez bir başka işverenin işyerinde iş görme edimini yerine getirmesi için ödünç verilmeden önce oluşturulmalıdır. Bir başka deyişle ödünç işçi, ödünç verilmeyi her kabul ettiğinde söz konusu bu çerçeve iş sözleşmesinin yenilenmesine gerek yoktur. İkincisi ise bildiğimiz anlamda iş sözleşmesidir⁷⁵³. Belirttiğimiz ikinci iş sözleşmesinin konusunu, hukuken izin verilmiş meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyeti oluşturmaktadır. Bu itibarla söz konusu iş sözleşmesi, belirli bir müddet veya belirli bir iş için ya da ödünç alan işverenin işyerindeki devamlı bir işçinin

⁷⁵⁰ *Odaman*, 314-315.

⁷⁵¹ *Hendrickx*, 58.

⁷⁵² *Engels*, 65.

⁷⁵³ *Eeckhoutte*, 92.

yerine ödünç verilme, ödünç alan işverenin iş yükündeki geçici nitelikteki artışlar, ödünç alanın istisnai nitelikteki bir faaliyette bulunması gibi sebeplerle akdedilebilir⁷⁵⁴. Belçika hukukundaki bu durum bizim hukuk sistemimizdeki belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilme sebeplerini de çağrıştırmaktadır. Tekrar Belçika hukukuna dönecek olursak, ödünç işçiyle yapılan iş sözleşmesinin prensipte belirsiz süreli olarak akdedilmediği görülür. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair parlamentodaki görüşmelerde, bakan açıkça belirsiz süreli iş ilişkisinin kanun tasarısının ruhuna aykırı olduğunu ifade etmiştir⁷⁵⁵. Ancak kimi yazarlar ödünç işçiyle geçici istihdam bürosunun belirsiz süreli iş sözleşmesi yapma olanağının dışlanmadığını da ileri sürmektedirler. Bu düzenlemeler ışığında ödünç işçi ile geçici istihdam bürosu arasında, belirli süreli iş sözleşmesi akdedilmesi prensip olmakla birlikte, belirli süreli iş sözleşmelerinin birbirini izlemesi de mümkündür⁷⁵⁶.

Belçika’da çerçeve iş sözleşmesinin dışında akdedilen ikinci ve gerçek anlamda dediğimiz iş sözleşmesi, mutlaka yazılı şekilde ve ödünç işçinin ödünç verilmesinden itibaren en geç iki iş günü içinde yapılmalıdır. Eğer ki yazılı bir iş sözleşmesi yapılmamış olursa bu takdirde taraflar arasında belirsiz süreli iş sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır. Belirsiz süreli iş sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olduğunda işçiye bir imkân tanınmıştır. İşçi bu durumda ödünç verilmesinden sonraki ilk iki günü takip eden yedi gün içinde iş sözleşmesini önel vermeksizin veya ihbar tazminatı ödemeksizin sona erdirebilecektir. Bütün bunların yanında iş sözleşmesindeki deneme süresine ilişkin bir düzenleme de getirilmiştir. Aksi kararlaştırılmadığı takdirde iş sözleşmesinin ilk

⁷⁵⁴ Hendrickx, 53. Eeckhoutte, 83.

⁷⁵⁵ Eeckhoutte, 83.

⁷⁵⁶ Hendrickx, 53.

üç işgünü her iki tarafında bildirimde bulunmaksızın veya ihbar tazminatı ödemeksizin iş sözleşmesini feshedebileceği deneme süresini oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra ödünç işçi, birbirini takip eden belirli süreli sözleşmelerle aynı ödünç alan işverenin işyerinde ve aynı pozisyonda çalışıyorsa, birbirini takip eden deneme sürelerine izin verilmeyeceği belirtilmiştir⁷⁵⁷.

Belçika hukukunda iş sözleşmesinin sadece belirli süreli olmasına veyahut deneme süresine ilişkin düzenlemeler getirilmemiş ilaveten iş sözleşmesinin içeriğine dair düzenlemeler de getirilmiştir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetine yönelik taraflar arasında kurulan bir iş sözleşmesinin; ödünç alan işverenin adı/unvanı, sözleşmenin kurulmasının nedeni, ödünç müddeti, ödünç işçinin mesleki nitelikleri, ödünç işçinin çalışacağı yer, çalışma saatleri ve kararlaştırılan ücret ve işçinin hak kazandığı diğer ödemeler gibi unsurları ihtiva etmesi zorunludur. Bu unsurlardan birinin yokluğu iş sözleşmesinin geçersiz ve hükümsüz olmasına yol açmaktadır. Netice de böyle bir durumda ödünç işçi, geçici istihdam bürosunun belirsiz süreli bir iş sözleşmesiyle istihdam ettiği bir işçisi olarak kabul görür. Bunların yanı sıra ödünç işçi, geçici istihdam bürosunun ödünç alan işverenle yaptığı sözleşmenin bir örneğini alacaktır⁷⁵⁸.

Belçika'da iş sözleşmesinin sona erdirilmesine yönelik genel prensipler ödünç işçi ile geçici istihdam bürosu arasında akdedilen iş sözleşmesine de uygulanmaktadır. Taraflar arasında akdedilen belirli süreli iş sözleşmesi, belirli işin tamamlanması, belirli sürenin sona ermesi veya ödünç alan işverenin işyerinde çalışan devamlı işçinin işine geri dönmesi halinde sona erecektir. Ancak belirli bir sürenin veya belirli bir işin tamamlanmasını öngören bir sözleşmeyi, taraflardan biri

⁷⁵⁷ Hendrickx, 54. Eeckhoutte, 93.

⁷⁵⁸ Hendrickx, 54. Eeckhoutte, 93.

haklı bir sebep göstermeksizin süresinden önce feshedecek olursa, diğer tarafa sözleşmenin sona erme tarihine kadar öngörülen ücret tutarında bir tazminat ödemesi gerekmektedir. Ancak ödenecek bu tazminat, sözleşme belirsiz süreli kabul edilmiş olsaydı ödenecek ihbar tazminatının iki katını geçemeyecektir. Ancak geçici istihdam bürosu, ödünç alan işverenin işçi sağlama sözleşmesini erken sona erdirmesinden dolayı iş sözleşmesini sona erdirmiş ve geriye kalan müddet için ödünç işçiye aynı çalışma şartları ve ücreti düzeyinde yeni bir iş sözleşmesi teklif etmişse tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Ödünç alan işverenin işyerindeki devamlı işçi gelinceye kadar ödünç işçinin çalışmasını hedefleyen bir iş sözleşmesi yapılmış ve devamlı işçi gelmeden ödünç işçinin iş sözleşmesi sona erdirilmişse, ödenecek tazminat üç aylık ücrete eşdeğer olacaktır. Ancak geçici istihdam bürosu, ödünç alan işverenin işçi sağlama sözleşmesini erken sona erdirmesinden dolayı iş sözleşmesini sona erdirmiş ve üç aylık müddet için kıyasen eşdeğer bir iş teklif etmişse tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulacaktır⁷⁵⁹. Ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerinde devamlı bir işçinin yerine çalıştığı durumda, ödünç işçi yedi gün önce bildirimde bulunarak iş sözleşmesini sona erdirebilecektir⁷⁶⁰.

Almanya’da, Profesyonel Amaçlı Ödünç İş İlişkisinin Düzenlenmesine Dair Kanuna göre ödünç işçi ile geçici istihdam bürosu arasında iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiği belirtilmekle birlikte, bu sözleşmede bulunması gereken bir takım unsurlara da yer verilmiştir. Bu unsurlar arasında büronun adı ve adresi, izin veren makam ve izin süresi, ödünç verilmediği süre kapsamında ödünç işçiye sağlanacak edimlerin cinsi ve miktarı ile ilgili bilgilerin sayılabilmesi

⁷⁵⁹ *Hendrickx*, 55. *Eeckhoutte*, 94.

⁷⁶⁰ *Hendrickx*, 55.

mümkündür⁷⁶¹. Buradan da anlaşılacağı üzere taraflar arasındaki iş sözleşmesi belirsiz süreli olmalıdır⁷⁶². Geçici istihdam bürosu aynı zamanda, yetkili makam tarafından hazırlanan ve kanuna dair genel hususların yer aldığı açıklayıcı bir broşür vermek zorundadır. Eğer istihdam edilecek kişi yabancı uyruklu ise, kişinin talebi halinde ilgili broşür, işçinin ana dilinde verilmelidir⁷⁶³.

Hollanda’da 1 Ocak 1999 tarihinde yürürlüğe giren esneklik ve güvenlik ile ilgili kanun, geçici istihdam bürosu ile ödünç işçi arasındaki ilişkiyi iş ilişkisi olarak nitelemekte ve bir takım istisnalar dışında iş kanununda öngörülen normal istihdam biçimine göre çalışan işçilerle ödünç işçilerin aynı haklara sahip olduğunu kabul etmektedir. İlgili kanuna göre ödünç işçiler, ilk altı ay için belli bir takım haklardan yararlanabilmektedir. Bu hakların arasında ödünç işçi ile geçici istihdam bürosunun, ödünç alan işverenin ödünç işçiyi geri gönderdiğinde iş sözleşmesinin sona ereceğini yazılı bir şekilde kararlaştırabilecekleri, ödünç işçinin işten istediği zaman çıkabileceği gibi hususlar yer almaktadır. Ayrıca kanun deneme süresine ilişkinde düzenleme getirmiştir. Normalde Hollanda da deneme süresi iş sözleşmesinin türüne bakılmaksızın iki aydır, fakat meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik iş sözleşmesinde bu süre iki yıldan az bir süreyi kapsayan iş sözleşmeleri için bir ay olarak kabul edilmiştir. Ancak toplu iş sözleşmeleri ile bu süre iki aylık kanuni süreden uzun olmamak üzere uzatılabilecektir⁷⁶⁴. Hollanda’da aynı zamanda ulusal düzeyde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörü ile ilgili toplu iş sözleşmeleri de, ilgili faaliyetin düzenlenmesinde rol oynamaktadır. Bu temelde iki tane önemli sektörel toplu iş sözleşmesi akdedilmiştir. En önemli olanı sektörün %90’ını

⁷⁶¹ *Hekimler*, Federal, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=941&id=54, 26.08.2008.

⁷⁶² *Schüren*, 70.

⁷⁶³ *Hekimler*, Federal, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=941&id=54, 26.08.2008.

⁷⁶⁴ *Temporary Agency Work: National Reports - The Netherlands*, www.fr.eurofound.eu.int/publications/htmlfiles/ef0232.htm, 26.08.2008.

kapsayan Geçici İstihdam Organizasyonları Genel Birliğinin(General Association of Temporary Employment Organizations-ABU) sektörel düzeydeki anlaşmasıdır. Söz konusu toplu iş sözleşmesi ile safha sistemi benimsenmiştir. Belirlenen dört safhaya bağlı olarak ödünç işçilere her kademede ilave çeşitli haklar tanınmaktadır. Dördüncü safha başlıca olarak 18 aydan uzun istihdam ilişkisini kapsamına alır. Bu safhadaki bir ödünç işçi, aynı ödünç alan işveren için 18 ay, farklı kullanıcı firmalar için 36 ay çalışmışsa, geçici istihdam bürosuyla yapılacak belirsiz süreli iş sözleşmesi ile ödüllendirilmektedir. 18 ve 36 aylık sürelerin hesaplanmasında daha önceki safhalarda geçen süreler bir bütün olarak ele alınır. Kastedilen belirsiz süreli iş sözleşmesi, iş kanununun hükümlerine tabi olan bir belirsiz süreli iş sözleşmesidir⁷⁶⁵.

İngiltere’de, iş hukukuna ilişkin genel düzenlemelerle ilgili olarak ödünç işçilerin feshe karşı korunmaları veya ailevi nedenlerle işten ayrılmalarına yönelik koruyucu nitelikteki düzenlemelerden yararlanmaları kabul edilmemektedir. Bunun başlıca nedeni olarak da iş hukukundaki pek çok emredici nitelikteki düzenlemenin sadece işçilere uygulanması ve ödünç işçilerin günümüze kadar İngiliz mahkemelerince ne geçici istihdam bürolarının ne de ödünç alan işverenin işçisi olarak kabul edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Ancak ayırım yapmama, asgari ücret ve çalışma saatlerine ilişkin mevzuat hükümlerinden nadiren de olsa ödünç işçilerin yararlandığı görülebilmektedir. Aslında İngiltere’de bu şekilde bir durumun ortaya çıkmasında sosyal güvenlik ve vergi kanunlarının aksine iş kanununun, ödünç işçilerin hukuki statüsü konusunda sessiz kalması rol oynamaktadır⁷⁶⁶.

⁷⁶⁵ *Sol*, 100-101.

⁷⁶⁶ *Morris*, 102-109.

C. Geçici İstihdam Bürosu ile Ödünç Alan İşveren Arasında ‘İşçi Sağlama Sözleşmesinin’ Yapılması

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinin ortaya çıkabilmesi için geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında bir ilişkinin varlığının zorunlu olduğu ortadadır. Nitekim bu yönde bir zorunluluk, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin üç taraflı bir hukuki ilişki olmasından kaynaklanmaktadır. İlgili taraflar arasındaki bu yöndeki ilişki ve içeriği her ülke tarafından farklı olarak ele alınıp düzenleme konusu yapılmıştır.

İspanya’da 14/1994 sayılı kanun ödünç alan işveren tanımına yer vermemekle birlikte işçi sağlama sözleşmesini düzenleme konusu yapmıştır. Buna göre bir kere ilgili sözleşme taraflar arasında yazılı olarak yapılmalı ve ödünç alan işverenin işyerindeki işçi temsilcilerine bu konuda bilgi verilmesi gerekmektedir⁷⁶⁷. İsveç’te geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında akdedilen işçi sağlama sözleşmesi, sözleşmelere ilişkin genel hükümlere ve ticaret hukukundaki düzenlemelere tabidir. 1993 tarihli kanun ilgili sözleşmeye dair herhangi bir özel koşul getirmemiştir. Dolayısıyla sözleşmenin unsurlarına ve yazılı şekilde yapılıp yapılmamasına ilişkin bir zorunluluk mevcut bulunmamaktadır⁷⁶⁸. İngiltere’de de ödünç alan işveren ile geçici istihdam bürosu arasındaki ilişki sözleşmeye tabidir. Bu sözleşmenin şekli ve içeriği ile ilgili özel bir düzenlemeye rastlanmamıştır⁷⁶⁹.

İtalya’da işçi sağlama sözleşmesi yazılı olarak yapılmak zorunda olup; geçici istihdam bürosuna verilen yetkiler, ödünç verilen işçi sayısı, ödünç işçilerin sağlık ve bütünlüğüne yönelik riskler ile gerekli önlemler, ödünç süresi ve ödünç işçinin işe

⁷⁶⁷ *Rodriguez-Royo*, 182.

⁷⁶⁸ *Nyström*, 207.

⁷⁶⁹ *Morris*, 107.

başlama tarihi, ödünç işçinin görevi, ödünç işçinin çalışacağı işyeri, geçici istihdam bürosunun ödünç işçiye ücret ve sigorta primlerini ödemeye yönelik taahhüdü, ödünç alan işverenin ödünç işçinin ücret ve sosyal sigorta primlerinin karşılanabilmesi için payına düşen kısmı geçici istihdam bürosuna ödeyeceğine dair yükümlülüğü, ödünç alan işverenin işyerinde emsal işçiye uygulanan ücret ve sosyal güvenlik primleri konusunda geçici istihdam bürosunu bilgilendirme yükümlülüğü, geçici istihdam bürosunun temerrüdü halinde ödünç alan işverenin geçici istihdam bürosuna rücu hakkı saklı kalmak üzere doğrudan ödünç işçiye ödeme yapma yönündeki taahhüdü gibi unsurların işçi sağlama sözleşmesinde bulunması zorunludur. İşçi sağlama sözleşmesinin içeriğine dair bilgiler ödünç alan işverene gönderilmeden önce geçici istihdam bürosu tarafından ilgili ödünç işçiye bildirilmelidir. Eğer işçi sağlama sözleşmesi yazılı bir şekilde yapılmayacak olursa, söz konusu sözleşme geçersiz kabul edilir ve işçi ödünç alan işverenin işçisi olarak kabul edilir⁷⁷⁰.

Fransa’da geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında işçi sağlama sözleşmesinin her işçi için, ödünç verilmelerini takip eden iki gün içinde yazılı olarak yapılması zorunludur. Hatta yazılı şekil şartının kamu düzenine ilişkin olduğu ve bu şekle aykırı olarak yapılan sözleşmelerin mutlak butlanla sakat olduğu kabul edilmektedir⁷⁷¹. Bu sözleşmede, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurma nedeni, ödünç işçinin mesleki nitelikleri, işin ifa edileceği yer, çalışma saatleri ve ödünç işçinin iş vardiyasındaki pozisyonunun nitelikleri, belirli makine veya ürünlerin kullanımı gibi unsurlar belirtilmelidir. Geçici bir süre için işe devam edemeyecek olan işçinin yerine yerleştirme durumunda sözleşme akdedilmiş olursa, işyerinden uzak olan işçinin adının da belirtilmesi zorunludur. Pozisyonla ilgili

⁷⁷⁰ *Uşen*, 147-148.

⁷⁷¹ *Odaman*, 298-309.

herhangi bir sağlık riski varsa bilhassa belirtilmelidir. Ödünç işçi için gerekli bireysel korunma araçları, ilgili sözleşme çerçevesinde sağlanmalı ve son olarak ödünç alan işverenin işyerindeki emsal işçinin aldığı ücret işçi sağlama sözleşmesinde gösterilmelidir⁷⁷². Tüm bu anlatılanlar yanında işçi sağlama sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılabileceği öngörülen önemli bir husus daha bulunmaktadır. Bu bağlamda geçici istihdam bürosunun, özellikle ödünç işçinin verdiği zararlar gibi bazı sorumluluklardan muaf olacağına dair hükümlere ilgili sözleşmede yer verilebilmektedir⁷⁷³.

Belçika’da geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasındaki ilişki sözleşmeye dayanmaktadır. Bu sözleşme, geçici istihdam bürosunun ödünç alan işverenin işyerine geçici nitelikteki bir iş için ödünç işçi gönderileceği ve işveren yetkilerinin ödünç alan işverene devredileceği hususlarını temel olarak içermektedir. İċtihat hukukuna bakıldığı takdirde söz konusu sözleşmenin genel olarak kendine özgü(sui generis) bir sözleşme olarak nitelendirildiği görülür. Belçika’da işçi sağlama sözleşmesi 24 Temmuz 1987 tarihli kanunca oldukça ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır⁷⁷⁴. Kanuni düzenlemeye göre geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında ‘işçi sağlama sözleşmesi’, ödünç işçinin çalışmaya başladığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde yazılı olarak yapılmalıdır. Bu şekilde yapılan sözleşme; başlıca olarak geçici istihdam bürosunun lisans numarası, geçici istihdam bürosunun ulusal sosyal güvenlik hizmetine kaydedildiği kayıt numarası, ödünç alan işverene uygulanabilen ortak komitenin veya ortak alt kurulun unvanı, ödünç işçi istihdamına başvurma sebebi, ödünç müddeti ile ödünç işçinin çalışacağı işyeri,

⁷⁷² *Vigneau*, 57. *Tuncay*, Tasarı, 66-67.

⁷⁷³ *Odaman*, 311.

⁷⁷⁴ *Hendrickx*, 59.

ödünç alan işverenin işyerindeki çalışma saatleri, ödünç işçinin mesleki nitelikleri, ödünç alan işverenin işyerindeki aynı niteliğe sahip devamlı işçinin ücreti, ücretin ödenme şekli, ödünç alan işverenin işyerine özgü nitelikleri gibi unsurları içermelidir⁷⁷⁵.

Almanya’da da geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasındaki hukuki ilişki sözleşmeye dayanmaktadır. Bu sözleşmeyi özel yapan bir insanın söz konusu olması ve ödünç alan işverenin bu kişiyi işgücünün bir parçası olarak kullanacak olmasıdır. Geçici istihdam bürosu, kararlaştırılmış olan zamanda ödünç alan işverene işçi sağlama borcu altında iken, ödünç alan işverende kararlaştırılmış hizmet bedelini ödeme borcu altındadır. Ödünç işçinin isteksiz veya ehliyetsiz olması durumunda, geçici istihdam bürosunun ödünç alan işverene karşı uygun bir işçi seçme ve sağlama hususunda, işçi sağlama sözleşmesinden doğan bir sorumluluğu mevcuttur⁷⁷⁶.

D. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisine Başvurma Nedenleri ve Getirilen Yasaklar

Ülkelerden ülkeye meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurma nedenleri değişiklik göstermekte ve hatta bazılarında söz konusu ilişkiye başvurma nedenleri oldukça katı bir şekilde düzenlenmektedir⁷⁷⁷. Bunun yanı sıra meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik getirilen yasakların hemen hemen tüm AB üyesi ülkelerde benzer şekillerde ele alındığı görülmektedir⁷⁷⁸. Bu bakımdan özellikle ödünç alan işverenin işyerindeki daimi işçilerin greve gitmesi halinde bu işçilerin yerine ödünç işçi çalıştırılamayacağı yönündeki yasak, yasal mevzuat, toplu iş sözleşmeleri ve

⁷⁷⁵ **Hendrickx**, 59. ‘İşçi Sağlama Sözleşmesinin’ içermesi gereken unsurlar hakkında daha fazla bilgi için; Bkz., **Eeckhoutte**, 91.

⁷⁷⁶ **Schüren**, 74-75.

⁷⁷⁷ *Genişlemiş Avrupa Birliği’nde Dönemsel Çalışma*, 50.

⁷⁷⁸ **Uşen**, 91.

davranış kuralları dâhilinde oldukça kutsal olarak kabul edilmektedir⁷⁷⁹. Ayrıca grevci işçilerle ilgili bu yasağa tehlikeli işlerle ilgili yasakta dâhil edilebilmektedir. İlaveten meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik olarak sektör bazında da yasaklar öngörülebilmektedir. Örneğin AB düzeyinde en sık yasak uygulanan sektör inşaat sektörüdür⁷⁸⁰. Aşağıda ise çeşitli ülkeler bakımından başvurma nedenlerinin ve yasakların nelerden oluştuğuna değinilecektir.

Japonya’da, İş Güvencesi Kanunu, işçi ödünç verme faaliyetlerini işyerlerinde çalışan daimi işçilerin işlerini korumak amacıyla yasaklamaktaydı. İşçilerin ödünç verilebileceği on altı çeşit meslek grubu arasında ise bilgisayar programcılığı, radyo programı yapımcılığı, tercüme veya stenografi, binaların temizliği, bakım ve işletimi gibi işçilerin idaresini gerektiren uzmanlığa, deneyime ve bilgiye dayanan meslekler yer almaktaydı. Nitekim sendikalarda daha önceki zıt yöndeki görüşlerinin aksine profesyonel uzmanlığa sahip ödünç işçilerin, bir işyerine ödünç verilirken sayılarının sınırlandırılması ve daimi işçilerin iş olanaklarına ciddi bir şekilde zarar vermemeleri sebepleriyle işçilerin ödünç verilmesine olumlu bakmaya başlamışlardır. Daha sonradan sendikalar ayrıca kısa dönemli istihdam ilişkisinden doğan sömürülme riskine yüksek vasıflı işçilerin maruz kalmayabileceğinin farkına varmışlardır. Zamanla ödünç iş ilişkisine yönelik talebin artış göstermesiyle beraber, bu ilişkinin kurulabileceği meslek dallarının genişlemesine hoşgörüyle bakılmıştır. 1994 yılında 60 yaşın üstündeki işçiler bakımından, liman taşımacılığı, inşaat, güvenlik hizmetleri ve üretim hizmetleri dışındaki alanlarda kalan ödünç iş ilişkisinin kurulmasına yönelik öngörülen genel mesleki sınırlama kaldırılmıştır. 1996 yılında ise, meslek

⁷⁷⁹ *Commission of the European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

⁷⁸⁰ *Uşen*, 91.

edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurulabilecek meslek gruplarına araştırma ve geliştirme, yayınların çıkarılması ve redaksiyonu, malların tasarımı ve reklamı, etkinliklere ev sahipliği, telefon aracılığıyla satış, satış mühendisliği, televizyon ve radyo kurulumu gibi on adet meslek grubu daha eklenmiştir. Aynı yıl ailevi nedenlerle veya gebe kalması ya da çocuk sahibi olması sebebiyle izinli olan işçilerin yerine ödünç işçi çalıştırılabilmesi, en fazla bir yıllık süre için kabul edilmiştir. 1999 yılında liman taşımacılığı, güvenlik hizmetleri, inşaat ve hükümet kararıyla tespit edilmiş belli meslekler hariç, prensipte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin meslek grupları açısından öngörülen yasak kaldırılmıştır⁷⁸¹. Japonya'daki meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik olarak daha çok sınırlamaların getirildiği ve bununda sektörel düzeyde belirlenmesi yolunun tercih edildiği anlaşılmaktadır. Diğer ülkelerde de sektörel sınırlamaların getirildiğine rastlanmakta ama daha ziyade bir ya da iki sektörde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulamayacağı belirlenmekte, Japonya'da olduğu gibi tek tek sektör belirlemesi yolunun tercih edilmediği görülmektedir.

İspanya'da iş kanununun 15. maddesi, belli projelerde, belli bir hizmetin yerine getirilmesinde, piyasadaki geçici ihtiyaçların karşılanmasında, izinli olan işçilerin yerine geçici olarak ödünç işçilerin yerleştirilmesinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurulabileceği esasını benimsemiştir. Her ne kadar bu sebeplere dayanılarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulabilecekse de ödünç işçilerin kullanımı kimi sebeplerle sınırlandırılmıştır. İş kanununun 8. maddesine göre; ödünç alan işverenin işyerindeki greve giden işçilerin yerine ödünç işçilerin yerleştirilmesi; 1999 yılından beri yürürlükte olan Kraliyet Kararnamesine göre özellikle tehlikeli

⁷⁸¹ *Hanami*, 162-163.

olduğu tespit edilen faaliyetlerin yerine getirilmesinde ödünç işçilerin kullanılması; mücbir sebepler gibi belli istisnalar dışında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasının talep edilmesinden önceki son 12 ayda ekonomik nedenlerle işçi çıkaran veya son 18 ayda 3 aydan fazla bir süre ödünç işçilerce yerine getirilen ödünç alan işverenin işyerindeki bir pozisyon için ödünç işçi sağlanması; ödünç işçilerin bir başka geçici istihdam bürosuna ödünç verilmesi hususları açıkça yasaklanmıştır⁷⁸². 8. madde de öngörülen yasakların yanı sıra iş kanununun 12.3'üncü maddesinde de işyerinde risk değerlendirmesi yapmayan ödünç alan işverenlere, işçi ödünç verilmesinin yasak olduğu hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm, ödünç alan işverenleri, iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülüklerini yerine getirmeye sevk etme amacını gütmektedir⁷⁸³.

İsveç'te, ödünç işçilere başvurulmasının temel sebebini, iş yükündeki geçici artış ve hastalık durumunda ortaya çıkan işgücü ihtiyacı oluşturmaktadır. Ayrıca yılın belli dönemlerine yoğunlaşmış mesleki faaliyetlerde de ödünç işçiler kullanılabilmektedir. Görüldüğü üzere İsveç'te bu sebeplere dayanılarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulabilmekte ancak ilgili faaliyetle ilgili ve grevlerle ilgili emredici kurallara yer verilmemektedir. Hükümette, işgücü piyasası temsilcileri arasındaki toplu pazarlıklara ve uyuşmazlıklara karışmamaktadır. Bir başka deyişle tarafsız kalmaktadır. İsveç'te greve giden işçilerin iş sözleşmeleri devam etmekle birlikte devamlı bir suretle işlerine bir başka işçi alınamamaktadır. İyi kurulmuş bir gelenek sayesinde İsveç işgücü piyasasında işçileri greve gitmiş veyahut kendisi lokavt ilan etmiş bir işverenin işyerinde ödünç işçi çalıştırabilmesi neredeyse imkânsızdır. Bir işveren greve giden işçilerinin yerine ödünç işçi çalıştıracak olursa

⁷⁸² *Rodriguez-Royo*, 175.

⁷⁸³ *Rodriguez-Royo*, 175. *Uşen*, 93.

bu konu kanunlarda düzenlenmediğinden işverenin davranışına yönelik herhangi bir hukuki engel ileri sürülemeyecektir. Ancak bir işverenin bu yola başvurma, sendikalarca kınanmasına yol açacaktır. İsveç'te herhangi bir işverenin greve giden işçilerin yerine ödünç işçi çalıştırdığına dair bir örneğe rastlanmamaktadır⁷⁸⁴. İsveç sisteminde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik grevci işçilere ilişkin yasak dışında başka bir yasağın belirlendiği görülememektedir. Grevci işçilere yönelik öngörülen yasakta kanuni olarak veya toplu iş sözleşmeleri yoluyla benimsenmemiş daha ziyade yıllar içinde oturan bir gelenek halinde ortaya çıkmıştır.

İtalya'da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine üretimden kaynaklanan nedenlerle veya işverenin geçici olarak işe devam etmeyen işçilerini ikame etmesi amacıyla başvurulabilmektedir⁷⁸⁵. Ancak hangi hallerde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasının yasak olduğu da 276/2003 sayılı yasa da belirtilmiştir. Buna göre; grev hakkını kullanan işçilerin yerine, son 6 ay içinde toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işleri yapan işçiler yerine, son 6 ay içinde çalışma süreleri azaltılan işlerde veya işletme faaliyetlerinin geçici olarak durdurulduğu hallerde bir diğer deyişle kısa çalışmanın uygulandığı işyerlerinde çalışma süreleri azaltılan işçiler yerine, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında ödünç işçi çalıştırılması açıkça yasaklanmıştır. İfade edilen bu üç yasak yanında İspanya'da da kabul edildiği üzere risk değerlendirmesi yapılmayan işyerlerine de ödünç işçi gönderilmesinin yasaklandığı görülmektedir⁷⁸⁶.

Fransa'da, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine sürekliliği olmayan işlerde başvurulabilmekte ve hangi hallerde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin

⁷⁸⁴ *Nyström*, 207,211.

⁷⁸⁵ *Genişlemiş Avrupa Birliği'nde Dönemsel Çalışma*, 51.

⁷⁸⁶ *Uşen*, 146-147.

kurulabileceği iş kanunun L.124-2-1 sayılı maddesinde belirtilmiştir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine, ilgili maddede sayılan nedenler dışında başvurulamamaktadır⁷⁸⁷. Bu nitelikleri itibariyle Fransız mevzuatında sınırlayıcı bir sistem kabul edilmiştir. Ancak geçici ve amaçsal olarak işçiye ihtiyaç söz konusu olduğunda geçici işçiye başvurmak maruz görülmektedir. Dolayısıyla ödünç alan işverenler, herhangi bir pozisyon için ödünç işçi çağırmakta serbest bırakılmamışlardır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvuru nedenlerinden ilkinin ödünç alan işverenin işyerindeki işçilerinin, hangi pozisyonda bulunursa bulunsun geçici bir süre için işe devam edemediği haller oluşturmaktadır⁷⁸⁸. İşe geçici bir süre için devam edememe hallerine, işçinin ücretli veya ücretsiz izne çıkması; hastalık, iş kazası veya analık sebebiyle izne çıkması; işçinin disiplin cezasında geçirdiği süreler; askerlik hizmetinde geçen süreler örnek olarak gösterilebilir⁷⁸⁹. Geçici bir süre için işe devam edemeyen ödünç alan işveren işçisinin iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması ya da tam zamanlı veya yarı zamanlı olması önemli değildir. Ayrıca devamlı olarak çalışan işçinin temelli olarak şirketi bırakmış olması halinde, yeni işçi işe alma süreci içerisinde de ödünç alan işverenlerin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurma imkânları bulunmaktadır. Mahkemelerce de kabul edilen bir diğer önemli nokta da; ödünç işçinin, geçici bir süre için işe devam edemeyen işçi tarafından yapılan işle görevlendirilme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ödünç alan işveren, tatilde olan işçinin yerine bir başka şirket çalışanını görevlendirerek bu son görevlendirilen işçinin yerine ödünç işçiyi görevlendirebilecektir⁷⁹⁰.

⁷⁸⁷ *Odaman*, 301. *Uşen*, 93.

⁷⁸⁸ *Vigneau*, 50-51.

⁷⁸⁹ *Uşen*, 93.

⁷⁹⁰ *Vigneau*, 51. *Odaman*, 302.

Fransa’da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurulabilme olanağı sağlayan ikinci bir durumda, ödünç alan işverenin işlerinde süresi belirli olan ek bir işin ortaya çıkması bir diğer deyişle ilgili işverenin işlerinin geçici olarak artmasıdır⁷⁹¹. Dolayısıyla ödünç alan işverenin normal aktivitesinin artmasına sebep olan yeni yıl, bayram gibi günlerde ödünç işçilere başvurulabilecektir. Ayrıca ödünç alan işverenin normal aktivitesindeki artışlar yanında normal aktivitesi ile bağlantılı olmayan iş yükündeki istisnai nitelikteki artışlarda da ödünç alan işverenler meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurabileceklerdir. Ödünç alan işverenin normal aktivitesi ile bağlantılı olmayan iş yükündeki istisnai nitelikteki artışlara işçilerin eğitimi, bilgisayarların kurulumu veya şirketin denetlenmesi durumları gibi hususlar örnek oluşturabilir⁷⁹². Bundan başka Fransa’da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine her türlü sezonluk işlerde başvurulabilmektedir. Bu bakımdan belli sektörlerde ödünç işçi kullanılması serbest bırakılmıştır. Sezonluk karaktere sahip olan başlıca sektörler ise ziraat(tarım), yemek sanayi ve turizm olarak belirlenmiştir⁷⁹³.

Fransa’da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurulmasının yasaklandığı haller arasında, grevdeki işçiler yerine, özellikle tehlikeli işlerde ve işçilerin geçici olarak işten çıkartıldığı durumlarda ödünç işçilerin çalıştırılmayacağı hususları sayılabilir. Ayrıca ekonomik nedenlerle toplu işçi çıkarmadan sonraki altı ay boyunca ödünç işçi çalıştırmak yasaklanmıştır. Bununla birlikte, geçici olarak işten uzaklaştırma sürecini yürüten ödünç alan işverenler ile ödünç alan işverenlerin işyerlerinin toplu işten çıkarma konusu olmayan bölümleri, meslek edinilmiş ödünç

⁷⁹¹ Uşen, 93. *Odaman*, 302.

⁷⁹² Vigneau, 52. *Tuncay*, Tasarı, 66.

⁷⁹³ Vigneau, 52. Sezonluk işlerle ilgili daha fazla bilgi için Bkz., *Odaman*, 303-304.

iş ilişkisine başvurulması yasağına dâhil değildir⁷⁹⁴. Tüm buraya kadar anlatılanlardan Fransa’da ödünç alan işverenin normal üretim sürecinde bulunan asli görevlerinin yürütülmesinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyeti kapsamında ödünç işçi çalıştırılmasının yasak olduğu yönündeki genel prensibe ulaşılmaktadır⁷⁹⁵.

Belçika’da hangi hallerde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği belirtilmiştir. Bu hallerden ilkinin ödünç alan işverenin işyerindeki daimi işçinin yerine ödünç verme durumu oluşturmaktadır. Daimi işçinin yerine ödünç işçi kullanılabilmesi çeşitli hallerde söz konusu olmaktadır. Mesela meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında ödünç işçi, daimi işçinin iş sözleşmesinin askıya alındığı zamanlarda gönderilebilecektir. Ancak daimi işçinin iş sözleşmesi, greve katılması veya mevsimsel sebeplerle askıya alınmışsa bu takdirde ilgili işçinin yerine ödünç işçi kullanılması söz konusu olamayacaktır. Daimi işçinin yerine ödünç işçinin kullanılabilmesine olanak sağlayan bir diğer durumu da daimi işçinin hastalık veya analık gibi nedenlerle izinli olması oluşturmaktadır. Ayrıca ödünç alan işveren, iş sözleşmesi sona ermiş olan daimi işçisi yerinde ödünç işçi kullanabilecektir. Son olarak ödünç alan işverenin daimi işçisi, profesyonel çalışma kapsamında çalışma saatlerinin düşürülebilmesine dair hukuki olanaktan yararlanmışsa, bu halde de ödünç işçi kullanma yoluna gidilebilecektir. İş sözleşmesi sona eren daimi işçi yerine ödünç işçi kullanılması dışındaki hallere yönelik olarak ödünç verme süresinde bir sınırlandırma yoluna gidilmemiştir. Bir başka deyişle belirtilen hal dışında ödünç işçi daimi işçinin yerine ödünç verilecek olursa başkaca bir koşulun yerine getirilmesine gerek olmaksızın belirsiz bir süre için ödünç verilebilmesi olasıdır. İş sözleşmesi

⁷⁹⁴ *Vigneau*, 53. *Tuncay*, Tasarı, 66. *Uşen*, 94. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili getirilen yasaklar hakkında daha geniş bilgi için Bkz., *Odaman*, 304-306.

⁷⁹⁵ *Uşen*, 94.

sona eren daimi işçiler yerine ödünç işçi verilmesi halinde, ödünç süresinin müddeti ve izlenecek prosedür Ulusal İş Konseyinde akdedilen toplu iş sözleşmesi aracılığıyla belirlenmektedir⁷⁹⁶.

Belçika’da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği bir diğer durumu da, ödünç alan işverenin iş yükünde meydana gelen geçici artış oluşturmaktadır. 24 Temmuz 1987 tarihli kanunun ilk halinde iş yükünde sıra dışı bir artışın meydana gelmesi şartı vardı, ancak 1987 tarihli kanunda 26 Temmuz 1996’da gerçekleştirilen değişiklikle birlikte sıra dışı artış kavramı yerine daha geniş bir nitelik taşıyan ‘iş yükünde geçici nitelikteki artış’ kavramına yer verilmiştir. Bu sayede meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi olanağının genişletilmesi sağlanmıştır. Son olarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesine olanak sağlayan hal olarak karşımıza ‘istisnai işler’ çıkmaktadır. İstisnai işler kavramı, 27 Kasım 1981 tarihli ve 36 no.lu Ulusal İş Konseyinde akdedilen toplu iş sözleşmesinde tanımlanmıştır. Buna göre ödünç alan işverenin olağan işleri ile bağlantılı olmayan; ticaret fuarlarının, kongrelerin, seminerlerin, gösterilerin, sergilerin, piyasa araştırmalarının, anketlerin, nakil işlemlerinin hazırlanmasında, yerine getirilmesinde, tasfiye edilmesinde; önceden ödünç alan işverenin işyerindeki sendika temsilcisinin onayının olması şartıyla kamyonların yüklenmesinde ve boşaltılmasında; Belçika’da geçici bir süre için kalan iş adamlarının sekreterlik işlerinde; özel uzmanlık gerektiren kısa süreli işlerin ifa edilmesinde; henüz ödünç alan işverenin daimi işçi istihdam edecek derecede yeni faaliyetlerin ifa edilmesinde; kontrol işlemlerinin ötesinde makinelerin onarımı, yakın kaza tehlikesi veya kaza

⁷⁹⁶ *Hendrickx*, 48-49.

halleri gibi acil durumlarda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyeti kapsamında ödünç işçi çalıştırılabilecektir⁷⁹⁷.

Belçika’da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine getirilen yasaklara bakılacak olursa, bu yasakların, belli sektörlerden ve belli işçi gruplarından oluştuğu söylenebilecektir⁷⁹⁸. Genel olarak işgücünün sömürülmesinin engellenebilmesi için bilhassa inşaat sektöründe ödünç işçi kullanımı yasaklanmıştır. Ayrıca taşıma şirketlerinde çalışan mavi yakalı işçilerin durumunda da ödünç işçi kullanımı yasaklanmıştır. Bununla birlikte Flaman hükümeti, inşaat sektörü ile ilgili yasağı 8 Haziran 2000 tarihinde değiştirerek, ilgili sektörde de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesine olanak sağlamıştır⁷⁹⁹.

Belçika’da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik olarak getirilen son bir yasağa daha değinilmesi gerekmektedir. Gerçekten de Belçika’da grev veya lokavt hallerinde ödünç işçi kullanılması yasaklanmıştır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik orijinal tasarı metninde bu yöndeki yasak açıkça belirtilmişti, fakat meclisteki siyasi parti vekilleri anlaşılmadığından ilgili yasak kanunda yer alamamıştır. Nitekim siyasi kilitlenmenin aşılabilmesi ancak bu yönde getirilen yasağın kanun tasarısından çıkartılması ile sağlanmıştır. Bunun üzerine sosyal tarafların anlaşması üzerine 7 Temmuz 1994 tarih ve 58 no.lu toplu iş sözleşmesinde ödünç alan işverenlerin grev veya lokavt hallerinde ödünç işçi çalıştıramayacakları esası benimsenmiştir. Söz konusu yasak sadece meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında ödünç işçi çalıştırılamayacağını kapsamaktadır, ayrıca meslek

⁷⁹⁷ *Hendrickx*, 51-52.

⁷⁹⁸ *Eeckhoutte*, 91.

⁷⁹⁹ *Hendrickx*, 53.

edinilmemiş ödünç iş ilişkisi aracılığıyla daimi işçilerini başka işverenlere ödünç veren işverenlerle ilgili benzer bir hüküm mevzuatta yer almamaktadır⁸⁰⁰.

Almanya’da prensipte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurma nedeni bakımından açık bir düzenleme bulunmamaktadır⁸⁰¹. Bununla birlikte grev uygulanan işyerlerinde greve katılan işçilerin yerine ve ekonomik nedenlerle toplu işten çıkarmaların yaşandığı işten çıkarılanların yerine ödünç işçi çalıştırılması yasaklanmıştır. Ayrıca Almanya’da 1982 yılından beri inşaat sektöründe meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunulamayacağı yönündeki yasak, Avrupa Adalet Divanı’nın söz konusu yasağın AB hukuku ile uyumlu olmadığı yönünde verdiği kararı üzerine yumuşatılmıştır. Buna göre inşaat sektöründe genel bir toplu iş sözleşmesi varsa veya yahut ödünç veren işveren en az üç yıldır aynı ‘çerçeve ve sosyal kasa toplu sözleşmesine’ taraf ise veya teşmil edilen bir toplu iş sözleşmesi varsa inşaat sektöründe de işçilerin ödünç verilebilmesi mümkün olacaktır⁸⁰².

Hollanda’da işe devam etmeyen ödünç alan işverenin işçilerinin yerine, üretim artışı dönemlerinde ve mevsimlik işlerde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulabilmektedir⁸⁰³. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği haller bakımından Belçika ile büyük bir benzerlik taşıdığı söylenebilecektir. Ancak tüm ülkelerde kabul edildiği üzere grevdeki işçilerin yerine çalıştırmak üzere veya liman işleri, gemi inşaatı, inşaat ve taşıma sektörü gibi bazı sektörlerde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyeti kapsamında ödünç işçi kullanılması yasaklanmıştır⁸⁰⁴.

⁸⁰⁰ *Eeckhoutte*, 91-96.

⁸⁰¹ *Genişlemiş Avrupa Birliği’nde Dönemsel Çalışma*, 51.

⁸⁰² *Uşen*, 94.

⁸⁰³ *Uşen*, 94.

⁸⁰⁴ *Uşen*, 94-95.

E. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinde Süre

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde süreye ilişkin olarak ülkeler ikiye ayrılabilir. Bir kere kimi ülkeler, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından herhangi bir süre sınırlaması getirmezken, kimi ülkelerde süre sınırlaması getirmekte hatta bazıları bu konuda oldukça katı bir tutum sergilemektedirler. Mesela AB'ne üye ülkelere baktığımızda Avusturya, Danimarka, Finlandiya, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İsveç ve Almanya gibi ülkelerde süre bakımından kısıtlama bulunmadığını görmekteyizdir. Ancak Yunanistan, Lüksemburg, Fransa, Belçika gibi ülkelerde çeşitli durumlara bağlı olarak ödünç verme süresinin sınırlandırıldığı belirlenmektedir⁸⁰⁵. Ayrıca meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından süre sınırlandırmasına giden ve AB üyesi ülkeler dışında bir diğer örneği de Japonya oluşturmaktadır.

Almanya'da bu konudaki gelişime bakacak olursak karşımıza ilk olarak 1972 tarihli kanun çıkmaktadır. 1972 tarihli kanuna göre bir ödünç işçinin, azami ödünç verilme süresi bir ay olarak düzenlenmiş, ancak ödünç işçinin üç defa üst üste aynı ödünç alan işverene ödünç verilmesi mümkün hale getirilmişti. Bu hükümde zamanla günün ihtiyaçlarına bağlı olarak değişiklikler gerçekleştirilmiştir. 1985 yılında yapılan bir değişiklik ile ödünç verme süresi, altı aya ve ardından 1994 yılında dokuz aya ve 1997 yılında on iki aya çıkartılmıştır⁸⁰⁶. 1.1.2002 tarihinde büyük ölçüde yürürlüğe giren Job-Aktiv Yasasının kabul edilmesi ile birlikte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde azami ödünç verme süresi iki kat artırılarak 24 ay'a çıkartılmıştır. Son olarak Almanya'da işgücü piyasasına işlerlik kazandırmak ve

⁸⁰⁵ *Hekimler*, Çalışma, 25. *Genişlemiş Avrupa Birliği'nde Dönemsel Çalışma*, 51-52.

⁸⁰⁶ *Hekimler*, Federal, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=941&id=54, 26.08.2008.

işsizlik oranını aşağı çekmek amacıyla, Hartz Komisyonu raporunda yer alan tavsiyeleri dikkate alan kanun koyucu, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde süre sınırlandırmasını ortadan kaldırmıştır⁸⁰⁷. Süre sınırlaması Almanya’da 1.1.2004 tarihinden itibaren kaldırıldığından, 31.12.2003 tarihine kadar bağtlanacak ve bağtlanmış olan anlaşmalarda 24 ay süre sınırlamasına uyulmasının devam edilmesi gerekmektedir⁸⁰⁸.

Fransa’da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvuru sebebine göre birbirinden farklı azami süreler öngörülerek karmaşık bir sistem benimsenmiştir. Pek çok durumda yenileme dâhil toplam ödünç verme süresi 18 ayı aşamaz. Belli bir takım özellikli durumlarda ise ödünç süresi 9 aya indirilmiştir, mesela acil işlerde durum böyledir. Bir başka açıdan da, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında işçinin yabancı bir ülkeye ödünç olarak gönderilmesi gerekiyorsa veya istisnai ihracat siparişleri olduğunda vs. 24 aya kadar azami hukuki ödünç süresi uzatılmıştır. Ayrıca kanun tarafından öngörülen hadler çerçevesinde kalmak şartıyla, ödünçün sona ermesi ertelenebilir veya daha ileriye bırakılabilir. Bir işçinin ödünç verilmesinin 10 günden daha az olduğu dönemlerde kanun 2 günlük bir hadde kadar izin vermektedir. İşçinin daha uzun ödünç verildiği hallerde süre her 5 iş günü için 1 gün olmak üzere ertelenebilecektir. Her halükarda sona erme 10 günden daha fazla bir süre için ertelenemeyeceği gibi kanunda belirtilen maksimum süreyi de aşabilmesi mümkün değildir⁸⁰⁹.

Fransız sisteminde süreyle ilgili olarak değinilmesi gereken noktalardan bir diğerini de işçi sağlama sözleşmesinin yenilenmesi konusu oluşturmaktadır. Fransız

⁸⁰⁷ *Hekimler*, Federal, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=941&id=54, 26.08.2008. *Schüren*, 67.

⁸⁰⁸ *Hekimler*, Federal, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=941&id=54, 26.08.2008.

⁸⁰⁹ *Vigneau*, 54-55.

Kanunu ilgili sözleşmenin yalnızca bir kere yenilenmesine izin vermektedir. Ayrıca yenileme maksimum hukuki süreyi aşamaz. Bununla beraber yenilemenin sebebi, ilk sözleşmedekine benzer olmalıdır. Yenilemeye ilişkin olarak getirilen düzenlemeler bunlarla kalmamaktadır. Öyle ki kanuna göre, işçi sağlama sözleşmesinin sona ermesinden itibaren o sözleşmenin kapsadığı sürenin en az 3'te 1'lik kadar bir kısmı geçmesi gerekmektedir ki, aynı pozisyon için belirli süreli bir sözleşme yapılsın veya ödünç işçi çalıştırılabilsin. Ödünç alan işveren aynı ödünç işçiyi çalıştırabileceği birbirini takip eden işçi sağlama sözleşmelerini, kanunen her işçi sağlama sözleşmesinde ödünç işçinin işi değiştiriliyorsa yapabilecektir. Her halükarda ödünç alan işverenin ilgili işçi sağlama sözleşmelerinin her birinde kanunda belirtilmiş olan sebeplere dayanması gerekmektedir. Her ne kadar ödünç işçiler farklı olsa da, aynı pozisyon için ödünç alan işverene birbirini takip eden işçi sağlama sözleşmeleri yapmasına izin verilmemiştir. Bu şekilde bir düzenlemenin getirilmesinin sebebini, birbirini takip eden ödünçlerle uzun bir dönem için ödünç işçileri, ödünç alan işverenlerin istihdam ederek işgücünü sömürmelerini engelleme yönündeki kaygı oluşturmaktadır⁸¹⁰.

Yunanistan'da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında ödünç verilen bir işçinin, ödünç alan işverenin işletmesinde toplam 8 aydan fazla çalışabilmesi söz konusu değildir. Bu sürenin aşılması halinde, geçici istihdam bürosu ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin otomatikman ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında kurulan belirsiz süreli bir iş sözleşmesine dönüştüğü kabul edilmektedir. Lüksemburg'da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin azami 12 ay için kurulabileceği ve iki defa sürenin uzatılmasının mümkün olduğu esas benimsenmiştir. Belçika'da

⁸¹⁰ *Vigneau*, 55.

meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin azami süresi, söz konusu ilişkiye başvuru nedenine göre farklılık göstermektedir. Örneğin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine geçici olarak işe devam edemeyen ödünç alan işverenin daimi işçisinin ikamesi amacıyla başvurulmuşsa, ödünç süresi daimi işçinin işe döndüğü tarihte sona ermektedir. Ancak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine ödünç alan işverenin işten çıkartılan bir işçinin yerine işçi sağlamak amacıyla başvurulmuşsa, azami ödünç süresi 6 ay olup toplu iş sözleşmeleri ile 6 aylık bir süre için uzatılabilmektedir. Ödünç alan işveren, istisnai nitelikteki bir işin görülmesi amacıyla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurmuşsa, bu kapsamda kurulan ödünç iş ilişkisinin azami süresinin 3 ay olarak tespit edildiği görülmektedir⁸¹¹.

Japonya’da daha önceden de ifade ettiğimiz üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği meslek dallarının genişletildiğini ve meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesine yönelik genel sınırlamanın kaldırıldığını görmüştük, ancak hala üç alanda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik sınırlama varlığını devam ettirmektedir. Bu üç alan arasında bir kere istihdam edilen ödünç işçilerin korunmasına yönelik olarak kabul edilen 1985 tarihli kanundan önce belirlenmiş yaklaşık 26 meslek grubunda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulması yer almaktadır. Bundan başka, belirli bir dönemde tamamlanması hedeflenmiş faaliyetlerin, yerine getirilmesinde, nakledilmelerinde, sona erdirilmelerinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurulması durumu mevcut bulunmaktadır. Son olarak ödünç alan işverenin işyerinde analık veya ebeveynlik sebebiyle izinli olan daimi işçinin yerine ödünç işçi çalıştırılması hususunun yer aldığı görülmektedir. Bu alanlarda getirilen sınırlama, ödünç işçilerin daimi işçilerin

⁸¹¹ *Genişlemiş Avrupa Birliği’nde Dönemsel Çalışma*, 51-52.

yerine geçeceği ve nihayetinde daimi işçilerin iş güvencesine zarar vereceği yönündeki varsayıma dayanmaktadır. Bu sebeplerle, Sağlık, Çalışma ve Refah Bakanlığınca verilen idari rehberlik hizmeti, bir yıllık ödünç süresinin üç kereden fazla yenilenmesini uygun bulmamaktadır ki, aslında bir yıllık ödünç süresinin üç yıldan daha fazla yenilenemeyeceği yönünde kanun tarafından getirilmiş bir yasak mevcut değildir. Üç kereden fazla ödünç süresini yenileme talepleri karşısında bakanlık ödünç işçinin de istemesi halinde ödünç alan işverenlerin ilgili işçiyi istihdam etmelerini tavsiye etmektedir, böylece meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin süresinin sınırlandırılmasıyla ödünç işçilerin iş bulma olanakları da zarar görmeyecektir⁸¹².

F. Bireysel İş Hukuku İle İlgili Düzenlemeler

aa. Eşit İşlem Yükümlülüğüne Yönelik Düzenlemeler

Ülkelerin büyük bir çoğunluğunda ödünç işçiler bakımından eşit işlem yükümlülüğü açısından çeşitli düzenlemeler getirilmektedir. Bu düzenlemeler genel olarak ‘emsal işçi’ kavramından hareket etmektedirler. Bu sayede ödünç işçilere, çalışma koşulları ve özellikle de ücret bakımından ayırım yapılmaması güvence altına alınmaktadır. Emsal işçinin tespit edilmesinde ise ülke uygulamalarına bakıldığında iki farklı sistemin ortaya çıktığı görülmektedir. İlk sistem ödünç alan işverenin işyerindeki aynı seviye veya kategorideki işçileri, ödünç işçilerin ücret ve diğer yasal hakların belirlenmesinde emsal işçi olarak kabul etmektedir⁸¹³. İkinci sistem ise emsal işçi olarak geçici istihdam bürosunun daimi işçisini baz almakta ve bu suretle ödünç işçi ile geçici istihdam bürosu arasındaki bağı kuvvetlendirmeyi

⁸¹² *Hanami*, 165-166.

⁸¹³ *Uşen*, 95. *WEM Document on Temporary Work*, <http://www.wem.org/positiondocs/Final%20Temporary%20Work%20protected.doc>, 17.07.2008.

hedeflemektedir. Bununla birlikte kimi ülkelerde ise meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili eşit işlem yükümlülüğüne dair herhangi bir düzenlemeye rastlanmamaktadır⁸¹⁴.

Belçika'da Temmuz 1987 tarihli kanun gereğince ödünç işçiler, ödünç alan işverenin işyerindeki daimi işçilerin ücret düzeyinden yararlanmaktadırlar⁸¹⁵. Kanunun açık hükmüne göre ödünç işçiler, ödünç alan işveren tarafından aynı şartlarda daimi işçi olarak işe alınmış olsaydı alacağı ücretten daha düşük bir ücretle çalıştırılmayacaktır. Bu husus ödünç işçinin, mesela yerine yerleştirildiği daimi işçi ile aynı ücreti alacağını değil, ödünç alan işverenin işyerinde uygulanan ücret çizelgesine denk gelen ücreti alacağını göstermektedir⁸¹⁶. Ancak ücret dışındaki diğer çalışma koşulları bakımından Belçika mevzuatı açık bir düzenleme getirmemektedir⁸¹⁷.

Hollanda'da ödünç işçi, ödünç alan işverenin işyerindeki emsal işçiyle aynı çalışma koşullarından yararlandırılmalıdır. Çalışma koşullarından anlaşılan ise, çalışma süreleri, iş sağlığı ve güvenliği, işçilerin eğitimi ve bilgilendirilmesi gibi konuları içermektedir. Bununla birlikte bir ödünç işçinin bu şekilde uygulanması öngörülen eşit işlem ilkesinden yararlanabilmesi için aynı ödünç alan işverenin yanında 24 aydan fazla çalışmış olması gerekmektedir. Ücretler bakımından konu ele alınacak olursa, geçici istihdam bürosunun, ödünç alan işverenin işyerindeki emsal işçiye ödenen ücrete yakın bir ücreti ödünç işçiye ödemek zorunda olduğu görülmektedir, fakat bu düzenlemeye de bir istisna öngörülmüştür. Buna göre ücretlere dair eşit işlem ilkesi; ücretlerin, geçici istihdam bürosunu kapsayan toplu iş

⁸¹⁴ *Uşen*, 95.

⁸¹⁵ *Genişlemiş Avrupa Birliği'nde Dönemsel Çalışma*, 47.

⁸¹⁶ *Uşen*, 96.

⁸¹⁷ *Eeckhoutte*, 93.

sözleşmesinde veyahüt ödünç alan işvereni kapsayan bir toplu iş sözleşmesinde düzenlenmemiş olması halinde uygulanacaktır⁸¹⁸. Hollanda’da ücrete ilişkin eşit işlem ilkesine dair getirilmiş olan bu düzenlemenin uygulamada karışıklıklara yol açabileceği düşünüldüğünden, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektöründe kurulu işveren federasyonları ile işçi sendikaları, ücretle ilgili düzenlemelerin ödünç alan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmelerinde düzenlenmesi konusunda uzlaşmışlardır⁸¹⁹.

Fransa’da ödünç işçilerle ödünç alan işverenin işyerinde çalışan emsal işçiler arasında eşit davranma prensibi kurulmuştur. Kurulan eşit davranma prensibi tüm çalışma koşulları ve ödemeler bakımından eşitliği içermektedir. Ücret eşitliği kavramı, ödünç alan işverenin işçilerine dolaylı veya doğrudan, nakdi veya aynı ödenen ikramiye ve tüm ücretleri içermektedir⁸²⁰. Kısacası ödünç işçiye ödenen ücret deneme süresinin bitiminden sonra, ödünç alan işverenin işyerinde çalışan emsal işçiye ödenen ücretten az olamayacaktır. Bu sayede ödünç işçilerin aldığı ücret düzeyi artırılarak sağlıklı bir şekilde organize olmamış geçici istihdam bürolarının sistem dışında tutulması hedeflenmiştir⁸²¹. Ayrıca ödünç alan işverenin işçilerine sağlanan resmi tatiller ödünç işçilere de sağlanmalıdır. Eşit davranma prensibi ilaveten, ödünç alan işverenin işçilerine sağladığı tüm olanakları(taşıma, kantin, sportif faaliyetler, duş, tuvalet, kütüphane ve sağlık departmanı vs.⁸²²) kapsamına

⁸¹⁸ *WEM Document on Temporary Work*, <http://www.wem.org/positiondocs/Final%20Temporary%20Work%20protected.doc>, 17.07.2008.

⁸¹⁹ *Uşen*, 97.

⁸²⁰ *Vigneau*, 59.

⁸²¹ *Odaman*, 319. *WEM Document on Temporary Work*, <http://www.wem.org/positiondocs/Final%20Temporary%20Work%20protected.doc> (17.07.2008)

⁸²² Fransız hukukunda bu sayılan alanlardan ödünç işçilerinde yararlandırılması ‘kollektif avantaj’ kavramı ile açıklanmaktadır ve ödünç işçilerin yararlanabileceği haller sadece parantez içinde sayılan hallerle de sınırlı değildir. Nitekim bakanlık, kanun metninde sayılan alanlarla ilgili olarak ‘özellikle’ ibaresinin kullanıldığı fakat bu ibare ile örneklendirmenin yapılmak istendiğini açıklamış ve ödünç işçilerin ödünç alan işverenin işyerinde yararlanacakları kolektif ekipmanları

almaktadır. Görüldüğü üzere ödünç işçiler, ödünç alan işverenin daimi işçilerine sağladığı tüm avantajlardan yararlandırılmalıdır. Bu avantajlar, kanundan veya ulusal, sektörel ya da işletme seviyesinde akdedilmiş toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanabilir⁸²³.

İtalya’da da emsal işçi kavramı benimsenmiş olup, ödünç alan işverenin işyerinde ödünç işçinin gördüğü işle aynı veya benzer işi gören işçi emsal işçi olarak kabul edilmiştir. Kabul edilen bu esas gereğince ödünç işçiye, ödünç alan işverenin işyerinde çalışan emsal işçiye ödenen ücretten daha az ödemede bulunulamayacaktır⁸²⁴. Hatta kanunda ödünç işçinin, toplu iş sözleşmesinde belirlenen en düşük seviyedeki kadro için öngörülen muameleye, bu kadronun geçici nitelikte bulunması halinde her halükarda tabi tutulamayacağı hususuna yer verilmiştir. Bu hükümden anlaşılması gereken ödünç işçilerin yapmakla yükümlü oldukları görev, toplu iş sözleşmesinde belirlenen en düşük seviyedeki kadroya denk gelemeyeceğinden; ödünç işçiler ekonomik haklar bakımından otomatikman bir üst düzeydeki kadroya dâhil edileceklerdir. Ayrıca İtalya mevzuatı gereğince ödünç işçiler, bazı istisnalar dışında ödünç alan işverenin işçilerinin yararlandığı tüm sosyal hizmetlerden ve çeşitli yardımlardan da yararlanacaklardır⁸²⁵.

İspanya’da bilhassa ücretler bakımından emsal işçi kavramı belirlenmiş ve emsal işçinin ödünç alan işverenin işyerinde çalışan işçi olduğu benimsenmiştir. Kanunda 1999 yılında yapılan değişiklikle birlikte ödünç işçiye ödenen ücret, ödünç alan işletmenin işçilerine uygulanan toplu iş sözleşmesinde öngörülen ücretten daha az

sınırlandırmayı amaçlamadığını belirtmiştir. Bu sayede ‘kollektif avantaj’ kavramı netleştirilmiştir. (Odaman, 324).

⁸²³ Vigneau, 59.

⁸²⁴ WEM Document on Temporary Work, <http://www.wem.org/positiondocs/Final%20Temporary%20Work%20protected.doc>, 17.07.2008.

⁸²⁵ Uşen, 130-132.

olamayacaktır⁸²⁶. Bu şekilde ödenen ücret, tatil, dinlenme günlerine denk gelen ödemeleri ile ilave ödemeleri de içermelidir. Ayrıca ödünç alan işveren, işçi sağlama sözleşmesinde işyerinde emsal işçiye ödenen ücrete denk gelen miktarı da belirtmelidir. Son olarak ödünç işçiler, ödünç alan işverenin işçilerine sağladığı kolektif taşıma ve hizmetlerden yararlanma hakkına sahiptirler⁸²⁷.

Almanya’da 2002 yılında yapılan reforma kadar eşit davranma ilkesine yasal olarak yer verilmemişti. Bunda ödünç işçilerin, geçici istihdam bürolarının daimi işçileri olması önemli bir rol oynamıştır. Ayrıca 2002 yılı öncesinde ödünç işçilerle ilgili toplu iş sözleşmeleri oldukça nadir olduklarından dolayı, özellikle ücret konusu ödünç işçilerle geçici istihdam bürosu arasında müzakere edilmek zorunda kalıyordu. 2002 yılında yapılan değişiklikle birlikte 01.01.2004 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere eşit işlem ilkesi ilk defa düzenlenmiştir. Ancak bu ilkeye çeşitli istisnalarda öngörülmüştür. Buna göre, geçici istihdam bürosu işsiz olan ödünç işçiye azami 6 haftalık bir sürede net olarak işsizlik ödeneğine denk gelen bir ödemede bulunmuş olursa bu 6 haftalık süre için eşit davranma ilkesi uygulanmayacaktır. Bununla birlikte daha önceden herhangi bir zamanda geçici istihdam bürosu ile istihdam ilişkisi kurmuş olanlar bu istisna hükmüne tabi tutulmayacaktır. Ayrıca eşit işlem ilkesine getirilen önemli nitelikteki ikinci istisnayı da geçici istihdam bürosunun taraf olduğu toplu iş sözleşmesinde farklı bir ifadenin bulunması hususu oluşturmaktadır. Söz konusu istisna hükmüne göre geçici istihdam bürosunun taraf

⁸²⁶ WEM Document on Temporary Work, <http://www.wem.org/positiondocs/Final%20Temporary%20Work%20protected.doc>, 17.07.2008. *Uşen*, 96. *Genişlemiş Avrupa Birliği’nde Dönemsel Çalışma*, 47-48.

⁸²⁷ WEM Document on Temporary Work, <http://www.wem.org/positiondocs/Final%20Temporary%20Work%20protected.doc>, 17.07.2008.

olduğu toplu iş sözleşmesinde farklı bir hüküm yer almaktaysa eşit işlem ilkesi uygulanmayacaktır⁸²⁸.

Şimdiye kadar hep eşit işlem ilkesini düzenleyen ülkelerde durumun nasıl olduğunu incelenmiş olsa da daha önceden de ifade ettiğimiz üzere bu konuda düzenleme getirmemiş ülkelerde yer almaktadır. Bu durumda ilk akla gelen ülkelerden biri İngiltere'dir. İngiltere'de ödünç işçiler ne geçici istihdam bürolarının ne de ödünç alan işverenlerin işçisi sayıldığından esaslı bir korumadan yararlanamamaktadır. Bununla birlikte İstihdam Büroları Kanunu gereğince ödünç işçiler hem çalışma saatlerine ilişkin düzenlemelerden hem de ulusal asgari ücret kanunundan yararlanabilmektedir. Dolayısıyla hiç değilse ödünç işçiler yasal asgari ücreti talep edebilme imkânına sahiptirler⁸²⁹. Ayrıca İngiltere'de gerek geçici istihdam bürolarının gerek ödünç alan işverenlerin, ödünç işçilere karşı ırk, cinsiyet veya kişisel özürleri sebebiyle ayrımcılıkta bulunmama yükümlülükleri mevcuttur. Nitekim İngiltere'de temyiz mahkemesi, geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işverenin tabi olduğu bu yükümlülüğü sınırlandırmamıştır. Bu bakımdan ilgili alanlarda ödünç alan işverenlerin ayırım yapmama yükümlülüğü, sadece ödünç verilen ödünç işçiler arasında değil aynı zamanda ödünç alan işverenlerin işçileri ile ödünç işçiler arasında da uygulanacaktır⁸³⁰.

İsveç'te eşit işlem ilkesine ilişkin yazılı bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Nitekim ödünç işçilerin istihdam koşulları ve sosyal güvenceleri, İsveç'teki herhangi bir şirkette olduğu gibi geçici istihdam bürolarınca yerine getirilmektedir. Bununla

⁸²⁸ Uşen, 98. *WEM Document on Temporary Work*, <http://www.wem.org/positiondocs/Final%20Temporary%20Work%20protected.doc>, 17.07.2008.

⁸²⁹ Uşen, 98-99. *WEM Document on Temporary Work*, <http://www.wem.org/positiondocs/Final%20Temporary%20Work%20protected.doc>, 17.07.2008.

⁸³⁰ Morris, 107-111.

birlikte eşit işlem ilkesine dair yazılı bir hukuk kuralı bulunmamaktaysa da bu ilke genel olarak toplu iş sözleşmeleri kanalıyla düzenlenmektedir. Toplu iş sözleşmelerinde genellikle geçici istihdam bürolarınca ödünç işçilere ödenen ücretin, ödünç alan işverenin işyerinde emsal işçiye ödenen ücrete denk olması gerektiği yönünde düzenlemeler konulmaktadır⁸³¹.

bb. Ödünç İşçi ile Ödünç Alan İşverenin İş Sözleşmesi Kurabilme Güvencesinde İlişkin Düzenlemeler

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde birkaç ülke dışında geçici istihdam bürolarının ödünç işçilerin işvereni olarak kabul edildiğini görmekteyiz. Geçici istihdam büroları, ödünç vermek için istihdam ettikleri işçilerle iş sözleşmesi akdetmekte ve bir işveren olarak iş hukukundan doğan çeşitli hak ve yükümlülüklerle sahip olmaktadır. Normalde geçici istihdam büroları bir işverenin sahip olduğu tüm yetkilere sahip olduğundan ödünç işçilerle veya ödünç alan işverenlerle yapacakları sözleşmelerde çeşitli konuları belirleyebilmeleri ve kendi aralarında uygulanacak özel konulara yer verebilmelerinin mümkün olması gerekmektedir. Ancak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin taşıdığı hususiyet ve hukuki anlamda olmasa da ekonomik anlamda iş aracılığı vasfına sahip olduğu düşünüldüğünde, ödünç işçilerin belirsiz süreli bir iş olanağına sahip olabilmelerini güvence altına almak için tarafların yapacağı sözleşmelerde sözleşme özgürlüğünün sınırlandırıldığı görülmektedir. Geçici istihdam bürosunun diğer taraflarla yapacağı sözleşmelere getirilen bu sınırlama aslında ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasındaki sözleşme

⁸³¹ *WEM Document on Temporary Work*, <http://www.wem.org/positiondocs/Final%20Temporary%20Work%20protected.doc>, 17.07.2008. *Uşen*, 98.

özgürlüğünü korumayı amaçlamaktadır. İşte bu hususla ilgili olarak kimi ülkelerde özel düzenlemelerin gerçekleştirildiği görülmektedir.

Belçika’da ödünç alan işverenle ödünç işçinin aralarındaki ilişkiyi değiştirebilmeleri ve bir iş sözleşesi akdedebilmeleri konusunda serbest bırakıldıkları görülmektedir. 1987 tarihli kanuna göre, ödünç alan işverenin, ödünç işçiyi veya işçileri istihdam etmesini engelleyen sözleşme hükümleri hükümsüz ve geçersiz olarak kabul edilecektir⁸³². Nitekim bu husus gerek işçi sağlama sözleşmesi gerekse de iş sözleşmesini kapsamına almaktadır. Dolayısıyla mesela geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasındaki işçi sağlama sözleşmesinde yer verilen, ödünç işçinin ödünç alan işveren tarafından istihdam edilmesi halinde işçinin ücretinin geçici istihdam bürosuna ödeneceği yönündeki hükmün hükümsüz ve geçersiz olacağı ortadadır. Aynı şekilde ödünç işçinin, ödünç alan işverenle belirsiz süreli bir iş ilişkisine girmesini yasaklayan iş sözleşmesi hükümleri de hükümsüz ve geçersiz olacaktır⁸³³.

İtalya’da yasayla, ödünç alan işveren ile ödünç işçinin iş sözleşmesi akdedebilme özgürlüğüne ilişkin ikili bir güvencenin getirildiği görülmektedir. Her şeyden önce geçici istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında yapılan iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra ödünç alan işverenin o işçiyi işe almasını doğrudan ya da dolaylı olarak sınırlayan hükümlerin geçersiz olduğu kabul edildiği gibi, işçi sağlama sözleşmesinin sona ermesinden sonra ödünç işçinin, ödünç alan işveren için çalışmasını doğrudan ya da dolaylı olarak sınırlayan hükümlerin geçersiz olduğu

⁸³² *Hendrickx*, 55-56.

⁸³³ *Eeckhoutte*, 91-93.

belirlenmiştir. Bu suretle hem ödünç alan işverenin hem de ödünç işçinin iş sözleşmesi yapabilme özgürlüğü korunmuştur⁸³⁴.

İspanya’da 14/1994 sayılı kanunda, ödünç süresinin bitmesinden sonra ödünç işçinin, ödünç alan işverenin işçisi olmasını engelleyen sözleşme hükümlerinin kanundışı kabul edileceği prensibine yer verilmiştir. Ayrıca ödünç süresinin sona ermesine rağmen hala ödünç işçi, ödünç alan işveren yanında iş görmeye devam edecek olursa, ödünç alan işveren tarafından belirsiz süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilmiş gibi kabul edilecektir⁸³⁵.

İsveç’te geçici istihdam büroları, ödünç işçilerinin yanında iş gördükleri ödünç alan işverenlerden gelen iş tekliflerini kabul etmelerini hiçbir suretle engelleyemeyeceklerdir. Bu sayede ödünç işçinin dilediği işveren için çalışabilmesine ilişkin istenmeyen sınırlandırmalardan korunması sağlanmaktadır. Ayrıca geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında yapılan işçi sağlama sözleşmesinde yer alan, ödünç alan işverenin ödünç işçiyi istihdam etmeyeceği yönündeki taahhüdü ödünç işçiyi bağlamamaktadır⁸³⁶. İsveç’te getirilen düzenlemenin daha ziyade ödünç işçinin ödünç alan işverenle iş sözleşmesi akdedebilme özgürlüğüne güvence getirdiği görülebilmektedir.

cc. Ödünç İşçilerin Mesleki Eğitimlerine İlişkin Düzenlemeler

Çeşitli ülkelerde gerek yasa koyucu gerek sosyal taraflarca ödünç işçilerin mesleki eğitimi önemsenmiş ve buna ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Mesela Belçika’da geçici istihdam bürolarının ödünç işçilere ödedikleri ücretin belli bir

⁸³⁴ İtalyan düzenlemesine ilişkin daha fazla bilgi için Bkz., *Uşen*, 132-133.

⁸³⁵ *Rodriguez-Royo*, 179.

⁸³⁶ *Nyström*, 205.

yüzdesini ödünç işçilerin eğitimi için ayıracakları hususu toplu iş sözleşmelerinde belirtilmiştir⁸³⁷.

Fransa’da geçici istihdam büroları ulusal federasyonu ile sendikalar arasında 1983 yılında imzalanan toplu iş sözleşmesi ödünç işçilerin mesleki eğitimini düzenlemeye tabi tutmuştur. Söz konusu toplu iş sözleşmesine uygun olarak kurulan, Eğitim Sigorta Fonu ile ödünç işçilerin mesleki eğitimine mali kaynak yaratılmıştır. 1990’da ödünç işçilerin mesleki eğitim olanaklarının geliştirilebilmesi için geçici istihdam bürolarının Eğitim Sigorta Fonuna olan katkısı, ödünç işçilere ödenen toplam ücretin %2’sine yükseltilmiştir, halbuki diğer sektörlerde bu oran genellikle %1.5’ler civarındadır⁸³⁸.

İtalya’da ödünç işçiler, geçici istihdam büroları tarafından belirli süreli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilip edilmediklerine bakılmaksızın mesleki eğitim hakkından yararlanabilmektedir. 196/1997 sayılı yasanın 5. maddesi gereğince ödünç işçilerin mesleki eğitimlerinin finansmanı için ‘Ödünç İşçiler için Mesleki Eğitim Fonu’ kurulmuştur. Yasanın ilk halinde geçici istihdam bürolarının fona olan katkıları ödünç işçilerin brüt ücretinin %5’i olarak belirlenmiş olsa da 488/1999 sayılı yasayla bu oran %4’e indirilmiştir⁸³⁹. Çalışma Bakanlığı tarafından yönetilen bu fonda biriken toplam meblağ, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyeti kapsamında çalışan ödünç işçilerin eğitimi amacıyla kullanılmaktadır. İtalya’daki pek çok geçici istihdam bürosu, ödünç işçiliğin maliyetini arttırdığından dolayı bu oranın yüksekliğinden şikâyetçi olmaktadır⁸⁴⁰. Mesleki eğitim fonuna ilişkin düzenleme getiren yasanın ilgili maddesi, geçici istihdam bürolarını temsil eden

⁸³⁷ Uşen, 103.

⁸³⁸ Vigneau, 61.

⁸³⁹ Uşen, 134. Colucci, 152.

⁸⁴⁰ Baştterzi, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1221&id=68, 04.11.2006.

işveren organizasyonları ve en çok üyeye sahip olan işçi sendikalarının talebi üzerine yeniden düzenlenmiş ve çift taraflı bir fon kurulması amaçlanmıştır. Söz konusu oluşturulacak fon; mesleki eğitim programına katılan işletme yelpazesini ‘Ödünç İşçiler için Mesleki Eğitim Fonu’na nazaran daha da genişletecektir⁸⁴¹.

İtalya’da oluşturulan bu fonlar sayesinde temel mesleki eğitim, profesyonel mesleki eğitim, iş başında eğitim ve sürekli mesleki eğitim olmak üzere dört temel mesleki eğitim programı sunulmaktadır. Hangi ödünç işçinin hangi mesleki eğitim programına katılacağı ise geçici istihdam bürosunun taraf olduğu ulusal toplu iş sözleşmesi ile belirlenmektedir. Bu belirleme yapılırken ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında çalışıp çalışmadığı, iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığı, daha önce mesleki eğitim alıp almadığı gibi hususlar dikkate alınmaktadır⁸⁴².

Hollanda’da daha önceden de ifade ettiğimiz üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörünün düzenlenmesinde toplu iş sözleşmeleri büyük bir önem taşımaktadır. Bu bakımdan Geçici İstihdam Büroları Federasyonu(ABU) ile işçi sendikaları konfederasyonu arasında imzalanan toplu iş sözleşmesine bakılması gerekmektedir⁸⁴³. İlgili toplu iş sözleşmesinde ödünç işçilerin mesleki eğitim hakları garanti edilmiştir. Hollanda’da bu toplu iş sözleşmesi düzeni gereğince 4 safhadan oluşan safha sistemi benimsenmiştir. Bu safhalar ödünç işçilerin çalışma süresine göre belirlenmekte ve toplu iş sözleşmesinde ikinci safha olarak adlandırılan 6-12 ay arasında çalışmış olan ödünç işçilere topluca eğitim hakkı tanınmaktadır. Bir ödünç işçiye mesleki eğitim önerildiği takdirde, bu mutlaka yazılı bir şekilde yapılmalıdır ve mesleki eğitimin hedefleri ile eğitimin süresi belirtilmek zorundadır. Toplu iş

⁸⁴¹ *Colucci*, 152.

⁸⁴² *Uşen*, 134-135.

⁸⁴³ *Sol*, 104. *Uşen*, 104.

sözleşmesi, ödünç işçilere bireysel mesleki eğitim olanağı tanımamaktaysa da mesleki eğitime ilişkin toplu iş sözleşmesinde öngörülen hükmün uygulanıp uygulanmadığının denetlenebilmesine yönelik bağımsız bir kurum önermektedir⁸⁴⁴.

İsveç'te ödünç işçileri de kattığımız genel işçi grubunu kapsayan mesleki eğitime yönelik bir hükme rastlanmamaktadır. Bununla birlikte pek yaygın olmasa da işgücü piyasasının bazı alanlarında işçilerin mesleki eğitimlerine yönelik hükümler öngören toplu iş sözleşmelerine rastlanmaktadır. Yasal bir zorunluluk olmadığından İsveç'te işverenler gönüllü olarak çalışanlarına mesleki eğitim sunabilmektedir. Nitekim büyük geçici istihdam bürolarının çalışanlarına yönelik olarak oldukça geniş eğitim olanakları mevcut bulunmaktadır. Mesleki eğitimler, genellikle iş saatleri dışında verilmekte ve karşılıksız(ücretsiz) olarak sunulmaktadır⁸⁴⁵.

İspanya'da 14/1994 sayılı kanunun 12. maddesi gereğince ödünç işçilere mesleki eğitim verme yükümlülüğü geçici istihdam bürolarına yüklenmiştir. Bu kapsamda her bir ödünç işçinin ücretinin %1'i oranında prim kesintisine gidilmektedir. Ayrıca İspanyol mevzuatı gereğince ödünç işçilerin mesleki eğitimi, iş kazalarının önlenmesi açısından zorunlu tutulmuştur. Bu durum İtalyan düzenlemesi ile olan farkı da ortaya koymaktadır, çünkü İtalya'da verilen mesleki eğitim bilhassa ödünç işçilerin istihdam edilebilirliğini artırma amacını taşımaktadır⁸⁴⁶.

dd. Ödünç İşçilerin Çeşitli Hak ve Yükümlülüklerine Yönelik Düzenlemeler

Bazı ülke düzenlemelerinde *ödünç işçilerin ödünç verilmediği dönemlerde ücret kayıplarının telafi edilebilmesi amacıyla çeşitli düzenlemelerin* meydana getirildiği

⁸⁴⁴ Sol, 104.

⁸⁴⁵ Nyström, 212-213.

⁸⁴⁶ Uşen, 104.

görülebilmektedir. Bu düzenlemelerin içeriği ve adları ülkelere göre farklılık göstermektedir. İtalya’da bu yöndeki düzenlemeler ‘Çalıştırılabilirlik Ödeneği’ adını taşımaktadır. Buna göre geçici istihdam bürosu ile belirsiz süreli bir iş sözleşmesine sahip olan ödünç işçinin geçici istihdam bürosunun tasarrufunda kaldığı ve ödünç verilmediği zamanlarda ödünç işçiye, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın çıkaracağı kararnamede belirlenen ve düzenli aralıklarla güncellenen miktardan az olmamak kaydıyla toplu iş sözleşmesinde belirlenen miktarda çalıştırılabilirlik ödeneği ödenir. Ayrıca Biagi Reformunun yapıldığı 2003 yılından önce kanunda ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında çalıştığı sürede hak ettiği aylık ücretin çalıştırılabilirlik tutanağının bir aylık tutarından az olması halinde aradaki farkın geçici istihdam bürosu tarafından karşılanacağı yönünde bir düzenleme yer almaktaydı. Biagi reformu ile birlikte söz konusu hüküm kaldırılmıştır⁸⁴⁷.

Fransa’da ise ödünç işçiyle iş sözleşmesi, ödünç süresini kapsayacak şekilde yapılmaktadır. Bir başka deyişle iki ödünç arasındaki dönemde herhangi bir sürekli sözleşmesel ilişki mevcut bulunmamaktadır. Dolayısıyla ödünç iş ilişkisi sona erdikten sonra ödünç işçi ödünç alan işverenle belirsiz süreli bir iş ilişkisine girmemiş olursa, geçici istihdam bürosu, ödünç işçiye işçinin güvencesiz durumunun dengelenebilmesi amacıyla, ücretin tamamlayıcısı olan bir tazminat ödemesinde bulunması gereklidir. Bu tazminat ‘Geçicilik Tazminatı’ olarak adlandırılmaktadır. Söz konusu tazminat ödünç işçinin ödünç müddetince aldığı toplam brüt ücretinin %10’una eşit olup, hukuki olarak ücret niteliğini taşımaktadır. Geçicilik tazminatının miktarı sözleşmelerle veya toplu iş sözleşmeleriyle daha yüksek bir şekilde belirlenebilir. Brüt ücrete eklenen bu ödeme ödünç işçiye her ödünç süresinin

⁸⁴⁷ Uşen, 131-132.

sonunda yapılmalıdır. Ancak geçicilik tazminatının hangi hallerde ödünç işçiye ödenmeyeceği konuları da ayrıca belirlenmiştir. Bu bakımdan mevsimlik işlerde, ödünç işçinin iş sözleşmesini kendi iradesiyle sona erdirmesinde, iş sözleşmesinin ödünç işçinin ağır kusuru sebebiyle feshedilmiş olmasında, eğitim stajları için kurulan işçi sağlama sözleşmelerinin varlığında, ödünç süresinin sona erdikten sonra ödünç alan işverenle ödünç işçinin belirsiz süreli bir iş ilişkisine girmesi halinde ‘Geçicilik Tazminatı’na yönelik hüküm uygulanmayacaktır. Ayrıca söz konusu tazminatın miktarı, ödünç işçinin ücretinin onda birinden daha az olamayacaktır⁸⁴⁸.

Almanya’da belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ödünç işçinin çalıştırılmadığı ve geçici istihdam bürosunun tasarrufunda kaldığı süreler için geçici istihdam bürosunun gelir garantisi sağlamasının zorunlu olduğu esası benimsenmiştir. İspanya’da geçici istihdam bürosu ile iş sözleşmesi sona eren ödünç işçinin, çalıştığı her ay için 12 günlük ücret tutarında tazminata hak kazanacağı düzenlemesi getirilmiştir. Ancak genellikle İspanya’da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dayalı iş sözleşmeleri bir aydan bile kısa süreli yapıldığından bu tazminat sembolik bir nitelik taşımaktadır⁸⁴⁹.

Bazı ülkelerin de *ödünç işçilerin kıdemine* ilişkin düzenlemeler getirdiğine rastlanmaktadır. Belçika’da normalde işçiler, aynı işverenin yanında fasılasız çalıştıkları takdirde kıdem kazanabilmektedirler. Dolayısıyla ödünç işçiler eğer aynı geçici istihdam bürosu için çalışmazlarsa veya iki ödünç süresi arasında ödünç verilmediği bir dönem söz konusu olursa kıdemini kaybedecektir. Bu nedenle 1987 tarihli kanun bu durumu kısmen de olsa telafi etmek için ödünç işçilerin kıdeminin hesaplanmasında bir takım özel hükümler içermektedir. Bu özel hükümlere göre

⁸⁴⁸ *Odaman*, 316-320.

⁸⁴⁹ *Uşen*, 102.

ödünç işçilerin kıdeminin hesaplanmasında; ödünç işçinin, bir başka işverence istihdam edilmediği müddetçe, sosyal güvenlikle yararlanmaya devam ettiği ve iş sözleşmesinin askıya alındığı dönemler; ödünç işçinin aynı geçici istihdam bürosunda çalışması kaydıyla iki ödünç arasındaki ödünç verilmediği müddetin 1 hafta veya daha az bir süreyi kapsadığı dönemler göz önüne alınacaktır⁸⁵⁰. Buraya kadar anlatılan kıdeme ilişkin düzenlemeler ödünç işçinin geçici istihdam bürosundaki kıdeminin belirlenmesine ilişkindir, dolayısıyla ödünç işçi, ödünç alan işveren tarafından istihdam edilecek olursa kıdemin hesaplanmasında ödünç iş ilişkisi kapsamında geçen süreler dikkate alınmayacaktır⁸⁵¹. Fransa’da da geçici istihdam bürosunda çalışan ödünç işçiler, kıdeme bağlı yönetmelik ve kanun hükümlerinden yararlanabilmektedirler. Ödünç işçilerin kıdemleri, geçici istihdam bürosuyla yapılan tüm sözleşmelerin sürelerinin toplanması yoluyla hesaplanmaktadır⁸⁵².

Ödünç işçilerle ilgili olarak dikkat çeken bir diğer düzenlemeyi de ***ödünç alan işverence ödünç işçinin işinin değiştirilmesine*** yönelik hükümler oluşturmaktadır. İtalya’da ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerinde iş sözleşmesinde yer almayan başka bir işle görevlendirilmesi halinde ödünç alan işveren, geçici istihdam bürosunu ve ödünç işçiyi bu konuda yazılı olarak bilgilendirme borcunu yerine getirmediği kabul edileceğinden sorumlu tutulmaktadır. Bu sorumluluk ödünç işçinin daha düşük bir görev üstlenmesi sebebiyle uğrayacağı zararın tazmini şeklinde belirlenmiştir⁸⁵³. İtalya’daki hukuki düzenleme ödünç işçinin daha yüksek bir mevkide çalıştırılması halinde ödünç alan işverenin bu şekilde bir tazmin borcu olmayacağı şeklinde

⁸⁵⁰ Hendrickx, 52-53. Eeckhoutte, 94.

⁸⁵¹ Hendrickx, 53.

⁸⁵² Odaman, 316.

⁸⁵³ Uşen, 150.

yorumlanabilir. Fakat her somut olayın özelliğine bakılması gerekmektedir. İsveç'te ödünç alan işverenin ödünç işçi üzerindeki hâkimiyeti ve yönetim yetkisi ödünç işçinin mesleki vasıflarıyla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla sekreteryada çalışan bir ödünç işçinin bu pozisyon yerine örneğin personel yemekhanesinde çalışması yönünde ödünç alan işveren tarafından talimat verilemeyecektir⁸⁵⁴. Bu husus 4857 sayılı iş kanunumuzda 22. madde de düzenlenen değişiklik feshini ve işçinin işinde işverence tek taraflı olarak esaslı tarzda değişiklik yapılamayacağı yönündeki hükmü hatırlatmaktadır.

ee. Ödünç İşçilerin Ücreti, Sosyal Sigorta Primleri ve Diğer Ödemelerine İlişkin Düzenlemeler

Ödünç işçilerin ücret düzeyi, sosyal sigorta primlerine ilişkin düzenlemeler aslında işverenlerin eşit işlem yükümlülüğü ile yakın bir ilişki içerisinde bulunmaktadır. Nitekim bu başlık altında sadece ödünç işçilerin ücret düzeyi ile ilgili bilgi verilmeyecek aynı zamanda yeri geldikçe geçici istihdam büroları ile ödünç alan işverenlerin sorumluluklarına, işsizlik sigortası ile ilgili düzenlemelere değinilecektir. AB üyesi ülkelere bakıldığında ödünç işçilerin, ödünç alan işverenin işyerinde çalışan aynı veya benzer işi gören daimi işçilerin aldığı düzeyde ücret aldığı tespit edilebilmektedir. Ödünç işçilerin emsal işçi düzeyinde ücret almasını Avusturya, Hollanda, Belçika, Fransa, İtalya, Portekiz, İspanya, Lüksemburg, Yunanistan gibi ülkeler kanuni düzenlemeler, davranış kuralları, toplu iş sözleşmeleriyle hukuk düzenlerinde öngörmüşlerdir⁸⁵⁵. Ödünç işçinin ücretinden ve sosyal sigorta primlerinin ödenmesinden dolayı bazı ülkeler ödünç işçiyi geçici

⁸⁵⁴ Nyström, 207.

⁸⁵⁵ Commission of the European Communities, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

istihdam bürosunun işçisi olarak kabul ettiğinden sadece geçici istihdam bürosu sorumlu tutmuştur ancak bazı ülkelerde de bu sorumluluk geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işverene birlikte yüklenmiş yani ilgili taraflar birlikte sorumlu tutulmuştur⁸⁵⁶. Nitekim ülke düzenlemeleri anlatılırken bu hususa da değinilecektir.

Belçika’da ödünç işçinin ücreti, aynı koşullarda ödünç alan işveren tarafından işe alınmış olsaydı alacağı ücretten daha düşük olamayacaktır. Bu husus bir ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerine iş görmek üzere gönderildiğinde, yerine ikame edildiği işçinin aldığı ücretin ödünç işçiye de ödenmek zorunda olmadığını göstermektedir. Kısacası ödünç işçiye ödünç alan işverenin işyerinde uygulanan ücret çizelgesine tekabül eden ücret ödenecektir. Söz konusu ücret belirlenirken ödünç işçinin, yaşı, tecrübesi, vasfı, ödünç alan işverenin işyerinde gördüğü işi ve kıdemi gibi unsurlardan hareket edilmektedir. Ücrete ilişkin düzenlemenin yanı sıra ödünç işçi, sosyal güvenliğe ilişkin olarak geçici istihdam bürosunun daimi işçileri ile aynı haklardan yararlanmaktadırlar. Bu yararlanma emekli aylığı, işsizlik sigortası, yıllık ücretli izin, hastalık yardımı, aile yardımı gibi konuları içermektedir⁸⁵⁷.

İngiltere’de Sosyal Sigortalar Kanunu ve Vergi Kanunu bakımından ödünç işçiler, ulusal sigorta primleri ile gelir vergisinin ödenmesine ilişkin sorumlulukla ilgili olarak geçici istihdam bürosunun işçisiymiş gibi işlem görmektedir. Bunun anlamı geçici istihdam bürosunun, vergi ve ulusal sigorta primlerini ödünç işçinin ücretinden kaynağında kesmesinin gerekliliğidir. Sosyal güvenlik düzenlemeleri bakımından ödünç işçiler, işçi statüsünde kabul edildiğinden kanunda belirtilen ilave koşulları taşımaları halinde işçilere sağlanan yardımlardan yararlanmaya hak

⁸⁵⁶ *Uşen*, 101.

⁸⁵⁷ *Eeckhoutte*, 92-93.

kazanacaklardır⁸⁵⁸. İrlanda da ise Toplumsal Refah kanunda belirli süreli ş sözleşmesiyle çalışan ya da mevsimsel olarak iş gören veyahut geçici istihdam büroları tarafından ödünç verilmek üzere işe alınan işçileri kapsayan genel bir kavram olan geçici işçilik tanımlanmamıştır. Bu durum bilhassa geçici istihdam büroları tarafından istihdam edilen işçiler bakımından sorun yaratmaktadır. İş hukuku ile ilgili bir davada İrlanda Yüksek Mahkemesi geçici istihdam bürosuyla sözleşmesel ilişki içinde bulunan ve büro tarafından ödünç alan işverene gönderilen ödünç işçilerin, iş sözleşmesi ile istihdam edilmediklerine hükmetmiştir. Bu karar dolayısıyla mantıksal açıdan Toplumsal Refah Kanununa göre ödünç işçiler sigortalı olamayacaklardır, hâlbuki uygulamada iş sözleşmesi ile çalıştıkları ve sigortalı olabilecekleri gözükmemektedir⁸⁵⁹.

Fransa'da ödünç işçiler, ödünç alan işverenin işyerinde çalışan emsal işçinin deneme süresi sonunda aldığı ücrete eşit bir ücret alması gerekmektedir. İlaveten ödünç işçiler, kıdeme bağlı olmaksızın ödünç alan işverenin işçilerinin yararlandığı şekilde tatil günlerindeki ödemelerden de yararlanma hakkına sahiptirler. Genel tatil günlerine ilişkin ödemenin yapılması ve ödünç alan işverenin uygulanması hakkında bilgi edinme yükümlülüğü geçici istihdam bürosuna aittir⁸⁶⁰.

Japonya'da Sağlık, Çalışma ve Refah Bakanlığının idari rehberlik hizmeti meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam edilen ödünç işçilerin sosyal güvenliğine ilişkin görüş beyan etmiştir. Buna göre devamlı olarak ve birbirini takip eder şekilde istihdam edilen ödünç işçiler, tüm sosyal sigorta yardımlarından yararlanmaya hak kazanmalıdır. Pek tabii ki buna ilişkin bir takım istisnalarda

⁸⁵⁸ *Morris*, 109.

⁸⁵⁹ *Cousins*, 648.

⁸⁶⁰ *Odaman*, 316-325.

getirilmiştir. Eğer ödünç işçi, sadece birkaç günlüğüne ya da saatliğine çalışmak üzere istihdam edilmişse; ödünç işçi kısa bir dönem için çalışmaya razıysa ya da mevcut teknoloji veya işin doğası gereği ödünç işçinin kısa bir dönem için çalışması bekleniyorsa; ödünç işçi ailenin geçiminin sağlanmasında(breadwinner) ikinci sırada yer alıyorsa sosyal güvenlik sistemine dâhil edilmemektedirler⁸⁶¹.

Almanya’da 01.01.2004 tarihinden itibaren geçici istihdam bürosu, ödünç işçi ödünç alan işverence istihdam edilmiş olsaydı alacağı ücret miktarında ödemeyi ödünç işçiye yapmalıdır. Pek tabî ki bu hüküm, bir toplu iş sözleşmesinin mevcut olmadığı zamanlarda uygulanacaktır. Ayrıca ücretli hastalık izni ile ücretli izin bakımından geçici istihdam bürosu, işveren gibi sorumlu tutulmaktadır. Hastalık halinde ödünç işçi maksimum 6 hafta için ücretli hastalık iznine hak kazanır. Ayrıca ödünç işçilere, diğer tüm işçilerin sahip olduğu gibi en az 4 haftaya kadar yıllık ücretli izin hakkı tanınmıştır. Ücretli izinde ödenecek miktar, ödünç işçilerin son 13 haftadaki ortalama kazançları göz önüne alınarak hesaplanmaktadır. Toplu iş sözleşmeleri de genellikle 5 ila 6 hafta arasında ücretli izin verilmesini öngörülmektedir. Bununla birlikte; geçici istihdam bürosunun tam zamanlı daimi işçisi gibi ödünç işçiler sosyal güvenlik haklarına kavuşturulmuştur. Burada genel düzenlemeler uygulanacaktır. Ayrıca ödünç alan işveren içinde sınırlı bir yükümlülük eklenmiştir. Geçici istihdam bürosu, işveren olarak sosyal güvenliğe ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde ödünç alan işverenin sorumluluğuna başvurulmaktadır. Sağlık, emeklilik, işsizlik ve kaza sigortası

⁸⁶¹ *Hanami*, 166.

hakkında geçici istihdam bürosundan dolayı ödünç alan işverenin doğrudan garanti yükümlülüğü sosyal güvenlik kanununda ana hatları ile belirlenmiştir⁸⁶².

İtalya’da ödünç işçiler, ücretler, yardımlar ve sosyal güvenliğe katılım bakımından ödünç alan işverenin işçilerine sağlanan aynı düzeyde mali güvence hakkına sahiptirler. Bu yükümlülüğün sağlanması bakımından geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işveren birlikte sorumlu tutulmuştur. Ödünç işçi, işçi sağlama sözleşmesinde belirtilen sürenin bitmesine rağmen ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam edecek olursa, kanuna göre işçi sağlama sözleşmesinde belirtilen sona erme tarihini takip eden 10 gün için ödünç işçiye günlük ücreti %20 arttırılarak ödenecektir. Bu on günlük sürenin dolmasına rağmen ödünç işçi ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam ederse, ödünç alan işveren tarafından belirsiz süreli iş sözleşmesiyle istihdam edilmiş olarak varsayılır⁸⁶³. Kanunda getirilen bu düzenlemenin, işçi sağlama sözleşmelerinde öngörülen sürenin zımni olarak 10 gün daha uzatılabilmesine olanak sağladığı şeklinde yorumlanabilmesi mümkündür, nitekim işçi sağlama sözleşmesinin sona ermesine rağmen ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi halinde hemen ödünç işçi, ödünç alan işverenin işçisi olarak kabul edilmemektedir. Kanuna getirilen düzenleme gereğince geçici istihdam bürosu, ödünç işçinin ücretinin ödenmesinden, ödünç işçinin geçici istihdam bürosu tarafından belirsiz süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilmesi halinde ödünç verilmediği dönemlerdeki ücretinin ödenmesinden, ödünç işçilerin sosyal sigorta primlerinin ödenmesinden, yıllık ücretli izin kullandırılmasından sorumlu tutulmuşlardır⁸⁶⁴.

⁸⁶² *Schüren*, 71-76.

⁸⁶³ *Colucci*, 150.

⁸⁶⁴ *Colucci*, 153-154.

İspanya’da ödünç işçilere, ödünç alan işverenin işyerindeki işçilerin toplu iş sözleşmesine göre almaya hak kazandıkları ücret düzeyinde ödemede bulunulacağı 14/1994 sayılı kanunun 11. maddesi ile ifade edilmiştir. İlgili madde, bilgilerin değiş tokuşunun sağlanabilmesi için geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında işbirliği yapılması yükümlülüğünü yükleyerek ücret miktarının tespit edilebilmesine yönelik bir yöntem belirlemiştir. Bu yükümlülük geçici istihdam bürolarına, ödünç işçilerine ödünç alan işverenlerin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerini uygulama zorunluluğunu yüklememektedir. Sadece ödünç işçiler doğrudan ödünç alan işveren tarafından istihdam edilseydi alacağı miktardan daha aşağıda olmamak kaydıyla ödünç işçilere ödenecek ortalama ücret düzeyinin belirlenmesine yönelik bir sistem kurmaktadır. Ücretler, haftalık izin ücretini, tatiller dolayısıyla yapılacak ekstra ödemeleri ve yıllık ücretli izin ücretini de içermelidir. Ödünç işçinin ücreti ile ilgili olarak ödünç alan işveren sadece tek bir halde geçici istihdam bürosuyla müteselsilen sorumlu tutulmuştur. 14/1994 sayılı kanunun 16.3 maddesi gereğince meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, kanunda belirtilen başvuru sebeplerine aykırı bir şekilde kurulmuşsa ancak ödünç alan işveren, ödünç işçinin ücretinden sorumlu kılınmıştır. Bunun dışında ödünç alan işverenin, ücret bakımından müteselsil sorumluluğunun olduğu bir başka alan bulunmamaktadır. Normalde İspanyol mahkemeleri, birden fazla işverenin olduğu iş ilişkilerinde işverenler arasında müteselsil sorumluluğun bulunduğu yönünde karar vermektedir, ancak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından kanundaki düzenleme bunu olanaklı kılmamakta ve dolayısıyla ödünç alan işverenlere sorumluluk yüklenmediği yönündeki eleştirinin bir kanıtı olarak sunulmaktadır. Bu farklılık geçici istihdam bürolarının sundukları finansal garanti hususu ile açıklanmaktadır. 4/1995 sayılı

Kraliyet Kararnamesi ile işçiler, ücretlerinin ödenmesinde gecikmenin gerçekleşmesi halinde ödemenin yapılmasını finansal garantiden isteyebilecekleri belirtilmekle birlikte finansal garanti ödemeleri yapmada yetersiz olursa ödünç alan işveren sorumlu hale gelecektir⁸⁶⁵.

İsveç'te ödünç işçiler, diğer işçilerde olduğu gibi aynı sosyal güvenlik imkânlarından yararlanabilmektedir. İsveç, aile yardımı, hastalık yardımı, emekli aylığı gibi hizmetleri sunan sosyal güvenlik sistemine sahiptir. Ayrıca işçiler, toplu iş sözleşmeleri sayesinde ekstra emekli aylığı ödemelerine ve ilave işgücü piyasası sigortalarına da hak kazanabilmektedir. İşgücü piyasası sigortaları, devletçe sunulan sosyal güvenlik hizmetini tamamlayan ve toplu iş sözleşmelerinde uzlaşılan kolektif sigorta programını içermektedir. Bu bakımdan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi düşünüldüğünde sosyal güvenlik primleri ile toplu iş sözleşmelerinde öngörülen sigorta programlarının finanse edilmesinde geçici istihdam bürolarının rol oynadığı görülmektedir. Ödünç işçiler bakımından sorun yaratan tek yardımı, işsizlik sigortası oluşturmaktadır. İsveç işsizlik sigortası birliği, büyük bir ölçüde sendika hareketine bağlıdır. Sistem sosyal sigorta primlerine ilaveten %95 oranında devlet kaynakları ile finanse edilmektedir. Ayrıca iki tür işsizlik ödeneği bulunmaktadır. Bunlardan ilkini zorunlu sigorta oluştururken ikincisini gönüllü kazanç kaybı sigortası oluşturmaktadır. Söz konusu ikinci işsizlik sigortası türü, işsizlik sigortası birliğine en az 12 aydır üye olanlara ve deneme süresini dolduranlara uygulanabilmektedir⁸⁶⁶. Kısacası ödünç işçilerin, işsizlik sigortasından yararlanma olanağının sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır.

⁸⁶⁵ *Rodríguez-Royo*, 177-182.

⁸⁶⁶ *Nyström*, 210.

ff. İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmasına İlişkin Düzenlemeler

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi üç taraflı bir hukuki ilişki olduğundan, iş sağlığı ve güvenliğine dair hükümlerin uygulanmasından geçici istihdam bürosunun mu, ödünç alan işverenin mi yoksa her iki işverenin mi sorumlu tutulacağı hususu ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Bazı ülkelerde işyerinde her gün uygulanan olağan iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine ilişkin sorumluluk ödünç alan işverene yüklenmişken, geçici istihdam bürosuna ödünç işçiye iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bilgilerin verilmesini güvence altına alma ve gerekli mesleki eğitimi verme zorunluluğu yüklenebilmektedir. Bazı ülkelerde ise her iki işverenin de müteselsilen sorumlu olduğu alanlar belirlenebilmektedir⁸⁶⁷.

Fransız iş kanununun ilgili hükmüne göre iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olarak, ödünç alan işveren, ödünç işçilerde dâhil olmak üzere tüm işçilerin güvenliği ve sağlığını korumakla yükümlü kılınmıştır. Gerçekten de Mesleki Tıbbi Bakım düzenlemesine göre özel tıbbi gözetimi gerektiren bir faaliyeti ödünç işçi yerine getiriyorsa bu takdirde gerekli önlemleri alma ve kişisel koruyucu ekipmanları temin etme yükümlülüğü ödünç alan işverenin üzerinde bırakılmıştır⁸⁶⁸. Özel tıbbi gözetimin dışında kalan genel ve sürekli tıbbi gözetime ilişkin yükümlülükler ise geçici istihdam bürosunun üzerindedir. Dolayısıyla ödünç işçinin hukuki işvereni geçici istihdam bürosu olduğundan ödünç işçilerin başına gelebilecek iş kazalarının sonuçlarından sorumlu olmaları gerekmektedir ancak ödünç işçilerin görevlendirilmesine ilişkin sorumluluk ödünç alan işverene aittir. Bunun yanı sıra bir

⁸⁶⁷ *Uşen*, 99.

⁸⁶⁸ *Odaman*, 333. *Smith-Vidal*, 121.

iş kazasının vuku bulması halinde ödünç işçinin de yükümlülüğü mevcut bulunmaktadır. Bu yükümlülük iş kazasını hem ödünç alan işverene hem de işvereni olan geçici istihdam bürosuna bildirme şeklinde kendisini göstermektedir. İşyerinde iş kazası gerçekleştiğini öğrenen ödünç alan işveren ile geçici istihdam bürosunun da çeşitli makamlara bildirim yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır⁸⁶⁹.

Belçika'da 19 Şubat 1997 tarihli Kraliyet kararnamesi geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işverenlerin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin görevlerini göstermektedir. Bir kere geçici istihdam bürosu, ödünç alan işveren ve ödünç işçi, yerine getirilecek işe dair risklere ve alınması gereken önlemlere ilişkin bilgileri paylaşmak zorundadırlar. Ayrıca ödünç alan işveren, kararname gereğince iş kıyafetleri ile kişisel koruyucu ekipmanları sağlamakla yükümlüdür. Ödünç alan işveren ile geçici istihdam bürosu, ödünç işçinin tıbbi bakımıyla ilgili olarak müştereken sorumlu tutulmuşlardır. İlgili kararname geçici istihdam büroları için ilaveten merkezileşmiş risk önleme hizmetini de kurmuştur⁸⁷⁰. Bu düzenlemeler dışında bir iş kazasının vuku bulması veyahut meslek hastalığının belirmesi halinde ödünç işçiler genel hükümlerden yararlanacaklardır⁸⁷¹.

İngiltere'de İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu gereğince her işveren, kendi işçisi olmasa bile işyerinde iş sağlığı ve güvenliğine dair risklere maruz kalabilecek, bunlardan etkilenebilecek kişilere yönelik olarak uygun ve makul önlemleri temin etmesi gerekmektedir. Bu hükmün kapsamına pek tabî ki ödünç alan işveren ile geçici istihdam bürosu tarafından gönderilen ödünç işçi arasındaki ilişkide girmektedir. Dolayısıyla ödünç alan işveren için çalışan bir ödünç işçi, iş kazasına

⁸⁶⁹ *Odaman*, 326-333.

⁸⁷⁰ *Hendrickx*, 60.

⁸⁷¹ *Eeckhoutte*, 92.

uğraması veya meslek hastalığına yakalanması halinde, ödünç alan işverenin emredici hükümlere uymakta ihmalinin bulunduğu veyahut emredici hükümleri ihlal ettiği gerekçeleriyle Anglo-Sakson hukuk sistemine göre zararının tazmini için dava açabilmesi mümkündür⁸⁷².

İtalya'da geçici istihdam bürolarının, ödünç işçileri iş sağlığı ve güvenliği konularında bilgilendirme ve ayrıca işçilere sağlanan bilgilendirilme hakkı ile müzakere hakkını düzenleyen 626/1994 sayılı kanun ve İtalyan medeni kanununda belirtilen özel hükümlere uyma yükümlülüğü bulunmaktadır. Geçici istihdam büroları için yükümlülük teşkil eden bu hususlar ödünç işçiler açısından ise bir hak niteliğini taşımaktadır. Ayrıca 300/1970 sayılı kanuna göre de işçiler veya temsilcileri iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önerilerde bulunabileceklerdir. Tekrar 626/1994 sayılı kanuna dönecek olursak, işverenlerin işçilere yürüttükleri işle ilgili genel ve özel risklere dair uygun bilgileri verme yükümlülüğünün olduğu görülmektedir. Bir başka deyişle işçiler, seçilen iş ekipmanları, işyerinin donanımı ile maruz kalınabilecek kimyasal, fiziksel ve biyolojik riskleri içeren mesleki rizikolar hakkında bilgilendirilme hakkına sahiptirler. 626/1994 sayılı kanunda özel olarak belirtildiği üzere her bir işçi, ödünç verildiğinde ve istihdam süresi müddetince uygun iş sağlığı ve güvenliği eğitimi almalıdır. İş sağlığı ve güvenliğine dair bu yükümlülüklerle uymayan işverenler, hem cezai hem de hukuki yaptırımların muhatabı olacaktır⁸⁷³. Bu düzenlemelerden anlaşıldığı üzere iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verme ve işçiyi bilgilendirme yükümlülüğünün işverene ait olduğu ve bizim konumuz açısından geçici istihdam bürosunun üzerinde olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak kanun koyucu buna bir istisna getirerek bu borcun ödünç alan işverene

⁸⁷² *Morris*, 107.

⁸⁷³ *Colucci*, 150-152.

devredilebilmesine olanak sağlamıştır. Dolayısıyla işçi sağlama sözleşmesinde bilgilendirme ve eğitim borcunun ödünç alan işverence yerine getirileceği kararlaştırılabilecektir. Ek olarak kanunda ödünç alan işverenin yükümlülüğüne ilişkin bir madde de ihdas edilmiştir. Buna göre ödünç alan işverenin kendi işçilerine karşı yasadan veya toplu iş sözleşmesinden doğan iş sağlığı ve güvenliğini alma borcundan ödünç işçilerde yararlanacaklardır⁸⁷⁴.

İspanya’da iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ana ilkeleri benimseyen 1995 tarihli kanun ödünç işçilerin durumunu özel olarak ele almakta ve ödünç işçilerinde diğer işçilerle aynı düzeyde risklere karşı korunmadan yararlanması gerektiği prensibini benimsemektedir. Bu prensip; ödünç alan işverenleri, ödünç işçilerin çalışma koşullarının iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırı olmamasından sorumlu tutarak ve ayrıca ödünç alan işverenlere iş sağlığı ve güvenliği konularına ilişkin bilgilerin sağlanmasına dair bir dizi görev yükleyerek uygulanmaya çalışılmaktadır. Ancak ödünç işçilerin iş sağlığı ve güvenliğine dair hükümlerin büyük bir çoğunluğu 216/1999 tarihli Kraliyet kararnamesinde yer almaktadır. İlgili Kraliyet kararnamesi hangi mesleki alanlarda iş sağlığı ve güvenliği endişesi sebebiyle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulamayacağı hususunu belirlemektedir. Bir kere ödünç alan işverenin işyerindeki bir pozisyon uygun bir şekilde risk değerlendirilmesine tabi tutulmamışsa bu pozisyon için meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulamayacaktır. Ayrıca madencilik, inşaat, patlayıcı kullanımını gerektiren işleri içeren Kraliyet kararnamesinin 8. maddesinde yer alan listede sayılan mesleki faaliyet alanlarında da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulamayacaktır. Söz konusu liste çok uzun olmamakla birlikte genellikle bu listede yer alan mesleki faaliyet alanlarında zaten

⁸⁷⁴ Uşen, 135.

meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyeti dâhilinde ödünç işçi çalıştırılması talep edilmemektedir. Sadece inşaat sektörü için ödünç işçi kullanımı talep edilmekte ve inşaat sektöründe yasak getirilmiş olması geçici istihdam büroları tarafından şiddetle eleştirilmektedir. Daha önceden de ifade ettiğimiz üzere ödünç alan işverenlerin sorumluluğuna da yer verilmiştir ve İspanya’da iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırılıktan dolayı doğrudan sorumluluk esası benimsenmiştir. Dolayısıyla ödünç esnasında ödünç işçinin iş kazası veya meslek hastalığına yakalanmasından dolayı sorumluluk ödünç alan işverene ait olacaktır. Bu düzenleme İspanyol iş mevzuatının genel düzenlemelerine uygundur. Şöyle ki kanun kimin işveren olduğuna bakmaksızın iş sağlığı ve güvenliğine dair yetki ve yükümlülükleri çalışma ortamının kontrolünü elinde tutan kişi üzerinde toplamaktadır⁸⁷⁵.

İsveç’te geçici istihdam bürolarının ödünç alan işverenin işyerindeki çalışma koşullarını kontrol edemeyeceği veya etkide bulunamayacağı düşüncesinden dolayı ödünç alan işverenlere, ödünç işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin geniş kapsamlı yükümlülükler yüklenmiştir. Prensipde bu yükümlülük ödünç alan işverenin, kendi işçileriyle aynı düzeyde ödünç işçiler içinde iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almasını öngörmektedir. Ödünç alan işverenin yükümlülüğü, geçici istihdam bürosunun sorumluluğunda bulunan rehabilitasyon gibi uzun vadeli önlemlerin dışında kalan işyerinde yürütülen belli bir işle sınırlandırılmıştır. Genel kural gereğince iş sağlığı ve güvenliği işçi temsilcisi, bir işyerinde en az 5 beş işçi çalıştığı takdirde işçiler arasından atanması gerekmektedir. Bu bakımdan geçici istihdam bürosu iş sağlığı ve güvenliği işçi temsilcisi mevcutsa bu kişiye, görevini yerine getirebilmesi için gerekli olduğu takdirde ödünç alan işverenin işyerine

⁸⁷⁵ *Rodriguez-Royo*, 178-183.

girmesine izin verilmelidir. Eğer ki ödünç alan işveren, geçici istihdam bürosundan gelen iş sağlığı ve güvenliği işçi temsilcisinin işyerine girmesine engel olursa, meydana gelen zararlardan da sorumlu tutulacaktır. Ancak işgücü piyasasındaki istatistikler, geçici istihdam bürosu iş sağlığı ve güvenliği işçi temsilciliğinin iyi bir şekilde işlemediğini göstermektedir⁸⁷⁶.

Yunanistan'da ödünç alan işverenler, yasadan ve toplu iş hukukundan doğan ve kendi işçilerine uyguladığı iş sağlığı ve güvenliği hükümlerini aynen ödünç işçilere de uygulamak zorundadır. İrlanda, Portekiz ve Lüksemburg'da iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili tedbirleri alma sorumluluğu sadece ödünç alan işverene yüklenmiştir⁸⁷⁷. Almanya'da ödünç işçi, ödünç alan işverenin talimatı altında ve onun için çalıştığından dolayı, ödünç alan işveren sanki ödünç işçinin işvereniymiş gibi iş sağlığı ve güvenliği düzenlemelerine ödünç işçi açısından riayet etmekle yükümlü kılınmıştır⁸⁷⁸.

gg. Geçici İstihdam Bürosu ile Ödünç Alan İşverenin Sorumluluğuna İlişkin Düzenlemeler

Geçici istihdam bürosu ödünç işçiyi iş sözleşmesi ile çalıştırdığından işveren sıfatına sahiptir ve bu sıfatı taşımanın gerektirdiği tüm yükümlülükleri yerine getirmek, karşılamak zorundadır. Ancak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin özelliklerinden birini oluşturan üçlü hukuki ilişki sıklıkla ödünç alan işverenle sorumlulukların ve yükümlülüklerin paylaşılmasını gerektirmektedir. Sorumlulukların paylaşılmasına ise genellikle ücretlerin, sosyal sigorta primlerinin

⁸⁷⁶ Nyström, 208.

⁸⁷⁷ Uşen, 99-100.

⁸⁷⁸ Schüren, 70.

ve iş sağlığı ve güvenliği kurallarının uygulanması konu olmaktadır⁸⁷⁹. Daha önceden ücret, sosyal sigorta primleri ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelerden bahsedildiğinden bu başlık altında ilgili tarafların genel olarak sorumluluğunu gerektiren hususlara değinilecektir.

Belçika’da ödünç alan işveren, ödünç işçinin işvereni olmamasına rağmen kendisine geçici istihdam bürosu tarafından yönetim hakkını kullanma yetkisi devredilmiştir. Dolayısıyla ödünç müddetince ödünç alan işveren, iş mevzuatında öngörülen düzenlemeleri yerine getirmekle ve işyerine uygulanan güvenlik kurallarına uymakla yükümlüdür. Ödünç alanın uymakla yükümlü ve sorumlu olduğu başlıca kuralları ise, çalışma saatleri, ulusal bayram ve genel tatil, hafta tatili, kadınların istihdamı, gençlerin istihdamı, gece çalışması, işçilerin sağlığı ve güvenliği ile işyerlerinin ve işin sıhhiğine dair düzenlemeler oluşturmaktadır. Ayrıca iş kanunundaki bazı kuralların uygulanmasında bir işverenin işyerinde belli sayıda işçinin çalışması şartı aranıyorsa, ödünç işçi bu gibi hallerde ödünç alan işverenin işçisi gibi kabul edilip işçi sayısına dâhil edilebilmektedir. Örneğin bir işyerinde iş konseyinin kurulabilmesi için 100 veya daha fazla işçi olmasını ve bir işyerinde iş güvenliğinin sağlanması ve işyerinde risklerin önlenmesi komitesinin kurulabilmesi için 50 veya daha fazla işçi olmasını arayan kuralların uygulanmasında ödünç işçi ödünç alan işverenin işçi sayısına dâhil edilmektedir. Ancak buna da bir istisna getirilerek ödünç işçinin, ödünç alan işverenin daimi işçisi yerine ikame edildiği zamanlarda bu kuralın uygulanmayacağı belirtilmiştir. Ödünç işçinin ödünç alan işverenin işçi sayısına dahil edilmesi, bir işyerinde işçi sayısını baz alan aynı hükümlerin geçici istihdam bürosuna tatbik edilmesine hâlel getirmez ve ödünç işçi,

⁸⁷⁹ *Commission of The European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

geçici istihdam bürosunun da işçi sayısının hesaplamasına dahil edilir. Bu anlattıklarımıza benzer bir kural, sendika delegesine dair eşğin hesaplanmasında da yer almaktadır⁸⁸⁰.

Fransa’da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde bilineceği üzere hukuki anlamda işveren konumunda geçici istihdam bürosu bulunmasına rağmen talimat verme ve işçiyi kontrol etme yetkisini ödünç alan işveren elinde bulundurmaktadır. İşte burada meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kendine has karakteri devreye girmekte ve ödünç alan işveren, hukuki anlamda ödünç işçinin işvereni sıfatını taşımasına rağmen işveren sıfatına bağlanan cezai bir sorumluluğun söz konusu olması halinde muhatabı olacaktır. Ayrıca ödünç işçi belli ve geçici bir süre içinde olsa ödünç alan işverene bağlı olarak çalıştığından, çalışması nedeniyle üçüncü kişilere verdiği zararlardan da ödünç alan işverenin sorumlu olması gerekmektedir⁸⁸¹. İsveç’te de ödünç alan işveren kendi işyerindeki çalışma koşullarını belirleme yetkisine sahip olduğundan bu alan dışında kalan işverenliğe ait tüm hak ve sorumluluklar geçici istihdam bürosuna aittir⁸⁸².

Japonya’da ödünç iş ilişkisini düzenleme konusu yapan kanun gereğince normalde işçilerin hukuki anlamda işverenlerinin tabi olduğu çeşitli yükümlülüklerin ödünç işçiler açısından yerine getirilmesi ödünç alan işverenlere yüklenmiştir. Bunun nedeni ödünç alan işverenin, ödünç işçiye doğrudan talimat verebilecek bir pozisyonda bulunmasına dayanmaktadır. Dolayısıyla ödünç alan işverenler, işçilerin medeni haklarını kullanabilmelerine, çalışma saatlerine, maden işleri ve tehlikeli işlerle ilgili kadın ve çocukları için getirilen düzenlemelere uyulacağını temin

⁸⁸⁰ *Hendrickx*, 59-60. *Eeckhoutte*, 90-92.

⁸⁸¹ *Odaman*, 331-332.

⁸⁸² *Nyström*, 203.

etmeleri gerekmektedir. Ayrıca 1999 yılında ödünç iş ilişkisini düzenleyen kanunda yapılan değişiklikle hamile işçilerin korunması ve cinsel tacizle ilgili hükümleri içeren İstihdam Eşitliği Kanununun hükümleri ödünç alan işverenler açısından da uygulanabilir bir nitelik kazanmıştır. 1999 yılında yapılan değişiklikle ek olarak ödünç işçilerin özel ve kişisel bilgilerinin korunmasına yönelik hükümlerde sevk edilmiştir. Bu hususta kişisel bilgilerin gizli tutulması ve korunmasına dair gerekli önlemleri alma yükümlülüğü geçici istihdam bürolarına yüklenmiştir. İlgili düzenleme gereğince her geçici istihdam bürosu yürüttüğü faaliyetin gerektirdiği kişisel bilgileri toplayabilecek, saklayabilecek ve kullanabilecektir. 1999 yılında gerçekleştirilen düzenlemeler bunlarla sınırlıda kalmamıştır. İlâveten ödünç işçilerin iş performansı dışında seçilmelerinde adaletsizliklere yol açmamak için, ödünç alan işverenlerin geçici istihdam bürosu ile yaptığı sözleşmeyi yürürlüğe koymadan önce ödünç işçinin fotoğrafını istemekten veya onunla bir görüşmenin yapılmasını talep etmekten kaçınmalarını sağlayan düzenlemeler getirilmiştir⁸⁸³.

hh. Geçici İstihdam Bürosu ile Ödünç Alan İşverenin Yönetim Hakkına Dair Düzenlemeler

Bilineceği üzere iş sözleşmesinin tarafları arasında kişisel ve sürekli bir ilişki kuran iş ilişkisinde işçinin işini nerede, ne zaman ve nasıl yapacağını belirtmesi gerekmektedir. Bu hususların hepsinin iş sözleşmesinde belirlenmesi mümkün olmadığından, işveren yönetim hakkını kullanırken vereceği talimatlarla kendisine bağlı olarak iş gören işçisini yönlendirir⁸⁸⁴. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından düşünüldüğünde ise yönetim hakkının kullanımının belli alanlarda ödünç

⁸⁸³ *Hanami*, 164-165.

⁸⁸⁴ *Süzek*, 60-61.

alan işverene geçtiği görülmektedir. Örneğin Fransa’da ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında hiçbir doğrudan hukuksal ilişki bulunmadığının kabul edilmesine rağmen ödünç alan işverenin ödünç işçi üzerinde yönetim hakkının bulunduğu esası benimsenmektedir. Ödünç alan işverenin, ödünç işçiye iş görme borcunun ifasına ilişkin talimat verme hakkı bulunmaktadır, bundan dolayı ödünç alan işveren, üçüncü kişiler bakımından ödünç işçinin işvereni gibi gözükmektedir⁸⁸⁵.

Belçika’da ödünç işçinin gerçek işvereni konumunda bulunan geçici istihdam bürosu, ödünç alan işverene işçi sağlama sözleşmesi ile birlikte bir kısım işveren yetkisini devretmektedir. Devredilen bu yetki ödünç alan işverenin, işyerinde yapılacak işi doğrudan kontrol edebilmesi için gerekli olan yönetim yetkisidir⁸⁸⁶.

İspanya’da iş sözleşmesinden doğan tüm yetkiler geçici istihdam bürosunun tasarrufunda kalmaktadır. Ancak 14/1994 sayılı kanunun 15. maddesi ödünç alan işverenlerin, ödünç müddetince ödünç işçilere talimat verebileceği hükmünü ihtiva etmektedir. Ödünç alan işverenler, ödünç işçiye işyerinde işin görülmesine ilişkin talimatlar verebilecektir. Bununla birlikte ödünç alan işverenlerin ödünç işçilere talimat verebilme yetkisi hem geçici hem de tam olmayan bir yetki devri niteliğini taşımaktadır, zira her şeyden önce geçici istihdam bürosu ödünç alan işverene gönderdiği işçisini her zaman değiştirebilir. Ayrıca ilgili kanunun 15.2 hükmüne göre ödünç alan işverene disiplin cezası uygulama yetkisi geçmemektedir. Eğer ödünç alan işveren, ödünç işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal ettiği sonucuna varacak olursa, disiplin cezasını uygulama yetkisine sahip olan geçici istihdam bürosunu bilgilendirmesi gerekecektir. İspanya’da ilaveten bu hususların sınırları meslek edilmiş ödünç iş ilişkisi sektörünü ilgilendiren toplu iş sözleşmesinde dikkatlice

⁸⁸⁵ *Odaman*, 322.

⁸⁸⁶ *Eeckhoutte*, 90.

belirlenmiştir⁸⁸⁷. İtalya’da da ödünç işçilerin işvereni olarak geçici istihdam büroları kabul edilmektedir. Bunun neticesinde konuyu disiplin uygulamaları açısından ele alacak olursak bu durumda yetkili olan kurumun geçici istihdam büroları olduğu görülür. Disiplin cezaları kapsamında yer alan fesih yetkisine geçici istihdam büroları sahip olduğundan bu sayede ödünç işçilerin çalışmasını denetleyebilmektedirler⁸⁸⁸.

Konuya ilişkin düzenlemeler getiren ülkelere bakıldığında ortak noktayı ödünç alan işverenin, ödünç işçiye işin görülmesine ilişkin talimatlar verebileceği oluşturmaktadır. Gerçekten geçici istihdam bürosu, ödünç alan işverenin işyerinde işin nasıl, ne zaman ve nerede görüleceği gibi hususları vereceği talimatlarla belirleyemez. Bu konuda bir tereddüt zaten bulunmamaktadır, ancak ödünç alan işverenlerin ödünç işçiye sadece işin görülmesi ile ilgili değil de işyerindeki düzen ve güvenliği sağlanmasını amaçlayan sigara yasağı veya işyerine giriş ve çıkışlarda uygulanacak kurallara ilişkin bir başka deyişle ödünç işçinin davranışlarına ilişkin de talimat verebilme imkânının var olduğu düşünülmelidir⁸⁸⁹.

G. Toplu İş Hukuku İle İlgili Düzenlemeler

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi iş görme edimini iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işverenin yanında değil de ödünç alan işverenin yerinde getirdiğinden, söz konusu işçilerin örgütlenmesi, temsil edilmesi ve toplu pazarlık yoluyla haklarını koruyabilmeleri bir takım sorunların ortaya çıkmasına yol

⁸⁸⁷ **Rodriguez-Royo**, 181-182.

⁸⁸⁸ *Dönemsel İstihdam ve İtalya Örneği*, <http://www.adecco.com.tr/tr/makale/mk03.asp>, 12.11.2006.

⁸⁸⁹ **Süzek**, 233.

açmaktadır⁸⁹⁰. Bundan dolayı meydana getirilen düzenlemeler ile birçok ülke bu konuda yaşanan sorunlara çözüm bulma arayışı içine girmişlerdir.

Belçika’da 1987 tarihli kanun meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörü için bir ortak komitenin kurulmasını öngörmüş ve neticede 8 Nisan 1988 tarihli Kraliyet kararnamesi ile ‘Ortak Komite No.322’ kurulmuştur. Söz konusu komite, ödünç işçiler ve geçici istihdam büroları için faaliyette bulunmaya yetkilidir. Bu suretle komite, ödünç işçilerin ücret seviyeleri ve çalışma koşulları ile ilgili toplu iş sözleşmelerini komitede temsil edilen sendikalar ve işveren birliklerinin temsilcileri arasında akdetme yetkisine sahiptir⁸⁹¹. Belçika’da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörünün toplu pazarlık yoluyla düzenlenmesi bu bakımdan oldukça gelişmiştir. Kısacası toplu iş sözleşmesi akdedilebilmesinin tek olanağını ‘Ortak Komite’ oluşturmamaktadır. ‘Ortak Komite’ vasıtasıyla sektörel düzeyde, ‘Ulusal Çalışma Konseyi’ vasıtasıyla ulusal düzeyde ve ayrıca işletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi akdedilebilmektedir⁸⁹². Eğer ki ortak komitede akdedilmiş bir toplu iş sözleşmesi kraliyet kararnamesi ile teşmil edilirse tüm geçici istihdam büroları bununla bağlı olur ve toplu iş sözleşmesi hükümlerine uymamaları halinde cezai yaptırımlara maruz kalabilirler. Ortak komitenin tek yetkisi ödünç işçilerin çalışma koşulları veya ücret düzeyleriyle ilgili toplu iş sözleşmeleri akdetmek değildir, ayrıca 1987 sayılı kanun ile ortak komiteye, ‘Ödünç İşçiler için Geçim Garanti Fonunu’ kurma yükümlülüğü de verilmiştir. Ulusal İş Konseyinde akdedilen 36bis numaralı toplu iş sözleşmesiyle bu fon kurulmuştur. Geçici istihdam bürolarının katkılarıyla finanse edilen bu fon, bir geçici istihdam bürosunun işçilerinin ücretlerini ödemede aciz bir

⁸⁹⁰ *Uşen*, 105.

⁸⁹¹ *Hendrickx*, 61.

⁸⁹² *Genişlemiş Avrupa Birliği’nde Dönemsel Çalışma*, 68.

duruma düşmesi halinde; ödünç işçilerin bireysel iş sözleşmelerince ya da toplu iş sözleşmelerince vadesi gelmiş ücretlerinin ve kanun ya da toplu iş sözleşmelerince ödenebilir nitelik taşıyan yardımların ve ödeneklerinin ödenmesini garanti etmektedir⁸⁹³.

İspanya’da toplu iş hukuku bakımından ödünç işçilerin durumu 14/1994 sayılı kanunda çokta yer bulmamış, tutarlı, uyumlu ve kapsamlı bir düzenlemeye tabi tutulmamıştır. Bu nedenle toplu iş ilişkileri bakımından ödünç işçiler, genel düzenlemelerden yararlanacaklardır. Geçici istihdam bürolarında işçilerin çoğunun iş görme edimlerini ödünç alan işverenlerin işyerinde getirdiğine bakılmaksızın, temsil bakımından geçici istihdam bürosunun daimi işçileri ile ödünç göndermek üzere istihdam ettiği işçileri aynı işgücünden sayılır. Bu nedenle iş kanunu gereğince geçici istihdam bürolarında işçilerin temsilini sağlayan organların kurulması gereklidir. Geçici istihdam bürosu hukuki anlamda işveren olarak kabul edildiğinden, ödünç işçiler ödünç alan işverenin işyerindeki işçilerin temsilini sağlayan organlarda temsil edilmezler ve söz konusu organların seçimine katılamazlar. Aslında bu durum ödünç işçilerin temsiline ciddi bir şekilde zarar vermektedir, çünkü ödünç işçiler mekânsal açıdan değişik coğrafi yerlere dağılmış ve bu durum sürekli bir döngü niteliğini kazanmıştır. Bu iki husus, uygun bir seçimin yapılmasını ve işlevsel bir temsilin gerçekleştirilmesini oldukça zorlaştırmaktadır. Yapılan bu eleştirilerin giderilmesi amacıyla 14/1994 sayılı kanunun 17. maddesi değiştirilerek ödünç işçilerin şikâyetleri, ödünç alan işverenin işyerinde oluşturulmuş işçileri temsil eden organlar aracılığıyla yapabileceği esası benimsenmiştir⁸⁹⁴.

⁸⁹³ *Hendrickx*, 61.

⁸⁹⁴ *Rodriguez-Royo*, 183.

İspanya’da ayrıca ödünç alan işverenin işyerindeki işçileri temsil eden organların işyerinde gerçekleşecek bir ödünç iş ilişkisinden haberdar olmalarını temin etmek için, ödünç alan işverenin, işçi sağlama sözleşmesinin akdedilmesinden itibaren 10 gün içinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurma nedenini de içeren tüm bilgileri ilgili organlara vermesi gerektiği 14/1994 sayılı kanunun 9. maddesinde belirtilmiştir. Toplu iş sözleşmesinin akdedilmesi ile ilgili olarak 14/1994 sayılı kanun kendi sistemini izlemektedir. Bir toplu iş sözleşmesi geçici istihdam bürosu ile ödünç işçilerin temsilcileri arasında akdedilmelidir. Ancak ödünç işçileri temsil gücüne sahip temsilcilerin yokluğu halinde, en fazla temsil gücüne sahip olan sendika, ödünç işçiler adına toplu görüşme yapmaya yetkili kılınmıştır. Bir nevi toplu iş sözleşmesinin yapılabilmesine dair özel yetki kuralı getirilmiştir. Bu özel kural, iş kanununda öngörülen toplu görüşmeye ilişkin genel kuraldan ayrılmakta ve iş kolu düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılabilmesini olanaklı hale getirmektedir. Aslında İspanya’da toplu iş sözleşmesinin yapılmasına yönelik düzenlemeler eleştiriye konu olabilmektedir. Bir kere toplu görüşmeye yönelik getirilen özel yetki kuralının tamamlayıcı bir nitelik taşıdığı ve ancak ödünç işçilerin temsilcisinin bulunmaması halinde uygulanabileceği belirtilmektedir. Ayrıca ödünç işçilerin ödünç alan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinde öngörülen ücret ödemesinden yararlanabilmesi için geçici istihdam bürolarının bir toplu iş sözleşmesinin tarafı olmaması gerekmektedir. İşte ücretlerde eşit işlem ilkesine uymaktan kaçınmak amacıyla geçici istihdam büroları taraf olacakları toplu iş sözleşmeleri akdetme yolunu tercih etmektedirler⁸⁹⁵.

⁸⁹⁵ *Rodriguez-Royo*, 184.

İspanya'daki bu eleştiriler haklılığını da nitekim zaman içinde göstermiştir. İşletme bazında toplu iş sözleşmesi yapılması hem ödünç işçilerin ücret ve çalışma koşullarının düşük standartta olmasına yol açmış hem de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörüne zarar vermiştir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörü, bu yöndeki toplu iş sözleşmesi uygulamaları sonucunda insan kaynakları yönetiminde esnekliğin bir aracı haline gelmektense ücret maliyetinin düşürülmesi anlamına gelmiştir. Sektörün önde gelen firmaları ile sendikalar bu durumun farkına vardığından işletme bazında akdedilen toplu iş sözleşmelerine bir alternatif arayışı içine girmişler ve 1995'te işkolu düzeyinde toplu görüşme müzakerelerinin başlatılmasını başarmışlardır. Ulusal düzeyde akdedilen toplu iş sözleşmeleri sayesinde ödünç işçilerin çalışma koşulları geliştirilebilecek, ödünç işçiliğin kullanımı daha pahalı hale geleceğinden ödünç alan işverenler bu yola daha dikkatli başvuracak ve daha stratejik kullanacak, ücrette eşit işlem ilkesinin uygulanmasına yönelik tedbirler alınabilecektir. Gerçekten İspanya'da işkolu düzeyinde toplu iş sözleşmeleri akdedilmiş ve yürürlüğe konabilmiştir. Hatta 1997 yılındaki işkolu düzeyindeki toplu iş sözleşmesinde öngörülen önlemlerin bir kısmı, yapılan değişiklik neticesinde şimdi 14/1994 sayılı kanun metninde yer almaktadır⁸⁹⁶.

Almanya'da geçici istihdam bürosunun işveren sıfatını taşımasından dolayı, ödünç işçiler geçici istihdam bürosunun iş konseyinin seçimlerinde yer alabilmekte ve ilgili konseyde temsil edilmektedirler. Ayrıca ödünç alan işverenin işyerinde çalışması dolayısıyla o işyerine entegre olmuş olan ödünç işçinin çıkarlarının korunabilmesi için ödünç alan işverenin iş konseyinde oy kullanma hakkı ödünç işçilere tanınmıştır. Ödünç işçinin ödünç alan işverenin iş konseyinde oy kullanma

⁸⁹⁶ *Rodriguez-Royo*, 184-185.

hakkına kavuşabilmesi için ödünç müddetinin en az 3 ay sürmesi gerekmektedir⁸⁹⁷. Burada değinilmesi gereken ve Almanya’da tartışmalı olan bir husus vardır ki bu, ödünç alan işverenin işyerindeki iş konseyi oluşturulurken işyerinde çalışan işçi sayısının göz önüne alındığıdır. Yani bu sayı hesaplanırken ödünç işçinin, ödünç alan işverenin işyerindeki işçi sayısına dâhil edilip edilmeyeceği konusu ihtilaflıdır⁸⁹⁸. Bununla birlikte görüldüğü üzere ödünç işçi iki farklı oy hakkına sahiptir. Bir tanesi geçici istihdam bürosunun iş konseyi iken diğeri ödünç alan işverenin iş konseyi içindir⁸⁹⁹.

Almanya’da toplu iş sözleşmesi yapılması bakımından da yaşanan gelişmelere değinilecek olursa meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektöründe toplu iş sözleşmesi yapılmasının pek yaygın olmadığı görülmektedir. Bir kere ödünç alan işveren veya işveren birlikleri ile ödünç işçinin hukuki işvereni olmadıkları için toplu iş sözleşmesi akdedilememektedir. Aynı zamanda geçici istihdam büroları veya bunların oluşturdukları birliklerle de ödünç işçilerin örgütlenmesinde yaşanan zorluklardan kaynaklanan nedenlerle yeterli düzeyde toplu iş sözleşmesi imzalanamamaktadır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektöründe toplu iş sözleşmesi eksikliği yüzünden Almanya’daki önde gelen geçici istihdam büroları birliği, sektörün imajını geliştirebilmek için harekete geçmişler ve kendilerini bağlı gördükleri, asgari standartları belirleyen bir deklarasyonu benimsemişlerdir⁹⁰⁰. Bu deklarasyonda yer alan maddelerden biri de ödünç alan işverenin işyerinde grev veya lokavt varsa ödünç işçilerin çalışmaktan kaçınmaları ve tarafsız kalmaları

⁸⁹⁷ *Schüren*, 74. *Uşen*, 108.

⁸⁹⁸ *Uşen*, 108.

⁸⁹⁹ *Schüren*, 74.

⁹⁰⁰ *Weiss*, 133-134.

gerektiğidir⁹⁰¹. Deklarasyonda bulunan bir diğer hususta ödünç işçilerin belli koşulların gerçekleşmesi halinde ek ödemelerden yararlanacağıdır. Bununla birlikte bu deklarasyonun hukuki açıdan bağlayıcı bir etkisi bulunmadığı gibi gerçekten uygulanıp uygulanmadığı hakkında bir bilgide bulunmamaktadır⁹⁰². Deklarasyonun takibinde 2002 yılında Alman mevzuatında değişikliklerin yapılmasıyla birlikte ödünç işçileri kapsayan ilk toplu iş sözleşmeleri yapılmaya başlanmıştır. Bu sayede ödünç işçilerin ücreti, çalışma saatleri ve sosyal hakları ile ilgili olarak ulusal düzeyde sektörler arası toplu iş sözleşmeleri akdedilebilmiştir⁹⁰³.

Fransa'da kanun koyucu işçilerin belli bir sayıya ulaşmaları ve ödünç işçilerin de gerekli olan kıdem koşulunu taşımaları halinde geçici istihdam bürolarında işçilerin temsil edilmesi sağlayan müesseselerin kurulacağını öngörmüştür. Burada da işçi sayısı ve oy kullanabilecek olanlar hesaplanırken veyahut hangi işçilerin seçilebilecek konumda bulunduğu belirlenirken ödünç işçiler bakımından özel bir düzenleme getirilmesi yoluna gidilmiştir. Buna göre listelerin oluşturulmasından önceki 12 aylık süre boyunca 3 aylık kıdemi yakalayabilen ödünç işçiler oy kullanma hakkına sahip olacaklardır. Seçimden önceki 18 ay içerisinde en az 6 aylık bir kıdemi yakalayabilen ödünç işçiler ise seçilebilme hakkına kavuşturulmaktadır. Bu koşulların yanı sıra listelerin oluşturulması esnasında da ödünç işçilerin, geçici istihdam bürosunun işçisi konumunda olmaları gerekmektedir⁹⁰⁴. Ödünç işçilerin oy kullanması ve seçilebilmesi bakımından bu ölçütler göz önüne alınırken, bu işçilerin sendika temsilcisi olarak seçildikleri takdirde ücret alacakları ile görevlerinin devamı açısından da bir takım düzenlemelerin gerçekleştiği görülmektedir. Mesela ödünç

⁹⁰¹ *Schüren*, 74.

⁹⁰² *Weiss*, 134.

⁹⁰³ *Genişlemiş Avrupa Birliği'nde Dönemsel Çalışma*, 70.

⁹⁰⁴ *Odaman*, 321-322. *Vigneau*, 62. *Uşen*, 109.

tekliflerinde sendika temsilcisi olan ödünç işçilerin herhangi bir ayrımcılığa muhatap olmaması gerekmektedir. Bunun yanında, ödünç müddetinin bir başka deyişle işçi sağlama sözleşmesinin sonuna yaklaşılrken sendika temsilcisi konumundaki ödünç işçilere, yeni bir ödünç iş ilişkisi kurulmasına yönelik teklifin sunulduğu farz edilmektedir⁹⁰⁵.

Fransa'da ödünç işçilerin temsil edilmesi ile ilgili düzenlemeler sadece geçici istihdam bürosuyla da sınırlı kalmamaktadır. Aynı zamanda ödünç işçiler, ödünç alan işverenin işyerindeki işçi delegeleri aracılığıyla bireysel ya da kolektif hususlarla ilgili olarak mesela ücretlendirmeye, çalışma koşullarına ve toplu iş hukukundaki katılıma değin dilek ve şikâyetlerini iletebilirler. Ayrıca grev hakkına ilişkin olarak Fransız hukukçular ödünç işçinin, ödünç alan işverenin işyerinde uygulanan bir greve katılabilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedirler. Her ne kadar ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında sözleşmesel bir ilişki olmasa da ödünç alan işveren belli ve geçici bir süre için yönetim hakkına sahip olmaktadır dolayısıyla ödünç işçinin işyerindeki bir greve katılması olası görülmelidir. Greve ilişkin bu görüşlere ilaveten Fransa'da yetkili sendikal örgütlerin dava açabilmelerine yönelik düzenlemelerde yapılmıştır. Yetkili sendikal örgütler, ödünç iş ilişkisi ile ilgili düzenlemelerden kaynaklanan davaları, ödünç işçinin vekâletini almaksızın açıp gerekli işlemleri yürütme konusunda yetkili kılınmışlardır. Bunun için ödünç işçinin taahhütlü bir mektupla bilgilendirilmiş olması gerektiği gibi bu bilgilendirilmenin yapılmasını takip eden 15 gün içerisinde ödünç işçinin işlemlere itirazda bulunmamış olması gerekmektedir⁹⁰⁶.

⁹⁰⁵ *Vigneau*, 63.

⁹⁰⁶ *Odaman*, 324-326.

İtalya’da ödünç işçilerin sendikal hakları 196/1997 sayılı yasanın 7. maddesinde düzenlenmiş olup, ilgili hükme göre ödünç işçiler de sendikal hakların güvence altına alındığı 300/1970 sayılı yasada yer alan sendikal haklarla ilgili düzenlemelerden yararlanacaklardır. Dolayısıyla ödünç işçilerle diğer bağımlı çalışanlar bakımından sendikal hakların kullanımı açısından yasa koyucunun bir fark gözetmediği görülmektedir. Bununla birlikte ihdas ettiği hükümlerle bir takım özel düzenlemeler meydana getirilmiştir. Bir kere ödünç müddetince ödünç işçiler, ödünç alan işverenin işyerinde sendikal faaliyetlere katılma, sendika özgürlüğünden yararlanma ve ödünç alan işverenin işçilerinin düzenlediği sendikal toplantılara katılma hakkına sahiptir. Bundan başka geçici istihdam bürosunun farklı ödünç alan işverenlerde çalışan tüm işçilerinin kanunda ve toplu iş sözleşmelerinde belirlenen tarzda toplanma hakkı da bulunmaktadır⁹⁰⁷. Bu çeşit sendikal haklara sahip olan ödünç işçiler, 1998 yılından beri artış gösteren, ödünç işçilerin lehine birçok sektörde ve değişik seviyelerde akdedilen toplu iş sözleşmelerinden yararlanmaktadırlar. İşte 196/1997 sayılı kanuna bakacak olursak iki tür toplu iş sözleşmesinin tanımlandığı görülebilmektedir. Bir tanesi ödünç alan işverenler ve işveren birliklerinde akdedilen, diğeri geçici istihdam büroları birliklerince akdedilen toplu iş sözleşmesi kategorileridir⁹⁰⁸. Ödünç alan işverenlerin bağlı olduğu toplu iş sözleşmeleri işveren sendikaları konfederasyonları ile işçi sendikaları konfederasyonları arasında her bir iş kolu için ayrı ayrı yapılmaktadır⁹⁰⁹. Bu nitelikleri itibariyle aslında ödünç alan işverenler ve bağlı oldukları birliklerce akdedilen toplu iş sözleşmeleri birincil derecede önem

⁹⁰⁷ Uşen, 133.

⁹⁰⁸ Colucci, 154-155.

⁹⁰⁹ Uşen, 138.

taşıymaktayken geçici istihdam büroları birliklerince akdedilen toplu iş sözleşmeleri bir dereceye kadar isteğe bağılı bir nitelik taşıymaktadır⁹¹⁰.

Hollanda da ödünç işçilerle ilgili ilk toplu iş sözleşmesi büro ve yönetim işkolunda 1972 yılında akdedilmiştir. 1987 yılında ise tüm ödünç işçileri kapsayan bir toplu iş sözleşmesi akdedilmiştir. 1990'dan itibaren de akdedilen toplu iş sözleşmeleri kendi ücretlendirme sistemini ve emredici bir nitelik taşıyan en düşük ücret seviyesini belirlemektedir. Esneklik ve Güvenlik Kanununun kabul edilmesinden sonra ödünç işçilerle ilgili daha koruyucu hükümler içeren toplu iş sözleşmeleri akdedilmeye başlanmıştır⁹¹¹. Bu nitelikleri itibariyle Hollanda sektörel düzeyde en uzun ömürlü ve yenilikçi toplu pazarlık sistemini içeren ülke sıfatını taşıymaktadır. Günümüzde akdedilen toplu iş sözleşmelerince kabul edilen, istihdamın süresi ile çalışma hak ve yükümlölüklerini birbirine bağlayan safha sistemi(phasing system) gereğince ödünç işçiler yeterli bir çalışma süresini doldurduklarına, emekli ücreti(pension), eğitim hakkı ve belirsiz süreli iş sözleşmesi yapılması hakkı kazanmakta ve zamana göre ücret uygulamasına tabi tutulmaktadırlar⁹¹². Mesela 26 haftayı aşan bir süredir aynı geçici istihdam bürosunca istihdam edilen ödünç işçi, ödünç alan işverenin daimi personeline ödenen aynı ücrete ve fazla çalışma ücreti oranına hak kazanmaktadır⁹¹³. Ayrıca Çalışma Konseyleri Kanunu uyarınca ödünç alan işverenin işyerinde en az 24 ay çalışan ödünç işçiler, ilgili yasa bakımından ödünç alan işverenin işçisi gibi kabul edilmekte, 30 aydır çalışanlara çalışma konseyi seçimlerinde oy kullanma, 36 aydır çalışanlara ise seçilme hakkı tanınmaktadır. Toplu iş sözleşmelerince Çalışma Konseyleri Kanununda belirttiğimiz süreler

⁹¹⁰ *Colucci*, 155.

⁹¹¹ *Visser-Plessen-Jacobs*, 236.

⁹¹² *Genişlemiş Avrupa Birliği'nde Dönemsel Çalışma*, 67-68. *Sol*, 100.

⁹¹³ *Genişlemiş Avrupa Birliği'nde Dönemsel Çalışma*, 68.

kısaltılmıştır. Mesela oy kullanma hakkı bakımından geçmesi gereken 30 aylık süre 26 haftaya çekilmiştir⁹¹⁴.

Japonya’da Anayasanın 28. maddesi gereğince temel bir insan hakkı olarak tüm işçiler bakımından garanti edilen örgütlenme, toplu görüşme ve toplu iş sözleşmesi yapabilme hakkından teoride ödünç işçilerde yararlanmaktadır. Bununla birlikte Japonya’da işyeri sendikacılığının egemenliği söz konusudur ve bu egemenlik nedeniyle ödünç işçiler, toplu iş ilişkilerinden dışlanmaktadır. Aynı zamanda iş konseylerinden de dışlanmaktadır, çünkü iş konseylerindeki işçi temsilcileri genellikle üyeleri daimi işçilerden oluşan işyeri sendikalarından seçilmektedir. Eğer ki ödünç işçiler örgütlenebilecek olursa, kural olarak geçici istihdam büroları ile toplu görüşme(pazarlık) yapma hakları söz konusu olacaktır ancak bu toplu pazarlık hakkı aynı zamanda ödünç alan işverenlerle de pazarlık yapılmasını kapsamayacaktır. Sendikalar kanunu gereğince de bir işverenin haklı bir sebep bulunmaksızın istihdam ettiği işçilerince seçilen temsilciyle toplu pazarlık yapmaktan imtina etmesi yasaklanmıştır. Dolayısıyla geçici istihdam bürolarının, istihdam ettikleri işçileri temsil edenlerle toplu pazarlık yapmayı reddetmesinin yasaklandığı görülmektedir⁹¹⁵.

İsveç’te meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörünün %85’ini kapsamına alan ve geçici istihdam büroları ile diğer özel istihdam bürosu türlerini örgütleyen ‘İsveç Geçici İstihdam Büroları ve Personel Hizmetleri Birliği(SPUR)’ faaliyette bulunmaktadır. SPUR bir sendikal örgütlenme niteliğini taşımadığından toplu iş sözleşmeleri akdedememektedir. Ana amacı meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektöründe kaliteyi, ahlakı ve sağlam personel politikasını yakalayabilmektir. Bu

⁹¹⁴ *Uşen*, 108-109.

⁹¹⁵ *Hanami*, 167.

bağlamda geçici istihdam bürolarının suiistimalleri ile mücadele edebilmek için bir dizi etik kurallar kabul edildiği gibi otonom bir sistemde meydana getirilmiştir. Bahsedilen etik kurallar yol gösterici bir nitelik taşımaktadır, mesela geçici istihdam büroları, işçilerle iş sözleşmelerini yazılı olarak yapmalıdır. Belirlenen etik kurallara üyelerin uyup uymadığının denetlenebilmesi için SPUR tarafından geçici istihdam büroları ile bağlantısı bulunmayan ve üç kişiyi içeren bir etik konseyi oluşturulmaktadır. Eğer ki bir üyenin etik kuralları ihlal ettiği tespit edilirse hakkında bir soruşturma açılır ve ağır ihlallerin vukuu halinde üyelikten ihraç edilebilir. SPUR'un bir diğer başlıca faaliyetini de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörünün bilinirliğini arttırmak ve bu sektörün işgücü piyasası açısından önemini anlatmak oluşturmaktadır. Aynı şekilde SPUR, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektöründe politika oluşturma faaliyetlerini de yürütmektedir. Politika oluşturma faaliyeti kapsamında ulusal ve uluslararası kuruluşlarla işbirliğinde bulunmaktadır⁹¹⁶. SPUR görüldüğü üzere CIETT gibi daha çok meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörünün imajının düzeltilmesi ve geliştirilmesi kapsamında faaliyet gösteren bir kuruluş niteliğini taşımaktadır ve sendika olmadığından bahsettiğimiz üzere toplu iş görüşmelerinde yer almamakta ve toplu iş sözleşmesi akdedememektedir. Ancak İsveç'te meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektöründe toplu iş sözleşmeleri 1998 yılından beri akdedilmektedir. 1998 yılında imzalanan ve büro ve ticarethane işçilerini kapsayan ilk toplu iş sözleşmesinde, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine konu olan işin niteliğine bakılmaksızın ödünç işçi ile geçici istihdam bürosu arasındaki iş ilişkisinin belirsiz süreli olacağı düzenlenmiştir⁹¹⁷. 2002 yılında en büyük işçi sendikaları konfederasyonu ile hizmet sektörü işverenleri örgütü arasında

⁹¹⁶ Nyström, 215-216.

⁹¹⁷ Genişlemiş Avrupa Birliği'nde Dönemsel Çalışma, 73-74.

akdedilen toplu iş sözleşmesinde de geçici istihdam bürosu ile altı ay kesintisiz çalışanların gelir garantisinin arttırılması, Ocak-Nisan 2004 dönemi için öngörülen %85’lik gelir garantisinin Mayıs 2004’ten itibaren %90’a çıkartılması gibi hususlar kararlaştırılmıştır. İsveç işçi sendikalarının başardığı bir diğer önemli hususta, ödünç alan işverenlerin kendi işyerlerinde ödünç işçi çalıştırabilmelerini, veto etme hakkına sahip olmaları oluşturmaktadır⁹¹⁸.

H. Kanunda Öngörülen Düzenlemelerin İhlali Halinde Uygulanacak Yaptırımlar

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin çeşitli ülkelerdeki uygulaması bakımından yukarıdaki başlıklar altında pek çok düzenlemeden bahsedilmiştir. Bu kapsamda taraflar arasındaki hukuki ilişkiden, geçici istihdam bürolarına lisans verilmesine, bireysel iş hukukuna dair düzenlemelerden toplu iş hukukuna dair düzenlemelere kadar pek çok konunun nasıl ele alınıp düzenlendiği belirtilmeye çalışılmıştır. Kısacası ülkelerin her birinin oluşturmayı hedeflediği hukuki çerçeveye genel bir bakış atılması amaçlanmıştır. İşte ülkeler oluşturdukları bu hukuki çerçevenin ihlali halinde bunlara bir takım yaptırımlar öngörmüştür. Bu yaptırımlar hukuki veya cezai yaptırımlar olabileceği gibi, genellikle belli bir takım koşulların varlığı halinde ödünç işçinin ödünç alan işvereni olarak kabul edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Fransa’da daha önce bahsettiğimiz üzere işçi sendikaları ödünç iş ilişkisi ile ilgili kanun hükümlerinin ihlal edildiği düşüncesine varırsa işçi lehine mahkemeye başvurma hakkına sahip bulunmaktadır. Bu bakımdan kanun hükümlerinin ihlal edilip edilmediği ve taraflar arasında akdedilmiş sözleşmelerin hukuki niteliğini

⁹¹⁸ Uşen, 106-107.

belirleme yetkisi yargının elindedir. Yargı bu belirlemeyi yaparken iki ölçütten yararlanır. Yani yapılan işlemin suç teşkil edebilmesi için ödünç iş ilişkisinin ücret karşılığında kurulmuş olması koşulunun yanında işçiye zarar verilmiş olması veya faaliyetin sözleşmesel ya da kanuni hükümlerin uygulanmasını engellemeye yönelik bir nitelik taşıması gerekmektedir. Ayrıca mahkemelerce, geçici istihdam bürosunun ihlalde bulunduğu sonucuna varılacak olursa aynı zamanda işçi sağlama sözleşmesinin karşı tarafını oluşturan ödünç alan işverenlerin de suça ortaklık ettiği kabul edilmektedir. Bir kere kanuni olmayan işçi teminini konu edinen bir sözleşme geçersiz sayılmaktadır. Ayrıca yasadışı olarak kazanç elde etme amacıyla işçi ödünç verme suç olarak kabul edildiğinden, iki yıl hapis cezasını ve/veya 30.000 Euro para cezasını gerektirmektedir. İlaveten bu suçu işleyenler iki yıldan on yıla kadar faaliyetten men cezası ile karşılaşabilirler. Mahkeme verilen ceza kararının işyerlerinin kapısında ilan edilmesine veya gazetelerde yayınına hükmedebilir. Mahkeme ödünç iş ilişkisi ile ilgili hükümlerin ihlali halinde sadece geçici istihdam bürosuna yönelik yaptırımlarda bulunmayacak aynı zamanda ödünç alan işveren aleyhine de hukuki ve cezai yaptırımların uygulanmasına hükmedebilecektir⁹¹⁹.

Fransa'da ödünç alan işverenler aleyhine uygulanan önemli bir hukuki yaptırımda, ödünç işçinin belli koşullar altında ödünç alan işverenin işçisi olarak kabul edilmesidir. Ödünç süresinin veya kanunda öngörülmüş azami hukuki sürenin aşılmış olması halinde hala ödünç işçi, ödünç alan işverenin yanında çalışmaya devam ediyorsa bir diğer ifadeyle ödünç alan işveren herhangi bir iş sözleşmesi ya da işçi sağlama sözleşmesi yapmaksızın aralıksız çalıştırmaya devam ediyorsa, bu işçi ödünç alan işverene belirsiz süreli iş sözleşmesiyle bağlı olarak kabul

⁹¹⁹ Fransa'da geçici istihdam büroları ile ödünç alan işverenler aleyhine uygulanabilecek olan yaptırımlarla ilgili olarak daha fazla bilgi için Bkz., *Odaman*, 286-287, 311-313.

edilmektedir⁹²⁰. Görüldüğü üzere ödünç alan işverenlerin, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvuruyu sınırlayan kurallara riayet etmesi yararlarına olacaktır. Ödünç işçi, ödünç alan işverenin işçisi olarak kabul edildiği takdirde kıdemi, ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaya başladığı ilk günden itibaren hesaplanacaktır. Hemen belirtelim ki geçici olarak ödünç alan işverenin daimi işçisinin yerinin doldurulması, iş güvenliği gerekçesiyle yerine getirilmesi zorunlu acil işler, mevsimlik işler veya belirsiz süreli iş sözleşmesine yönelmenin adet olduğu işler bakımından sözleşme yapılmışsa ödünç işçinin ödünç alan işverenin işçisi kabul edilmesini öngören düzenlemelerin uygulanması söz konusu olmayacaktır⁹²¹.

Belçika’da ödünç alan işverenler, ödünç işçinin işvereni haline gelebildiği gibi, işveren olmaya mecburda olabilmektedirler. Aslında bu husus 1987 sayılı kanunda bir yaptırım türü olarak görülmektedir. Ödünç işçinin ödünç alan işverenin işçi olarak kabul edilebilmesi, iki halin ortaya çıkması durumunda söz konusu olmaktadır. Eğer ödünç alan işveren, geçici istihdam bürosu ödünç işçiyi çekmek istediğine dair kararını bildirmiş olmasına rağmen ödünç işçiyi çalıştırmaya devam ederse ya da ödünç alan işveren ödünç işçiyi 1987 sayılı kanunu ihlal ederek çalıştırırsa; ödünç işçi ödünç alan işverenin işçisi haline gelir. Ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında kurulan iş sözleşmesi, belirsiz süreli iş sözleşmesidir⁹²².

İspanya’da kanun hükümlerinin ihlali halinde uygulanacak olan yaptırımlar üç kategoriye ayrılmıştır. Bu bakımdan ihlal edilen hükmün önemine göre hafif, ciddi ve çok ciddi yaptırımlar söz konusu olmaktadır. Uygulanacak olan yaptırımlar, 2000 yılında kabul edilmiş kanunda belirlenen kurallar temelinde hesaplanan para cezası

⁹²⁰ *Tuncay*, Tasarı, 66-67. *Vigneau*, 55-56. *Odaman*, 308.

⁹²¹ *Odaman*, 301,309.

⁹²² *Hendrickx*, 60. *Eeckhoutte*, 90.

türlerinden oluşur. Bu bakımdan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektöründe kuralların ihlali, işgücü piyasasının diğer alanlarında uygulanan yaptırımlardan daha insafsız bir uygulamaya muhatap olmamaktadır⁹²³. İsveç'te bir işverenin işyerinde çalışmakta olan daimi bir işçinin iş sözleşmesini feshettikten sonra bir geçici istihdam bürosundan ödünç verilmeyi kabul etmesi halinde, ödünç işçinin, bir önceki işvereniyle olan iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren altı ay geçmedikçe bir önceki işverenine ödünç verilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Bu kural bilhassa iş kanundaki boşluklardan yararlanarak geçici istihdam bürolarınca sosyal açıdan istenmeyen işe alma tekniklerinin geliştirilmesini engellemeyi amaçlamıştır. Eğer ki bir işveren bu kuralı ihlal edecek olursa para cezasının muhatabı olacaktır. İlâveten mahkemeler böyle bir durumda geçici istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında bir iş ilişkisinin bulunmadığını, bunun muvazaalı olduğunu ve işçinin hukuki açıdan ödünç alan işverenin işçisi olarak kabul edilmesi gerektiğini kararlaştırabilirler⁹²⁴. Hollanda'da Emek Piyasası Aracıları Kanunu hükümlerinin ihlal edilmesinden dolayı mağdur olan ödünç işçiler, hukuk mahkemelerine başvurabileceklerdir. Hukuk prosedürü içerisinde ödünç işçiler ihlal edilen hükmün uygulanması veya zararın tazminini talep edilebilecektir⁹²⁵.

Almanya'da kanunda öngörülen düzenlemelerin ihlal edilmesi halinde ödünç işçi ile geçici istihdam bürosu arasındaki iş sözleşmesi geçersiz olmakta ve ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında iş ilişkisi kanun tarafından kurulmaktadır. Bu durumda ödünç alan kişi, işveren haline gelmekte ve kendi şirketindeki daimi işçilerde olduğu gibi sosyal güvenlik haklarından ve ücretlerden sorumlu olmaktadır. Kanundışı

⁹²³ *Rodriguez-Royo*, 188.

⁹²⁴ *Nyström*, 205.

⁹²⁵ *Sol*, 104-105.

faaliyette bulunan geçici istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında geçersiz iş sözleşmesi bulunmaktayken bu ilişki devam ettiği müddetçe geçici istihdam bürosu, geçersiz sözleşme dolayısıyla ödenmemiş sosyal güvenlik haklarından ve ödenmemiş ücretlerden sorumlu olacaktır. Ödünç işçinin ödünç alan işveren yanındaki kıdemi Fransa'da olduğu gibi işçinin çalışmaya başladığı tarihe dayanmaktadır. İş mevzuatındaki tüm koruyucu hükümler, ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında kurulan iş sözleşmesi bakımından da uygulanmaktadır. Eğer ki kanundışı kurulmuş ödünç iş ilişkisi müddetince geçici istihdam bürosu ücreti ödüyorsa ödünç alan işveren sadece ücret farkından sorumlu olacaktır. Ayrıca geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasındaki işçi sağlama sözleşmesinin geçersiz olmasından ötürü özel hukuk bakımından sonucuna da göz atılacak olursa, her iki tarafta haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulacaklardır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kanununa göre kanundışı kabul edilen ödünç iş ilişkisi faaliyeti hem geçici istihdam bürosu için hem de ödünç alan işveren için idari bir yaptırımını gerektirmektedir, ama ödünç işçi açısından bu şekilde bir yaptırım söz konusu olmaktadır⁹²⁶.

Almanya'da bunların dışında yabancı kökenli işçilerin istismar edilmesini engellemek için de çeşitli önlemler alınmıştır. Eğer ki bir geçici istihdam bürosu, uygun bir çalışma izni bulunmayan işçiyi ödünç verirse ilgili yasa maddesini ihlal etmiş olduğundan cezai bir yaptırımla karşılaşacaktır. Cezai yaptırım olarak üç yıla kadar hapis veya para cezası öngörülmüştür. Ancak ağır kusurlarda cezai yaptırım daha da ağırlaştırılmaktadır. Çalışma izni bulunmayan yabancı bir işçinin ödünç verilmesi halinde sadece geçici istihdam bürosunun değil aynı zamanda ödünç alan işverenin de suç işlediği hükme bağlanmıştır. Anılan maddeye göre, ilgili kanun

⁹²⁶ *Schüren*, 78-80.

maddesi uyarınca çalışma izni bulunmayan yabancı bir işçiyi ödünç alan işverenin, üç yıla kadar hapis veya para cezasına çarptırılacağına yer verilmiş ve ağır kusurlarda bu cezanın artırılacağı ifade edilmiştir. Genel olarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini düzenleyen kanunun ihlali halinde, mesela faaliyet izni olmadan ödünç işçi verilmesi, gerekli belge ve bilgilerin hazır edilmemesi, istatistiksel bilgilerin zamanında ve doğru bir şekilde verilmemesi ya da hiç verilmemesi gibi hallerde 500 Euro'dan 500.000 Euro'ya kadar para cezasına hükmedilmesi öngörülmüştür⁹²⁷.

I. Bahsedilen Ülkelerin Sistemlerine İlişkin Genel Bir Değerlendirme

Şimdiye kadar meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair çeşitli ülkelerin getirdiği sistemlere değinmeye çalıştık. İşte bu sistemler incelendiğinde oldukça ayrıntılı düzenlemelere yer veren ülkelere(Fransa, Belçika, İtalya vb.) rastlanabilmektedir ya da İngiltere gibi oldukça genel nitelikteki düzenlemelerle de yetinen ya da Hollanda gibi meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörünün düzenlenmesi konusunda toplu iş sözleşmeleri yoluyla sosyal taraflara olanak sağlayan ülkelerde bulunmaktadır. Fakat genel olarak tüm ülkelerin başlıca üzerinde durduğu en önemli düzenleme konularını; geçici istihdam bürolarının yetki rejimi, yani bir başka deyişle onların kontrolleri ve lisans almaları için gereken koşullar, ödünç işçinin geçici istihdam bürosu ile yapacağı iş sözleşmesinin içeriği ve hangi koşulları taşıması gerekliliği ile geçici istihdam bürosu ve ödünç alan işveren arasındaki işçi sağlama sözleşmesinin içeriğine ilişkin koşullar oluşturmaktadır. Pek tabii ki bu temel konuların dışında

⁹²⁷ *Hekimler*, Federal, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=941&id=54, 26.08.2008.

meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin tarafları arasındaki ilişkilere dair oldukça ayrıntılı düzenlemelere yer veren ülkelerde bulunmaktadır.

Kısacası incelediğimiz ülke örneklerinin her birinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik olarak açık yasal düzenlemelerin bulunduğu görülmektedir. Bu bağlamda hem meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine hangi hallerde başvurulabileceği hem de hangi hallerde başvurulamayacağı yani bu ilişkinin kurulmasının yasak olduğu hallere hukuk düzeni içinde açıklık getirilmiştir. İşte bizim ülkemizin bu nedenle model aldığı ülkeler arasında tek örneği oluşturduğu düşünülebilir. Çünkü ülkemizde ne yasal mevzuatımızın herhangi bir hükmünde hiçbir kuruluşun meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunamayacağı yazmakta ne de hiçbir kısıtlama olmaksızın bu faaliyette bulunabileceği hükmü yer almaktadır. 4857 sayılı iş kanunu ile 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu kanunundan önceki dönemde hiç değilse özel istihdam bürosu faaliyetleri açıkça yasaklanmıştı ki bu hukuk düzenimize bir kesinlik kazandırmaktaydı. Günümüzde ise iş hukuku mevzuatımız bu konuya ilişkin tek bir cümleyi ne yasa hükümlerinde ne de yasa hükümlerinin gerekçelerinde içermektedir. Böyle bir hukuki ortamda hem yargı hem de öğreti, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili görüşlerini, olmayan hukuk kuralları üzerinden yorum yaparak oluşturmaya mahkûm edilmiştir. Ortaya çıkan tartışmalarda genellikle baskın görüş meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yürütülmesinin yasak olduğu yönünde çıkarken, ekonomik hayat tam tersini göstermekte ve bu faaliyet tüm süratiyle uygulanmaktadır. Ortada ne bir denetim ne de etkili bir yaptırım sistemi bulunmadığından bilhassa sosyal taraflardan işçi kesiminin endişeleri yani işgücünün sömürülmesine uygun bir zemin ortaya

çıkmaktadır. Tüm bu hususlar, olumlu ya da olumsuz açık bir yasal düzenlemenin varlığını zorunlu kılmaktadır.

İşte eğer ki ülkemizde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin açıkça uygulanmasını sağlayacak yasal bir düzenleme oluşturulacaksa örneklerini vermeye çalıştığım ülkelerin sistemlerinden yararlanılabilir. Bir kere ilk etapta sosyal tarafların çekincelerin giderilmesi ve ödünç verilmek üzere istihdam edilecek işçilerin gerekli bir düzeyde korunabilmesi için kapsamlı bir yasal düzenlemeye yer verilmesi kanaatindeyim. Bu konuda İtalya uygulaması bize yön gösterebilir. Söz konusu ülkede öncelikle deneme amaçlı olduğu söylenebilecek olan bir kanuna yer verilmiş ve daha sonradan Biagi reformu ile tam olarak sistem oturtulmuştur.

4. Diğer Ülkelerde Meslek Edinilmemiş Ödünç İş İlişkisi Uygulaması

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi genellikle pek ihtilaflı olmayan bir alandır. Nitekim bu tür ödünç vermede işçi zaten bir işverenle iş sözleşmesi ilişkisi içinde olup, bu ilişki genel olarak klasik istihdam biçimi ilişkisi olan belirsiz süreli ve tam zamanlı iş ilişkisine dayanmaktadır. Söz konusu işçiler, iş mevzuatının işçiler için öngördüğü tüm haklardan yararlanmakta ve farklı bir işleme tabi tutulmamaktadır. Bu ilişki de önemli olan husus bir işverene iş sözleşmesi ile bağlı olan işçinin ödünç verilmesinde ödünç alan işverenin yönetim hakkını ne şekilde kullanacağı, ödünç müddetinin ne kadar olabileceği gibi tartışmalardır. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine genellikle ülkelerin kanuni mevzuatta belirtildiği üzere belli hallerin ortaya çıkması durumunda başvurulabilmektedir. Tüm bu anlatılanların yanında belki de bu tür ilişkinin en önemli özelliği olarak karşımıza tarafların kazanç elde etme gayesini

gütmemesi çıkmaktadır. Ülkemizde iş kanununun 7. maddesinde düzenlenen geçici iş ilişkisi de meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair düzenleme getirmektedir.

İtalya’da bu tür iş ilişkisi ilk olarak kamudaki iş ilişkilerini düzenleyen 1077/1970 sayılı yasada düzenlenmiş ve daha sonra bu kurum özel sektöre de yayılmıştır. 11 Nisan 2001 tarihinde meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin işleyiş tarzının düzenlenmesi amacıyla bir genelge yayınlanmıştır. İlgili genelde gereğince ödünç müddetince işçiyi ödünç veren asıl işverenin, yönetim hakkı ile ücret ve mali konulardaki sorumluluğunun devam edeceği esası kabul edilmiştir. Daha sonradan meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi 276/2003 sayılı yasada bahsettiğimiz genelgeye paralel bir şekilde düzenlenmiştir. Bu bakımdan meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi, ödünç veren işverenin bizzat kendi ihtiyaçlarından dolayı bir veya birden fazla işçisini, başka bir işverene geçici ve belirli bir işin gördürülesi amacıyla ödünç vermesi şeklinde ifade edilmiştir. Bir diğer ifadeyle hem kurulan ödünç iş ilişkisinin geçici olması hem de ödünç veren işverenin ihtiyaçlarından kaynaklanması şartı öne sürülmüştür. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasında görüldüğü üzere kar amacı güdülmemekte, ödünç veren asıl işverenin üretimden kaynaklanan bir nedenine dayanılarak kurulmaktadır. 276/2003 sayılı yasa gereğince bu tür ilişki kurulduğunda ödünç işçinin yüklendiği görevlerde bir değişiklik meydana gelecektse ilgili işçinin onayının alınması zorunludur. Buradan çıkan sonuç ödünç verilmek istenen işçi, asıl işverenin işyerinde yaptığı işin aynısını ödünç alan işverenin işyerinde de yapacaksa onayının alınması zorunluluğu bulunmamaktadır. İtalyan düzenlemesindeki meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesine yönelik bir sınırlamanın daha yer aldığı görülmektedir. Ödünç veren asıl işveren ile ödünç alan işverenin işyerleri arasında 50 kilometreden fazla mesafe bulunması halinde,

ilgili taraflar arasında ödünç iş ilişkisinin gerçekleşebilmesi için işletmenin teknik gereklerinden veya üretim ve organizasyonundan ya da işe devamsızlıktan kaynaklanan objektif koşulların var olması zorunluluğu mevcuttur⁹²⁸.

Belçika’da işveren istisnai durumlarda meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisini kurarak kendilerine iş sözleşmesi ile bağlı daimi işçilerini bir başka işverene gönderebilir ve yönetim hakkının bir kısmını devredebilir. Normalde daha önceden bahsettiğimiz üzere kar amacı güden meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için geçici istihdam bürolarının lisansının olması gerekmektedir, ama meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kanunda belirtilen istisnai durumlarda kurulabildiğinden ve ödünç verilen işçinin iş sözleşmesi ödünç veren işverenle muhafaza edileceğinden bu gibi durumlarda lisansa sahip olmak gerekli değildir. Belçika mevzuatına göre meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi, aynı ekonomik ve finansal kuruluş içinde yer alan işverenler arasında işbirliği çerçevesinde veya özel mesleki vasıfları gerektiren kısa dönemli uzmanlık isteyen işlerin yerine getirilmesinde kurulabilecektir. Bununla birlikte bu durumlar ortaya çıkmış olsa bile işçinin ödünç alan işverenin kullanımına verilmeden 24 saat önce hükümete bildirimde bulunulması gerekmektedir. Ayrıca meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için asıl işveren, ödünç alan işveren ve ödünç verilecek işçiyi kapsayan ve her üç tarafında imzasının olduğu yazılı bir sözleşme, işçi ödünç alan işverene gönderilmeden önce imzalanmalıdır. Bu şartların yerine getirilmesi halinde meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kurulacaktır, fakat bu halde de asıl işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesi varlığını koruyacağı gibi, ödünç iş ilişkisinin kurulmasıyla birlikte işçinin ücreti, tazminatları, yan ödemeleri ve sosyal

⁹²⁸ Uşen, 153-155.

sigorta primlerinin ödenmesinden asıl işveren ve ödünç alan işveren müştereken sorumlu olacaktır⁹²⁹.

Belçika’da ayrıca meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini düzenleyen 1987 sayılı kanunun bazı hükümleri de aynı şekilde uygulanabilir bir nitelik taşımaktadır. Buna göre ödünç alan işveren, çalışma saatleri, ulusal bayram ve genel tatil, hafta tatili, kadınların istihdamı, gençlerin istihdamı, gece çalışması, işçilerin sağlığı ve güvenliği ile işyerlerinin ve işin sıhhiyeliğine dair iş mevzuatına ilişkin hükümlerin uygulanmasından sorumlu olacaktır. Belçika’da 1987 tarihli kanunda 2000 yılında bir değişiklik meydana gelmiştir. Bu değişiklikle birlikte meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği hallerin unsurlarını oluşturan ‘işin geçici nitelikte olması’ ile ‘özel mesleki nitelik gereksinimi’ kavramlarını tanımlama yetkisi Ulusal İş Konseyine devredilmiştir. Ancak günümüze kadar henüz bu kavramları tanımlayan bir toplu iş sözleşmesi akdedilememiştir. Gerçekten de ulusal düzeyde ve tüm sektörlerde kabul edilebilecek bir tanım yapmak oldukça zordur⁹³⁰.

Yukarıdaki iki paragrafta Belçika’da meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin hangi hallerde kurulabileceğini ve tarafların tabi olduğu düzenlemelere kısaca değindik. Bu paragraflardan çıkan sonuç meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin ancak istisnai durumların varlığı halinde kurulabileceğidir. Bu şekilde meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kurulsa bile ödünçün geçici bir nitelik taşıması gerekmektedir. Ayrıca meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kurma faaliyeti, ödünç veren asıl işverenin kendi işyerinde yürüttüğü normal faaliyetinin bir parçası olmamalıdır. Zira meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinin işverenin normal

⁹²⁹ Engels, 70. *Eeckhoutte*, 86-87.

⁹³⁰ Engels, 71.

faaliyeti haline gelmesi halinde ödünç veren işverenin, geçici istihdam bürosu haline geleceği vurgulanmıştır. Daha önce ifade ettiğimiz üzere henüz işin geçici bir nitelikte olmasından ne anlaşılması gerektiği Ulusal İş Konseyinde belirlenmediğinden her olayın kendine özgü koşullarına bakarak geçici niteliği hala taşıyıp taşımadığına karar verilmelidir⁹³¹.

Almanya’da meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin hangi hallerde kurulabileceğine dair düzenlemeler getirilmiş ve bu durumlarda işçisini ödünç vermek isteyen işverenlerin, geçici istihdam bürolarının almak zorunda olduğu izne sahip olması şartı aranmamıştır. Almanya’da meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği ilk durumu, şirket içi yapılacak ödünçler oluşturmaktadır. Kendi bünyesinde meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kurmak isteyen şirketlere, inşaat sektöründe faaliyet göstermedikleri müddetçe Profesyonel Amaçlı Ödünç Çalışma Kanunu hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Söz konusu ilişkinin kurulabileceği bu ilk halde ayrıca ödünç verilen işçinin bağlı şirket ile bir istihdam ilişkisinin bulunması gereklidir. Bir diğer durumda aynı toplu iş sözleşmesi altında işçi ödünç verilmesidir. Aynı işkolu içinde bulunan işverenler arasında işçi ödünç verilebilmesi, çalışma saatlerinin kısaltılmasından veya geçici olarak işten uzaklaştırmaktan kaçınma amacının var olması halinde gerçekleşebilecektir. İlaveten belirttiğimiz amaçlara göre meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği toplu iş sözleşmesinde düzenlenmeli ve söz konusu toplu iş sözleşmesinin hem ödünç veren asıl işverene hem de ödünç alan işverene uygulanıyor olması gerekmektedir. Bu şartların gerçekleşmesi halinde AÜG düzenlemeleri uygulanmayacaktır. Ödünç veren asıl işveren ile ödünç alan işverenin bağlı oldukları

⁹³¹ *Engels*, 71-73.

iş kolu, izledikleri amaca göre tespit edilecektir. Bunlardan başka küçük işletmeler arasında belirli durumların ortaya çıkması halinde de meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kurulabilmektedir. Bu husus meslektaş yardımı olarak adlandırılmaktadır. Meslektaş yardımı 50'den az işçisi olan küçük teşebbüslerin, işçilerini ödünç vererek işçi çıkarmaktan kaçınmaları için tasarlanmıştır. Bu durumda lisans aranmaz, onun yerine işçilerin ödünç verilebilmesi için eyalet iş kurumuna, kanunda liste halinde sıralanmış olan şartların yazılı biçimde sunulması yeterlidir. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği son hali ise işçilerin bir takıma atanması hususu oluşturmaktadır. Büyük projeleri üstlenmiş şirketler tarafından takımlar kurulmaktadır. AÜG'ye göre işçilerin bir takıma atanmasında lisans aranmadığı gibi bu hususta sınırlandırılmamıştır. Ancak kanun gereğince takımın tüm üyelerinin aynı toplu iş sözleşmesi altında çalışması gerekmektedir⁹³².

Japonya'da meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi çeşitli amaçlarla şirketler arasında kurulmaktadır. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine başvuru hallerden birini, büyük holdinglerin ana şirketlerinin işçilerini, bağlı ortaklıkları da içeren ilişkili oldukları şirketlere göndermesi oluşturmaktadır. Bu sayede büyük holdingler teknik bilgilerini transfer edebilmekte ve işçilerine eğitim ve staj olanağı sağlayabilmektedirler. Aynı şekilde bağlı şirketlerde ana şirkete işçilerini ödünç vererek, orada çalışmaları suretiyle işçilerinin becerilerini geliştirmeyi hedeflemektedir. Dahası daha önceleri ana şirket tarafından yürütülen bazı faaliyetlerin, büyüme stratejileri kapsamında kurulan bağlı şirketlere devredilmesi halinde de meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kurulabilmektedir. Son olarak genellikle hızlı ekonomik büyüme evresinden sonra işçilerin başka işverenlere ödünç

⁹³² *Schüren*, 77-78.

verilmesi suretiyle işsizliği azaltmada da meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kurulmaktadır⁹³³.

5. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinin İşgücü Piyasasına Etkisi

Avrupa Yaşam ve Çalışma Koşullarını Geliştirme Kuruluşu tarafından yapılan bir araştırmaya ve Özel İstihdam Büroları Uluslararası Konfederasyonunun yaptığı bir çalışmaya göre meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörünün payı son 10 yıldır, 1991 ve 1998 yılları arasında yıllık %10 büyüme oranıyla birlikte sürekli artmaktadır. Ancak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörünün istihdamdaki payı nispeten düşüktür. Şöyle ki 1998 yılında Avrupa’da toplam istihdamın %1,4’ü meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektöründen kaynaklanmıştır⁹³⁴. Bununla birlikte yıllar içinde istihdamdaki pay oranı artış göstermiştir. AB’de artık toplam istihdamdaki pay %2’ye yükselmiştir. 2001 yılında 2,8 milyon kişi geçici istihdam büroları tarafından istihdam edilmişken bu sayı 2004 yılında 3 milyon kişiyi aşmıştır⁹³⁵. Her ne kadar AB düzeyinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin işgücü piyasasındaki etkileri genel olarak bu şekilde belirtilebilse de, ülkeler bazında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin eşit oranda gelişim göstermediği görülmektedir. Nitekim bahsettiğimiz araştırma gereğince 1999 yılında AB düzeyindeki ödünç işçilerin yaklaşık %80’i Hollanda, Fransa, Almanya ve İngiltere’de istihdam edilmiştir. Ayrıca her bir ülkede meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörünün payı da farklılık arz etmektedir. Ödünç işçilerin, tüm işçiler arasındaki payı Hollanda da

⁹³³ *Hanami*, 163.

⁹³⁴ *Commission of The European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

⁹³⁵ *Uşen*, 226.

%4, Fransa’da %2,7, İngiltere’de %2,1, Almanya’da %0,7’dir. AB’ye üye her ülke açısından da birbirinden farklı oranlara ulaşılmaktadır⁹³⁶.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörünün işgücü piyasasında sahip olduğu toplam istihdam oranının yanında yarattığı toplam ciroya da göz atılması gerekmektedir. CIETT'in 2000 yılında yayımladığı bir rapora göre 1999 yılında AB genelinde, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörü toplam 58.800 Euro'luk bir ciro gerçekleştirmiştir. Ayrıca 1999-2004 döneminde AB genelinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektöründen elde edilen ciro, 58.888 milyon Euro’dan 75.500 Euro’ya yükselmiş ve yaklaşık %28’lik bir büyüme gerçekleşmiştir⁹³⁷.

Yukarıda belirttiğimiz hususlar meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin ekonomik açıdan taşıdığı özelliğini ve önemini göstermektedir. CIETT'in yaptığı bir araştırmaya göre ödünç alan işverenlerin geçici istihdam bürolarına başvurmaları ile ödünç işçi çalıştırmaya başlamaları arasında geçen ortalama süre yaklaşık 4 haftadır. Ayrıca araştırmaya katılan ödünç işçilerin %35’inin geçici istihdam bürosuna başvurduktan bir hafta sonra işe başladıkları tespit edilmiştir. Hatta Almanya için bu durum daha da iyimserdir, şöyle ki ödünç işçilerin % 54’ü 1 hafta içinde işe yerleştirilmişlerdir⁹³⁸.

AB düzeyinde ödünç işgücün yapısına da kısaca değinilecek olursa yaklaşık olarak tüm ödünç işçilerin dörtte üçünün 35 yaşından daha genç olduğu, çoğunluğunun(%60’ının) orta öğretimi bitirdiği görülmektedir. Bununla birlikte her yaş grubundan insan ödünç işçi olarak çalışabilmekte ve ödünç işçilerin önemli bir oranının hizmet sektöründe iş görmek üzere istihdam edildiği görülmektedir. Ayrıca

⁹³⁶ *Commission of The European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

⁹³⁷ *Uşen*, 226-227.

⁹³⁸ *Uşen*, 239.

ödünç işçilerin cinsiyetlerinin dağılımına bakıldığında dörtte üçten fazlasının erkek olduğu tespit edilmektedir. Ancak kimi ülkelerde kadın ve erkek oranının eşit düzeyde olduğuna da rastlanmaktadır. Ülkeler bakımından rastlanan bu farklılıklar, her bir ülkenin sektörel yapısına dayanır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin daha çok üretim ve inşaat sektörüne yoğunlaştığı ülkelerde, geçici istihdam büroları aracılığıyla kadınlardan daha çok erkek istihdam edildiği gözlemlenmektedir. Aynı şekilde hizmet veya ofis işlerinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi yoğun olarak kullanılıyorsa kadın işçilerin hâkimiyetinin arttığı görülmektedir⁹³⁹.

A. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinin Faydaları ve Sakıncaları

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili ekonomik verilere yani işgücü piyasasındaki istihdam oranı ve elde edilen yıllık ciroya bakıldığında da, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektörünün yıldan yıla büyük bir gelişim gösterdiği ve göstermeye de devam ettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bütün bunlar meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine hem işverenlerin hem de işçilerin başvurduğunu göstermektedir. Bunların yanında hükümetlerde elde ettiği sonuçlara göre meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili görüşlerini değiştirebilmektedirler. Kısacası meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin hızlı bir büyüme potansiyeli göstermesi, hem işverenler, hem işçiler hem de toplumsal açıdan faydalara ve yararlarla sahip olduğunu göstermektedir. Ancak bir hukuki ilişki olan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, bir takım faydalara sahip olduğu gibi sakıncaları da bünyesinde ihtiva edebilmektedir.

⁹³⁹ *Commission of The European Communities, Impact*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

aa. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinin Faydaları

aaa. Ödünç Alan İşverenler Açısından Faydaları

Her şeyden önce ödünç alan işverenler, piyasadaki taleplerde yaşanan hızlı ve büyük boyutlu dalgalanmalar nedeniyle işgücü yönetiminde artan esneklik ihtiyacını bu yolla karşılayabilmektedir. Dolayısıyla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bilhassa işçi işe alma veya işten çıkarma konusunda daha dikkatli davranan küçük ve orta ölçekli işletmeler bakımından iş yükündeki geçici artış ya da daimi personel sıkıntısıyla başa çıkabilme olanağını işverenlere sağlamaktadır⁹⁴⁰.

İşveren ayrıca meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini bir nevi işçi işe alma aracı olarak da kullanabilmekte ve bu sayede belirsiz süreli bir iş sözleşmesiyle işçiyi istihdam etmeden önce onu tanıyabilmektedirler. Belçika'da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin sağladığı bu olanaktan işverenlerin yoğun bir şekilde yararlandıkları da tespit edilmiştir. Ayrıca meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sayesinde işletmeler sadece kendi öz işlerine yoğunlaşabilmekte ve yürüttükleri diğer faaliyetlerde dış kaynak kullanma olanağını elde edebilmektedirler⁹⁴¹.

Bunlardan başka işverenler bilhassa bilgi teknolojilerinde geçici olarak ihtiyaç duydukları vasıflı işgücüne bu yolla ulaşabilmektedirler⁹⁴². Bu suretle ödünç alan işverenler, gelen ödünç işçinin bilgi ve tecrübesinden yararlanarak üretim kalitesini arttırabilecektir⁹⁴³. İlaveten, ödünç alan işverenler kendi daimi işçilerine hukuken sürekli fazla çalışma yaptırma hakkına sahip olmadıkları için ödünç işçi kullanarak

⁹⁴⁰ *Commission of The European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

⁹⁴¹ *Denys*, 12-13.

⁹⁴² *Commission of The European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

⁹⁴³ *Günay*, 120.

söz konusu yasal engeli ihlal etmeden istedikleri miktarda üretim yapabilme olanağına da kavuşurlar⁹⁴⁴.

İşverenlerin neden bu faaliyeti tercih ettiğine göz atıldığına daha düşük ücretle işçi çalıştırmanın yer almadığı görülmektedir. Bu husus maliyet avantajının ihmal edilebilir nitelikte olduğunu göstermektedir. Ödünç işçi çalıştıran ödünç alan işverenler incelendiğinde sadece %1'inin daha ucuz olduğu için meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurduğu görülmektedir⁹⁴⁵.

bbb. İşçiler Açısından Faydaları

İşçilerde çeşitli sebeplerle geçici istihdam bürolarına kayıt olmakta ve ödünç işçi olarak, ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaktadır. İşçilerin büyük bir çoğunluğu özellikle de gençler, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini işgücü piyasasına erişimin veya tekrar girişin ve belirsiz süreli bir iş ilişkisine ulaşmanın bir aracı olarak algılamaktadır. Nitekim AB üyesi ülkelerde ödünç işçilerin %24 ile %52'si arasında değişen oranlarda kişilerin ilk kazançlı istihdam ilişkisinin geçici istihdam bürosuyla olduğu tespit edilmiştir⁹⁴⁶. Ayrıca kişiler ödünç işçi olarak çalışmak suretiyle iş tecrübesi, teknik ve sosyal becerilerini geliştirebildikleri gibi çalışma ahlakı da edinmektedirler. Bunların dışında neden kişilerin ödünç işçi olarak çalıştığına dair az bilinen bir gerçek daha bulunmaktadır. Bu gerçek zaten pek çok ödünç işçinin belirsiz süreli bir iş ilişkisinin bulunduğuudur. Belirsiz süreli bir iş ilişkisine tabi olmalarına rağmen kişilerin bu ilişkiyi tercih etmesinin ve onlara bu ilişkinin sağladığı başlıca fayda 'ek gelir' olanağıdır. Bu amaçla ödünç işçi olarak çalışma

⁹⁴⁴ *Akyiğit*, Ödünç İş, 213.

⁹⁴⁵ *Commission of The European Communities*, Impact, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

⁹⁴⁶ *Commission of The European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Ya hafta içi daimi işlerini yaparken hafta sonu ödünç işçi olarak, ya part-time çalışırken ara sıra ödünç işçi olarak çalışmaktadırlar veyahut serbest meslekle uğraşırken kendi işlerinin yanında ödünç işçi olarak da çalışabilmektedirler. Son zamanlarda bu çalışma biçimlerine yeni bir kategori daha eklenmiştir, emekli kişiler emekli aylıklarına ilaveten ödünç işçiliğe başvurabilmektedir⁹⁴⁷.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi aynı zamanda kişilere sürekli bir istihdam ilişkisine girmek istemedikleri zamanlarda da fırsatlar sunmaktadır. Belirsiz süreli bir iş ilişkisi ile bir işverene uzun dönemli bağlanmak istemeyen kişi grupları arasında, öğrenciler, diğer görevlerini de yerine getirmek isteyen çocuklu anneler, iyi kazançlı bir eşe sahip olan kişiler, bir belirsiz süreli iş ilişkisi sona eren ve yeni belirsiz süreli iş ilişkisine başlamadan önce aradaki dönemde çalışmak isteyen kişiler sayılabilir⁹⁴⁸. Bu sayede kişiler, çalışma saatlerinde esneklik olanağına kavuştukları gibi, aile hayatı ile iş hayatını birbiriyle bağdaştırabilmektedirler⁹⁴⁹. Yaklaşık olarak ödünç işçi olarak çalışmak isteyen kişilerin %10-15'i uzun dönemli bir istihdam ilişkisine başlamak istemedikleri için geçici istihdam bürolarına başvurmaktadır⁹⁵⁰.

ccc. Toplumsal Açıdan Faydaları

Ödünç alan işverenler ile işçilere sağladığı faydaları yukarıda belirtilen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin toplum açısından da sunduğu faydaları bulunmaktadır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, işgücü piyasasının düzgün bir şekilde işleyişine olumlu katkıda bulunmaktadır. Ayrıca işgücü piyasasındaki arz ve talebin

⁹⁴⁷ *Denys*, 11-12. *Akyiğit*, Ödünç İş, 214.

⁹⁴⁸ *Denys*, 12. *Hernandez*, <http://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/bctw27&id=217>, 18.06.2008.

⁹⁴⁹ *Nyström*, 212.

⁹⁵⁰ *Denys*, 12.

eşleştirilmesini kolaylaştırmaktadır. Bunlardan başka meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, istihdam oranları üzerindeki olumlu etkisini, işsizlik oranları üzerindeki olumsuz etkisini yansıtmalarını sağlayan geçici işsizliği azaltmaktadır⁹⁵¹. Bu suretle Avrupa'da kronikleşen işsizlik oranının düşürülmesine yardımcı da olmaktadır. Bir araştırmaya göre, Avrupa'daki ödünç işçilerin % 29'u ile %53'ü arasında bir bölümü geçici istihdam bürosunda çalışmaya başladıktan sonra kısa bir süre içinde devamlı bir iş sahibi olmuşlardır⁹⁵². İşsizlik oranının düşmesine yardımcı olan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile yeni bir sektör oluştuğundan örneğin vergilendirme bakımından yeni bir vergi alanı oluşturmakta ve istihdam yarattığından sosyal güvenlik fonlarına ek gelir sağlamaktadır⁹⁵³.

İlaveten bir takım çalışmalar, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kayıt dışı istihdamı azalttığını ileri sürmektedir. Aynı çalışmalar kapsamında ödünç işçi çalıştıran işverenlere, ödünç işçilik olmasaydı bu kişilerin yürüttüğü iş yine de yaptırılır mıydı sorusu yöneltilmiştir. İşverenlerin %70'i bu soruya hayır yanıtını vermiştir. Nitekim ödünç işçilik mevcut olmasaydı işletmeler, daimi işçilerini fazla çalıştırmak gibi dâhili(iç) esneklik stratejilerine yönelmek zorunda kalacaklardı. Dâhili(iç) esneklik stratejileri ise daha fazla istihdam yaratmayacaktı. Yani görüldüğü üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi istihdam yaratmak suretiyle pek çok kişiye hitap etmekte ve iş fırsatlarını genişletmektedir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi aynı zamanda vasıfsız işçiler, uzun dönemli işsizler, etnik azınlıklar gibi riskli grupların işgücü piyasası ile bütünleşmelerine olanak sunmaktadır⁹⁵⁴.

⁹⁵¹ *Denys*, 13.

⁹⁵² *Uşen*, 236.

⁹⁵³ *Akyiğit*, Ödünç İş, 215. *Günay*, 122. *Denys*, 14.

⁹⁵⁴ *Denys*, 13-14.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin işgücü piyasasında elde ettiği olumlu makro ekonomik etkileri daha belirgin hale geldiğinden, pek çok AB üyesi ülke bu sektörde öngörülen sınırlamaları kaldırma eğilimine girmişlerdir. Sınırlamaların kaldırılması da sektörün gelişmesini ve daha hızlı büyümesini teşvik etmektedir⁹⁵⁵.

bb. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinin Sakıncaları

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin anlatılan faydalarının yanında bir takım sakıncaları da mevcuttur. İlk olarak ödünç işçinin ödünç alanla iş sözleşmesi bulunmadığından ötürü yıllık izin, ücret vs. gibi yükümlülükler geçici istihdam bürosunun üzerinde kalmaktadır. Bu tür işverenlerde genellikle ekonomik güçleri zayıf olduğundan ötürü işçinin iş ve sosyal güvenlik hukukundan doğan haklarını düzenli ve yeterli bir şekilde yerine getirememektedir⁹⁵⁶. Nitekim bundan ötürü yabancı ülke uygulamalarında geçici istihdam bürosu açmadan önce mali yapının sağlamlığının göstergesi olarak bir miktar teminat alınması yolu seçilmektedir ki, bu da pek çok kişinin bu faaliyete girmesi için bir baraj niteliğini taşımaktadır. Ülkemizde de zaten hatırlanacağı üzere özel istihdam büroları için kurulmadan önce teminat alınmaktadır. Bu nedenle bu sakıncayı gidermek için geçici istihdam bürosu kurulmadan önce teminat alınması faydalı olabilecektir.

Ayrıca özel düzenlemelerle ödünç işçilerin ücretinin korunmadığı ülkelerde işçiler daha düşük bir gelirle çalışmaktadırlar ve sürekli bir istihdam olanağı olmadığından mesleki açıdan yükselmeleri zarar görmektedir⁹⁵⁷. Bu hususu sadece ücretle sınırlandırmayıp eşit işlem ilkesi bakımından ele almak daha yerinde olacaktır. Gerçekten ödünç işçilerin eşit işlem ilkesinden yararlanacağı yönünde

⁹⁵⁵ *Uşen*, 229. *Denys*, 15.

⁹⁵⁶ *Akyiğit*, Ödünç İş, 215.

⁹⁵⁷ *Blomeyer*, 197.

düzenleme bulunmayan ülkelerde haksız uygulamalar ortaya çıkabilmektedir. Örneğin ABD’de Microsoft, ödünç işçilerle daimi işçileri arasında ayırım yapmış ve ödünç işçiler ücret ve sosyal yardımlar bakımından daha düşük olanaklardan yararlandırılmıştır. Böyle bir durumda ödünç işçilerin açtığı davayı Yargı olumlu bir şekilde sonuçlandırmıştır. Mahkeme verdiği karar da Microsoft’u, binlerce ödünç işçinin açtığı kolektif davada 97 milyon doları işçilere ödemeye mahkûm etmiştir⁹⁵⁸.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin bir diğer sakıncası da ödünç işçilere iş güvencesi sağlamaması bir diğer deyişle söz konusu ilişkinin belirsiz nitelikteki bir karaktere sahip olması ve ödünç işçilerin çalıştıkları işyerinin sık sık değişmesi nedeniyle sosyal ilişkilerinin kesintiye uğramasıdır⁹⁵⁹. İşyerinin sık sık değişmesi bilhassa ödünç işçiden verim alınmasını engellemektedir⁹⁶⁰. İlaveten bir diğer sakınca da toplu iş hukuku özellikle de işçi sendikaları açısından belirlemektedir. Öyle ki; bu tür işçi istihdamının sendikalı işçi sayısının düşmesine yol açabileceği savunulmakta ve bu yüzden uygulanmasına karşı çıkılabilmektedir⁹⁶¹. Ödünç alan işverenler açısından da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin bir sakıncasının olduğu ileri sürülmektedir. Bununla ilgili olarak işverenlerin karmaşık personel planlaması ve personel eşgüdümü açısından yönetim yükünün çoğaldığı belirtilmektedir⁹⁶².

B. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinin Türkiye’deki Muhtemel Etkileri

Bilineceği üzere 4857 sayılı kanun ile Türkiye İş Kurumu kanunundan önceki dönemde tüm özel işe aracılık faaliyetleri açık bir yasal hükümle yasaklandığından

⁹⁵⁸ *Nakayama-Samorodov*, 21-22.

⁹⁵⁹ *Nyström*, 212.

⁹⁶⁰ *Günay*, 122.

⁹⁶¹ *Akyiğit*, Ödünç İş, 216.

⁹⁶² *Blomeyer*, 197.

geçici istihdam büroları ve meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ülkemizde yaygınlaşmamıştır. 4857 sayılı kanunun mecliste görüşülmesi esnasında da yaşanan tartışmalar neticesinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini düzenleyen hüküm, kanun taslağından çıkartılmıştır. Tüm bu hususlar söz konusu faaliyete dayalı olarak çalışmayı bir diğer deyişle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurumunun yaygın bir istihdam biçimi olmasını ülkemizde engellemiştir⁹⁶³.

Türk işgücü piyasasını AB üyesi ülkelerle karşılaştırdığımızda yüksek işsizliğin, işgücüne katılımın düşük olmasının, eğitilmiş genç işsizlik oranının yüksek olmasının en önemli sorunlar arasında yer aldığı görülmektedir. Bunun yanı sıra Türkiye’de toplam istihdam içinde ücretlilerin payının %49 olduğu hâlbuki AB’de bu oranın %83 olduğu göze çarpmaktadır. Ülkemizin işsizlikle mücadele etme zorunluluğu içinde olduğu ortadadır. Ancak ülkemizin mücadele etmesi gereken tek sorun bu değildir, ayrıca kayıt dışı istihdam ve kayıt dışı sektörle de mücadele edilmelidir. Türkiye’de kayıt dışı sektör 1980’li yılların ortalarından itibaren artış göstermekte olup herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna kayıtlı olmadan çalışanların oranının %52,6 olduğu tahmin edilmektedir⁹⁶⁴.

Daha önceden bahsettiğimiz üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi nispeten istihdamın artmasını sağladığından işsizlik oranının düşmesine yol açmaktadır. Bundan başka işçiler remi makamlarca sıklıkla denetime tabi tutulan geçici istihdam bürolarınca istihdam edildiklerinden iş ve sosyal güvenlik mevzuatından doğan yasal haklarından yararlanabilmektedir. Bir diğer deyişle kayıt dışı istihdamla mücadele bir araç olarak kullanılabilmesi mümkündür. Pek tabii ki gerek işsizlik gerek kayıt dışı istihdam sorununun tek çaresi olarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi

⁹⁶³ Uşen, 272.

⁹⁶⁴ Uşen, 274,282.

görülemmez, fakat yaratacağı istihdam fırsatlarıyla binlerce kişiye iş kapısı açılabileceği düşünülebilir. AB üyesi ülke deneyimleri ile de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin işsizliğin azaltılmasında etkili olabileceği kanıtlanmıştır⁹⁶⁵. Bir işgücü politikası olarak kullanılabilecek söz konusu hukuki ilişkinin açık yasal bir düzenlemeye kavuşturulması hem meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi üzerindeki tartışmalara son verebilecek hem de geçici istihdam bürolarının rahatça faaliyette bulunmasının önünü açacaktır. Fakat bugünkü durumla sınırlı kalınırsa meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinden beklenen yararın elde edilemeyeceği aşîkârdır.

İstidamın ülkemizde sektörel dağılımına baktığımızda 1950’lerden bu yana bir dönüşümün yaşandığı ve 1980’lerle birlikte istihdamda hizmetlerin payının tarımı geçtiği görülmektedir. Tarımın toplam istihdamdaki payı 1990’larda %48 iken 2004’de %34’e gerilemiştir. 2005’de sanayi istihdamının payı %25, hizmet sektörünün payı da %46’ya çıkmıştır⁹⁶⁶. Belirttiğimiz bu oranlardan çıkan sonuç Türkiye’de hala tarımın istihdamdaki payının çok yüksek olduğudur. Hala istihdamın üçte biri tarım kesiminden kaynaklanmaktadır. Her ne kadar hizmet sektörünün istihdamdaki payını yıllar içerisinde arttırdığı belirlense de yine de yaklaşık %46’lık oranla %71,5 olan AB ortalamasının çok altında kalınmaktadır⁹⁶⁷. Yine de ülkemizdeki istihdamın sektörel dağılımına bakıldığında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yoğun olarak hizmet sektöründe kullanılabileceği düşünülebilir, ama pek tabî ki somut uygulamaya bakılması gerekmektedir. Eğer ki ülkemizde hizmet sektöründe meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yoğunlaşacağı varsayılırsa ödünç işçiler arasında kadın işçilerin daha baskın olması beklenecektir. Bununla birlikte

⁹⁶⁵ *Uşen*, 282.

⁹⁶⁶ *Ercan*, 53-54.

⁹⁶⁷ *Uşen*, 281.

sanayi sektörü veyahut tarım sektöründe yani beden gücünün kullanımını gerektiren sektörlerde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulaması yoğunlaşacak olursa erkekler ödünç işçiler arasında daha yüksek paya sahip olacaktır. Bu düşüncelerimizin yanıt bulabilmesi için meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin açık bir yasal çerçeveye oturtulması ve konuya ilişkin istatistiklerin tutulmasının sağlanması gerekmektedir.

Üçüncü Bölüm

Türkiye’de Ödünç İş İlişkisi

1. Türkiye’de Meslek Edinilmemiş Ödünç İş İlişkisi

Türk hukukunda 2003 yılında kabul edilen yeni iş kanunumuzdan önce meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin, daha genel bir ifadeyle ödünç iş ilişkisinin hukuki dayanağı BK. md.320 hükmüne dayandırılmakta ve ödünç iş ilişkisine dair esaslar bu kapsamda saptanmaktaydı. Bununla birlikte 1475 sayılı kanun günün ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kalınca yeni bir iş kanunu çıkarma zorunluluğu doğmuş ve yeni iş kanununa ilişkin tasarının hazırlanması görevi dokuz kişiden oluşan bilim kuruluna verilmiştir. Bilim kurulunun hazırladığı taslakta hem meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin hem de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin özel durumları gereği ve uygulamadaki aksaklıkların da giderilebilmesi açısından mevcut uygulamalarda göz önüne alınarak iki madde hazırlanmıştı. Tasarının 8. maddesinde mesleki faaliyet niteliğini taşımayan ödünç iş ilişkisine, 93. maddesinde ise ayrıntılarına daha sonra değineceğimiz mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisine yer verilmişti.

Bilim kurulu tarafından hazırlanan tasarı, TBMM’deki görüşmeler neticesinde birçok değişikliğe uğrayarak yasalaşmış ve neticede 4857 sayılı iş kanunumuz ortaya çıkmıştır. 4857 sayılı iş kanunumuzda tasarıda 8. madde de yer alan meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi 7. maddede “geçici iş ilişkisi” başlığı altında düzenlenmişken, tasarının 93. maddesinde yer alan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair düzenlemeye ise isabetsiz bir şekilde yer verilmemiştir. 4857 sayılı

kanunun 7. maddesi her ne kadar hukuksal ilişkiyi nitelemekten uzak olan “geçici iş ilişkisi” başlığını taşımaktaysa da⁹⁶⁸, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair temel esas ve ölçütleri bünyesinde taşımaktadır. Ayrıca ülkemizde meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair yasal düzenleme sadece 4857 sayılı kanunun 7. maddesinden ibaret değildir. İlaveten 91/383 sayılı AB direktifinden hareketle hazırlanan ‘geçici veya belirli süreli işlerde iş sağlığı ve güvenliği hakkında yönetmelik’te ve yıllık ücretli izin yönetmeliğinde meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair hükümler düzenlenmiştir. Ödünç işçinin sosyal güvenliği bağlamında işçinin prim belgeleri ve bildirgesiyle ilgili bir hükme de, ilk olarak 4958 sayılı kanun ile değişikliğe uğrayan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 79. maddesinde yer verilmişti⁹⁶⁹. Aynı yöndeki hüküm şimdi 5510 sayılı kanunun 86. maddesinde de yer almakla birlikte 5510 sayılı kanun ile Sosyal Güvenlik kuruluşumuz tarafından çıkarılan yönetmelik ve genelgelerde, ödünç(geçici) iş ilişkisine dair çeşitli hükümler yer almaktadır.

4857 sayılı kanunun yedinci maddesinde düzenlenen meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kapsamına da değinilmesi gerekmektedir. Basın ve deniz iş kanunları ile iş kanunu arasında özel kanun-genel kanun ilişkisi bulunmadığından, iş kanunundaki hükümlerin hangi hallerde uygulanacağı istisnai olarak açıkça öngörülmüştür⁹⁷⁰. İşte basın ve deniz iş kanunlarının uygulamasında da göz önüne alınabilecek maddeler arasında 7. madde sayılmamıştır. Bu durum basın iş kanununun kapsamına giren gazetecilerle, deniz iş kanunu kapsamına giren gemi adamlarının meslek edinilmemiş

⁹⁶⁸ Gerçekten söz konusu kavram oldukça geniş bir nitelik taşımakta olup, geçici iş ve geçici işçilik kavramlarıyla doğabilecek kavramsal bir kargaşaya yol açabilecek niteliktedir. (*Mollamahmutoğlu*, 221).

⁹⁶⁹ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 345.

⁹⁷⁰ *Süzek*, 34.

ödünç iş ilişkisi kapsamında ödünç verilemeyeceği anlamına gelmemektedir⁹⁷¹. Basın ve deniz iş kanunlarında bu konuda dolayısıyla bir boşluk bulunmaktadır, işte bu boşluk iş kanunu hükmünün değil, borçlar kanunu ve genel hükümlerin uygulanmasıyla giderilmelidir⁹⁷². Bu şekilde bir düşünce sonucunda basın iş kanunu ile deniz iş kanununa göre çalışanların ödünç verilmesinde, iş kanununun 7. maddesindeki sınırlamaların geçerli olmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Bir diğer ifadeyle, yazılı izin, yazılı şekil şartı ve süre yönünden getirilen sınırlamalar gibi hususların basın ve deniz iş kanunu kapsamında çalışanlar yönünden dikkate alınmayacağı görülmektedir⁹⁷³. Gerçekten de adı geçen kanunlara tabi olarak çalışanların çalışmaları, çalışma biçimleri, çalışma süreleri gibi hususlar bakımından özellik arz etmektedir. Bu nedenle 7. maddenin doğrudan uygulanmamasının yerinde olduğu düşünülebilir. Görüldüğü üzere iş kanunu 7. maddenin uygulama alanı iş kanununun kapsamında iş sözleşmesiyle çalışan işçilerle sınırlıdır. Aşağıda, Türkiye de meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair 4857 sayılı kanunun 7. maddesiyle ilgili açıklamalara yer verilecektir.

A. Ülkemizde Meslek Edinilmemiş Ödünç İş İlişkisinin Kurulmasının Koşulları

4857 sayılı iş kanununun 7. maddesinin birinci fıkrası gereği “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” ibaresi

⁹⁷¹ Çankaya-Çil, 152-153.

⁹⁷² Süzek, 34.

⁹⁷³ Çankaya-Çil, 153.

geçmektedir. Görüldüğü üzere bu düzenleme ile ödünç iş ilişkisinin kurulmasının koşulları belirtilmek suretiyle, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kurma olanağı, işçinin holding içinde veya şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde yahut benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene devri ile sınırlandırılmıştır⁹⁷⁴. Ayrıca ilişkinin geçici bir nitelik taşıması ve işçinin onayı da zorunlu tutulmuştur.

aa. İşçinin Yazılı Onayı

4857 sayılı kanun meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için işçinin yazılı rızasını şart koşturmuştur. Ödünç verilmek istenen işçi böyle bir ilişkiyi kabul etme zorunluluğunda bulunmamaktadır. Eğer bir işçi, bu yöndeki bir teklifi kabul etmezse, sırf bu nedenle iş sözleşmesi haklı veya geçerli nedene dayanılarak feshedilemez⁹⁷⁵. Aksine işverenin, işçiyi ödünç vermeye kalkışması ve onu bu konuda zorlaması, çalışma koşullarını uygulamaması kabul edilebileceğinden, ödünç verilmek istenen işçi iş kanunu md.24/II-f hükmüne dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir⁹⁷⁶. Nitekim işçinin, ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için rızasının varlığını gerekli gören Yargıtay Kararlarına sadece 4857 sayılı kanun döneminde rastlanmamakta daha önceki dönem için de bu tür kararlarla karşılaşılabilir. Yargıtay 1997 yılında verdiği bir kararında⁹⁷⁷ davacının, çalışması devam ederken davalı işveren tarafından bir başka şirkete ödünç verilmek istendiğini, davacının ise eski işyerinde çalışmasını sürdürdüğünü, böylece davalı tarafından iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek, iş hukukunda işverenin kendisine ait olmayan bir başka işyerine işçiyi nakil yetkisinin olmadığını, işverenin

⁹⁷⁴ Çelik, 94.

⁹⁷⁵ Serin, 1073. Uşen, 303.

⁹⁷⁶ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 347.

⁹⁷⁷ Y9HD, 07.07.1997, 10276/13882, Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 385.

bu tür eyleminin haksız fesih niteliğinde olduğunu kararlaştırmıştır. Aynı yöndeki bir kararında⁹⁷⁸ da Yargıtay, davacının davalıya ait işyerinde çalışırken yapılan 01.01.2002 tarihli iş sözleşmesi gereğince İstanbul'dan Adıyaman'daki başka bir şirket işyerine geçici olarak gönderilmek istendiği, bu isteği kabul etmeyen davacının iş sözleşmesinin davalı tarafından feshedildiği olay karşısında; davacının buna muvafakat etmemesi halinde iş sözleşmesindeki hükme değer verilmesinin mümkün olmadığı, 1475 sayılı iş kanunu 16/II-e⁹⁷⁹ maddesinin işverenin başka bir ildeki işyerine gönderilmesi ile ilgili olduğu, üçüncü kişilerin işyerlerini kapsamadığı, dolayısıyla ödünç iş ilişkisinin kurulması için davacı işçinin görevlendirme esnasında açıkça muvafakat şartının aranması gerektiği yönünde hüküm kurmuştur.

Kanun işçinin rızasının hem yazılı olarak alınmasını hem de devir esnasında alınmasını zorunlu kılmıştır. Bu düzenleme gereğince işçinin rızasının daha baştan iş sözleşmesinde alınamayacağı, bir diğer deyişle iş sözleşmesinde işçinin bir başka işverene geçici olarak hizmet verebileceği yönündeki bir hükme yer verilmiş olsa da söz konusu hükmün geçersiz olacağı ortadadır⁹⁸⁰. Bunun gibi toplu iş sözleşmeleriyle sendikaların genel bir yetki almasının da işçileri bağlayıcı bir yönü bulunmayacaktır⁹⁸¹.

Rızanın alınmasında aranan yazılı şekil, adi yazılı şekil olarak algılanabilir. Ancak daha güçlü bir kanıt niteliği kazandırılmak istenirse noter vasıtasıyla da rızanın alınabilmesi mümkündür⁹⁸². Aynı zamanda işçinin yazılı rızasının niteliği de

⁹⁷⁸ Y9HD, 05.07.2006, 777/19958, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/624/35/>, 21.05.2008.

⁹⁷⁹ 1475 sayılı iş kanunu md.16/II-e, 4857 sayılı iş kanununda md.24/II-f'ye denk gelmekte olup, 1475 sayılı kanundaki şeklinde parantez içinde "sözleşmelere bu fıkradaki haller hakkında başka türlü kayıt konmamak şartıyla" ibaresi de yer almaktaydı.

⁹⁸⁰ *Ekmekçi*, Ödünç, 371. *Serin*, 1074. *Uşen*, 303.

⁹⁸¹ *Odaman*, 60.

⁹⁸² *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 347-348.

öğretide tartışma konusudur. Kısacası yazılı koşulun geçerlilik şartı mı yoksa ispat koşulu mu olup olmadığı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre bu koşul geçerlilik şartı iken, bir diğer görüş geçerlilik şartı olmadığını belirtmektedir⁹⁸³. Geçerlilik şartı olmadığını belirten görüşe göre; üç taraflı bir hukuki ilişki olan ödünç iş ilişkisinde işçinin rızasının yazılı olarak alınmaması halinde rızası ancak ikrar ile kanıtlanabilecektir⁹⁸⁴. Akyiğit'te yazılı şekle uyulması yükümlülüğünün işverene yüklendiğini ve ihlali halinde ceza yaptırımını öngörüldüğünü belirterek, bu yönde düzenleme getiren kanuni düzenleme gereğince de yazılı şeklin, ispat koşulu olarak algılanabileceğini belirtmektedir⁹⁸⁵. Kanımca “Borçlar Kanununun 11. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan genel kural gereğince yasada aksi belirtilmedikçe yasanın öngördüğü şekil koşulu bir geçerlilik(sıhhat) koşuludur⁹⁸⁶” yönündeki açıklamadan işçinin rızasının yazılı şekilde alınmasının bir geçerlilik koşulu olduğu sonucuna ulaşılabilmesi mümkündür. İşçinin onayı yazılı bir şekilde alınmadığı takdirde kurulan ilişki geçersiz kabul edilmelidir. İş hukukunda da geçersizlik yaptırımı ileriye dönük olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Ancak işçinin yazılı onayı olmamasına rağmen ödünç iş ilişkisi kurulmuş ve devam ettirilmişse yani işçi iş görme edimini ödünç alan işveren yanında ödünç müddetince ifa etmişse, tarafların salt işçinin yazılı onayının alınmadığı nedenine dayanarak kurulan ödünç iş ilişkisinin geçersizliğini ileri sürebilmesi hakkın kötüye kullanılması sayılabilecektir⁹⁸⁷.

⁹⁸³ *Odaman*, 59.

⁹⁸⁴ *Çankaya-Çil*, 145.

⁹⁸⁵ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 348.

⁹⁸⁶ *Süzek*, 246.

⁹⁸⁷ *Süzek*, 246.

bb. İşçinin Benzer İşlerde Çalıştırılması

Bilim kurulu tarafından hazırlanan taslakta bütün işverenler açısından ‘işçinin benzer işlerde çalıştırılmasına’ dair koşul aranmaksızın meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kurma olanağı tanınmış olmasına rağmen yasada yapılan değişikliklerle, holding ve şirketler topluluğu içindeki şirketlerle diğer işverenler bakımından bir farkın yaratılmış olduğu görülmektedir⁹⁸⁸. Kanun hükmüne göre eğer işçi, holding bünyesi içerisinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı bir işyerinde geçici olarak görev yapacak ise, asıl işverenin yanında yaptığı iş ile ödünç alan işverenin yanında yaptığı işin benzerlik göstermesine gerek olmadığı yönünde bir sonuca ulaşılmaktadır⁹⁸⁹. Holdingin ve şirketler topluluğu kavramlarının da iş hukukunun amacına uygun olarak dar yorumlanması gerektiği söylenmektedir. Buna göre holding, faaliyet konusu ya başka şirketlere iştiraktan ibaret olan ya da meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kurulacak şirketlerin hisselerinin çoğunluğuna sahip olan tüzel kişiliği haiz kuruluş şeklinde tanımlanabilir. Aynı şekilde holding bünyesindeki iki şirketin aralarında meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kurulabilmesi için holding üst yapısının her iki şirketin de yönetimine sahip olacak şekilde hisselerin çoğunluğunu elinde bulundurması gerektiği ifade edilmektedir. Aynı şirketler topluluğundan da, hem yönetim ve işleyiş hem de sermayenin kullanılması bakımından birbiriyle doğrudan bağlantılı, her biri farklı tüzel kişiliklere sahip şirketler anlaşılmalıdır. Kısacası aynı şirketler topluluğu kavramının bünyesinde hukuken bağımsızlık ve ekonomik yönden birlik şeklinde iki temel unsur barındırdığı belirtilmektedir⁹⁹⁰. Her ne kadar holding bünyesindeki veya

⁹⁸⁸ *Süzek*, 230.

⁹⁸⁹ *Ekmekçi*, Ödünç, 370.

⁹⁹⁰ *Arslanoğlu*, 75-76.

şirketler topluluğu içindeki şirketler arasında kurulacak ödünç iş ilişkilerinde, benzer iş koşulunun aranmayacağı belirtilmekteyse de; iş kanununun 22. maddesi uyarınca iş koşullarının değişmesinde işçinin rızasının varlığı arandığından ve 7. maddeye göre işçinin ödünç alan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu iş, iş sözleşmesi gereğince asıl işverene karşı üstlendiği iş olduğundan; ister holding bünyesinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı işyerlerinde isterse de tamamıyla yabancı işverenler arasında farklı mahiyette bir iş için işçinin ödünç verilebilmesi ayrıca işçinin rızasının varlığıyla mümkün olabileceği ifade edilmektedir⁹⁹¹.

Eğer işçi, holding bünyesi veya aynı şirketler topluluğuna bağlı bir işyeri dışında, tamamıyla yabancı üçüncü bir işverenin yanında iş görmek üzere ödünç verilecekse, asıl işverenin yanında gördüğü iş ile ödünç alan işverenin yanında göreceği iş arasında benzerlik bulunması kanun gereği zorunlu tutulmuştur⁹⁹². Bununla birlikte öğreti de aynı işlerde kavramı yerine benzer işlerde çalışma kavramının getirilmiş olması sebebiyle, söz konusu kavramın dar yorumlanmaması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca işçinin, arızı olarak benzer işlerin dışında çalışması meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisini etkilememelidir⁹⁹³. Bu yöndeki bir diğer görüşte iş kanunu md.22 gereğince zaten ödünç verilmeden önce işçinin alınan yazılı oluru ile iş değişikliğinin her zaman mümkün olduğunu belirtmektedir⁹⁹⁴.

Kanunun farklı işverenler arasında ödünç iş ilişkisi kurulabilmesine yönelik olarak öngördüğü bu koşul, kimi yazarlarca ödünç iş ilişkisinin ve işçi temininin meslek olarak yürütülmesini engellemek amacıyla getirildiği ileri sürülmektedir. Başka bir deyişle amaç, işçinin salt başka işyerlerinin işçi ihtiyacını karşılamak üzere

⁹⁹¹ *Mollamahmutoğlu*, 224.

⁹⁹² *Ekmekçi*, Ödünç, 370. *Serin*, 1073. *Benli-Yiğit*, 10. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 349-350.

⁹⁹³ *Çankaya-Çil*, 148.

⁹⁹⁴ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 350.

işe alınmasının engellenmesidir. Bu nedenle benzerlik unsurunun bu amaç çerçevesinde değerlendirilmesi, somut olayın özelliklerine göre, salt işçi temini amacıyla iş sözleşmesi yapılmadığı anlaşılan, asıl işverenin yanında gerçek bir çalışması bulunan işçinin bir başka işverene verilmesinde, bu unsurun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiği söylenmektedir. Bu görüş gereğince meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulması halinde ülkemizde bu konuda bir engelleme var olduğu kabul edileceğinden bir takım yaptırımların ki; mesela ödünç veren asıl işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesinin geçersizliği gibi durumlar söz konusu olabilecektir⁹⁹⁵. Kanun maddesinin yorumu yoluyla bu sonuca varmak olası görünse de, bu yorum karşısında şu sorunun sorulması da olasıdır. Eğer ki ülkemizde md.7 hükmü aynen muhafaza edilirken meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini düzenleyen bir kanun çıkartılırsa, o zaman 4857 sayılı kanunun md.7 hükmünde değişiklik yapıp, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasındaki ‘benzer iş koşulu’nun metinden çıkartılması mı gerekecektir. Kanımca bu soruya ‘hayır’ yanıtı verilmelidir. Kanunun 7. maddesi meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair düzenleme getirmekte ve benzer iş koşuluna yer vererek sadece bu ilişki için sınırlama öngörmektedir. Her iki hukuki kurumda birbirinden farklı unsurları bünyesinde taşımaktadır. Benzer iş koşulunun holdinglerde ve şirketler topluluğunda bile aranması gerektiğini ileri süren görüşler bulunmaktadır⁹⁹⁶. Kanımca esas olarak ekonomik krizlerin yol açtığı personel azaltma ihtiyaçlarında, işçiye işini, işverene de işçisini kaybettirmeyecek yani personel azaltma politikasına alternatif olan bu ilişki türünde, benzer iş koşulunun getirilmesindeki amaç işçinin ödünç müddetince iş

⁹⁹⁵ *Ekmekçi*, Ödünç, 370-371. *Uşen*, 305.

⁹⁹⁶ *Serin*, 1073. *Mollamahmutoğlu*, 224.

sözleşmesinin konusu dışında olan farklı işlerde çalışmak zorunda kalmasının⁹⁹⁷ önüne geçebilmektir.

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kamu işyerlerinde de kurulup kurulamayacağı hususu da bir diğer soruyu oluşturmaktadır. Uygulamada kamu kurumunda çalışan bir işçinin, başka bir kamu kurumunda görevlendirilmesine sıkça rastlanmaktadır⁹⁹⁸. Gerçekten de bu husus çeşitli Yargıtay kararlarına da yansımıştır. Çeşitli kararlarda geçen “Davacı ... Genel Müdürlüğünde çalışmakta iken, geçici olarak başbakanlıkta görevlendirilmiştir...”, “... Davacı 3.11.1994-14.3.1995 tarihleri arasında davalı işverenle Devlet Bakanlığının mutabakatı sonucu Devlet Bakanlığı nezdinde çalıştırıldığı...”, “Davacı işçi davalı Bakanlık Personeli olarak çalışmakta iken meydana gelen deprem nedeniyle Valilik Kriz Merkezi Başkanlığı bünyesinde görevlendirilmiş olup...”⁹⁹⁹ gibi pek çok ibarede kamuda gerçekleşen ödünç iş ilişkisinin göstergesidir. Kamuda ödünç iş ilişkisinin gerçekleşmesi zaten başka ülkelerde de sık sık yaşanmaktadır. Hatta başka ülkelerde kamuda meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinden ziyade meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulduğuna rastlanmaktadır. Yani kamu kurumları geçici istihdam büroları aracılığıyla temin ettikleri ödünç işçileri geçici olarak çalıştırabilmektedir. İngiltere’de geçici istihdam bürolarının temin ettiği ödünç işçilerin yaklaşık yüzde 20’sinin kamu sektöründe çalıştığı işgücü anketiyle belirlenmiştir¹⁰⁰⁰. İsveç’te de kamu ve özel olmak üzere tüm sektörlerde ödünç işçilerin her türlü görevi yerine getirdiği belirtilmektedir¹⁰⁰¹. Yargıtay kararlarına bakıldığında ise ülkemizde kamuda

⁹⁹⁷ Uşen, 306.

⁹⁹⁸ Odaman, 21. Çankaya-Çil, 148.

⁹⁹⁹ Sırasıyla söz konusu kararlar; Y9HD, 14.05.1996, 1014/10093, Y9HD, 13.05.1996, 36083/10052, Y9HD, 26.11.2001, 18986/18590, *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 386,388.

¹⁰⁰⁰ *Morris*, 102.

¹⁰⁰¹ *Nyström*, 207.

meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği görülmektedir. Hakikaten de ifade edildiği üzere 4857 sayılı iş kanununun 7. maddesi ile kamu kurumlarında ödünç iş ilişkisinin kurulması yasaklanmamıştır. Bununla birlikte burada yaşanan asıl tartışma md.7’de öngörülen benzer iş koşulunun kamu kurumlarını da bağlayıp bağlamadığıdır. Her ne kadar kamu kurumları arasında ödünç iş ilişkisi kurulmasında benzer işlerde çalıştırma koşulunun da gerçekleşmesi gerektiği bir görüş olarak ileri sürülebilse de, holding bünyesinde ya da aynı şirketler topluluğunda benzer iş koşulunu aramayan kanuni düzenlemenin kamu kurumlarını da içine alacak şekilde yorumlanması mümkündür. Kamu kurum ve kuruluşlarında kamu hizmeti gibi ortak bir hedef söz konusu olduğundan, işçinin rızasının alınması gerekliliği hususunda tereddüt bulunmamakla birlikte ‘benzer işlerde çalıştırma’ koşulunun aranmaması gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁰².

cc. Ödünç İş İlişkisinin Geçici Olması ve Yenilenmesi

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasındaki amaç geçici bir ihtiyacın giderilmesine yönelik olduğundan, ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında uzun bir süre çalıştırılması söz konusu ilişkinin niteliğiyle bağdaşmaz. Bu bakımdan 4857 sayılı kanun, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin ancak azami süreler dâhilinde kurulabileceği yönünde hüküm içermektedir. Zira iş kanunu m.7/1’de işveren işçiyi başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere “geçici olarak devrettiğinde” ifadesi yer aldığından bu ilişkinin temel özelliğinin geçici bir süre devam etmesi olduğu anlaşılmaktadır¹⁰⁰³. Normalde bilim kurulu tarafından hazırlanan taslak metinde, belirli bir süre sınırlamasına yer verilmemişti. Bir diğer

¹⁰⁰² Çankaya-Çil, 148-149. Odaman, 21-22.

¹⁰⁰³ Süzek, 230-231.

ifadeyle, süre sınırı koyulmuş ancak her somut olayın özelliğine göre geçicilik niteliğinin saptanacağı esası benimsenmişti. Tasarının meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisini düzenleyen 8. madde gerekçesinde, tarafların ilişkiyi ihtiyaçları doğrultusunda yürütecekleri asıl olarak kabul edilmiş, hakkın kötüye kullanıldığının ispatı halinde buna ilişkin sonucun doğacağı ve işçinin makul sürenin aşılması halinde ödünç alan işverenin işçisi olarak kabul edileceği yönünde mahkemelerin karar vereceği düşünülmüştür yönünde bir ifade yer verilmişti¹⁰⁰⁴. Ancak TBMM’de kabul edilen 4857 sayılı iş kanununda m.7/II’ye göre meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi, altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılacak, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilecektir. Görüldüğü üzere ödünç iş ilişkisi en fazla on sekiz aya kadar uzayabilir. Bu sınırlama geçici işçi adı altında sürekli işçi çalıştırılmasının engellenmesi amacını taşımaktadır¹⁰⁰⁵.

Kurulmuş bir ödünç iş ilişkisinin altı aylık bir süre için yapıldığı ve uzatılmak istendiği takdirde bunun nasıl yapılabilceği üzerinde durmak gerekmektedir. Altı aylık sürenin sonunda ödünç iş ilişkisinin süresinin otomatik olarak uzadığı ve devam ettiği kabul edilmemelidir. Bir görüşe göre ödünç iş ilişkisinin yenilenmesinden kastedilen, kurulmuş olan ödünç iş ilişkisinin süresinin uzatılması değil, ödünç alan ve ödünç veren işverenler arasında işçinin de rızası alınarak yeni bir hukuki ilişkinin mevcut şartlarının da gözden geçirilerek tekrar kurulmasıdır¹⁰⁰⁶. Bir diğer görüş ise azami altı aylık bir sürenin sonunda gerek açık gerek zımni bir şekilde ödünç iş ilişkisinin süresinin uzatılabileceğini kabul etmektedir¹⁰⁰⁷. Aslında bu görüşler arasındaki fark, yenileme esnasında işçinin rızasının yazılı olarak alınıp

¹⁰⁰⁴ *Uşen*, 296.

¹⁰⁰⁵ *Ekmekçi*, Ödünç, 371.

¹⁰⁰⁶ *Arslanoğlu*, 63.

¹⁰⁰⁷ *Odaman*, 55.

alınmaması hususuna dayanmaktadır. Eğer ki yenilemeden kastedilen şartlar gözden geçirilerek ilişkinin tekrar kurulması ise işçinin yazılı onayı gerekmektedir. Ama süre uzatımı söz konusu ise işçinin yazılı rızası zorunlu olmayacaktır. Yazılı rızanın şart olmadığını belirten görüş, her yenileme döneminde işçinin yazılı rızasının alınabilmesinin mümkün olduğunu belirtmekle birlikte, ödünç alan işveren ve işçinin mevcut durumu değiştirmeden devam etmeleri, ödünç veren işverenin müdahale etmemesi durumunda uzatmanın zımni bir şekilde yapılabileceğini belirtmektedir. Kaldı ki kanunda da yenilemenin yazılı olması zorunluluğu getirilmemiştir¹⁰⁰⁸. Gerçekten de kanunda yenilemenin ne şekilde yapılacağı yönünde bir hüküm bulunmadığından ikinci görüşe katılmak yani yenilemenin zımni olarak da yapılabileceğini kabul etmek daha yerindedir. Ancak yenilemeye yönelik olarak işçinin rızasının alındığının ispatında kolaylık sağlayacağından, yenilemeye yönelik rızanın da yazılı olması yerinde olacaktır. Bu tartışmalardan ulaşılan sonuç, önemli olanın her yenileme döneminde işçinin rızasının alınması gerekliliğidir. Yani işçinin daha baştan yenileme için verdiği rıza yeterli görülmemelidir. Aksi takdirde kanun koyucu herhangi bir yenileme hükmüne yer vermez, doğrudan ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği maksimum süreyi belirlerdi¹⁰⁰⁹. Hemen ifade edelim ki on sekiz ayın dolmasıyla birlikte azami kanuni süre dolacağından tarafların aralarında anlaşarak ödünç iş ilişkisini yenileyebileceği sonucuna ulaşmak mümkün değildir¹⁰¹⁰.

Kanunda ayrıca yenilemenin “gerektiğinde” yapılacağı yönünde bir ibarede bulunmaktadır. Bu bakımdan yenilemenin yapılmasında ödünç alan işverenden kaynaklanan hukuki sebepler söz konusu olabileceği gibi, ödünç veren işveren

¹⁰⁰⁸ *Odaman*, 59.

¹⁰⁰⁹ *Ekmekçi*, Ödünç, 371-372.

¹⁰¹⁰ *Odaman*, 55.

veyahut ödünç işçiden de kaynaklanan hukuki sebepler söz konusu olabilecektir. Ancak kanun bu hususta belli bir sınırlama getirmemiş yani yenilemeyi gerektiren objektif bir nedeni ortaya koymamıştır. Bunun anlamı ödünç iş ilişkisinin yenilenmesini gerektiren ihtiyacın ortaya konup kanıtlanmasına ihtiyaç olmadığıdır¹⁰¹¹.

Doktrinde ödünç iş ilişkisinin azami 18 aylık yapılabileceği konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Bununla birlikte kanundan anlaşıldığı üzere ödünç iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yapılabileceğinden, daha kısa bir süre için de yapılabilmesinin mümkün olduğunu görmekteyizdir. Acaba 6 aydan kısa süreli kurulan ödünç iş ilişkilerinde de kanun metniyle bağlı kalır ve en fazla iki defa yenilenebileceğini kabul edersek 18 aya ulaşmadan ödünç iş ilişkisinin süresinin dolduğu sonucuna mı varmamız gerekmektedir. Bu konuda ödünç iş ilişkisinin altı aydan kısa süreler için kararlaştırıldığı hallerde 18 aylık kanuni azami sınıra kadar ilişkinin 2’den fazla yenilenebileceği savunulmaktadır. Örneğin 3 ay için yapılan bir ödünç iş ilişkisinin 18 aya ulaşılana dek 5 defa daha yenilenebileceği belirtilmektedir. Hatta ilk ödünç ne kadarlık bir süre için yapılmış olursa olsun yenilemenin de aynı uzunlukta olmasının zorunlu olmadığı söylenmektedir. Buna göre 6 ay için kurulan ödünç iş ilişkisi örneğin birinci yenilemede 3 ay, ikinci yenileme de ise 5 veya 6 ay için uzatılabilecektir¹⁰¹². Gerçektende uzatmanın ilk ödünç süresiyle aynı müddet için yapılmak zorunda olmadığı, farklı uzunluktaki müddetlerin kabul edilebileceği kanunda bu yönde bir ifadenin bulunmamasından açıktır. Bununla birlikte ödünç iş ilişkisinin 18 aya kadar ikiden fazla yenilenebileceği hususuna bakıldığında, sadece lafzi yoruma bağlı kalınırsa kanunun

¹⁰¹¹ *Arslanoğlu*, 63-64. *Serin*, 1074. *Ekmekçi*, Ödünç, 372.

¹⁰¹² *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 351.

sadece ödünç iş ilişkisinin iki defa yenilenebileceğini kabul ettiği sonucuna ulaşılabilir. Ancak iki defa yenilenebilme zorunluluğuna ilişkin getirilen ve 6 aylık ödünç ve 6'şar aylık uzatım ile 6 aydan kısa süreli ödünç ve onun uzatımı sonucunda ulaşılacak azami süreler arasında haklı olmayan bir ayrımın ortaya çıkacağı yönünde ki eleştiriye de değeri verilmelidir¹⁰¹³. Madde gerekçesine bakıldığında da yenilemenin en fazla iki defa yapılacağına ilişkin bir ibareye yer verilmediği, aksine tarafların ilişkiyi ihtiyaçlarına göre yürüteceklerinin kabul edildiği görülmektedir. Dolayısıyla maksimum azami süreye kadar ödünç iş ilişkisinin ikiden fazla yenilenebileceğini kabul etmenin daha yerinde olduğu düşünülmektedir.

Bir işçi, bir ödünç alan yanında azami 18 aylık süreyi doldurmuşsa artık ödünç işçi olarak aynı ödünç alan işverenin yanında kesintisiz çalışmaya devam edebilmesi söz konusu değildir. Bu öngörülen sınırlama aynı ödünç alan işverenle kurulacak ödünç iş ilişkisine dairdir. Dolayısıyla bir ödünç alan işveren yanında ödünç iş ilişkisi dâhilinde 18 aylık süreyi dolduran işçinin bu kez bir başka işverenle ödünç iş ilişkisine girmesine bir engel bulunmamaktadır¹⁰¹⁴. Bununla birlikte 18 aylık sürenin dolmasından sonra belli koşulların gerçekleşmesi halinde aynı işçi, aynı ödünç alan işverene ödünç verilebilecek midir? Bu konudaki bir görüşe göre 18 aylık süre bir işçinin aynı işverenle olan iş ilişkisinde sadece bir kez gerçekleşebilecektir. Hatta işyerinin başka bir işverene devri halinde dahi bir işçi yönünden meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasındaki üst sınır, ödünç veren ve ödünç alan işverenlerin yaptığı 'işçi sağlama sözleşmeleri' toplamı üzerinden hesaplanmalıdır. Bir diğer deyişle işyeri devri, ödünç iş ilişkisi yönünden yasada belirtilen sürelerin yeniden

¹⁰¹³ *Akıgıt*, İş Kanunu Şerhi, 351.

¹⁰¹⁴ *Ekmekçi*, Ödünç, 372.

başlatılmasını gerektirmemektedir¹⁰¹⁵. Bir diğer görüş ise ödünç işçinin bir işverene sadece bir kez ödünç verilebilmesinin ve aynı işçi açısından ödünç veren ve ödünç alan işverenler arasında işçi sağlama sözleşmesinin tekrarlanamamasının sözleşme özgürlüğüne aykırı olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla işçi on sekiz aylık sürenin sonunda asıl işverene dönmek mecburiyetinde bulunmakla birlikte makul bir sürenin geçmesiyle birlikte tekrar aynı işverene ödünç verilebilmesi mümkün olmalıdır. Makul sürenin neye göre belirleneceğinde ise, her iki ödünç iş ilişkisi arasındaki sürenin, bu ödünçlerin birbirleriyle bağlantısı bulunmadığını gösterecek bir zaman dilimini oluşturması noktasından hareket edilebilir. Akyiğit bu konuda yasanın sessiz kaldığını belirterek, işçinin aynı ödünç alan işverene tekrar ödünç verilebilmesi için önceki ödünç süresinin en az 1/4'ü kadar bir müddetin geçmiş olması gerektiğini, 1/4'lük sürenin aşılmasıyla ayrı ayrı ödünç iş ilişkilerinin kurulduğunun düşünülebileceğini ifade etmektedir¹⁰¹⁶. Odaman'a göre de makul sürenin belirlenmesinde ölçüt bizatihi kanundan çıkarılabilir. Her iki ödünç verme arasındaki sürenin en azından 'bir ödünç süresi kadar' olması gerektiği ileri sürülmektedir. Yani bir işçinin aynı ödünç alan işverene tekrar ödünç verilebilmesi için en az altı aylık bir sürenin geçmesi gerekmektedir. Bu ölçütün kabulü halinde ilk ödünçün ne kadar sürdüğü önem taşımayacak, sabit bir süre olan en az altı aylık sürenin dolması koşulu aranacaktır¹⁰¹⁷. Türk hukukunda bu hususa yönelik bir düzenleme bulunmadığı ve kanunda bir boşluk bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu boşluğu hâkimlerin yukarıdaki ölçütleri göz önüne alarak doldurmaları ve makul süreyi belirlemeleri yerinde olacaktır.

¹⁰¹⁵ Çankaya-Çil, 150.

¹⁰¹⁶ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 353.

¹⁰¹⁷ Odaman, 57.

B. Ödünç İşçi, Asıl İşveren ve Ödünç Alan İşveren Arasındaki İlişki

aa. İş Sözleşmesi Bakımından

4857 sayılı iş kanunu md.7 hükmünde, “Bu halde iş sözleşmesi devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, iş sözleşmesine geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur” ibaresinin yer aldığı görülmektedir. Dolayısıyla meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasıyla ödünç veren asıl işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesinin sona ermediği, başka bir deyişle ödünç veren işverenin ödünç işçinin işvereni olarak kalmaya devam ettiği açıktır¹⁰¹⁸. Nitekim meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde iş sözleşmesinin sona ereceği düşünülseydi, mesela holdingler veya şirket toplulukları bakımından işçinin, bağlı bir şirkete gönderilebilmesi için sözleşmesi feshedilecek ve yeni bir iş sözleşmesi yapılacaktı, aynı şekilde eski işine dönebilmesi içinde geçici olarak gittiği işyerindeki iş sözleşmesi feshedilerek bir kez daha yeni bir iş sözleşmesi bağtlanacaktı. Bu husus ise işçinin başta kıdem tazminatı olmak üzere kıdeme bağlı haklarının kısıtlanmasına yol açacaktı. İşte ödünç iş ilişkisinde böyle bir zorunluluk bulunmadığından kıdeme bağlı hakların olumsuz etkilenmesi gibi bir durum da ortaya çıkmamaktadır¹⁰¹⁹.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulduğunda iş sözleşmesinin sona ermediği ve ödünç veren asıl işveren ile işçi arasında devam ettiği sonucuna varmamızı sağlayan Yargıtay kararları da mevcut bulunmaktadır. Yargıtay bir kararında¹⁰²⁰ Çukobirlik Genel Müdürlüğünce işe alınan ancak ayrı bir tüzel kişiliğe sahip Tarım Satış Kooperatifinde çalıştırılan ve Çukobirlik Genel Müdürlüğünce işten çıkartılan

¹⁰¹⁸ *Süzek*, 231.

¹⁰¹⁹ *Uşen*, 288.

¹⁰²⁰ Y9HD, 08.07.1997, 11115/14021, *Soyer*, 21.

işçinin durumunda; işçinin Genel Müdürlükçe işe alındığı, terfilerin yapıldığı ve işyerinin gene Genel Müdürlüğün talimatları ile değiştirildiğini belirleyerek Genel Müdürlüğün işçinin işçilik haklarının talep edilmesinde hasım olarak gösterilmesine bir engel bulunmadığını belirlemiştir. Gerçekten de burada isabetle belirtildiği üzere bir ödünç iş ilişkisinin Çukobirlik Genel Müdürlüğü ile Tarım Satış Kooperatifi arasında kurulduğu düşünülebilir. Dolayısıyla işçi olaydan anlaşıldığı üzere her ne kadar Tarım Satış Kooperatifi işyerinde çalışmışsa da işçilik alacakları bakımından davayı Çukobirliğe yönlendirmiş ve Yargıtayda bunu yerinde görerek ödünç iş ilişkisi esnasında da iş sözleşmesinin devam ettiğini belirlemiştir. Bir başka kararda¹⁰²¹ da yüksek mahkeme, davacı işçinin sigorta primlerini yatıran şirketin işçisi olduğunu ve işçinin söz konusu şirketin muvafakati ile ortağı M.E. yanında bir süre çalışmasının işverenin şirket olduğu gerçeğini ortadan kaldırmayacağını belirlemiştir.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulduğunda işçinin iş sözleşmesinin devam ettiği kesin olarak belirlenmiş bulunmaktadır, fakat burada acaba işçi işe yeni alınmışken ve deneme süresi devam ediyorken ödünç verilebilir mi sorusu akla gelmektedir. Bu durumda iş sözleşmesindeki deneme süresinin devam ediyor olmasının, işçinin bir başka işverene ödünç verilmesine engel teşkil etmemesi gerektiği düşünülmelidir¹⁰²². Nitekim deneme süresinde de iş hukukundan doğan tüm hak ve yükümlülükler hem işçi hem de işvereni açısından uygulanmaya devam etmektedir. Ayrıca bir diğer soruda ödünç iş ilişkisinin aynı anda birden fazla işçi için yani toplu ödünç iş ilişkisinin kurulup kurulamayacağıdır. Md.7 hükmünde bu yönde bir yasaklama olmasa da doktrinde meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin

¹⁰²¹ Y9HD, 12.10.1998, 11704/14289, *Odaman*, 82.

¹⁰²² *Odaman*, 81.

kurulmasının bireysel bir işlem olduğu dolayısıyla bu kurumun topluca uygulama alanı bulamayacağı, her işçi ile ayrı sözleşme yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Gerçekten de her bir işçi için ödünç iş ilişkisinin kurulmasına yönelik ayrı sözleşme yapılması işçinin, bu ilişkinin kurulması ve niteliği konusunda farkında olmasını temin edeceğinden daha yerindedir, ama her işçi ile ayrı sözleşme yapılması, bu sözleşmelerin aynı anda yapılmasına engel değildir. Netice de bir işverenin belirttiğimiz esaslar çerçevesinde ödünç iş ilişkisine birden fazla işçisi için başvurabilmesi mümkündür¹⁰²³.

Bütün bu anlatılanların yanında ayrıca ödünç verilmek istenen işçi ile ödünç vermek isteyen asıl işveren arasındaki iş sözleşmesinin bir özellik taşıyıp taşımadığı üzerinde de durulmalıdır. Taraflar arasındaki iş sözleşmesine ait özel bir düzenleme bulunmadığından, iş sözleşmesinin yapılmasına dair genel hükümlerin uygulama alanı bulacağını ortadadır¹⁰²⁴. Bu nedenle ödünç işçi ile ödünç veren arasındaki iş sözleşmesi belirsiz süreli iş sözleşmesi olabileceği gibi, belirli süreli iş sözleşmesi de olabilir. İşçinin sırf belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı belirtilerek ödünç iş ilişkisinin kurulamayacağını söylemek hem söz konusu hukuki kurumun varlık amacına hem de sözleşme özgürlüğüne aykırı bir nitelik taşıyacaktır. Bununla birlikte isabetle belirtildiği gibi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesi, sadece ödünç müddeti ile sınırlı olmamalıdır. İş kanunu md.11/1 hükmünde belirli süreli iş sözleşmesinin kurulabilmesi objektif nedenlere bağlanmıştır. İşte bir işçiyle ödünç süresiyle sınırlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasının, iş sözleşmesini bağıtlayan işveren açısından objektif nedenleri oluşturmayacağı ortadadır. Eğer ki işçiyle, ödünç süresiyle sınırlı belirli süreli iş

¹⁰²³ *Odaman*, 85-86.

¹⁰²⁴ *Akyiğit*, Ödünç İş, 92.

sözleşmesi akdedilmiş olursa tarafların amacının meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kurmak olmadığı düşünülebilecek ve ortada bir iş aracılığının bulunduğu söylenebilecektir¹⁰²⁵.

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde yukarıda görüldüğü üzere Türk Hukuku bakımından da işçinin iş görme borcunun hukuki dayanağında bir değişiklik olmamaktadır. Dolayısıyla her ne kadar işçi, iş sözleşmesine göre üstlendiği ifa borcunu, bu süre içerisinde ödünç iş ilişkisi kurulan ödünç alan işverene karşı yerine yükümlü olsa da, ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesinin kurulduğu söylenemeyecektir. İşçinin iş sözleşmesiyle bağlı olduğu tek işveren, onun sürekli işvereni olan ödünç veren asıl işverendir. Ancak ödünç müddetince işçinin iş görme borcunu ödünç alan işverene karşı yerine getirecek olması, ayrıca sadakat ve itaat borcunun varlığı buna karşılık ödünç alan işverenin de yönetim hakkına sahip olması ve ödünç işçiyi gözetme borcunun mevcudiyeti, taraflar arasında iş sözleşmesine benzer bir hukuki ilişkinin bulunduğu şeklinde nitelendirilmektedir¹⁰²⁶.

bb. İşçi Sağlama Sözleşmesi Bakımından

İş kanunu md.7/IV “işçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa” ibaresini ihtiva etmektedir. Öğretide söz konusu ibareden anlaşılması gerekenin ödünç veren asıl işveren ile ödünç alan işveren arasında kurulan ‘işçi sağlama sözleşmesi’ olduğu ifade edilmektedir¹⁰²⁷. İşçiyle ödünç iş ilişkisi kurulurken ayrı bir sözleşme yapılmadığından sadece kanuna göre yazılı rızası alınmak zorunda olduğundan, 7. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan hükmün bu şekilde yorumlanması gerekmektedir. Kanun tarafından ödünç veren asıl işveren ile ödünç alan işveren

¹⁰²⁵ *Odaman*, 87-88

¹⁰²⁶ *Benli-Yiğit*, 14-15. *Süzek*, 231.

¹⁰²⁷ *Günay*, 65. *Benli-Yiğit*, 11.

arasındaki ilişkinin sözleşmeye dayandığı kabul edildiğinden, sözleşme özgürlüğünün burada da devreye girdiği unutulmamalıdır. Bu nedenle söz konusu sözleşmenin tarafları, sözleşmeyi yapıp yapmama, sözleşmenin tarafını seçme, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve sözleşmenin içeriğini de kanuna aykırı olmamak kaydıyla diledikleri biçimde düzenleyebilmektedirler. Sadece kanunda ilgili sözleşmenin şekline yönelik bir sınırlama getirilmiştir¹⁰²⁸. İş kanunu md.7/II hükmü “Geçici iş ilişkisi ... yazılı olarak yapılır” ifadesini içerdiğinden işçi sağlama sözleşmesinin yazılı yapılmasının gerekli olduğu görülmektedir¹⁰²⁹. Ayrıca yazılı şekil şartına dair kanun başkaca hüküm öngörmediğinden sözleşmenin yapılmasında adi yazılı şeklin yeterli olduğu ortadadır.

Her ne kadar sözleşmenin taraflarının hem md.7/IV’de geçen “aksi kararlaştırılmamışsa” ibaresi gereğince hem de sözleşme özgürlüğüne göre, işçi sağlama sözleşmesinin içeriğini belirleme yetkisi bulunmaktaysa da, işçi sağlama sözleşmesinden bahsedebilmemiz için sözleşmenin konusunu işçinin, geçici bir süre ödünç alan işverenin nam ve hesabına çalışması oluşturmalıdır. Dolayısıyla işçi bir başka işverene ait işyerinde çalışsa bile yaptığı bu çalışma kendi işvereni adına ise ortada bir ödünç iş ilişkisinden bahsedilemeyecektir¹⁰³⁰. Yargıtay’ın bir kararına¹⁰³¹ işçi, işverenin Beylikdüzündeki işyerinde çalışırken, işverenin de mallarının satıldığı Mimarobadaki bir başka işverene ait işyerine iki aylığına ödünç işçi olarak gönderilmesi ve işçinin iki aylık sürenin sona ermesinden sonra tekrar işverenin işyerine dönmemesi olayı konu olmuştur. Pek tabii ki Yargıtay isabetli olarak ödünç iş ilişkisinin sona ermesine rağmen işçinin işe dönmemesini iş sözleşmesinin işçi

¹⁰²⁸ *Odaman*, 95.

¹⁰²⁹ *Benli-Yiğit*, 11.

¹⁰³⁰ *Ekmekçi*, Ödünç, 367.

¹⁰³¹ Y9HD, 22.09.2003, 2572/15250, *Ekmekçi*, Bireysel, 21.

tarafından feshedildiği sonucuna ulaşmıştır, ancak buradaki asıl soru gerçekten de bir ödünç iş ilişkisi kurulup kurulmadığıdır. Şöyle ki işçinin ödünç verildiği söylenen işyerinde ödünç veren asıl işverene ait mallarda satılmakta ve işçinin gittiği işyerinde kendi işverenin nam ve hesabına mı yoksa ödünç aldığı söylenen işverenin nam ve hesabına mı çalıştığı tam olarak anlaşılamamaktadır. Eğer ki iki işverenin arasında yaptığı sözleşmenin konusu, işçinin ödünç alan işverenin nam ve hesabına iş göreceği şeklinde yorumlanabilirse ancak o zaman yapılan sözleşme ‘işçi sağlama sözleşmesi’ olarak kabul edilebilecektir¹⁰³².

İşçi sağlama sözleşmesi ile birlikte ödünç veren işveren, ödünç işçinin sözleşmede belirtilen şekilde işe gelip çalışmaya başlamasını taahhüt borcu altına girmektedir. Burada BK. md.110’da yer alan üçüncü şahsın fiilini taahhüt durumunun olduğu söylenmektedir. Dolayısıyla ödünç işçi sözleşmede belirtilen düzenlemeye aykırı bir şekilde davranmış olursa ve kararlaştırılan zamanda çalışmaya başlamazsa ödünç veren işveren tazminat ödeme yükümlülüğü ile karşı karşıya kalabilecektir¹⁰³³. Bununla birlikte ilk gün ödünç işçinin gidip çalışmasından sorumlu olan ödünç veren asıl işverenin, tüm ödünç süresince işçinin gelip çalışmasından sorumlu olup olmayacağı tarafların arasında akdedeceği işçi sağlama sözleşmesinde belirlenebilir¹⁰³⁴. Aynı durum işçinin işi kötü olarak ifa etmesi halinde de söz konusudur. Normalde işçinin, ödünç alan işveren yanında çalışması esnasında işin ifa edilmemesinden veya kötü ifasından ödünç veren işveren sorumlu olmayacaktır¹⁰³⁵. Ödünç veren işverenin, işçinin işi gereği gibi ifa etmemesi veyahut kötü ifasından sorumlu tutulmamasının nedeninin; ödünç işçinin söz konusu

¹⁰³² *Ekmekçi*, Bireysel, 21.

¹⁰³³ *Odaman*, 96.

¹⁰³⁴ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 367.

¹⁰³⁵ *Benli-Yiğit*, 13. *Odaman*, 95.

dönemde ödünç alanın nam ve hesabına iş görmesi olduğu düşünülmelidir. Nitekim ödünç veren işveren, ödünç işçi, ödünç alan işveren yanında çalışırken, iş görme ediminin yerine getirilmesini denetleyemeyecektir¹⁰³⁶. Bununla birlikte ödünç veren işverenin, işçinin kötü ifasından ya da işi ifa etmemesinden sorumlu olacağının kararlaştırılabilmesini engelleyen bir düzenleme de bulunmamaktadır¹⁰³⁷.

Bu şekilde oluşturulan işçi sağlama sözleşmesinde ödünç iş ilişkisinin süresi, ödünç işçinin çalışacağı işyeri, çalışma süresi, fazla çalışma ile gece çalışması yaptırılıp yaptırılmayacağı, tatillerinin nasıl kullanılacağı veya yıllık ücretli izin uygulamasının nasıl olacağı gibi hususlara yer verilebilmesi mümkündür¹⁰³⁸. Eğer ki bu unsurlar işçi sağlama sözleşmesinde belirlenmemişse, ödünç alan işverenin işyerindeki mevcut uygulamaların ödünç işçi açısından da geçerli olması gerekmektedir. İşçinin, bilhassa ödünç alan işverenin birden fazla işyerine sahip olması durumunda, ödünç işçi olarak çalışacağı yerin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Eğer ki işçi holding bünyesinde veya şirketler grubundaki bir şirkete ödünç verilecek olursa ve ödünç verildiği işveren tarafından da bu çatı altındaki bir başka şirkete gönderilmek istenirse durumun ne olacağı tartışılmıştır. Bir görüşe göre eğer holding bünyesindeki diğer şirket, işçinin ödünç veren işverenin yanında yaptığı işe benzerlik gösteriyorsa, işçinin rızasıyla mümkün olmalıdır, fakat işçinin yaptığı işe benzer faaliyet göstermeyen bir şirkete gönderilmek istenirse, ödünç işçinin, ödünç alan işveren tarafından işyerinin değiştirilebilmesi mümkün olamayacaktır. Gerçekten de bu durum bir alt ödünç niteliğini taşıyacaktı¹⁰³⁹. Bir diğer görüş ise holding bünyesinde veyahut şirketler topluluğunda yer alan her bir

¹⁰³⁶ *Benli-Yiğit*, 13.

¹⁰³⁷ *Odaman*, 95.

¹⁰³⁸ *Akyiğit*, Ödünç İş, 101-103. *Odaman*, 100.

¹⁰³⁹ *Odaman*, 99-100.

şirketin ayrı tüzel kişiliği bulunduğunu dolayısıyla işçinin bir başka şirkette çalışmasının istenemeyeceğini ifade etmektedir¹⁰⁴⁰. Holding bünyesindeki veya şirketler topluluğundaki şirketlerin her birinin ayrı tüzel kişiliğe sahip olması kanımca ayrı bir önem taşımaktadır. Eğer işçinin, ödünç alan işveren tarafından bir başka şirkete ödünç verilebileceği kabul edilirse aslında bu durum işçi sağlama sözleşmesinin tarafında değişikliğe yol açacaktır. Bu durumda, işçinin rızası olsa bile ödünç veren işveren de kabul etmediği müddetçe bu şekilde bir alt ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi kabul edilmemelidir. Ancak eğer ödünç alan işverenin kendine ait birden fazla işyeri varsa, bunlar arasında işçinin yaptığı işe benzer faaliyetin gösterildiği işyerlerine, işçinin rızası da alınarak çalışılan işyerinin ödünç alan işverence değiştirilebilmesinin mümkün olduğu kabul edilebilir.

C. Bireysel İş Hukuku Açısından Hak ve Yükümlülükler

aa. İş Görme Borcu Açısından

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi, ödünç veren işverene karşı iş sözleşmesi ile üstlendiği iş görme borcunu bu süre içerisinde ödünç alan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü kılınmıştır¹⁰⁴¹. Nitekim 4857 sayılı kanun md.7/1’de yer alan “işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, iş sözleşmesine geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur” ifadesinden de bu sonuca ulaşılabilmektedir. Burada işçi iş görme edimini yerine getirirken, ödünç alan işveren de bizzat işin görülmesini talep hakkı açısından kendi hakkını kullanmaktadır. Bunun anlamı ödünç işçinin iş görme borcunu ifa ederken ödünç alan işverenin nam ve hesabına ifa bulunmasıdır. Bu durum, ödünç iş ilişkisinin

¹⁰⁴⁰ *Akyiğit*, Ödünç İş, 101.

¹⁰⁴¹ *Süzek*, 232.

istisna sözleşmesi de dâhil olmak üzere diğer hukuki ilişkilerden ayrılmasını sağlamaktadır¹⁰⁴². Burada varılması gereken sonuç, iş görme borcunun aslında ikiye bölünmediği ve işçinin hem ödünç veren hem de ödünç alan işverene karşı iş görme borcunun bulunmadığıdır. Gerçekten de ödünç alan işverenin yanında belli ve geçici bir süreyle ödünç işçinin iş görme edimini yerine getirmesi, aslında ödünç verene karşı iş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme edimini yerine getirmesi anlamını taşımaktadır¹⁰⁴³.

aaa. Meslek Edinilmemiş Ödünç İş İlişkisinin İşçinin Çalışma Koşullarında Değişikliğe Yol Açması ve Md.22'nin Uygulanabilirliği

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde işçinin, çalışacağı yer değişmekle birlikte çalışma koşulları bakımından değişiklik meydana gelem ihtimali muhtemeldir. Örneğin merkezi İstanbul'da bulunan bir firmada çalışan işçinin, holding bünyesinde veyahut şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerine ödünç verilmesi halinde başka bir ile gönderilmesi ya da tamamen farklı bir iş için görevlendirilmesi söz konusu olabilecek ve bu gibi durumlar işçinin çalışma ve sosyal yaşantısında telafisi zor sonuçları doğurabilecektir¹⁰⁴⁴. Normalde işçinin ödünç verilmesi, kanuna göre işçinin ancak yazılı onayı ile gerçekleşebilecektir. Dolayısıyla gerçekleşen değişiklik tek başına esaslı bir değişiklik olarak yorumlanamaz. Ancak işçinin, ödünç alan işveren yanındaki çalışması, çalışma koşulları açısından aleyhe esaslı bir değişikliğe yol açarsa bu durumda İK md.22'nin uygulanması söz konusu olur. Ödünç işçi bakımından çalışma koşullarında esaslı

¹⁰⁴² *Caniklioğlu*, 130.

¹⁰⁴³ *Odaman*, 102.

¹⁰⁴⁴ *Arslanoğlu*, 71-72.

değişiklik işçinin, başka işverenlere gönderilmesi durumunda gerçekleşebileceği gibi holding veya şirketler topluluğuna bağlı bir şirkete ödünç verilmesi durumunda da gerçekleşebilir¹⁰⁴⁵.

Dolayısıyla kurulmak istenen meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin, ödünç işçinin çalışma koşullarında esaslı tarzda aleyhe değişikliğe yol açabileceği öngörülürse md.22 ‘Değişiklik Feshi’ hükmü uygulanacağından işçiye yazılı olarak ödünç iş ilişkisinin kurulmak istendiği bildirilecek ve altı işgünü içerisinde işçinin yazılı kabul beyanının gelmesi beklenecektir. Ancak işçi kabul etmezse md.22’deki usul işletilerek işçinin iş sözleşmesi feshedilebilecektir¹⁰⁴⁶. Her ne kadar aleyhe esaslı değişiklik gerçekleşebileceği hallerde İK md.22 uygulanacak desek de bunu mutlak bir şekilde algılamamamız gerekmektedir. Şöyle ki bilineceği üzere değişiklik feshine ilişkin md.22, maddenin gerekçesinden de çıkarılabileceği üzere, işverenin feshi önleyebilmek için son çare olarak esaslı değişiklik önerisinde bulunmasını ve önerinin işçi tarafından kabul edilmemesi halinde işverence iş sözleşmesinin feshedilebilmesine yönelik bir düzenleme getirmektedir¹⁰⁴⁷. Dolayısıyla işveren gerçekten çalışma koşullarında işçinin aleyhine değişiklik getiren meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini, iş sözleşmesini feshetmeyi engellemek amacıyla kurmak istiyorsa, örneğin ülkede baş gösteren ekonomik kriz nedeniyle sıkıntıya girmiş ve işgücü fazlası bulunmaktaysa, bu durumda işverenin İK md.22’yi işletebilmesi gerekmektedir. Ancak ödünç alan işverenin geçici bir ihtiyacının karşılanması hedefleniyorsa ve kurulacak meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi işçinin çalışma koşullarında aleyhe esaslı bir değişikliğe yol açacaksa, sadece md.7 düzenlemesi ile

¹⁰⁴⁵ *Süzek*, Değişiklik, 14-15.

¹⁰⁴⁶ *Arslanoğlu*, 73.

¹⁰⁴⁷ *Süzek*, Değişiklik, 28.

bağlı kalınmalı ve işçinin onay verip vermediğine bakılmalı, ayrıca İK md.22'deki usulün işletilmesine gerek olmamalıdır. Böyle bir ayrıma gitmemizin başlıca nedeni eğer meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin işçinin çalışma koşullarında aleyhe esaslı değişikliğe yol açacağı her halde md.22 'Değişiklik Feshinin' uygulanacağını kabul edersek ve işçinin ödünç iş ilişkisinin kurulmasına yönelik rızası olmazsa, işveren ödünç iş ilişkisinin kurulmasının geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu belirterek iş sözleşmesini feshedebilecektir. Yani md.22 işçileri koruma amacıyla kabul edilmişse de meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde her halükarda uygulanabileceğinin kabul edilmesi işçilerin aleyhine bir durum yaratabilecektir.

Kısacası meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi aracılığıyla işçinin bir başka işverene devredilmek istenmesi, çalışma koşullarında her zaman için esaslı bir değişiklik olarak yorumlanmamalı ve her halükarda İK md.22'nin uygulama alanı bulmasına izin verilmemelidir. Zira hukuk düzeni içinde işverenin zaten işçinin işyerinde değişiklik yapması ya da çalışma şartlarında farklı şekillerde değişiklik yapması mümkün olmakla birlikte, hiçbir işçinin meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi çerçevesinde bir başka işverenin yanında çalışmaya ve iş görme edimini onun yanında ifa etmeye zorlanamaması gerekmektedir¹⁰⁴⁸. Dolayısıyla yargı organlarınca İK md.7 ve md.22'nin birlikte uygulanmasının çerçevesinin somut bir biçimde çizilmesi gerekmektedir¹⁰⁴⁹.

Yukarıda md.22 uygulaması ile belirttiklerimiz meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulması aşamasında bilhassa ödünç vermek isteyen işveren ile işçi arasında yaşanması muhtemel hususlardır. Aynı zamanda işçi, ödünç verildikten

¹⁰⁴⁸ *Odaman*, 250.

¹⁰⁴⁹ *Arslanoğlu*, 73.

sonra ödünç alan işveren tarafından işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapılması istenebilir. Bu takdirde bir görüş, ödünç alan işverenin, ödünç işçiye değişiklik önerisini yazılı olarak yapması gerektiğini ifade etmekte ve kıyasen md.22 hükmünün uygulanabileceğini belirttiği gibi, ödünç alan işverenin değişiklik yapma konusundaki yetkisinin üç tarafında imzasını taşıyan işçi sağlama sözleşmesinde de yer alabileceğini ileri sürmektedir¹⁰⁵⁰. Gerçekten de ödünç alan işveren, ödünç işçinin çalışma koşullarında söz konusu değişiklikleri gerçekleştirmek isterse belirtilen yollardan birinin uygulanabileceği düşünülebilir, ancak işçinin değişiklik önerisini kabul etmemesi halinde md.22’de öngörüldüğü üzere iş sözleşmesinin feshedilebilmesi mümkün olmayacaktır. Bir diğer deyişle ödünç veren asıl işveren, ödünç alan işverenin yapmak istediği değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli sebebin bulunduğunu belirterek iş sözleşmesini feshedememelidir¹⁰⁵¹.

İş kanunu md.22’nin uygulanabilirliği üzerinde durulması gereken bir diğer konuda, ilgili maddenin kapsamı ile alakalıdır. Değişiklik feshine ilişkin hükmün gerekçesinde, belirli süreli iş sözleşmeleri söz konusu olduğunda, işverenin çalışma koşullarında değişiklik yapma ve bu nedenle de sözleşmeyi feshetme hakkı bulunmayacağı belirtilmek suretiyle; belirli süreli iş sözleşmelerinde ilgili hükmün uygulanamayacağı belirlenmiştir¹⁰⁵². Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasında daha önceden de belirttiğimiz üzere ödünç veren asıl işveren ile ödünç işçi arasında belirli süreli iş sözleşmesinin de bulunması mümkündür. Bu gibi hallerde, 22. maddenin uygulanmayacağı açıktır.

¹⁰⁵⁰ *Odaman*, 106-107, 253-254.

¹⁰⁵¹ *Odaman*, 253.

¹⁰⁵² *Süzek*, Değişiklik, 9.

bbb. Özen Borcu

Bilindiği üzere iş görme borcu içinde yer alan ve onu tamamlayan bir borç daha bulunmaktadır. Bu borç özen borcu olup işçinin, iş görme edimini özenle yerine getirmesi esasını benimsemektedir. Dolayısıyla ödünç işçi, iş görme borcunu ödünç alan işveren yanında ifa ederken, özen borcunun gereklerini de yerine getirmelidir¹⁰⁵³. Ödünç işçinin özen borcunun varlığını açıkça gösteren bir hükümde 7. maddenin dördüncü fıkrasında yer almaktadır. İlgili fıkra “işçi, işyerine ve işe ilişkin olup kusuru ile sebep olduğu zarardan geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı sorumlu” olacaktır ifadesi yer almaktadır. Ayrıca işçinin genel olarak işini özenle görmesi gerektiğine dair hüküm BK. md.321’de yer almaktadır. İşçinin özen borcunun kapsamı her şeyden önce iş sözleşmesinde belirlenebilmektedir. Bu bakımdan meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde de ödünç alan ve veren işverenler arasında ödünç işçinin özen borcu belirlenebilir, fakat bu yönde bir belirleme yapılmamış olursa ödünç veren işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesi baz alınmalıdır¹⁰⁵⁴. Ancak söz konusu iş sözleşmesinde de bu yönde bir düzenleme yer almayabilir, bu takdirde işçinin dâhil bulunduğu meslek dalında veya faaliyet alanında bir işin görülmesi için geçerli olan kurallara uygun olarak iş görme edimi ifa edilmelidir. Her ne kadar ilk bakışta objektif bir ölçüt getirilmiş gibi kabul edilse de BK md.321/II’de “işçinin İstidat ve evsafi” ibarelerine de yer verilmiş ve kişisel durumu ve sübjektif niteliklerinin de göz önüne alınacağı esası belirlenmiştir¹⁰⁵⁵. Dolayısıyla işçinin kendi bilgisinden ve yeteneklerinden beklenmeyecek bir işin ifa edilmesi talep edilememelidir, nitekim daha önce açıkladığımız md.7 hükmünde yer

¹⁰⁵³ *Süzek*, 232.

¹⁰⁵⁴ *Odaman*, 143.

¹⁰⁵⁵ *Süzek*, 271.

alan ‘benzer işte çalıştırılma’ koşulu bu hususla bağlantılı olarak düşünülmelidir. Eğer ki ödünç işçi, özen borcunu ihlal ederek ödünç alan işverenin zarara uğramasına sebep olursa md.7/IV gereğince zararı tazmin etmesi gerekmektedir. Ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesi benzeri bir ilişki bulunduğu düşünüldüğünde, işçinin sorumluluğunun yani tazmin borcunun sözleşmeden kaynaklandığı sonucuna ulaşılır. Dolayısıyla işveren sadece işin borca aykırı bir şekilde yerine getirildiğini ve zararın miktarını ispatlamakla yükümlüyken, işçi kusurunun bulunmadığını ispatlamakla yükümlüdür¹⁰⁵⁶.

bb. Sadakat Borcu Açısından

4857 sayılı kanun md.7/IV’de “İşçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır” cümlesi bulunmaktadır. Buna göre her şeyden önce işçinin, ödünç alan işverene karşı hem sadakat borcunun hem de itaat borcunun bulunduğunu ifade etmemiz gerekmektedir.

Ödünç işçinin sadakat borcuna bakacak olursak, ödünç müddetince bu borcun sadece ödünç alan işverene karşı olmayacağını aynı zamanda ödünç veren işverene karşı da devam edeceğini görmekteyizdir¹⁰⁵⁷. İşçi, ödünç alan ve ödünç veren işverenle arasında var olan sadakat bağı gereği, işverenlerin ve işyerlerinin çıkarlarını koruma, işverenlere ekonomik, ticari veya mesleki bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma borcu altına girmektedir. Bu nedenle istisnai olarak yangın, deprem, kaza, su baskını gibi olağanüstü durumlar ortaya çıktığında ödünç işçinin, sadakat borcu gereği asıl işinin dışındaki bazı işleri duruma göre yerine

¹⁰⁵⁶ *Odaman*, 145,147.

¹⁰⁵⁷ *Odaman*, 114.

getirmesi beklenebilir. Ayrıca sadakat borcunun içine sır saklama yükümlülüğünün de girdiği şüphesizdir¹⁰⁵⁸. İşçinin sır saklama borcu kural olarak çalışma ilişkisinin devamı müddetince sürmektedir. Bunun neticesinde ödünç iş ilişkisi müddetince, ödünç işçinin ne ödünç veren işverenin mesleki sırlarını ödünç alan işverene, ne de ödünç alanınkileri iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işverenine aktarmaması gerekmektedir. Ödünç alan aleyhine işçi sır saklama yükümlülüğünü ihlal ederse iş sözleşmesini ödünç alan feshedemeyeceğinden işçinin değiştirilmesini isteyebilecekken, ödünç veren işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir¹⁰⁵⁹.

Öğreti aynı zamanda ödünç işçinin rekabet etmeme borcuna yönelik olarak da tartışma yapılmıştır. Öncelikle rekabet etmeme borcunun niteliğine bakılması gerekmektedir. İş sözleşmesi devam ettiği müddetçe işçinin işverenle rekabet etmeme borcunun sadakat borcu içinde yer aldığını görmekteyizdir. Ancak iş sözleşmesi bittikten sonra bağımsız bir borç haline gelir ve iş sözleşmesinin bitiminde işçinin işverenle rekabet etmeme borcunun doğumu, işçinin iş sözleşmesinde ya bu yönde bir hükmün bulunmasına ya da bu konuda ayrı bir sözleşmenin yapılmasına bağlıdır¹⁰⁶⁰. Aslında iş sözleşmesi devam ederken sadakat borcunun içinde yer alan rekabet etmeme borcunun tartışma yaratmasının sebebi ödünç müddetince bu borcun devam edip etmediğinden kaynaklanmaktadır. Bir görüşe göre ödünç veren işveren kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçisini aynı işkolunda faaliyet gösteren bir başka firmaya benzer bir işi yapmak üzere gönderdiğinden rekabet yasağından vazgeçtiği ve korunacak haklı bir çıkarının

¹⁰⁵⁸ *Süzek*, 269,276. *Odaman*, 105.

¹⁰⁵⁹ *Odaman*, 117-118,120.

¹⁰⁶⁰ *Süzek*, 277.

bulunmadığının kabul edilmesi gerekmektedir. Ödünç alan işveren de ödünç aldığı işçinin aynı işkolunda yani ödünç veren yanında benzer işi yaptığını bile bile işçiyi ödünç almış olacağı için, ödünç alanın da rekabet yasağından vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁶¹. Bir diğer görüşe göre ise ödünç veren işverenin korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığından bahsedilemeyecektir. Aynı şekilde işçinin, ödünç alan işverene karşı da sadakat borcu gereği rekabet etmeme borcunun bulunduğunu söylemek mümkündür¹⁰⁶². Kanımca ödünç iş ilişkisi her üç tarafında kendi rızaları ile kurulduğundan, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi müddetince sadakat borcunun kapsamında yer alan bu borcun göz ardı edilebilmesinin mümkün hale geldiği ve ilgili ilişkinin kurulmasının söz konusu borcun uygulanmamasına yönelik bir istisna olduğu söylenebilecektir. Gerçekten de isabetle ifade edildiği üzere meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasıyla ödünç veren işverenin artık korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığı söylenemeyecektir. Normalde ödünç iş ilişkisi müddetince sadakat borcu kapsamında yer alan rekabet etmeme borcunun as olarak işçinin ödünç veren asıl işvereniyle iş sözleşmesinin bitmesinden sonra önem kazanacağı bu bakımdan düşünülebilir.

Ödünç veren işverenin, ödünç verdiği işçisi ile arasındaki iş sözleşmesi sona erdikten sonra ilgili işçisinin ödünç alan işverenin de dâhil olduğu ve aynı işkolunda faaliyette bulunan diğer işverenler yanında çalışmayacağına dair, haklı bir çıkarının bulunması kaydıyla, iş sözleşmesine hüküm koyabilmesi veya ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi akdedebilmesi mümkündür. Eğer ki işçi, iş sözleşmesi sona erdikten

¹⁰⁶¹ *Akyiğit*, Ödünç İş, 133.

¹⁰⁶² *Odaman*, 127-128.

sonra yapılan rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranacak olursa, ödünç veren işverenin uğramış olduğu zararı tazminle yükümlü olacaktır¹⁰⁶³.

cc. İtaat Borcu ve Yönetim Hakkı Açısından

İş sözleşmelerinde genel olarak iş görme edimi ana çizgileri ile belirlenmekte ancak ayrıntılar, düzenlenmesi gereken boş bir alan olarak kalmaktadır. İşte bu boş alan işverenin yönetim hakkını kullanması ile doldurulmaktadır. Dolayısıyla yönetim hakkı işverenin vereceği talimatlarla yasa, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesine aykırı olmamak üzere işin yürütümü ve işçinin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme imkânı şeklinde tanımlanabilir. İşverenin yönetim hakkı karşısında işçinin itaat borcu yer aldığından, işçi işverenin yönetim hakkına tabi olarak, onun kişisel bağımlılığı altında çalışır ve işverenin, işin görülmesi ile işyerindeki davranışları konusunda ki talimatlarına uymak zorundadır¹⁰⁶⁴. Normal bir istihdam ilişkisinde yönetim hakkı tek bir işveren veya onun yardımcıları olan işveren vekilleri tarafından kullanılmaktadır. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi ödünç müddetince de devam ettiği için işçinin ödünç verenin talimatlarına da uyma borcunun devam ettiği zaten ortadadır¹⁰⁶⁵. Ayrıca iş kanunu md.7/1'e bakacak olursak "Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup ..." ifadesi ile karşılaşılr. İşte ödünç iş ilişkisinin kurulmasıyla birlikte ödünç işçi, iş görme edimini ödünç alan işverenin yanında yerine getirdiğinden ve aynı zamanda ödünç alan işverenin nam ve hesabına iş gördüğünden, ödünç alan işverenin, işin görülmesini isteme hakkına bağlı olan

¹⁰⁶³ *Odaman*, 132-133.

¹⁰⁶⁴ *Süzek*, Yönetim, 225-226.

¹⁰⁶⁵ *Günay*, 84.

yönetim hakkına sahip olduğu sonucuna ulaşılmaktadır¹⁰⁶⁶. Her ne kadar işçinin her iki işverenin talimatlarına itaat borcu bulunsa da işverenlerin ödünç işçi üzerinde sahip olduğu yönetim hakkının kapsamı ödünç alan ve ödünç veren işverenler bakımından farklılık arz etmektedir¹⁰⁶⁷.

Yönetim hakkının iki işveren tarafından kullanılmasında, bunun yönetim hakkının kısmi devri niteliğini mi yoksa her iki işverenin de kendi haklarını mı kullanıp kullanmadığı hususuna da değinilmesi gerekmektedir. Ödünç işçi, iş görme borcunun yerine getirilmesinde ödünç alan işverenin talimatlarına göre hareket edeceğinden ödünç veren işverenin yönetim hakkının, işçinin iş görme borcunun ifası konusunda kısmen askıda bulunduğu sonucuna varılabilmesi mümkündür. Bununla birlikte iş görme edimi ile ilgili kısmen askıda kalan alanların dışında ödünç veren işveren, sahip olduğunu yönetim hakkını sınırlı da olsa aktif olarak kullanmaya devam edebilecektir. Ödünç alan işverenin yönetim hakkını, ödünç veren işverenin askıda bulunan yönetim hakkı kapsamında ve işin ifasına yönelik olarak kullanabileceği görülmektedir. Burada ödünç veren işverenin yönetim hakkının, ödünç alan işverene devri söz konusu değildir. Zira ödünç işçi, ödünç alan işverenin nam ve hesabına iş gördüğünden, ödünç alan işveren işin ifasına yönelik olarak doğan bağımsız bir yönetim hakkına sahiptir. Kısacası meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işverence ödünç alan işverene yönetim yetkisi devredilmemekte, ödünç alan işveren kendi yönetim hakkına sahip olmaktadır. Netice de ödünç alan işveren ile ödünç veren işveren arasında yönetim hakkının paylaşıldığı sonucuna ulaşılmaktadır¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁶ *Ekmekçi*, Ödünç, 375. *Serin*, 1076. *Caniklioglu*, 139.

¹⁰⁶⁷ *Günay*, 84.

¹⁰⁶⁸ *Arslanoğlu*, 86-87.

Ödünç alan işverenin şimdiye kadar anlattığımız üzere işçiye, iş görme borcunun ifasıyla ilgili olarak yönetim hakkını kullanacağı ortadadır. Bunu açıklığa kavuşturmak gerekirse, ödünç alan işveren talimat verme hakkını sadece işin görülmesine ilişkin olarak değil, aynı zamanda işyerindeki düzenin ve güvenliğin sağlanmasına yönelik olarak işçinin davranışlarına ilişkin olarak da kullanabilecektir¹⁰⁶⁹. Bu kapsamda ödünç alan işveren, işin görülmesiyle ilgili olarak çalışma süreleri, işin bitiş ve başlangıcı, dinlenme süreleri gibi konularda verebileceği talimatların yanı sıra, işçinin işyerindeki davranışlarını ilgilendiren sigara yasağı, işyerine giriş ve çıkışlarda uyulacak kurallara dair de talimatlar verebilecektir¹⁰⁷⁰. Ödünç alan işverenin sahip olduğu bu talimat verme hakkının sınırları ‘işçi sağlama sözleşmesinde’ düzenlenebilir. Eğer işçi sağlama sözleşmesinde bu konuda düzenleme getirilmişse, ödünç işçi, ödünç alan işverenin verdiği ve sınırlamaları aşan talimatlara uymak zorunda değildir¹⁰⁷¹. İşçi sağlamasa sözleşmesinde ödünç alan işverenin yönetim hakkına dair belirleme yapılmamışsa, ödünç alan işverenin yönetim hakkını, ödünç veren asıl işverenin yönetim hakkının sınırları içinde kullanabileceği öğretide ileri sürülmektedir. Ödünç alan işverenin, bu sınırın dışına çıkması hali iş koşullarının esaslı şekilde değişmesi olarak algılanacağından ödünç işçiye, iş sözleşmesini derhal fesih hakkını verecektir¹⁰⁷². Bu görüşe karşı isabetli olarak somut olayın özelliğine bakılması gerektiği belirtilmekte ve işçinin durumdan öncelikle asıl işverenini haberdar etmesi ve buna rağmen ödünç veren işverenin önlem almaması halinde işçinin fesih hakkının

¹⁰⁶⁹ *Süzek*, 233.

¹⁰⁷⁰ *Akyiğit*, Ödünç İş, 140.

¹⁰⁷¹ *Akyiğit*, Ödünç İş, 140. *Günay*, 85.

¹⁰⁷² *Çankaya-Çil*, 155.

doğacağı söylenmektedir¹⁰⁷³. Bir diğer görüşte işçi sağlama sözleşmesinde ödünç alan işverenin yönetim hakkının sınırları belirtilmemiş olsa dahi, zaten ödünç alan işverenin yönetim hakkının kısmi bir yönetim hakkı niteliğini taşıdığını ve ödünç alan işverenin vereceği talimatların sadece işin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi amacıyla sınırlı olduğunu ifade etmektedir¹⁰⁷⁴. Bu kapsamda son görüşün haklılığı göz önüne alınmalı ve tüm görüşler birleştirildiğinde işçi sağlama sözleşmesinde yönetim hakkının sınırlarının belirlenmediği hallerde ödünç alan işverenin yönetim hakkının, ödünç veren işverenin işin görülmesine yönelik yönetim hakkıyla sınırlandırıldığı sonucuna varılması gerekmektedir.

Ödünç alan işverenin, ödünç işçiye iş görme edimini yerine getirirken talimat verme hakkına sahip olması ödünç iş ilişkisinin en önemli belirleyici özelliklerinden biridir¹⁰⁷⁵. Zira asıl işveren-alt işveren ilişkisinden ödünç iş ilişkisinin ayrılmasını sağlamaktadır. Hatırlanacağı üzere asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, işçiler asıl işverenin yanında çalışsalar bile, kendi işverenleri olan alt işverenin talimatlarına uymakla yükümlüdürler¹⁰⁷⁶.

Ödünç veren işveren de yönetim hakkını devam ettirdiğinden, başta yıllık ücretli izin hakkının kullanılması ile birlikte eğer işçi sağlama sözleşmesinde düzenlenmişse işçisi geri çağırma konularında yönetim hakkını sınırlı da olsa kullanabilecektir¹⁰⁷⁷. Ödünç işçi, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi müddetince, sadece ödünç alan ve

¹⁰⁷³ *Caniklioğlu*, 139-140. (80 no.lu dn.)

¹⁰⁷⁴ *Odaman*, 136.

¹⁰⁷⁵ *Caniklioğlu*, 139.

¹⁰⁷⁶ *Odaman*, 136.

¹⁰⁷⁷ *Akyiğit*, Ödünç İş, 138.

ödünç veren işverenlerin değil aynı zamanda onların yanında çalışan işveren vekillerinin de verdiği emir ve talimatlara uymakla yükümlüdür¹⁰⁷⁸.

dd. Ücret Ödeme Borcu Açısından

İş kanununun 7. maddesi temel işçi ve işveren hak ve yükümlülüklerine ilişkin düzenleme getirmiştir. Bu söylediğimiz husus ödünç alan ve veren işverenlerin ücret ödeme borcu bakımından da geçerliliğini korumaktadır. İş kanunu md.7/III hükmüne göre “işverenin, ücreti ödeme yükümlülüğü devam eder. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, ... işveren ile birlikte sorumlu” olur. Ödünç verilen işçinin ücretinin ödenmesini güvence altına alma amacını taşıyan bu düzenleme, ödünç alan işveren ile ödünç veren işveren arasında müteselsil sorumluluk kurmaktadır. Madde hükmünde kurulan bu müteselsil sorumluluk ilkesinde, ödünç alan işverenin sorumluluğu hukuki bir nitelik taşımaktayken, ücretin ödenmemesinden doğan cezai sorumluluğun ödünç veren işverene ait olduğu belirtilmektedir¹⁰⁷⁹. Bununla bağlantılı olarak iş kanunu md.102/a. bendi hatırlanmalıdır. İlgili hükme göre işçinin, kanundan, toplu iş sözleşmesinden veya iş sözleşmesinden doğan ücretini kasten ödemeyen veya eksik ödeyen işveren, idari para cezası ödemek zorundadır. İş kanunu md.7 gereğince de işveren sıfatı ve ücreti ödeme yükümlülüğü asıl işverene ait olduğundan, idari para cezasının asıl işveren hakkında tahakkuk ettirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır¹⁰⁸⁰. Ancak işçi sağlama sözleşmesinde ücretin ödünç alan işverence ödeneceğinin kararlaştırılmış olması halinde ise ücreti ödemeyerek kusurlu davranışı gerçekleştiren ödünç alan işverenin idari para cezasının muhatabı olması gerektiği

¹⁰⁷⁸ *Odaman*, 136.

¹⁰⁷⁹ *Ekmekçi*, Ödünç, 373. *Uşen*, 307-308.

¹⁰⁸⁰ *Caniklioglu*, 134.

ileri sürülmektedir¹⁰⁸¹. Bununla birlikte iş kanunu md.102’de işveren veya işveren vekili dışında başkaca kişilerinde sorumluluğuna gidilebileceği yönünde bir ibareye rastlanmadığından hukuki açıdan ödünç işçi nezdinde bu sıfatları taşımayan ödünç alan işverenin sorumluluğuna gidilemeyeceği düşünülebilir.

İş kanunu 7. madde hükmünde açıkça ifade edildiği üzere ödünç alan işverenin, ödünç işçinin ödenmeyen ücretinden doğan müteselsil sorumluluğu, ödünç işçinin kendi yanında çalıştığı süreyle sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla ödünç işçinin, ödünç veren işverenin yanında çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden ödünç alan işverenin herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır¹⁰⁸².

İş kanunu md.32/1 hükmü gereğince işçinin ücreti işveren dışındaki üçüncü kişiler tarafından da ödenebileceğinden, işçi sağlama sözleşmesinde, işçiye ücretini ödünç alanın işverenin ödeyeceğinin kararlaştırılmasına bir engel bulunmamaktadır¹⁰⁸³. Nitekim Yargıtay’da 1475 sayılı kanun döneminde vermiş olduğu bir kararında¹⁰⁸⁴, ödünç iş ilişkisinde işverenler arasındaki işçi sağlama sözleşmesinde ücretin ödünç müddetince yarısının davalı şirket tarafından yarısının ise ödünç alan işveren tarafından ödeneceği yönündeki uygulamayı hukuka uygun görmüştür¹⁰⁸⁵. Bununla birlikte ücretin ödenmesinde her iki işverenin de sorumluluğunu öngören iş kanunu md.7/III hükmü emredici nitelikte olduğundan ücretin ödünç alan işveren tarafından ödeneceğinin kararlaştırılmış olması, işçiye karşı bir hüküm ifade etmez, ödünç verilen işçi bu yöndeki anlaşmayı kabul etse bile

¹⁰⁸¹ *Odaman*, 158.

¹⁰⁸² *Ekmekçi*, Ödünç, 373.

¹⁰⁸³ *Süzek*, 233.

¹⁰⁸⁴ Y9HD, 20.10.2003, 4695/17440, *Çankaya-Çil*, 172-173.

¹⁰⁸⁵ *Ekonomi*, Mesleki, 242.

işverenler arasında mevcut olan müteselsil sorumluluk ortadan kalkmaz¹⁰⁸⁶. Kısacası ödünç iş ilişkisinin tarafı olan ödünç veren ve ödünç alan işverenlerin, ödünç işçinin ücretinin ne şekilde ödeneceğini işçi sağlama sözleşmesinde kararlaştırmalarına bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu yöndeki bir kararlaştırma emredici nitelikteki kuralı bertaraf etmemekle, ücretten asıl sorumlu olan ödünç veren işverenin, ödünç alan işverene hangi ölçüde ve miktarda rücu edebileceğini göstermektedir¹⁰⁸⁷.

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi müddetince ödünç işçiye ödenecek ücretin kapsamının da belirlenmesi gerekmektedir. Ödünç iş ilişkisinde ödünç işçiye ücret ödeme yükümlülüğüne tabi olan ödünç veren asıl işveren, ödünç işçiye sadece temel ücretini ödemeyecektir. Ayrıca işçinin iş sözleşmesinde yer alan, ikramiye gibi ücret ekleri ya da gıda yardımı, yemek parası gibi sosyal yardım niteliğindeki ödemeler de ödünç işçiye ödenmeye devam edecektir¹⁰⁸⁸. Bu ödemelerden dolayı ödünç müddetince ödünç alan işverenin müteselsil sorumlu olduğunu unutmamak gerekmektedir. Ayrıca ücrete bağlı yan yükümlülükler de ücret ödeme yükümlülüğü içinde yer aldığından, ücret pusulası verme yükümlülüğünün asıl işverene ait olduğu sonucuna ulaşılmaktadır¹⁰⁸⁹. Bununla birlikte hem ödünç veren işverenin hem de ödünç alan işverenin işyerinde yol ve yemek yardımı gibi yardımlar söz konusu ise ve ödünç işçi, ödünç alan işverenin işyerinde de bu yardımlardan yararlanıyorsa,

¹⁰⁸⁶ *Süzek*, 233-234. *Caniklioğlu*, 132-133. Öğreti de işçi sağlama sözleşmesi ile birlikte ödünç veren işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün tamamıyla üçüncü kişiye bırakılmasının yani ödünç alan işverene bırakılmasının mümkün olmaması gerektiğini ileri süren görüşte yer almaktadır. Bu görüşe göre, ödünç işçi zaten ödünç alan işverene karşı iş görme edimini yerine getirdiğinden, bir de ücretin tümünün ödünç alan işveren tarafından ödeneceğinin kabul edilmesi halinde ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında ‘sözleşmesel çalışma ilişkisinin’ bulunduğu rahatlıkla söylenebilecektir. (*Odaman*, 153).

¹⁰⁸⁷ *Ekonomi*, Mesleki, 242.

¹⁰⁸⁸ *Caniklioğlu*, 133.

¹⁰⁸⁹ *Ekmekçi*, Ödünç, 373. *Caniklioğlu*, 134.

mükerrer ücret ödemesinin ortaya çıkmaması için işçinin ödünç müddetince, aynı ödemelerin ödünç veren işverence tekrardan yapmasını isteyememesi gerekmektedir¹⁰⁹⁰. Bir diğer deyişle, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kurulmadan önce işçiye ücret adı altında ödenen nakdi ödemeler ile gayri nakdi olarak sağlanan yardımların, ödünç iş ilişkisinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde devam etmesi gerekmektedir¹⁰⁹¹. Kısacası ödünç işçiye ödenecek ücret, ödünç veren işveren yanında çalışırken ödenen ücretten daha az olmamalıdır¹⁰⁹².

Ödünç veren işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün kapsamına ayrıca işçinin arızı olarak hak kazandığı fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ile hafta tatili ücretleri de girmektedir. Bir diğer deyişle, ödünç işçi, ödünç alan işverenin yanında yasal ya da taraflarca kararlaştırılan çalışma sürelerinin üzerinde bir çalışma yaptığında, bu çalışmaların ücretlerini ödemekle ödünç veren asıl işveren yükümlü olmalıdır¹⁰⁹³. Yargıtay uygulaması ise, bu konuda daha farklı bir görüş sergilemektedir. Yüksek mahkeme çeşitli kararların da, fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil ücretlerinin, bu çalışmaları yaptıran ve bu konuda puantaj kayıtlarını tutan ödünç alan işveren tarafından ödemedede bulunulması gerektiğine ve husumet yokluğu sebebiyle ödünç veren işveren hakkında açılmış olan davanın reddine karar verilmesinin yerinde olacağına hükmetmektedir¹⁰⁹⁴. Yüksek mahkemenin bu görüşü yansıtan kararlarına 1475 sayılı kanun döneminde olduğu kadar, 4857 sayılı kanun döneminde de rastlanmaktadır. Yargıtayın bu yönde verdiği bir karar¹⁰⁹⁵ da; davalı

¹⁰⁹⁰ *Ekmekçi*, Ödünç, 373-374.

¹⁰⁹¹ *Arslanoğlu*, 83.

¹⁰⁹² *Odaman*, 159-160.

¹⁰⁹³ *Ekmekçi*, Ödünç, 373. *Caniklioğlu*, 133. *Serin*, 1075. *Uşen*, 307.

¹⁰⁹⁴ *Çankaya-Çil*, 154.

¹⁰⁹⁵ Y9HD, 10.05.2001, 5393/8197, *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 387-388. Aynı yöndeki diğer kararlar için Bkz., Y9HD, 14.05.1996, 1014/10093, Y9HD, 13.05.1996, 36083/10052, Y9HD, 07.05.2001, 7837/7889, *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 386,388.

Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğüne ait işyerinde çalışmakta olan davacı işçinin yetkili makamın onayıyla ödünç işçi olarak davalı Bursa Valiliği nezdinde görev yaptığını ve yeni görevlendirilen işyerinde davacının yapmış olduğu ‘fazla mesai’ ve çalıştığı ‘hafta tatili’ ve ‘genel tatil’ karşılığı alacaklarının uyuşmazlığın konusunu oluşturduğunu belirleyerek; ödünç işçi olarak çalışılan dönemdeki bu alacaklardan çalışılan işverenin sorumlu tutulması gerektiğine ve ödünç veren işverenin sorumluluğunun söz konusu olmayacağına karar vermiştir. Verilen bu örnek kamuda gerçekleşen ödünç iş ilişkisine örnek niteliğini taşımakla birlikte özel sektörde gerçekleşen ödünç iş ilişkilerinde de Yargıtayın aynı görüşte olduğunu gösteren üstelik 4857 sayılı kanun döneminde verilen kararları da mevcuttur. Örneğin Yüksek mahkeme, davacının, Star Dijital İletişim A.Ş.’nin işçisi olduğu, ücret, giyim, yol ve yemek paralarının bu şirket tarafından ödendiği ancak diğer davalı Genç Parti Genel Merkezinde güvenlik görevlisi olarak çalıştığı bir olayda, davacının tüm mesaisini ödünç işçi olarak davalı Genç Parti Başkanlığının Genel Merkezinde güvenlik görevlisi olarak geçirdiğinden, fazla mesai ücreti ve genel tatil alacaklarından Genç Parti Başkanlığının sorumlu olduğuna, bu durum dikkate alınmaksızın tüm tazminat ve işçilik alacaklarından davalıların müteselsilen sorumlu tutulmasının hatalı olduğuna karar vermiştir¹⁰⁹⁶. Gerçekten de Yargıtay, bu yöndeki kararlarının oturduğunu şimdiye kadar örnek olarak gösterdiğimiz kararlarla aynı yöndeki bir başka kararında¹⁰⁹⁷ “... Dairemiz istikrar kazanmış uygulamaları da bu doğrultudadır. ...” cümlesiyle açıklamıştır.

¹⁰⁹⁶ Y9HD, 29.12.2005, 37187/40673, *Odaman*, 232. (488 no.lu dn.), Aynı yöndeki bir diğer karar için Bkz., Y9HD, 14.03.2005, 19810/8203, *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 393.

¹⁰⁹⁷ Y9HD, 07.11.2001, 13136/17382, *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 389.

Her ne kadar Yargıtayın kararlarının ağırlığı fazla mesai, genel tatil ve hafta tatili gibi arızı nitelikteki çalışma ücretlerinden sadece ödünç alan işvereni sorumlu tutmaksa da bu uygulamasına aykırılık taşıyan kararlarına da rastlanılmaktadır. Örneğin Yargıtay bir kararın¹⁰⁹⁸ da, davacı işçinin davalı Bakanlık personeli olarak çalışmakta iken meydana gelen deprem nedeniyle Valilik Kriz Merkezi Başkanlığı bünyesinde görevlendirilmiş olduğunu, 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanunun ek. 5. maddesine ve 581 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 2. maddesine göre kamu kuruluşlarında çalışanların “aylık ödenek her türlü hak ve yardımlarının kurumlarınca ödenmek kaydı ile geçici olarak görevlendirilecekleri” hükmünün yer aldığını, dolayısıyla davalının geçici olarak görevlendirildiği Valilik Kriz Merkezi Başkanlığındaki fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücretten, davalı Bakanlığın sorumlu tutulması ve davanın adı geçen işverene yöneltilmesinin doğru olduğunu belirtmiştir. Bu yöndeki Yargıtay kararları, yüksek mahkemenin görüşünü değiştirdiği şeklinde yorumlanamaz. Söz konusu kararlara konu olan 7269 sayılı kanuni düzenleme ile 581 sayılı KHK, içerdikleri “geçici personelin maaş, ücret, yevmiye ve benzer hakları esas dairelerince ödenir” şeklindeki ifadeleri nedeniyle yüksek mahkemenin bu doğrultuda karar vermesine yol açmıştır¹⁰⁹⁹.

Yargıtay öğretide ifade edilen görüşün aksi yönünde karar vermekteyse de aslında fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil ücretlerinin ödünç veren işveren tarafından ödenmesi gerekmektedir. Ödünç veren işverenin bu yükümlülüğe tabi tutulmasının nedeni olarak ödünç alan işverenle işçi arasında bir iş sözleşmesi

¹⁰⁹⁸ Y9HD, 26.11.2001, 18986/18590, *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 388. Aynı yöndeki karar için Bkz., Y9HD, 03.03.2003, 15925/2690, *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 389.

¹⁰⁹⁹ *Caniklioglu*, 134. (60 no.lu dn.)

bulunmaması olduğu isabetli olarak ifade edilmektedir¹¹⁰⁰. Bununla birlikte şu hususun ileri sürülmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Normalde bu arızı nitelikteki çalışmalar ödünç alan işverenin işyerinde gerçekleştirilmekte ve ödünç işçi bu çalışmaları ödünç alan işverenin talimatları altında onun nam ve hesabına yapmaktadır. Bu nedenle ödünç veren işveren, sırf işveren sıfatını taşıdığı için arızı nitelikteki bu çalışmaların bedelini ödeyecek ancak ödünç alan işverene yaptığı ödemeleri iç ilişkide rücu edebilecektir¹¹⁰¹. Bu yöndeki bir düşünce, müteselsil sorumluluğu korumakta ve işçinin alacağını temin etmekte, ayrıca bir noktada öğretideki görüş ile Yargıtayın görüşünü de bağdaştırmaktadır. Belirttiğimiz bu görüş esas olarak işçi sağlama sözleşmesinde bu nitelikteki ödemelerin veyahut işçinin tüm ücret alacaklarının ödünç alan işverence karşılanacağı yönünde bir anlaşmanın yapılmamış olması halinde geçerli olacaktır.

Ödünç işçinin arızı nitelikte yaptığı çalışmalara dair tam bir görüş birliğinin bulunmadığı ortadadır. Ancak arızı nitelikteki ödemelerin dışında kalan tüm ödemeler bakımından ödünç veren işveren kanuna göre sorumludur ve müteselsil sorumluluk gereğince ödünç işçinin kendi yanında çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden ödünç alan işveren de sorumlu tutulmuştur. Müteselsil sorumluluk gereği işçiye ödeme yapmak zorunda kalan ödünç alan işveren, kural olarak ödediği miktarı ödünç veren asıl işverene rücu edebilir. Fakat işçi sağlama sözleşmesinde zaten ücret ödeme yükümlülüğü ödünç alan işverene yüklenmişse, ödünç alan işverenin rücu imkânından söz edilemeyecektir¹¹⁰². İşçinin arızı nitelikteki çalışmaları karşılığının da ödünç veren asıl işveren tarafından ödenmesi gerekmele birlikte, bu durumda

¹¹⁰⁰ *Süzek*, Değerlendirme, 20-21.

¹¹⁰¹ *Odaman*, 47.

¹¹⁰² *Caniklioglu*, 134.

rücu imkânına sahip olan taraf, işçinin ödünç alan işverenin verdiği talimatlar nedeniyle fazla çalışma yapmasından dolayı ödünç alan işveren değil de ödünç veren işveren olduğunu düşünülmektedir.

İşçinin ücreti ile ilgili olarak düşünülebilecek olan bir diğer husus da işveren temerrüdüdür. Bu ödünç iş ilişkisinde iki şekilde ortaya çıkabilir. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin ortaya çıkmasıyla birlikte ödünç işçi, iş görme edimini ödünç alan işveren yanında yerine getirecektir. İşte ödünç alan işveren, işçinin iş görme ediminin ifasını haklı bir neden bulunmaksızın kabul etmeyecek olursa, ödünç veren işvereni ‘iş kabulde temerrüt’e düşürür¹¹⁰³. Bir diğer durumda, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin sona ermesi ve ödünç verilen işçinin işverenin yanına dönüp onun yanında iş görme edimini yerine getirme zorunluluğu ile alakalıdır. İşçi döndüğünde ödünç veren işveren, ona iş vermeyecek olursa gene ‘iş kabulde temerrüt’ durumu ortaya çıkacaktır¹¹⁰⁴. Her iki halde de BK md.325 hükmünün uygulanması söz konusu olacağından, işçi yürürlükte bulunan iş sözleşmesinden doğan ücretini ve diğer haklarını çalışmaksızın talep edebilecektir¹¹⁰⁵. Bununla birlikte ödünç alan işverenden kaynaklanan ödünç veren işverenin temerrüde düşmesi halinde, ödünç alan işveren, ödünç veren işveren karşısında sorumlu hale gelmektedir. Nitekim ödünç alan işveren, işçi sağlama sözleşmesinde ödünç müddetince ödünç işçinin sunduğu iş görme edimini kabul etmeyi taahhüt etmektedir. Bundan dolayı, ödünç veren işverenin ödediği ücreti, daha sonra ödünç alan işverene rücu edebileceği ortadadır¹¹⁰⁶.

¹¹⁰³ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 365. *Odaman*, 171.

¹¹⁰⁴ *Akyiğit*, Ödünç İş, 154.

¹¹⁰⁵ *Süzek*, 310.

¹¹⁰⁶ *Odaman*, 171-172.

Ödünç işçinin hak kazanmak için kıdemini arandığı haller söz konusu olduğunda örneğin yıllık ücretli izin hakkında her iki işveren yanında geçirdiği süreler göz önüne alınacaktır¹¹⁰⁷. Normalde yıllık ücretli izin hakkının kullanımında ödünç veren işverenin yönetim hakkına sahip olduğunu zaten belirtmiştik ancak öğretilerdeki bir görüş, yıllık ücretli izin hakkının kullanımı ile ödünç iş ilişkisinin çakışması halinde, ödünç iş ilişkisine üstünlük tanımaktadır. Buna göre ödünç alanın işveren, işçi sağlama sözleşmesinde yer alacak bir hükümle işçinin yıllık ücretli iznini ödünç esnasında kullanmasına rıza göstermeyecek olursa, işçi hak kazandığı yıllık ücretli iznini ödünç iş ilişkisinin sona ermesinden sonra kullanacaktır. Ödünç iş ilişkisi altı ayla sınırlı kalmayıp, bir ya da iki kez uzatılması durumunda yıllık ücretli iznin on iki ay ya da on sekiz ayın sonunda kullanılması söz konusu olabilecektir¹¹⁰⁸. Bu görüş çok da tatmin edici bir açıklama getirmemektedir. Zira yıllık ücretli izin hakkı anayasa tarafından korunan, işçinin her yıl belli bir süre dinlenmesini amaçlayan emredici bir hüküm niteliğini taşımaktadır ve bu haktan vazgeçilemez. Bir diğer deyişle işverence, işçiye bu hakkın mutlaka kullandırılması gerekmektedir¹¹⁰⁹. Bu açıdan bakıldığında diyelim ki bir işçi, yıllık iznini kullandıktan on ay sonra bir işverene ödünç verilecek olursa ve ödünç verildiği işverenin yanında 18 ay ödünç işçi olarak çalışacaksa ne olacaktır. Eğer işçinin, ödünç müddetince yıllık ücretli iznini kullanamayacağı sonucuna varırsak yirmi sekiz ay boyunca işçi, yasal dinlenme hakkını kullanamayacaktır. Bir diğer ifadeyle yıllık ücretli iznini hak kazanmasını takip eden yıl içinde de bu hakkından faydalanamayacaktır. Görüldüğü üzere ödünç işçinin, ödünç iş ilişkisi müddetince yıllık ücretli izin hakkını kullanamayacağı yönündeki yorum kanuna uygun

¹¹⁰⁷ *Uşen*, 311.

¹¹⁰⁸ *Odaman*, 237-238.

¹¹⁰⁹ *Süzek*, 649.

olmayacaktır. Ayrıca ödünç iş ilişkisi kapsamında işçinin 18 ay boyunca ödünç alan işveren yanında çalışmadığı tam tersine, bir buçuk yıllık belirli süreli iş sözleşmesi ile ödünç alan konumunda bulunan işveren tarafından işe alındığını düşünülecek olursa, işçi bu takdirde yıllık ücretli izne hak kazanacak ve kullanacaktır. Bu açıklamalar nedeniyle ödünç işçinin, ödünç alan işverenin yanında da söz konusu hakkını kullanması gerektiği düşünülmektedir. Ancak şu husus ileri sürülebilir, gerçekten ödünç iş ilişkisi kısa süreliğine yapılmış ve sona erdikten sonrada ödünç işçinin, yıllık ücretli iznini kullanması bakımından yasal sürelerle uyulabiliyorsa, işçi sağlama sözleşmesinde ödünç müddetince işçinin, yıllık ücretli iznini kullanmayacağı kararlaştırılabilir. Neticede ödünç işçinin, yıllık ücretli iznini ödünç iş ilişkisinde kullanıp kullanamayacağının hususu her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. Ayrıca ödünç işçi, ödünç iş ilişkisi işlerken bir diğer deyişle ödünç alan işveren yanında iş görme edimini yerine getirirken yıllık ücretli izin hakkını kullanacak olursa, yıllık ücretli izin ücretinin de sözleşmesel ilişki içinde olduğu ödünç veren işveren tarafından karşılanması gerekmektedir¹¹¹⁰. Son olarak ödünç işçi yıllık ücretli izne çıktığında, ödünç veren işveren tarafından bir başka işçinin gönderileceği yönündeki bir kararlaştırmaya işçi sağlama sözleşmesinde yer verilebilmesi mümkündür. Bu yönde bir kararlaştırmanın yapılmış olması ödünç alan işverenlerin mağduriyetini de önleyebilecektir.

İşçiler, ücreti ödenmediği takdirde İK md.34’de belirlenmiş olan koşulların gerçekleşmesi ile çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabileceklerdir. Dolayısıyla md.7’de müteselsil sorumluluğun düzenlenmiş olması, md.34’deki koşulların gerçekleşmesi halinde ödünç işçinin bu hakkını kullanmasına engel teşkil

¹¹¹⁰ *Odaman*, 166.

etmeyecektir. İş kanunun 7. maddesinin 4. fıkrasında yer alan işçi sağlama sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça işçinin haklarına ilişkin iş kanundaki düzenlemelerin, işçinin ödünç alan işverenle olan ilişkisine de uygulanacağı yönündeki hükümden bu sonuca ulaşılabilmektedir. Bu itibarla örneğin ödünç veren asıl işverenin ücret ödeme borcunu yerine getirmemesi halinde ödünç işçi, iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilecektir¹¹¹¹. Ayrıca ücreti ödenmeyen ödünç işçi, İK md.24/II-e.bendi gereğince iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir¹¹¹².

ee. İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Açısından

İş sözleşmesi tarafları arasında kişisel ilişki kurduğundan diğer sözleşmelerden ayrılmakta ve bu niteliği nedeniyle de tarafları arasında karşılıklı sadakatin varlığını gerekli kılmaktadır. İşçinin, iş sözleşmesi gereği doğan sadakat borcunun karşılığı işveren tarafında gözetme borcu olarak karşımıza çıkmaktadır. Gözetme borcu dolayısıyla işveren, işçinin çıkarları doğrultusunda davranma, onu koruma ve yardımcı olma, işçinin zarara uğrayabileceği davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Ancak işverenin gözetme borcunun kapsamına hangi hususların girdiği, söz konusu borcun geniş bir kapsama sahip olmasından dolayı önceden sınırlı bir şekilde belirlenemez. Bununla birlikte işverenlerin işçiyi gözetme borcunun kapsamında yer alan başlıca yükümlülüğünün, iş güvenliği önlemlerini alma zorunluluğu olduğu söylenebilecektir¹¹¹³. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerin alınması ve işverenin işçiyi gözetme borcunun taşıdığı önem dolayısıyla, bu hususlar 4857 sayılı kanun md.7 hükmünde üç taraflı hukuki ilişkinin taşıdığı özelliğe uygun bir

¹¹¹¹ *Süzek*, 234. *Caniklioglu*, 132. *Odaman*, 157.

¹¹¹² *Odaman*, 157.

¹¹¹³ *Akın*, 57-59.

biçimde düzenlenmiştir. İş kanunu md.7/III hükmü gereğince “Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede işçiyi gözetme borcundan ... işveren ile birlikte sorumlu” tutulmuştur. Ayrıca aynı maddenin birinci fıkrasında “Geçici iş ilişkisi kurulan işveren ... işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlü” kılınmıştır.

Mevzuatımızdaki ödünç iş ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasına yönelik tek düzenleme de bu değildir. İkinci bölümde bahsettiğimiz üzere AB düzeyinde ödünç iş ilişkisine tabi olarak çalışan işçilerin çalışmaları esnasında alınacak sağlık ve güvenlik önlemlerine dair düzenleme getiren 91/383/CE sayılı direktif kabul edilmiştir. Avrupa Birliğine uyum çerçevesinde Türk kanun koyucusu tarafından ödünç iş ilişkisine tabi olarak çalışan işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla adı geçen AB direktifi ile uyumlu olarak 15.05.2004 tarihli Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır¹¹¹⁴. Söz konusu yönetmelik uyarınca; ödünç alan işveren, yanında iş görme edimini yerine getiren ödünç işçilere, işyerinde sağlık ve güvenliklerinin korunmasını içeren çalışma koşulları bakımından aynı işyerinde çalışan diğer işçilere sağladığı düzeydeki korumayı sağlayacak ve bilhassa kişisel koruyucu donanımlara erişim açısından ödünç işçilerle işyerinde çalışan diğer işçiler arasında farklı bir uygulama yapamayacaktır(md.4). Ayrıca aynı yönetmelikle ödünç alan işveren, ödünç işçiye karşılaşılabilecek riskler hakkında gerekli bilgiyi aktarma(md.5), iş sağlığı ve güvenliği konusunda işin niteliğine uygun eğitimi verme(md.6) ve işçiyi işin gerektirdiği özel sağlık gözetimine tabi tutmakla(md.7) da yükümlü kılınmıştır¹¹¹⁵.

¹¹¹⁴ *Caniklioğlu*, 136-137. *Odaman*, 198.

¹¹¹⁵ *Caniklioğlu*, 137. *Süzek*, 234.

Yönetmelikte aynı zamanda meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi dâhilinde çalıştırılacak işçiler temin edilmeden önce ödünç alacak olan işverenin, ödünç verecek asıl işverene, yapılacak işin gerektirdiği mesleki bilgi ve yetenek ile işçinin özelliği hakkında gerekli bilgileri vermek zorunda olduğu(md.9/a), asıl işverenin de aldığı bilgileri ilgili işçiye vermekle yükümlü olduğu esası kabul edilmiştir. Bu düzenleme sayesinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işin özelliğine uygun niteliklere sahip işçinin gönderilmesini temin etmeye yönelik bir önlem alınmıştır¹¹¹⁶.

Görüldüğü üzere ödünç işçi, iş görme borcunu ödünç alan işverene sunduğundan, kural olarak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü ödünç alan işverene bırakılmıştır. Öğretide ödünç alan işverenin, gözetme borcunun kaynağı bir diğer ifadeyle bu borcun ödünç alan işverenin kendi şahsından doğup doğmadığı tartışılmıştır. Bir görüşe göre ödünç iş ilişkisi müddetince ödünç veren işverenin işçiyi gözetme borcu, ödünç alan işveren eliyle yerine getirilecektir. Dolayısıyla ödünç veren işverenin işçiyi gözetme borcunun, ödünç alan işverene devredilmesi söz konusu değildir. Hukuki ilişkinin niteliği gereği bu borç ödünç veren işveren adına ödünç alan işveren tarafından yerine getirilecektir. Kısacası işçiyi gözetme borcu ödünç veren asıl işverene aittir¹¹¹⁷. Bir diğer görüşe göre, ödünç iş ilişkisi müddetince işçiyi gözetme borcunun ödünç veren işverene ait olduğu kabul edilecek olursa ve kanun gereği ödünç alan işveren ödünç veren işverenle birlikte alınmayan önlemlerden sorumlu tutulduğundan, ödünç işçinin geçirdiği iş kazasında gözetme borcuna aykırılık bulunup bulunmadığı ödünç veren işverenin alması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine göre belirlenmelidir. Hâlbuki ödünç alan işverenin

¹¹¹⁶ *Caniklioğlu*, 137.

¹¹¹⁷ *Arslanoğlu*, 84.

işyerinde önlem alma yükümlülüğü ödünç veren işverene değil ödünç alan işverene ait olduğundan, alınması gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin bulunup bulunmadığı veyahut hangi önlemlerin alınması gerektiği ödünç alan işverenin işyerine göre tespit edilmelidir. Ayrıca ödünç iş ilişkisinde alt işveren ilişkisinde olduğu gibi, ödünç işçinin çalıştığı yerin ödünç veren işverenin işyeri sayılması gibi bir durumda mevcut değildir. Kısacası ödünç iş ilişkisinde işçiyi gözetme borcu ödünç alan işverenin şahsından kaynaklanmaktadır¹¹¹⁸. İşçiyi gözetme borcunun bizzat ödünç alan işverene ait olduğu belirten görüş daha yerindedir, gerçekten de ödünç veren işverenin doğrudan ödünç alan işverenin işyerinde, gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma olanağı bulunmamaktadır.

İşçiyi gözetme borcunun ödünç alan işverene ait olduğu tespit edilmekle birlikte üzerinde durulması gereken bir diğer konuya daha değinilmesi gerekmektedir. Normalde iş kanunu md.83 hükmünde belirtilen prosedürü izleyerek işçiler, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması durumunda çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir. Ödünç işçide ödünç alan işverenin işyerinde bu olanaktan yararlanma imkânına sahiptir. Bu bakımdan 83. madde, yakın, acil ve hayati bir tehlikenin ortaya çıkması halinde işçinin işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurmasını öngördüğünden, ödünç işçi de ödünç alan işverenin işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvuracaktır. Eğer ödünç alan işverenin işyerinde elliden daha az işçi çalışıyorsa ödünç işçi, ödünç alan işverene veya işveren vekiline başvuracaktır. Ödünç işçi, ödünç alan işverenin işyerinde bu girişimleri yaparken aynı zamanda sadakat borcu gereği ödünç veren asıl işverenine de durumu bildirmesi ve bu sayede ödünç veren işverenin harekete geçmesini sağlaması gerekmektedir.

¹¹¹⁸ **Ekmekçi**, Ödünç, 376.

Bilineceği üzere bir işçi, İK md.83'den yararlanarak iş görmekten kaçınma hakkını kullanırsa, çalışmaktan kaçındığı bu dönem için ücret ve diğer haklarından yararlanmaya devam edecektir. İşte ödünç işçinin, İK md.83'den yararlanarak çalışmaktan kaçındığı dönemde, ücret bahsinde bahsettiğimiz genel ilke gereğince işçinin, bu dönemdeki ücretini ödemekten iş sözleşmesinin tarafı olan ödünç veren işveren sorumlu olacak ancak ödünç alan işverende söz konusu ücretin ödenmesinden ödünç veren işveren ile birlikte müteselsil sorumlu olmaya devam edecektir¹¹¹⁹.

Yukarıda belirttiğimiz durum İK md.79 hükmü gereğince ödünç alan işverenin işinin durdurulması veya işyerinin kapatılması halinde de geçerli olacaktır. İK md. 79 gereğince işveren, işin durdurulması veya işyerinin kapatılması nedeniyle işsiz kalan işçilerin ücretini ödemek veya onlara ücretlerinde düşüş olmamak üzere meslek veya durumları göz önüne alınarak yeni bir iş vermek zorundadır¹¹²⁰. İK md.79 hükmü normal bir istihdam biçimi düşünülerek düzenlendiğinden söz konusu hükmü ödünç iş ilişkisine uyarlamak gerekmektedir. Ödünç iş ilişkisi müddetince işçinin ücreti ödünç veren işveren tarafından ödenmeye devam edeceğinden, işyerinin kapatılması nedeniyle iş görme borcunun ifa edemeyen ödünç işçiye ücretinin gene ödünç veren işveren tarafından ödeneceği ve ödünç alan işverende bundan müteselsil sorumlu olarak kalmaya devam ettiği barizdir. Bununla birlikte ödünç işçiye uygun bir iş verilmesi yönündeki yükümlülüğün ödünç veren işverenden ziyade ödünç alan işverene ait olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Neticede iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymayarak işin durmasına veya işyerinin kapatılmasına ödünç alan işveren sebep olmuştur. Ödünç iş ilişkisi müddetince de

¹¹¹⁹ *Caniklioglu*, 131-132,135.

¹¹²⁰ *Süzek*, 710.

işçi iş görme edimini ödünç alan işveren nam ve hesabına yaptığından, ödünç alan işveren işçinin mesleki niteliklerine uygun ve yaptığı işe benzer boş bir pozisyon varsa teklif etmelidir. Ancak hemen ifade edelim ki ödünç alan işverenin bu yükümlülüğü, ödünç iş ilişkisinin süresi ile sınırlıdır¹¹²¹.

Ödünç iş ilişkisi esnasında ödünç işçi, ödünç alan işverenin işyerinde bir iş kazasına uğrayacak veyahut meslek hastalığına yakalanacak olursa, koşulların varlığı halinde söz konusu durumların ortaya çıkmasından doğan tazminatları ödeme yükümlülüğü ödünç alan işverene ait olacaktır. Bununla birlikte 7. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan “Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede işçiyi gözetme borcundan ... işveren ile birlikte sorumludur” ifadesi gereği ödünç veren işverenin de doğan tazminatlardan müteselsil sorumlu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Öğretide ödünç veren asıl işverenin, işçinin çalıştığı ödünç alan işverenin işyerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma olanağı bulunmadığı belirtilerek müteselsilen sorumlu tutulmaması gerektiği ileri sürülmektedir¹¹²². Ancak ödünç müddetince de ödünç veren asıl işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesi devam ettiğinden ve bu sözleşme gereğince ödünç veren işverenin işçisini gözetme borcu sürdüğünden, ödünç veren işverenin de tazminatlardan müteselsilen sorumluluğunu öngören md.7/III hüküm yerindedir¹¹²³. Bu hüküm, ödünç veren asıl işverenlerin, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmayan işyerlerine işçilerini ödünç vermekten kaçınmalarını sağlayacağı gibi, işçinin veya ölümü halinde destekten yoksun kalanların, iş kazasından veya meslek hastalığından

¹¹²¹ *Odaman*, 200.

¹¹²² *Süzek*, 234.

¹¹²³ *Caniklioglu*, 138.

doğan tazminat haklarını da güvence altına almaktadır¹¹²⁴. Burada şu hususu ifade etmemiz gerekirken ki, 7. madde de ödünç alan işverenin, işçiyi gözetme borcundan ödünç veren işverenle birlikte sorumlu olduğu yönündeki bir cümle yer almaktadır. Ancak yukarıda yaptığımız açıklamalar gereği ödünç iş ilişkisinin kurulmasıyla birlikte işçiyi gözetme borcunun ödünç alan işverenin kendisine ait bir borç olduğunu ifade etmiştik. Bu nedenle söz konusu kanun maddesindeki ifadeyi, ödünç alan işverenin işçiyi gözetme borcundan sorumlu olduğu ve ödünç veren asıl işverenin de ödünç alan işverenle birlikte sorumlu olduğu şeklinde anlamamız daha yerinde olacaktır¹¹²⁵. Bir diğer ifadeyle kanun maddesindeki cümlede yer alan ‘geçici işveren(ödünç alan işveren)’ ile ‘işverene(ödünç veren işveren)’ kelimelerinin yerini, işçiyi gözetme borcu ile ilgili olarak birbirlerinin yerine koyarak algılamamız gerekmektedir. Bu şekilde algılamamız neticesinde ödünç veren işveren müteselsil sorumluluğu gereği iş kazasından veya meslek hastalığından doğan tazminatı ödeyecek ama ödünç alan işverene ödediği miktarı rücu edebilecektir¹¹²⁶.

Yargıtay uygulamasında dair 4857 sayılı kanun döneminden önceki bir takım kararlarına ulaşılabilmektedir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında¹¹²⁷, ölen sigortalının işverenin ... T.A.Ş. olduğunu, işçinin Fabrikasında çalıştırılmasının ve iş kazasının orada olmasının işvereni sorumluluktan kurtarmayacağını kararlaştırmıştır. Fakat Yargıtayın sadece ödünç veren işverenin meydana gelen iş kazasından sorumlu tuttuğu bu yöndeki kararları 4857 sayılı iş kanununun yürürlüğe girmesinden öncedir. 4857 sayılı kanun hükmünde yer alan açık düzenleme gereğince ödünç veren işverenin işçiyi gözetme borcu bakımından işçi karşısında tek

¹¹²⁴ *Süzek*, 234.

¹¹²⁵ *Ekmekçi*, Ödünç, 376. *Odaman*, 179,193.

¹¹²⁶ *Süzek*, 234.

¹¹²⁷ Y10HD, 08.05.1979, 2606/4168, *Caniklioğlu*, 139. (74 no.lu dn.) Aynı yönde Bkz., Y9HD, 04.12.1967, 8620/11393, *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 392.

başına sorumlu olmadığını ödünç alan işverenin de sorumluluğa, tereddüde yer verilmeyerek, dâhil edildiği ortadadır¹¹²⁸.

Ödünç veren asıl işveren ile ödünç alan işveren, aralarındaki işçi sağlama sözleşmesinde, gözetme borcunun ihlalden dolayı doğan tazminatlardan ödünç veren asıl işverenin sorumlu olmayacağını kararlaştırabilirler. Ancak bu kararlaştırma sadece işverenlerin iç ilişkilerinde geçerli olur. İşçiyi bağlamaz. Netice de işverenler arasında bu yönde yapılacak bir kararlaştırmaya rağmen işçi veya ölümü halinde desteğinden yoksun kalanlar, ödünç veren asıl işverene karşı dava açma ve zararlarının giderilmesini talep etme imkânına sahip olacaklardır¹¹²⁹.

ff. Eşit Davranma Borcu Açısından

Bir işçinin, iş görme borcunu kendi rızası ile geçici bir süre ödünç alan işverenin yanında yerine getirmesi, bir işveren borcu olan eşit işlem yapma borcunun uygulanmasını engellemeyecektir¹¹³⁰. Bir diğer deyişle farklı şekil ve konularda da olsa, gerek ödünç veren işveren gerek ödünç alan işveren bakımından eşit davranma borcu varlığını devam ettirmektedir¹¹³¹.

Belirtelim ki işçisini bir başka işverenin yanında iş görme edimini yerine getirmek üzere gönderen ödünç veren asıl işverenin, kural olarak ödünç verdiği işçisi ile diğer işçileri arasında eşit davranma yükümlüğü varlığını muhafaza etmektedir. Bu yükümlülük, ücret ödeme borcu açısından da sürdüğünden ödünç veren asıl işverenin, ödünç işçiye karşı ücret, ikramiye ve sosyal yardımlar bakımından aynı

¹¹²⁸ *Caniklioğlu*, 139.

¹¹²⁹ *Caniklioğlu*, 139.

¹¹³⁰ *Benli-Yiğit*, 21.

¹¹³¹ *Çelik*, 95.

durumdaki diğer işçilerinden daha farklı bir işlemde bulunmaması gerekmektedir¹¹³². Yani ödünç veren işveren sırf işçisi geçici olarak başka bir işverenin yanında çalışıyor diye ödenecek ücret açısından farklı işlem yapamayacaktır¹¹³³.

Ödünç alan işveren bakımından durum ele alınacak olursa öğretide farklı görüşlerin ileri sürüldüğü görülebilmektedir. Bir görüşe göre, eşit davranma borcu işverenin kendi işçileri açısından geçerlidir ve ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında bir iş sözleşmesi bulunmadığından yani ödünç işçi ödünç alan işverenin işçisi haline gelmediğinden, ödünç alan işverenin ödünç işçiye, ücret, ikramiye ve sosyal yardımlar açısından eşit davranma yükümlülüğü bulunmamaktadır¹¹³⁴. Ödünç alan işverenin eşit davranma borcunun bulunmadığı yönündeki dayanak iş kanununun 5. maddesidir. İlgili madde de yer alan ‘eşit davranma ilkesinin’ işverenin kendi işçileri arasında belli nedenlere dayalı olarak ayırım yapmasını yasakladığı, bu madde de ödünç iş ilişkisine tabi olarak çalışan ödünç işçilerle ilgili bir hüküm bulunmadığı ileri sürülerek eşit davranma borcunun ödünç veren işverene ait olduğunu ifade edilmektedir. Yani ödünç alan işverenin ödünç işçilerle kendisinin sürekli işçileri arasında eşit davranma borcu bulunmamaktadır¹¹³⁵. Ancak iş kanunu md.7/IV’de “İşçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır” denildiğinden, aksi işçi sağlama sözleşmesinde kararlaştırılmadıkça ödünç alan işverenler açısından, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin niteliği ile örtüştüğü oranda iş kanununda öngörülmüş diğer borçların

¹¹³² *Caniklioglu*, 140-141.

¹¹³³ *Süzek*, 235.

¹¹³⁴ *Ekmekçi*, Ödünç, 377.

¹¹³⁵ *Çankaya-Çil*, 156.

uygulanması gerekliliği ortadadır¹¹³⁶. Bu nedenle ücret ödeme borcu ödünç veren asıl işverenin üzerinde olduğundan ödünç alan işverenin ücret, ikramiye ve sosyal yardımlar konusunda gerçekten de bir yükümlülüğünün bulunmadığı düşünülebilir. Fakat ödünç alan işveren yönetim hakkını kullanırken ödünç işçiler ile aynı vasıflara sahip kendi işçileri arasında ayırım yapmamalıdır¹¹³⁷. Ödünç alan işverenin yönetim hakkını kullanırken eşit davranma yükümlülüğüne uygun davranması yükümlülüğü öncelikle işin dağıtımında kendini göstermektedir¹¹³⁸. Örneğin hazırlama, tamamlama, temizleme işleri, görevleri sadece bu işleri yapmak olan işçilere yaptırılmıyor, işyerinde çalışan işçilere yürüttükleri işlere ek olarak yaptırılıyorsa bu takdirde ‘Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği’ uygulanacaktır. Bu yönetmeliğin 9. maddesine göre “Hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinin, işyerinde çalışan işçilere nöbetleşe yaptırılması esastır”. Bu bağlamda ödünç alan işveren bu işleri hep ödünç işçilere yaptırıyorsa eşit davranma ilkesi ihlal edilmiş olacaktır¹¹³⁹. Bunlara ek olarak ödünç alan işverenin, sigara içme yasağı ile işyerine giriş-çıkış kurallarına ilişkin talimatlarda, tatil ve gece çalışmalarında da ödünç işçilerle, kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan aynı nitelikteki işçileri arasında farklı muamele de bulunmaması gerekmektedir¹¹⁴⁰.

Ödünç alan işverenin ödünç işçi bakımından eşit davranma borcunun doğduğu bir diğer alanda iş sağlığı ve güvenliği kurallarının uygulanması ile ilgilidir. Hatırlanacağı üzere daha önce ‘Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik’ çıkarıldığını ifade etmiştik. İşte bu yönetmelik iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması ve işçilerin kişisel koruyucu

¹¹³⁶ *Süzek*, 235.

¹¹³⁷ *Süzek*, 235.

¹¹³⁸ *Süzek*, 235. *Caniklioglu*, 141. *Odaman*, 220.

¹¹³⁹ *Odaman*, 220-221.

¹¹⁴⁰ *Caniklioglu*, 141. *Odaman*, 222.

ekipmanlardan yararlanması ile ilgili olarak ödünç alan işverenlerin ödünç işçilerle kendi işçileri arasında ayırımı bulunamayacağı esasını benimsemektedir. Bu nedenle ödünç alan işveren, kendisine sözleşmesel ilişkiyle bağlı olan işçileri yönünden her türlü tedbiri almakla birlikte işyerinde aynı işlerde iş görme edimini ifa eden ödünç işçiler açısından gerekli önlemleri almayacak olursa eşit davranma borcunu ihlal etmiş kabul edilecektir¹¹⁴¹.

Ödünç alan işverenin bu borcu ihlal etmiş olması halinde md.5’de öngörülen yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağı konusunda da görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüş, iş kanunu 5.maddede ödünç işçiler ile sürekli çalışan işçiler arasında ayırım yapılmasından söz edilmediğine değinerek, söz konusu maddede öngörülen dört aya kadar ücret tutarındaki tazminatın gerektirdiği koşulların ödünç alan işveren yönünden oluşmayacağını ileri sürmektedir¹¹⁴². Bir diğer görüş ise, ödünç alan işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması halinde, iş kanununun 5. maddesinde öngörülen müeyyideyle karşılaşacağını ve ödünç işçinin dört aya kadar ücret tutarındaki tazminat ile yoksun bırakıldığı haklarını da isteyebileceğini ifade etmektedir¹¹⁴³. İş kanunu 5. maddede düzenlenmiş olan ‘eşit davranma ilkesi’ temelini hakkaniyet esasanı alır ve genel olarak anayasanın 10. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca iş kanunundaki 5. maddenin birinci fıkrasında “iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz” denmektedir. Hatırlanacağı üzere ödünç iş ilişkisinin kurulmasıyla birlikte ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında da iş sözleşmesi benzeri bir ilişki kurulmaktadır. Ödünç alan işverende, ödünç iş ilişkisinin niteliğiyle

¹¹⁴¹ Çankaya-Çil, 156. Odaman, 223.

¹¹⁴² Çankaya-Çil, 156.

¹¹⁴³ Odaman, 223.

bağdaştığı oranda ve yukarıda ifade ettiğimiz alanlarda eşit davranma borcunu yerine getirmekle yükümlü olduğundan ve 5. maddenin birinci fıkrasında yer alan ‘benzeri sebepler’ ifadesi ayırım yapma yasağını sadece sayılan bu hallerle sınırlı tutmadığından¹¹⁴⁴, ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasındaki ilişkide 5. maddenin uygulanmasının gerektiği düşünülmelidir. Dolayısıyla bahsettiğimiz son görüş yerinde olup ödünç alan işveren, eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davrandığında ödünç işçi, dört aya kadar ücreti tutarında tazminatı talep edebilmelidir. Fakat bu tazminat talep edilirken işçiyi gözetme borcunda bahsettiğimiz hususlar göz önüne alınmalıdır. Yani ödünç işçi söz konusu tazminatı müteselsil sorumluluk gereği ister ödünç alan işverenden ister ödünç veren asıl işvereninden talep edebilecektir. Ödünç veren asıl işveren tazminatı ödemişse, iç ilişkide ödünç alan işverene ödediği miktarı rücu edebilecektir.

D. Toplu İş Hukuku Açısından Hak ve Yükümlülükler

aa. Sendika Üyeliği

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulması neticesinde ödünç işçi, iş sözleşmesi ile ödünç veren işverene bağlı olduğundan, iş görme edimini de ödünç alan işverenin yanında yerine getirdiğinden, ödünç işçinin hangi sendikaya üye olabileceği, hangi toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği, hangi işverenin işyerinde yapılan greve katılabileceği gibi sorunlar ortaya çıkabilmektedir¹¹⁴⁵. İşte bu sorular cevaplandırılırken hareket noktasını, ödünç veren işverenin ödünç işçinin

¹¹⁴⁴ *Süzek*, 362.

¹¹⁴⁵ *Caniklioglu*, 143. *Ekmekçi*, Ödünç, 378.

işvereni olduğu ve ödünç işçinin ödünç alan işverenin yanında geçici olarak çalışmasının işçiye farklı bir statü kazandırmadığı hususu oluşturacaktır¹¹⁴⁶.

İlk olarak ödünç işçinin sendika üyeliği bakımından konu ele alınacak olursa, ödünç işçi iş görme edimini ödünç alan işverenin yanında yerine getirmesine karşın, ödünç veren işverenle iş sözleşmesi ilişkisi devam ettiğinden işçi, ödünç veren işverenin işyerinin girdiği iş kolunda bir sendikaya kurucu olabileceği gibi kurulmuş olan bir sendikaya da üye olabilecektir¹¹⁴⁷. Ayrıca meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kapsamında işçinin geçici olarak görevlendirildiği işyerinin farklı bir işkolunda örgütlenmiş olması bu durumu değiştirmeyecektir. Aynı zamanda ödünç işçinin, ödünç alan işverenin işyerindeki bir sendikaya üye olmayacağı da belirtilen nedenle sabittir¹¹⁴⁸. Eğer ki ödünç iş ilişkisi devam ederken, ödünç işçi ödünç veren işverenin girdiği işkolundaki bir sendikaya üye olacak olursa bu durumda üyelik bildiriminin ödünç alan işverene değil, ödünç veren asıl işverene yapılması gereklidir¹¹⁴⁹.

Öğretiye bakıldığında ödünç işçinin sendika üyeliği ile ilgili olarak tartışmaların yoğunlaştığı alanın ödünç işçinin işyeri sendika temsilciliği konusu olduğu görülmektedir. Bu konuda yol gösterici olan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu(SK)'nın 34. maddesidir. Söz konusu madde de toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendikanın, işyerinde çalışan üyeleri arasından işyeri sendika temsilcisi tayin edebileceği yönünde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Maddede geçen işyerinde çalışan üyeler ibaresinden, işyerinde filen çalışmanın mı yoksa iş sözleşmesiyle bağlı

¹¹⁴⁶ *Ekmekçi*, Ödünç, 378.

¹¹⁴⁷ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 369. *Hendrickx-Sengers*, 103. *Süzek*, 237. *Ekmekçi*, Ödünç, 378. *Çil*, 29. *Odaman*, 62. *Caniklioğlu*, 143.

¹¹⁴⁸ *Çil*, 29. *Odaman*, 63.

¹¹⁴⁹ *Çil*, 29.

olmanın mı kastedildiği hususu çıkış noktasını oluşturacaktır¹¹⁵⁰. İşte bu konuya farklı yorumlar getirilebilmektedir. Bir görüşe göre, 34. madde de kastedilen işyerinde fiilen çalışmak değil, o işyerinin işçisi olmaktır. Yani temsilci atanma da önemli olan husus, o işyerinde iş sözleşmesiyle çalışmaktır. Netice olarak ödünç işçinin geçici olarak ödünç alan işverenin işyerinde çalışması, söz konusu işçinin ödünç veren işverenin işyerinde işyeri sendika temsilcisi olmasını engellemeyecektir¹¹⁵¹. Bir diğer görüş ise ödünç işçinin, coğrafi olarak çok uzakta çalışabileceğini, dolayısıyla sözleşmesel ilişkiyle bağlı olduğu işverenin işyerinde işyeri sendika temsilcisi olmasının pratikte bir anlamı olmayacağını ifade etmektedir. Zira SK md.35’de sayılan görevler, işyerinden uzakta yapılamayacaktır. Bu anlamda ödünç işçinin, ödünç alan işverenin işyerinde işyeri sendika temsilciliği yapabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bunun içinde ödünç işçinin aynı iş kolunda faaliyette bulunan bir işyerine ödünç verilmesi, kendisini ödünç alan işverenin işyerinde işyeri sendika temsilcisi olarak atayan sendikaya üye olması ve sendikanın ödünç alan işverenin işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin kesinleşmiş olması gerekmektedir¹¹⁵². İkinci görüşün md.34’de geçen işyerinde çalışan ibaresini, fiili çalışma olarak algıladığı ve iş sözleşmesinin varlığını aramadığı görülmektedir. Bahsedilen görüşlerden ilk görüşün yani ödünç işçinin, ödünç veren işverenin işyerinde işyeri sendika temsilcisi olabileceğinin daha yerinde olduğu düşünülmektedir. Nitekim bir işçi ödünç verilmemekle birlikte hastalık vs. gibi sebeplerle iş sözleşmesi askıya alınmış olsa da iş sözleşmesi varlığını devam ettirdiğinden işyeri sendika temsilcisi olarak atanabilmelidir. İşte böyle bir durumda dahi bir işçi işyeri sendika temsilcisi olarak atanabilecekse ödünç iş ilişkisinde de

¹¹⁵⁰ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 370.

¹¹⁵¹ *Ekmekçi*, Ödünç, 379. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 370.

¹¹⁵² *Odaman*, 64.

atanabileceği sonucuna ulaşmamız gerekmektedir. Ayrıca ödünç esnasında da işçi, iş sözleşmesinden doğan iş görme edimini ifa etmektedir. Dolayısıyla ödünç işçinin, ödünç alan işverenin işyerindense ödünç veren işverenin işyerinde işyeri sendika temsilcisi olarak atanabileceği kabulü daha isabetlidir¹¹⁵³. Bunun gibi zaten işyerinde işyeri sendika temsilcisi olan bir işçinin de ödünç iş ilişkisi kapsamında bir başka işyerine ödünç gönderilmesi mümkündür¹¹⁵⁴. Hatta işyeri sendika temsilcisinin ödünç verilmesinde sadece iş kanunu md.7 hükmün uygulanmayacağı bunun yanı sıra SK md.30/III'ün de uygulanacağı düşünülmelidir. Bir başka deyişle işyeri sendika temsilcilerinin ödünç verilmesinde İK md.7 gereğince sendika temsilcisinin yazılı rızası mutlak suretle aranacaktır. İlaveten SK md.30/III'e göre de işveren tarafından işyeri sendika temsilcisinin yazılı rızası olmadıkça, işyeri değiştirilemez veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapılamaz, aksi takdirde değişiklik geçersiz sayılacaktır. Kısacası SK md.30/III hükmü ile işyeri sendika temsilcileri açısından durumun daha da pekiştirildiği ve sendika temsilcilerinin ödünç iş ilişkisi kurmaya zorlanamayacakları hususunun farklı kanun hükümleri ile güvence altında olduğu söylenebilecektir. Öğretide aynı zamanda ödünç verilen işyeri sendika temsilcisinin ödünç alan işverenin işyerinde de temsilcilik faaliyetlerinden kaynaklanan görevlerini ifa etmesine engel bir durumun bulunmadığı belirtilmekte ve temsilcinin geçici olarak çalıştığı işyerinde ödünç veren işverenin başka işçilerinin de iş görmesi durumunda SK md.35'den doğan görevlerini yürütmesinin imkân dâhilinde olduğu ifade edilmektedir¹¹⁵⁵.

¹¹⁵³ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 370.

¹¹⁵⁴ *Çil*, 29. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 370.

¹¹⁵⁵ *Çil*, 30.

İşyeri sendika temsilciliği ile ilgili olarak akla gelen bir diğer soru ise, işyerine atanacak işyeri sendika temsilcisi sayısının, o işyerindeki işçi sayısına göre belirleneceği hususuyla ilgilidir. Bu konuda da farklı görüşler beyan edilmiştir. Bir görüşe göre, sendikalar kanununda yer alan ‘işyerindeki işçi sayısı’ ibaresi nedeniyle ödünç işçinin, işyeri sendika temsilcisi sayısının belirlenmesinde ödünç alan işverenin işyerindeki işçi sayısına dâhil edilmesi gerekmektedir¹¹⁵⁶. Diğer görüşe göre ise, iş sözleşmesiyle bağlılığa itibar etmek gerekeceğinden ödünç işçinin, ödünç veren işverenin işyerindeki işçi sayısına dâhil edilmesi uygun olacak, ödünç alan işverenin işyerindeki işçi sayısına katılmayacaktır¹¹⁵⁷. İlk görüş düşünüldüğünde ödünç veren işverenin işyeri için olan durumun açıkça ifade edilmediği ve söz konusu görüş gereğince ödünç işçinin, iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverenin işyerinde işçi sayısına dâhil edilmemesi gibi bir ihtimalin ortaya çıkabilmesinin mümkün olduğu görülmektedir. Bununla birlikte bu konuya ilişkin olarak hukukumuzda çeşitli hükümlerin uygulanmasında, işyerinde asgari sayıda işçinin çalışmasını arayan hükümlerin de mevcut bulunduğu hatırlanmalıdır. Örneğin iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasında işyerinde otuz veya daha fazla işçinin çalışması, özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma zorunluluğunun doğmasında ise işyerinde elli veya daha fazla işçinin çalışması aranmaktadır. İşte söz konusu hükümler gereğince işyerinde çalışan işçi sayısının hesaplanmasında ödünç iş ilişkisine tabi olarak çalışan işçilerin, toplam işçi sayısına dâhil edilmemesi gerekmektedir¹¹⁵⁸. Bu örneklerde göz önüne alındığında işyeri sendika temsilcisinin sayısının hesaplanmasında ödünç işçinin, ödünç veren asıl işverenin işyerindeki işçi sayısına dâhil edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

¹¹⁵⁶ *Odaman*, 65.

¹¹⁵⁷ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 370-371. *Akyiğit*, Ödünç İş, 162.

¹¹⁵⁸ *Süzek*, 251, 439.

Son olarak üzerinde durulması gereken bir konu daha bulunmaktadır. Sendika üyesi bir işçi, sırf sendika üyeliğinden veya sendikal faaliyetlerinden kaynaklanan sebeplerle ve rızası hilafına ödünç verilmeye zorlanırsa, bu durumun SK md.31'e aykırılık oluşturduğu düşünülebilecektir. Bu durum nedeniyle işçi, sendikal tazminat talep edebilecektir. Talep edilen sendikal tazminatı ödeme yükümlülüğü, ödünç veren işverene düşmektedir¹¹⁵⁹. Ancak hemen ilave edelim ki, ödünç alan işveren, ödünç işçinin sendikaya üye olması yahut sendikal faaliyetlerinden dolayı eşit davranma borcuna aykırı davranmış olursa, ödünç işçinin SK md.31 gereğince bir yıllık ücreti tutarından az olmayacak sendikal tazminatı talep edebilmesi mümkündür. Eşit davranma borcunda da bahsettiğimiz üzere böyle bir durumda, borca aykırılığın kaynağı ödünç alan işveren olduğundan, tazminatın ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulması gerekmektedir. Ödünç veren işveren, işçiye sendikal tazminatı ödemiş olursa iç ilişkide ödünç alan işverene ödediği miktarı rücu edebilmelidir.

bb. Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma

Ödünç işçinin sendika üyeliği ile ilgili hususları belirlerken iş sözleşmesinin ödünç iş ilişkisinde de ödünç veren işverenle devam ettiği üzerinde durmuştuk. İşte ödünç işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasında da aynı ölçütten hareket edilmesi gerekmektedir. TSGLK md.2/1'e göre toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek amacıyla yapıldığından, ödünç işçi, iş sözleşmesi ilişkisi içinde bulunduğu ödünç veren işverenin işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinden

¹¹⁵⁹ *Çil*, 30.

yararlanabilecektir¹¹⁶⁰. Ödünç verilen işçinin, ödünç veren işverenin işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinden yararlanması, toplu iş sözleşmesine taraf sendikaya üye olması, sendikanın yazılı muvafakati, dayanışma aidatı ödemesi yoluyla olabileceği gibi bir toplu iş sözleşmesinin ödünç veren işverenin işyerini de kapsayacak şekilde Bakanlar Kurulu kararı ile teşmil edilmiş olması halinde de söz konusu olacaktır¹¹⁶¹. Bu itibarla örneğin ödünç işçiye ücret ödemesi yapılırken, ödünç işçinin iş sözleşmesinde veya ödünç veren işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücretin ödenmesi gerekmektedir¹¹⁶². Toplu iş sözleşmesinde yer alan ücret kavramını geniş anlamamız gerekmektedir. Bir diğer deyişle ikramiye, yol, yakacak yardımı gibi alacaklar ve fazla çalışma ücretinin yüzde yüz zamlı ödeneceği yönündeki kararlaştırmalarda ödünç işçinin ücreti ödenirken göz önüne alınacaktır. Ücret konusunda bahsettiğimiz üzere tüm bu ücretlerden ödünç işçinin yanında çalıştığı süre için ödünç alan işveren de müteselsilen sorumlu tutulacaktır¹¹⁶³.

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, kural olarak ödünç işçinin, ödünç alan işverenin işyerindeki bir toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi söz konusu değildir. Ödünç işçinin, ödünç alan işverenin işyerinin dâhil olduğu işkolunda kurulu işçi sendikasına üye olması, dayanışma aidatı ödemesi, sendikanın yazılı muvafakat vermesi yahut ödünç alan işverenin işyerini de kapsayacak şekilde bir toplu iş sözleşmesinin teşmil edilmiş olması sonucu değiştirmeyecektir¹¹⁶⁴. Bununla birlikte burada SK md.31/III-IV hükümlerinin de hatırlanması gerekmektedir. 31. maddenin dördüncü fıkrası ile sadece ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım

¹¹⁶⁰ *Süzek*, 237.

¹¹⁶¹ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 373.

¹¹⁶² *Süzek*, 237.

¹¹⁶³ *Çil*, 39.

¹¹⁶⁴ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 373. *Çil*, 39.

konularında sendika üyeleri yararına farklı haklar ve hükümler getirilmesine izin verilmiştir. Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrası ile yönetim hakkının kullanılması, işçinin mesleki ilerlemesi, para dışındaki sosyal yardımlar, çalışma süreleri, iş sözleşmesinin feshi ve disiplin hükmünün uygulanması gibi konularda toplu iş sözleşmeleri ile eşit ilkesine aykırı bir şekilde işyerinde çalışan işçiler arasında herhangi bir ayırım yapılamayacaktır¹¹⁶⁵. Bir diğer deyişle toplu iş sözleşmesinden, ücretle ilgili hükümler dışında yer alan düzenlemelerden işyerinde çalışan tüm işçiler yararlanacaktır. Bu kapsama ödünç işçinin de dâhil edilebileceği ortadadır. Örneğin ödünç alan işverenin yönetim hakkına ilişkin olarak getirilen toplu iş sözleşmesi hükümleri, ödünç işçinin ödünç veren işverenle arasındaki iş sözleşmesine göre aleyhe hükümler içeriyorsa, bu hükümler ödünç işçiyi bağlamayacaktır. Nitekim TSGLK md.6/II gereğince toplu iş sözleşmeleri ile iş sözleşmesinde farklı hükümler öngörülmüşse iş sözleşmesindeki işçi lehine hükümler geçerli olacaktır. Bir diğer ifadeyle ödünç alan işverenin yönetim hakkına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri, ödünç işçi aleyhine kurallar öngörmediği müddetçe ödünç işçiye de uygulanabilecektir¹¹⁶⁶. Yapılan açıklamalar gereğince ödünç alan işverenin işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinde öngörülen çalışma sürelerine, ara dinlenmelere, iş sağlığı ve güvenliğine, sigara içme yasağı ve kapı kontrolüne, çalışmanın başlangıç ve bitiş saatlerine ilişkin hükümler ödünç iş ilişkisinin niteliğiyle bağdaştığı oranda ödünç işçiyi de etkileyecektir¹¹⁶⁷. Ancak ödünç alan işverenin ödünç işçiye disiplin cezası verme yetkisi bulunmadığından, ödünç alan işverenin işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde öngörülen disiplin kuruluna

¹¹⁶⁵ *Süzek*, 115.

¹¹⁶⁶ *Süzek*, 237. *Caniklioğlu*, 143. *Demir*, Bireysel İş, 111.

¹¹⁶⁷ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 373. *Hendrickx-Sengers*, 103. *Odaman*, 66. *Caniklioğlu*, 143.

dair düzenlemeler ödünç işçiye uygulanmayacaktır¹¹⁶⁸. Daha geniş bir ifadeyle ödünç alan işverenin fesih ve ceza verme yetkilerini sınırlandıran toplu iş sözleşmesi hükümlerinden ödünç işçi etkilenmeyecektir. Ödünç işçinin iş sözleşmesi ödünç veren işverenle devam ettiğinden, fesih ve disiplin cezası verme yetkisi ödünç veren işverene aittir¹¹⁶⁹.

Son olarak bahsedilmesi gereken bir husus daha bulunmaktadır. Bilineceği üzere TSGLK md.12 gereğince toplu iş sözleşmesinin yapılabilmesinde yetki alınması için gerekli olan koşullar belirtilmiştir. Buna göre toplu iş sözleşmesi akdetmek isteyen sendikanın kurulu bulunduğu iş kolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu üye kaydetmiş olması ve ayrıca toplu iş sözleşmesi yapmak istediği işyeri veya işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının kendi üyesi olması gerekmektedir. Madde metninde ‘yarıdan fazla işçi sayısının hesaplanmasında’ işyeri veya işyerlerinde çalışan işçiler deyimini geçtiğinden öğretide işyeri sendika temsilcisi sayısının tespitine yönelik hükümde yaşanan tartışmaların yaşanmadığını görmekteyizdir. Öğretide toplu iş sözleşmesi yetkisinin alınmasında bir işyerindeki sendika üyesi işçilerin, o işyerindeki toplam işçi sayısının yarısından fazla olup olmadığının tespitinde, ödünç işçinin ödünç veren asıl işverenin işyerindeki işçi sayısına dâhil edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹¹⁷⁰. Gerçekten de ileri sürülen bu görüş işyeri sendika temsilcisi sayısının hesaplanmasında ileri sürdüğümüz gerekçelerin burada da geçerli olması nedeniyle isabetlidir. Yani toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde çalışan işçi deyiminden, o işyerinde iş

¹¹⁶⁸ *Caniklioğlu*, 144.

¹¹⁶⁹ *Ekmekçi*, Ödünç, 378-379. *Serin*, 1079. *Odaman*, 66. Karşı görüş; Demir’e göre “işçi lehindeki sevk ve idare hükümleri, örneğin, işverenin fesih ve ceza verme yetkisini sınırlandıran toplu iş sözleşmesinin “*Disiplin Kurulu*” hükümleri, geçici (ödünç) iş ilişkisine de uygulanmak zorundadır”. (*Demir*, Bireysel İş, 111).

¹¹⁷⁰ *Caniklioğlu*, 143. *Akyiğit*, Ödünç İş, 164. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 371. *Odaman*, 65-66.

sözleşmesine bağlı olarak çalışan işçinin anlaşılması gerekmektedir. Aksi takdirde sırf ödünç işçi, fiilen ödünç verenin işyerinde çalışmıyor diye ödünç veren işverenin işyerindeki işçi sayısına dâhil edilmeyecek olursa, hasta veya izinli olan işçilerinde işçi sayısına dâhil edilmemesi gerektiği yönündeki yorumların önü açılabilecektir¹¹⁷¹.

cc. Ödünç Veren İşverenin İşyerindeki Grev ve Lokavt

İş kanunumuzun 7. maddesinin beşinci fıkrası gereğince ödünç alan işverenin işyerinde grev veya lokavtın yaşanması halinde ne olacağına dair bir düzenleme getirilmiştir. Bununla birlikte ödünç veren işverenin işyerine yaşanan grev ve lokavt halinde ödünç işçinin bundan etkilenip etkilenmeyeceği, greve katılıp katılamayacağı üzerine kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹¹⁷². İşte ödünç işçinin ödünç veren işverenin işyerindeki bir greve katılıp katılamayacağı, lokavta maruz kalıp kalamayacağı konusunda öğretilde ileri sürülen görüşlerin iki temel grupta toplanabileceği görülmektedir.

Konuya ilişkin olarak bahsedilmesi gereken ilk görüş temel olarak ödünç işçinin, ödünç veren işveren yanındaki greve katılabileceğini belirtmektedirler. Bu kapsamda grev ödünç veren işverenin işyerinde yapıldığından ve ödünç işçinin de iş sözleşmesi ödünç veren işverenle devam ettiğinden, ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerindeki greve katılmasına engel bulunmadığı, aynı şekilde ödünç işçinin lokavta maruz kalabileceği belirtilmektedir¹¹⁷³. Gerçekten de TSGLK md.2 gereğince toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmelerini düzenlemek amacıyla akdedildiğinden, ödünç işçinin de taraf olduğu iş sözleşmesini etkileyecek toplu iş sözleşmesine ulaşmak için yapılan ödünç veren işverenin işyerindeki kanuni greve katılması mümkün olmalıdır.

¹¹⁷¹ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 371.

¹¹⁷² *Çil*, 40.

¹¹⁷³ *Süzek*, 238. *Çelik*, 97. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 372. *Akyiğit*, Ödünç İş, 170.

Zira ödünç işçinin, ödünç alan işveren yanında yerine getirdiği iş, ödünç veren işverenle yaptığı iş sözleşmesinde taahhüt ettiği iş olup, ödünç alan işveren yanındaki işi bırakarak ödünç veren işverenin işyerindeki bir greve katılmasına bir engel bulunmamaktadır¹¹⁷⁴.

Ödünç işçinin greve katılabileceği yönündeki bu görüşe karşı çıkanlar, ödünç işçinin greve katılmasının ödünç alan işverene karşı yükümlü olduğu iş görme edimini ihlal edeceği yönündeki düşünceden hareket etmektedirler. Dolayısıyla ödünç işçinin, ödünç veren işverenin işyerindeki greve katılması mümkün olmamalıdır, eğer ki ödünç işçinin ödünç veren işverenin işyerindeki greve katılabileceği kabul edilecek olursa, ödünç iş ilişkisi kurumunun bir anlamı kalmayacaktır. Ödünç işçinin greve katılabileceğini kabul etmek, ödünç veren işverenin işyerindeki özel şartlardan kaynaklanan nedenlerle ödünç iş ilişkisinin sürekli kesilebilmesine yol açacaktır¹¹⁷⁵. Bu görüş gereğince ödünç işçi her ne kadar greve katılamayacak olsa da, grev sonunda imzalanacak toplu iş sözleşmesinden yararlanması engellenmemelidir. Bunun için de TSGLK md.38/II ve md.39 hükmünün kıyasen uygulanması yoluna gidilmeli ve ödünç işçinin, kanuni grev ve lokavta katılamayacak işçi kadrosunda bulunduğu sonucuna ulaşılarak, grev sonunda imzalanan toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği neticesine ulaşılmalıdır¹¹⁷⁶.

Belirtilen ikinci görüşün yerinde olmadığı söylenebilecektir. İlgili görüşün çıkış noktasını ödünç işçinin iş görme edimini yerine getirme yükümlülüğünü ödünç alan işverene karşı ihlal etmesi oluşturmaktadır. Ancak ödünç işçinin ödünç veren işverenle iş sözleşmesinin devam etmesi ve ödünç müddetince de ödünç işçinin,

¹¹⁷⁴ *Süzek*, 238.

¹¹⁷⁵ *Odaman*, 71.

¹¹⁷⁶ *Engin*, Atipik, 122. *Odaman*, 72.

ödünç verenle yaptığı iş sözleşmesine göre üstlendiği iş görme edimini ifa etmesi, ödünç işçinin greve katılmakla temerrüde düştüğü ve borcunu ihlal ettiği biçiminde yorumlanamaz. Burada bir borç ihlalinden bahsedilecek olursa, ödünç veren işverenin borcunu ihlal ettiği söylenebilecektir¹¹⁷⁷. Ödünç veren işverenin, işçi sağlama sözleşmesi ile üstlendiği işçi temin etme borcunu ihlal ettiği kabul edilmeli ve kusurunun bulunup bulunmamasına göre ödünç alan işverene karşı sorumluluğu belirlenmelidir.

Ödünç işçinin, ödünç veren işveren yanındaki greve katılabilmesini sağlayan tek unsur ödünç verenle arasındaki iş sözleşmesi de değildir. Burada aynı zamanda devreye işçinin sahip olduğu anayasal ve yasal haklarda devreye girmektedir. Ödünç işçinin sırf iş görme borcunu ihlal ettiğini söyleyerek ödünç veren işverenin işyerindeki greve katılamayacağını kabul etmek, ödünç işçinin anayasal(md.54) ve yasal(TSGLK md.25 vd.) hakkının elinden alınması anlamına gelecektir. Anayasal ve yasal hakların varlığı, ödünç alan işverene karşı ödünç işçinin iş görme edimini ifa etmemesini haklı gösterecektir¹¹⁷⁸.

Ödünç işçinin ödünç veren işverenin işyerindeki greve katılamayacağını belirten görüşü savunanlar bu halde TSGLK md.39'un kıyasen uygulanması gerektiğini belirtmektedirler. Ancak bu yorumun yerinde olmadığı düşünülmektedir. Zira söz konusu madde, grev yapan veya lokavta maruz kalan işçilerin grev ve lokavtın sona ermesinden sonra işlerini, ülke ekonomisinin çıkarlarını korumayı ve işyerinin zarar görmesine engel olmayı amaçlamaktadır. Ödünç iş ilişkisinde ödünç işçinin grev ve lokavtta çalışacak zorunlu işçi kadrosuna dâhil edilmesinin, maddenin taşıdığı amaçla hiçbir bağlantısı bulunmamaktadır. Bu nedenle md.39 hükmünü sadece grev

¹¹⁷⁷ *Arslanoğlu*, 71.

¹¹⁷⁸ *Süzek*, 238.

veya lokavt yapılan işyeri veya işyerleri ile sınırlı olarak uygulamak daha yerinde olacaktır. Bu nedenlerle ödünç işçinin, ödünç veren işverenin işyerindeki greve katılabileceği ve lokavta maruz kalabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

E. Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Hak ve Yükümlülükler

Sosyal güvenlik hukuku bakımından bir sigortalının geçici olarak bir başka işverene ödünç verilmesi, ödünç işçinin sigortalılığını ortadan kaldırmayacaktır¹¹⁷⁹. Zira işçinin geçici olarak ödünç alan işverenin yanında çalışmasıyla birlikte ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesi kurulmuş olmayacaktır. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında¹¹⁸⁰ ödünç alan işverene karşı açılmış olan sigortalı hizmet tespiti davasını kabul etmemiş, ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında bir sosyal sigorta ilişkisi kurulmadığını ortaya koymuştur¹¹⁸¹. Adı geçen kararda bu sonuca hükümde geçen “davacı, sigorta primlerini yatıran şirketin işçisidir. Bu şirketin muvafakati ile ortağı M.E.’nin yanında bir süre çalışması işverenin şirket olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Öğretide de benimsendiği gibi burada bir tür ödünç iş ilişkisi söz-konusudur. Böyle olunca davalı M.E. nezdinde ödünç işçi olarak çalıştırılan dönem için Sosyal Sigortalar Kurumu ve M.E.’ye karşı açılan tesbit davasının reddine karar verilmesi gerekir” ifadelerinden ulaşılmaktadır.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere ödünç işçi hala ödünç veren işverenin iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan işçisi olduğundan, sosyal güvenlik mevzuatına dair tüm yükümlülüklerden ödünç veren işveren sorumluymuş gibi bir sonuca ulaşmak ilk başta olasıdır. Bununla birlikte meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin taşıdığı hususiyet gereği ödünç alan işvereninde ödünç işçinin sosyal güvenliği ile ilgili

¹¹⁷⁹ *Odaman*, 174.

¹¹⁸⁰ Y9HD, 12.10.1998, 11704/14289, *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 390.

¹¹⁸¹ *Caniklioglu*, 147.

sorumluluğuna gidilebilmesi gerekmektedir. Nitekim 506 sayılı kanunda yer verildiği gibi 5510 sayılı kanunda da ödünç veren ve ödünç alan işverenlerin sorumluluğuna ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

5510 sayılı yasaya bakıldığı takdirde 12. maddenin ikinci fıkrasında özel bir hükmün meydana getirildiği görülmektedir. Söz konusu hükme göre “4857 sayılı İş Kanununda tanımlanan geçici iş ilişkisi kurulan işveren, bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu” tutulmuştur. Bu düzenleme ile 5510 sayılı kanunda ödünç veren işveren için öngörülen tüm yükümlülüklerden ödünç alan işvereninde müteselsilen sorumlu tutulduğu sonucuna ulaşmaktadır¹¹⁸². Bu bağlamda ödünç işçinin sosyal güvenliği ile ilgili olarak ilk akla gelebilecek olan husus çalışan sigortalının bildirilmesi yükümlülüğüdür. Normal bir iş ilişkisinde işveren, işe aldığı sigortalıyı çalıştırmaya başlamadan önce kuruma bildirmek zorundadır(506 sy. Kanun md.9/1, 5510 sy. Kanun md.8). Bu yükümlülüğün ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işverene ait olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır¹¹⁸³. 506 sayılı kanun döneminde çıkartılan 01.05.2004 tarihinde yürürlüğe giren Sosyal Sigortalar Kurumu Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği’nin 6. maddesinde “İşveren, kendisinden iş alan aracı ile başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak sigortalısını devrettiği işverenin adını ve soyadını, ikametgahını, varsa işyeri adresini, aracının işe başladığı; geçici olarak sigortalısını devrettiği tarihten itibaren aralarında düzenlenen sözleşme ile birlikte en geç bir ay içinde ilgili Üniteye yazılı olarak bildirmek zorundadır” yönünde bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeden ödünç işçinin ödünç alan işveren nezdinde çalışmasının yeni bir işe giriş olarak algılanmayacağı ve

¹¹⁸² *Caniklioğlu*, 147.

¹¹⁸³ *Caniklioğlu*, 149.

ödünç alan işverenin ödünç işçi için işe giriş bildirgesi vermesine gerek bulunmadığı anlaşılmaktadır¹¹⁸⁴. Kısacası bu hüküm ile ödünç alan işverenden kurumun haberdar edilmesi sağlanmaktadır. 5510 sayılı kanunda ise adı geçen yönetmelikteki düzenleme doğrultusunda bir hükme yer verilmediği gibi 28.08.2008 tarihli Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde de benzer bir hüküm yer almamaktadır. Ancak 28.08.2008 tarihli yönetmelikte 5510 sayılı kanunun 12. maddesinde olduğu gibi genel bir hüküm sevk edilmiştir. Sözü edilen yönetmeliğin 33. maddesinin ikinci fıkrasına göre “Sigortalıyı devralan işveren, devraldığı sigortalıyı çalıştırmaya başlamadan önce, sigortalısını devir aldığı işverenle yapmış olduğu sözleşmeyi Kuruma ibraz etmesi kaydıyla müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu yükümlülüklerini, Kurumca kendisine verilecek geçici iş ilişkisi kurulan işveren numarası ile sigortalıyı devir aldığı işverene ait işyeri dosyası üzerinden yerine getirebilir. Sigortalıyı geçici iş ilişkisi çerçevesinde devralan işveren adına işyeri dosyası açılmaz”. Bu düzenlemeden; 506 sayılı kanun döneminde çıkartılan 01.05.2004 tarihli yönetmelikte ödünç alan işverene, ödünç işçiyi bir yazı ile kuruma bildirim yükümlülüğünün dahi getirilmediği ancak 5510 sayılı kanun döneminde ödünç iş ilişkisinin kurulduğu ve bu kapsamda hangi işçilerin çalıştırıldığına dair bildirimle ilişkin işlemlerin ödünç alan işverene yüklendiği ve ilgili işlemleri kendisinin yapmasına olanak sağlandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Belirttiğimiz üzere ödünç iş ilişkisi müddetince de ödünç işçi, ödünç veren işverenin işçisi sayıldığından, 506 sayılı kanunda olduğu gibi 5510 sayılı kanundan da doğan bildirge ve belge verme ve sosyal güvenlik primlerini ödeme yükümlülüğü

¹¹⁸⁴ **Ekmekçi**, Ödünç, 380. **Serin**, 1080.

ödünç veren işveren bakımından aynı şekilde devam etmektedir¹¹⁸⁵. Ayrıca 506 sayılı kanunun 79. maddesinin birinci fıkrasında, 5510 sayılı kanunun ise 86. maddesinin üçüncü fıkrasında ödünç alan işvereninde, bildirge ve belge verme yükümlülüğünden sorumlu tutulmasını öngören aynı yöndeki hükümlere yer verilmiştir. 5510 sayılı kanunun 86. maddesinin üçüncü fıkrasında “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” ifadesi bulunmaktadır. Söz konusu madde gereğince aylık prim ve hizmet belgesini kural olarak ödünç veren işveren vermek mecburiyetinde olup, ödünç alan işveren söz konusu belgeleri doğrudan kendisi vermek zorunda değildir. Ancak ödünç alan işveren bu belgelerin verilip verilmediğini takip etmek ve verilmesini temin etmek zorundadır¹¹⁸⁶. Aksi halde belgelerin verilmemesinden yahut geç verilmesinden dolayı 506 sayılı yasanın 140. maddenin (c) bendinde, 5510 sayılı yasada ise 102. maddenin (c) bendinde düzenlenmiş olan idari para cezasının muhatabı olacaktır¹¹⁸⁷.

506 sayılı kanun md.79/I ile 5510 sayılı kanun md.86/III’de ödünç alan işverenin sadece belge verme yükümünün yerine getirilmemesi halinde müteselsil sorumluluğundan söz edilmiş olması, ödünç alan işverenin ödünç işçinin primlerinin süresinde Sosyal Güvenlik Kurumuna ödenmemesinden herhangi bir sorumluluğu bulunmadığı sonucuna ulaşılması için yeterli değildir. Zira ödünç alan işverenin primlere ilişkin sorumluluğu sosyal güvenlik mevzuatında değil, iş kanununun 7.

¹¹⁸⁵ Uşen, 308. *Ekmekçi*, Ödünç, 379.

¹¹⁸⁶ *Caniklioğlu*, 151.

¹¹⁸⁷ *Ekmekçi*, Ödünç, 379. *Caniklioğlu*, 151.

maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir¹¹⁸⁸. İlgili hükme göre “Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ... sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumludur” tutulmuştur. İlgili hükmün iş kanununda düzenlenmesini eleştiren görüşlerde bulunmaktadır. Söz konusu görüşler gereğince hüküm sosyal güvenlik hukukuna dair bir yükümlülük öngördüğünden iş kanununda yer alması isabetli değildir¹¹⁸⁹.

İş kanununun 7. maddesinde açıkça birlikte sorumluluktan bahsedildiği için kurum, asıl işveren yanında ödünç alan işvereni de dava ve takip edebilecektir. Bu konuda sosyal sigorta primlerini kimin ödeyeceği hususunda tarafların anlaşmış olmasının bir önemi de bulunmamaktadır. Ödünç alan işverenin, kuruma karşı sorumluluğu sadece prim alacağı ile sınırlı değildir, bu sorumluluk aynı zamanda gecikme zammını da içerir. Eğer iş kanunu md.7/III’deki hükme mevzuatımızda yer verilmeseydi gene de ödünç alan işverenin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği sorusunun üzerinde düşünmek gerekmektedir. 506 sayılı yasa da bu konuda bir açıklık bulunmadığından iki farklı görüş ileri sürülmüş ve bir görüş ödünç verenle birlikte ödünç alan işverenin sorumlu tutulabilmesi imkânı bulunmadığını ifade etmişken, diğer görüş 506 sayılı kanun md.87’de yer alan asıl işverenin alt işverenin prim borcundan müteselsilen sorumlu tutan hükmün ödünç iş ilişkisine de kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür¹¹⁹⁰. 5510 sayılı kanun döneminde ise bu tür bir tartışma, iş kanunu md.7/III hükmü olmasaydı bile gerçekleşmeyecekti. Nitekim daha önceden de ifade ettiğimiz üzere 5510 sayılı kanun md.12/II’de düzenlenen

¹¹⁸⁸ *Ekmekçi*, Ödünç, 379.

¹¹⁸⁹ *Caniklioglu*, 153.

¹¹⁹⁰ *Odaman*, 175.

genel sorumluluk hükmü gereğince ödenmeyen primlerden dolayı ödünç alan işverenin, ödünç veren işverenle müteselsil sorumluluğuna gidilebilecekti¹¹⁹¹.

İş kazasının vuku bulması halinde bunun kuruma bildirilmesi, üzerinde durulması gereken konulardan bir diğerini oluşturmaktadır. 506 sayılı kanunda 27. maddede düzenlenmiş olan iş kazasının bildirilmesi hükmü 5510 sayılı kanunda 13. madde de düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelere göre genel olarak bir iş kazası vuku bulduğu takdirde bildirim yükümlülüğü işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işvereni tarafından yerine getirilir. Ancak iş kazası ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işverenin işyerinde meydana geleceğinden ve kazanın ayrıntıları hakkında ödünç veren işveren gerekli bilgilere sahip olamayacağından bildirim yükümlülüğünün ödünç alan işverende olduğunun kabulü isabetli olacaktır¹¹⁹². Nitekim kaza esnasında da ödünç işçi, ödünç alan işverenin yönetimi altında bulunmaktadır. Bununla birlikte iş kazasını bildirme yükümlülüğünün ödünç alan işverene ait olduğunun düşünülmesi, ödünç veren işverenin meydana geldiğini öğrendiği iş kazasını bildirme yükümlülüğünden kurtulduğu şeklinde yorumlanamaz. İş kazasının meydana geldiğini öğrendiği takdirde ödünç veren işverenin kuruma bildirimde bulunması gereklidir¹¹⁹³. Bu anlattıklarımıza 5510 sayılı kanunun 12. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ve ödünç alan işverenin sorumluluğunu genel olarak belirleyen hükümden de ulaşılabilmektedir¹¹⁹⁴.

Bir iş kazası veya meslek hastalığının vukuunda 506 sayılı yasanın 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre sigortalının uğradığı iş kazası veya meslek hastalığı, işverenin kasti, iş sağlığı ve iş güvenliği mevzuatına aykırı hareketi yahut suç

¹¹⁹¹ *Caniklioğlu*, 152.

¹¹⁹² *Caniklioğlu*, 154.

¹¹⁹³ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 375.

¹¹⁹⁴ *Caniklioğlu*, 154.

sayılabilir bir davranışından dolayı meydana gelmişse, kurum, sigortalıya veya hak sahiplerine yaptığı ödemeyi işçinin işverenine rücu edebilecektir¹¹⁹⁵. 5510 sayılı kanunda ise kurumun rücu olanağı 21. madde de yer almaktadır. Hatırlanacağı üzere iş kanununa göre ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işveren, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasıyla sorumlu tutulmuştur. Ayrıca iş kazasının ortaya çıkması halinde işçinin veya yakınlarının tazminatı ödünç alan işverenden isteyebileceklerini ve söz konusu tazminattan müteselsil sorumluluk gereğince ödünç veren işvereninde sorumlu olduğunu ifade etmiştik. İşte kurumun ödünç alan işveren yanında meydana gelen bir iş kazası yahut meslek hastalığı dolayısıyla kime rücu edebileceği sorusuyla karşılaştığımız takdirde, tıpkı işçi ve yakınlarının durumunda olduğu gibi, sosyal güvenlik kurumunun her iki işverene de yaptığı ödemeleri rücu olanağının bulunduğu kabul edilmelidir¹¹⁹⁶. Nitekim 5510 sayılı kanun md.12/II hükmü de ödünç alan işvereni 5510 sayılı kanundaki yükümlüklerden dolayı müştereken ve müteselsilen sorumlu tuttuğuna göre bu sonuca ulaşılması gerekmektedir. Hemen şu hususu da ilave edelim ki; ödünç veren işveren, kurumun yaptığı ödemeleri karşılamışsa, ödediği meblağı iç ilişkide ödünç alan işverene rücu edebilecektir.

F. Meslek Edinilmemiş Ödünç İş İlişkisine Başvurulamayacak Haller

Yasal mevzuatımıza bakıldığında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine iki halde başvurulamayacağı görülmektedir. Bunlardan ilki toplu işçi çıkarmalarla, diğeri ise ödünç alan işverenin işyerindeki grev-lokavt ile ilgili olarak öngörülmüştür.

¹¹⁹⁵ *Süzek*, 358. *Caniklioğlu*, 154.

¹¹⁹⁶ *Caniklioğlu*, 155.

aa. Toplu İşçi Çıkarma Açısından

4857 sayılı iş kanununun 7. maddesinin son fıkrasında “Toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde geçici iş ilişkisi gerçekleşmez” hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hüküm dikkatle incelendiğinde yasağın bireysel işçi çıkarmalarda değil sadece İK md.29 uyarınca yapılan toplu işçi çıkarmalarda uygulanacağı görülmektedir¹¹⁹⁷. Bir diğer ifadeyle sadece toplu işçi çıkarmaya gidilen işlerde, işçilerin çıkarılma tarihini izleyen altı aylık müddetle ödünç iş ilişkisinin kurulması yasaklanmıştır¹¹⁹⁸. Ancak toplu işçi çıkarmanın konusu işlerde, altı aylık sürenin dolmasından sonra tekrar ödünç iş ilişkisi çerçevesinde ödünç işçi çalıştırılabilecektir¹¹⁹⁹. Bunların yanı sıra toplu işçi çıkarma düzeyinde kabul edilemeyecek olan ‘geçerli’ veya ‘haklı’ sebeple işçi çıkarmada veyahut işçilerin işten çıkmasında, işten çıkarılan veya çıkan işçilerin yerine ödünç işçi çalıştırılabileceği konusunda şüphe bulunmamaktadır¹²⁰⁰.

İş kanununun 7. maddesinin son fıkrasında görülen bu yasak toplu işçi çıkarılan işyerlerinde ödünç iş ilişkisinin kurulmasına yönelik mutlak bir yasak getirmemekte, yasağı sadece toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerle sınırlamaktadır. Bu yönüyle de isabetli bir düzenleme niteliğini taşımaktadır¹²⁰¹. İş kanunu md.7/son hükmü, toplu işçi çıkarmayı düzenleyen 29. maddeyi tamamlayan bir görünüm taşımaktadır. Bu hüküm ile amaçlanan, işçi ödünç almak isteyen işverenin, önceki işçilerini işe

¹¹⁹⁷ *Süzek*, 236.

¹¹⁹⁸ *Arslanoğlu*, 67. *Ekmekçi*, Ödünç, 380.

¹¹⁹⁹ *Arslanoğlu*, 67.

¹²⁰⁰ *Demir*, Bireysel İş, 110.

¹²⁰¹ *Ekmekçi*, Ödünç, 381.

tercihan almasını sağlamak ve işverenin 29. maddenin altıncı fıkrasını bertaraf etmek için ödünç iş ilişkisine başvurmasını engellenmektedir¹²⁰².

Kanun hükmü toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde ödünç iş ilişkisinin kurulamayacağı açık bir biçimde yasaklamakla birlikte, bu düzenlemeye rağmen toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde ödünç iş ilişkisi kurulursa ne olacağına da değinilmesi gerekmektedir. Bu konuda ödünç iş ilişkisinin en baştan itibaren geçersiz sayılması ve ödünç işçilerin ödünç alan işverenin işçileri sayılarak işleme tabi tutulması gerektiği görüşü beyan edilmiştir¹²⁰³. İleri sürülen bu görüş isabetli sayılmaz. Nitekim kurulmasını öngördüğümüz ödünç iş ilişkisi meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi değil, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisidir. Yani işçiler ödünç verilmeden önce de bir başka işverenin yanında çalışmaktadırlar. Bu işçileri sırf md.7/son hükmüne aykırı olarak ödünç verilmelerinden dolayı ödünç alan işverenin işçisi kabul etmek, ödünç veren işverenin mağduriyetine yol açacaktır. Zira ödünç veren işveren, hiç beklemediği halde işçilerini kaybedebilecektir. Ayrıca ödünç veren işveren ödünç alan işverenin işyerinde ödünç iş ilişkisinin kurulmasından önceki 6 aylık süre zarfında toplu işçi çıkarmanın gerçekleşip gerçekleşmediğini bilemeyebilir. Diyelim ki işçiler ödünç alan işverenin işçisi sayılacak, bu takdirde söz konusu işçilerin, ödünç verenle olan iş sözleşmelerinin akıbetinin ne olacağı sorusu ortaya çıkacaktır. Acaba bu sözleşmeler ödünç alan işverene mi devredilecek yoksa ödünç veren işverenle olan sözleşmelerin sona erdiği kabul edilip ödünç alan işverenle yeni iş sözleşmelerinin mi doğduğu kabul edilecektir. İşte bu gibi sorunların ortaya çıkması mümkün olduğundan, bahsedilen görüşün yerinde olmadığı düşünülmektedir. Peki, ilgili hükmün yaptırımını ne olacaktır. Bir kere kanun hükmüne

¹²⁰² *Odaman*, 49.

¹²⁰³ *Odaman*, 48.

aykırı olarak ödünç iş ilişkisi kurulduğu için kurulan ilişki geçersiz sayılacaktır. Bu konuda ihtilaf bulunmamaktadır. Bununla birlikte ayrıca İK md.99 gereğince söz konusu hükmü ihlal eden işveren veya işveren vekili hakkında idari para cezası hükmolunması gerekmektedir.

bb. Ödünç Alan İşverenin İşyerindeki Grev ve Lokavt Açısından

İş kanunumuzun 7. maddesinin beşinci fıkrasında “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” düzenlemesine yer verilmiştir. Söz konusu hüküm gereğince ödünç iş ilişkisi, ödünç alan işverenin işyerinde bir toplu iş uyuşmazlığı ortaya çıkmadan önce kurulsaydı bile, toplu iş uyuşmazlığının grev ve lokavt aşamasına gelmesiyle birlikte ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerinde çalıştırılması mümkün olmayacaktır¹²⁰⁴. Bilim kurulu tasarına bakıldığında meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi bakımından bu hususun ödünç işçinin inisiyatifine bırakıldığı görülmektedir¹²⁰⁵. Bilim kurulu tasarısında ödünç işçilerin ödünç alan işverenin işyerindeki grev esnasında çalıştırılmayacakları yönündeki yasak 93. maddenin c. bendinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından düzenlenmişti. Ancak kabul edilen iş kanunumuzda, ödünç işçilerin ödünç alan işverenin işyerinde grev ve lokavt esnasında çalıştırılmayacağını öngören yasak, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisini düzenleyen madde hükmüne yerleştirilmiştir.

¹²⁰⁴ *Ekmekçi*, Ödünç, 380. *Serin*, 1081.

¹²⁰⁵ *Uşen*, 314.

Ödünç alan işverenin işyerindeki yapılan grev ve lokavt durumunda ödünç işçi bu süre içinde ödünç alan işverenin işyerinde çalışamayacağından kanun işçinin mağdur olmasını engellemek amacıyla işverenin işçisini kendi işyerinde çalıştıracağını açıkça belirtmiştir¹²⁰⁶. Buna göre ödünç veren işveren ödünç verdiği işçisine kendi işyerinde iş verecek ve işçide ödünç veren işverenin işyerinde çalışmaktan kaçınamayacaktır¹²⁰⁷. Ödünç veren işveren bu dönemde ödünç verdiği işçiyi çalıştırmayacak olursa işveren temerrüdü söz konusu olacağından işçiye ücretinin ödenmesine devam edilecektir¹²⁰⁸. İlaveten ödünç işçi, grev ve lokavt sebebiyle ödünç alan işverenin yanında çalışmadığından aslında işçi sağlama sözleşmesinin askıda olduğu düşünülebilecektir. Ödünç iş ilişkisi niteliği itibariyle belirli süreli bir iş ilişkisi olduğundan, ödünç alan işverenin ödünç işçinin iş görme edimini kabul edememesi halinde, bu dönemin sonraya ertelenmesi, telafi edilmesi olanağı bulunmamaktadır. Yani geçen zamanın artık geri getirilmesi mümkün değildir¹²⁰⁹. Bu nedenle ödünç işçinin, yasal zorunluluktan kaynaklanan grev ve lokavt nedeniyle ödünç alan işverenin işyerinde çalışmadığı sürenin, iş kanununda sözü edilen 6 aylık ve en çok 18 aylık çalışma sürelerine eklenmemesi gerekmektedir¹²¹⁰. Örneğin altı ay için kurulmuş bir ödünç iş ilişkisinde dördüncü ayın sonunda ödünç alan işverenin işyerinde yasal grev başlamış ve iki aydan fazla sürmüşse, iki ayın bitimiyle birlikte ödünç iş ilişkisinin kendiliğinden sona ereceği¹²¹¹ sonucuna ulaşılması gerekmektedir.

¹²⁰⁶ *Odaman*, 49.

¹²⁰⁷ *Ekmekçi*, Ödünç, 380.

¹²⁰⁸ *Çil*, 39-40.

¹²⁰⁹ *Süzek*, 375-376.

¹²¹⁰ *Çil*, 39.

¹²¹¹ *Süzek*, 390.

Ödünç işçinin, ödünç alan işverenin işyerinde grev ve lokavt olduğunda çalışamayacağına dair yasak kanuni grev ve lokavt için öngörülmüştür. Bu nedenle kanun dışı bir grevin ödünç alan işverenin işyerinde gerçekleşmesi halinde, greve katılanların sözleşmelerinin askıda kaldığı söylenemeyeceğinden, kanun dışı greve katılan işçilerin işinde ödünç işçi çalıştırılabilecektir¹²¹².

Yasa koyucu toplu iş uyuşmazlığı esnasında ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerinde çalıştırılamayacağı yönündeki yasağa bir istisna da öngörmüştür. Söz konusu istisna, TSGLK md.39 hükmü ile ilişkilendirilmiştir¹²¹³. TSGLK md.39 hükmü gereğince “grev ve lokavt sonunda işyerinin faaliyetinin devamını sağlamak, bazı maddelerin bozulmasını önlemek, işyerini ve ülke ekonomisini korumak amacıyla bazı işçiler grev ve lokavta katılamazlar ve söz konusu işçiler çalışmak zorundadır”¹²¹⁴. İşte ödünç işçinin, ödünç alan işveren yanında gördüğü iş, TSGLK md.39 kapsamında devamlı nitelikteki zorunlu bir iş ise ödünç işçi grev ve lokavt esnasında da iş görme edimini ödünç alan işveren yanında yerine getirmeye devam edecektir¹²¹⁵. TSGLK md.43/1’de “39’uncu madde uyarınca grev ve lokavta katılamayacak işçilerden, haklı sebeple hizmet akti feshedilenlerin yerine yeni işçi alınması imkanı saklıdır” cümlesine yer verildiğinden eğer ki grev ve lokavta katılamayacak işçi kadrosunda yer alan ödünç işçi, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebilmesini sağlayacak bir davranışta bulunursa, ödünç alan işveren iş sözleşmesini derhal fesih hakkı bulunmadığından bu takdirde ödünç veren işverenden ödünç işçinin değiştirilmesini isteyebilecektir. Böylece grev ve lokavt

¹²¹² *Odaman*, 67. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 372.

¹²¹³ *Uşen*, 315.

¹²¹⁴ *Süzek*, 239.

¹²¹⁵ *Uşen*, 315. *Odaman*, 49-50.

esnasında da ödünç alan işverenin yanında yeni bir ödünç işçi, çalışmaya başlayabilecektir¹²¹⁶.

İş kanunu md.7’de getirilen düzenleme ile amaçlananın grev kırıcılığını önlemek olduğu söylenebilecektir. Bu suretle ödünç alan işverenin grevci işçilerin yerine ödünç işçi çalıştırmak suretiyle grevi etkisiz hale getirmesinin önüne geçilebilecektir¹²¹⁷. Ancak 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu(TSGLK) md.43 hükmü varken ayrıca 7. maddede bu hususun tekrar edilmesine gerek olmadığı söylenebilir. İllaki bahsedilen yasağa 7. maddede yer verilmek istendiyse TSGLK md.43 hükmünün daha açık olması adına, ödünç işçilerin greve katılan işçilerin yerine çalışamayacağının belirtilmesi yeterli olurdu¹²¹⁸. Nitekim öğretide meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine yönelik olarak öngörülen grev ve lokavtla ilgili yasağın kapsamının yerinde olmadığı ileri sürülmektedir. İş kanununun 7. maddesinin beşinci fıkrasında, ödünç işçilerin, greve katılan işçiler yerine çalıştırılmayacağı şeklinde bir ifade yer almamaktadır. Eğer ki bu yönde bir ifadeye yer verilmiş olsaydı yasağın kapsamı sadece grevci işçilerin yaptıkları işler ile sınırlandırılmış olacaktı. Oysa bu yönde bir sınırlamaya gidilmediğinden, grevci işçilerin yaptıkları işten bir işte çalışan ödünç işçilerde 7. maddenin beşinci fıkrasında yer alan yasaktan etkilenecektir. Bir diğer ifadeyle ödünç işçilerin, greve katılan işçilerin yerine çalıştırılıp çalıştırılmadığı üzerinde durulmaksızın, ödünç işçilerin çalışması ve çalıştırılması engellenecektir¹²¹⁹. İş kanununun beşinci fıkrasında yer alan grev ve lokavt ile ilgili olan yasak, aynı maddenin altıncı fıkrasında yer alan toplu işçi çıkarma ile ilgili yasağa göre

¹²¹⁶ *Odaman*, 50.

¹²¹⁷ *Süzek*, 239. *Ekmekçi*, Ödünç, 380.

¹²¹⁸ *Ekmekçi*, Ödünç, 380.

¹²¹⁹ *Uşen*, 315. *Ekmekçi*, Ödünç, 380-381.

gerçekten de eleştirilebilir bir nitelik taşımaktadır¹²²⁰. Bilim kurulunun hazırladığı tasarıda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini düzenleyen 93. maddede greve ilişkin yasak düzenlenirken, bu yasağın aynı maddenin ‘c’ bendinde “greve katılan işçilerin işleri” ile sınırlandırıldığı açıkça belirtilmiştir. Bu doğrultuda öğretide sürülen görüşlere katılmamak elde değildir.

G. Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi üç taraflı bir hukuki ilişki olduğundan sona ermesine yönelik değerlendirmelerimizi bu kapsamda yapmamız gerekmektedir. Bir diğer deyişle ödünç iş ilişkisi işverenler arasındaki işçi sağlama sözleşmesinin veya ödünç veren asıl işverenle ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesiyle ortadan kalkacaktır¹²²¹. Bir diğer deyişle ödünç iş ilişkisinin taraflarının arasındaki sözleşme ilişkilerinin sona ermesini, bu bağlamda iş sözleşmesinin ya da işçi sağlama sözleşmesinin sona ermesini oldukça geniş algılamamız gerekmektedir. Bu bakımdan tarafların anlaşması, taraflardan birinin ölümü, sözleşmenin feshedilmesi, tarafların sözleşmeye aykırı davranışları, sözleşmelerin geçersiz olması gibi durumlar ödünç iş ilişkisini sona erdirebilecektir.

aa. Tarafların Anlaşması

Hukukumuzda kabul edilen sözleşme serbestîsi gereği taraflar aralarındaki hukuki ilişkiyi anlaşarak sona erdirebileceklerdir¹²²². Tarafların aralarındaki ilişkiyi anlaşarak sona erdirme olanağı iş sözleşmesi için olduğu kadar işçi sağlama sözleşmesi içinde geçerlidir.

¹²²⁰ *Ekmekçi*, Ödünç, 381.

¹²²¹ *Süzek*, 239.

¹²²² *Serin*, 1082.

Ödünç iş ilişkisi devam ederken ödünç veren işveren ile ödünç alan işverenin yanında iş gören işçi, aralarında yapacakları bir anlaşmayla iş sözleşmesini her zaman için sona erdirebileceklerdir(ikale)¹²²³. Hemen ifade edelim ki tarafların arasındaki iş sözleşmesinin türü yani belirli süreli veya belirsiz süreli olması ikale anlaşmasının yapılması açısından önem taşımamaktadır. Ayrıca kural olarak ikale anlaşması açık olabileceği gibi örtülü de olabilir¹²²⁴. İşte ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin sona ermesinin, ödünç iş ilişkisi üzerinde yaratacağı etkiye değinilmesi gerekmektedir. Ödünç veren işveren ile ödünç işçinin aralarındaki iş sözleşmesini anlaşarak sona erdirmesi, ödünç iş ilişkisindeki bir diğer sözleşme olan işçi sağlama sözleşmesinin sona ermesine yol açmamaktadır. Bir diğer ifadeyle ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasındaki işçi sağlama sözleşmesi varlığını muhafaza etmektedir¹²²⁵. İşte varlığını koruyan işçi sağlama sözleşmesinde ödünç veren işveren, kusurlu bir davranışı ile işçi verme borcunun, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesini engellediğinden, öğretide de isabetli bir şekilde ifade edildiği üzere kusurlu imkânsızlık ortaya çıkmaktadır¹²²⁶. Kusurlu imkânsızlık nedeniyle ödünç veren işveren BK md.96'ya göre ödünç alan işverenin zararını tazmine ve bunun hukuki sonuçlarına katlanmaya mecburdur¹²²⁷. Ödünç veren işverenin, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi neticesinde sorumluluğunun doğmaması için işçi sağlama sözleşmesinde, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde işçinin değiştirilebileceği yönünde bir hükme yer verilmesi yerinde olacaktır¹²²⁸.

¹²²³ *Serin*, 1082.

¹²²⁴ *Süzek*, 395.

¹²²⁵ *Akyiğit*, Ödünç İş, 196.

¹²²⁶ *Akyiğit*, Ödünç İş, 196. *Serin*, 1082. *Eren*, 1026.

¹²²⁷ *Oğuzman-Öz*, 317. *Serin*, 1082. *Benli-Yiğit*, 30.

¹²²⁸ *Odaman*, 241. *Odaman*, Ödünç, 26.

İşçi sağlama sözleşmesi de ödünç veren işveren ile ödünç alan işverenin aralarında yapacakları bir anlaşmayla sona erdirilebilecektir. Taraflar istedikleri zaman sözleşmeyi sona erdirebilmekle birlikte BK md.12 gereğince bir sözleşme kanunen bir şekle tabi tutulmuş ise, söz konusu sözleşmenin tarafların anlaşmasıyla sona erdirilmesi de bu şekle uyularak yapılmalıdır. İş kanununun 7. maddesinin ikinci fıkrasında “geçici iş ilişkisi ... yazılı olarak yapılır ...” ifadesi yer aldığından, işçi sağlama sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Dolayısıyla işçi sağlama sözleşmesinin sona erdirilmesine yönelik anlaşma da yazılı şekilde yapılmalıdır¹²²⁹. İşçi sağlama sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte doğal olarak ödünç iş ilişkisi de sona ermekte ancak ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesi sona ermemektedir¹²³⁰. Ancak bir görüş ödünç veren işveren ile ödünç işçinin aralarında yaptıkları sözleşmede, işçi sağlama sözleşmesinin sona ermesiyle iş sözleşmesinin de son bulacağını kararlaştırmalarının mümkün olduğunu ifade etmektedir¹²³¹. Burada dikkat edilmesi gereken husus iş sözleşmesinin ödünç müddetiyle sınırlı olarak kurulmak istenip istenmediğidir. İş sözleşmesinin, işçi sağlama sözleşmesi neticesinde sona ereceği yönündeki bir kararlaştırma; işçinin ödünç veren işverenin işyerinde zaten çalışırken sonradan bir başka işverene ödünç verilmesi ve ödünç iş ilişkisi devam ediyorken işçi sağlama sözleşmesinin taraflarca sona erdirilmesi halinde geçerli olacağı belirtilmektedir¹²³². Fakat bu görüş yerinde değildir. Zira bu yönde bir kararlaştırmanın işçi ile işveren arasındaki sözleşmede yer alması, işçi açısından öngörülebilirliği ortadan kaldıracak ve iş güvencesini zedeleyecektir. Ayrıca ödünç veren işveren, işçi sağlama sözleşmesini zamanından önce sona

¹²²⁹ Benli-Yiğit, 30.

¹²³⁰ Akyiğit, Ödünç İş, 196. Serin, 1082.

¹²³¹ Akyiğit, Ödünç İş, 196. Serin, 1082.

¹²³² Akyiğit, Ödünç İş, 196.

erdirerek iş sözleşmesinin sona ermesini de sağlarsa, iş sözleşmesinin feshinde aranan makul veya geçerli nedenlere uyma yükümlülüğünden de kurtulabilecektir. Dolayısıyla işçi ile ödünç veren işveren arasındaki bu yöndeki bir anlaşmanın ödünç iş ilişkisi kurulmadan önce veya ödünç iş ilişkisi devam ederken yapılması yerinde değildir. Zaten işçi ile ödünç veren işveren isterlerse, ödünç iş ilişkisi sona erdikten sonra aralarında anlaşarak iş sözleşmesini sona erdirebileceklerdir.

bb. Ölüm

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi üç taraflı bir hukuki ilişki olduğundan bu ilişkiyi meydana getiren her bir kişi açısından ödünç iş ilişkisinin durumu ve sona erip ermediği üzerinde durulması gerekmektedir. İlk olarak ödünç işçi açısından durumu ele alacak olursak, ödünç işçinin ölümü ile birlikte BK. md.347/1 gereğince iş sözleşmesinin sona ereceğini görürüz¹²³³. İş sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak ödünç iş ilişkisi de sona erer. Bununla birlikte bazı durumların gerçekleşmesi ihtimaline karşı doktrinde çeşitli görüşler de ileri sürülmüştür. Örneğin işçi sağlama sözleşmesinde ödünç işçinin ifa imkânsızlığı bulunduğu hallerde yerine başka işçi verileceği hususunda anlaşılmışsa, işçi sağlama sözleşmesinin sona erdiğinin söylenemeyeceği belirtilmektedir¹²³⁴. Bunun gibi eğer ödünç iş ilişkisi sadece bir işçi için değil de birden fazla işçi için kurulmuşsa, bu işçilerden birinin ölümünün bütünü itibariyle ödünç iş ilişkisinin sona ermesine sebep olmayacağı da ifade edilmektedir¹²³⁵. Bu görüşlerin haklılık payına sahip oldukları ortadadır. Birden fazla işçi için kurulan durumu daha önceden de toplu ödünç iş ilişkisi olarak adlandırmış, bu durumda birden fazla işçinin aynı ödünç alan işverene verilebileceğini fakat her

¹²³³ *Serin*, 1085. *Benli-Yiğit*, 28. *Akyiğit*, Ödünç İş, 210. *Süzek*, 397.

¹²³⁴ *Benli-Yiğit*, 28.

¹²³⁵ *Serin*, 1085.

bir işçi için ödünç iş ilişkisinin kurulmasına yönelik ayrı sözleşme yapılması gerektiğini söylemiştik. Görüldüğü üzere ölen işçi için kurulan ödünç iş ilişkisi sona erecek fakat diğer işçiler için kurulan ödünç iş ilişkisi devam edecektir.

İş sözleşmeleri genel olarak işverenin kişiliği dikkate alınarak yapılmadığından ve onun borçları mirasçıları tarafından da yerine getirilebileceğinden, ödünç veren işverenin ölümü ile birlikte iş sözleşmesi kural olarak sona ermeyecektir. Bununla birlikte örneğin yaşlı bir hastaya bakmak için bir hemşireyle sözleşme yapılması gibi hallerde işverenin kişiliği göz önüne alınarak yapıldığından BK md.347/II'ye göre sona erecektir¹²³⁶. Fakat ödünç iş ilişkisi kurulabildiğine göre ödünç veren ile ödünç verilen işçi arasındaki iş sözleşmesinin, işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulmadığı kural olarak söylenebilir.

Ödünç verenin ölümü halinde iş sözleşmesinin akıbeti ile ilgili söylediğimiz bu hususlar aynı zamanda ödünç veren işverenin tarafı olduğu işçi sağlama sözleşmesi için de söylenebilecektir. Başka bir anlatımla, ödünç verenin ölümü halinde, işçi sağlama sözleşmesinde aksine bir anlaşma olmadığı müddetçe işçi verme borcu mirasçılara geçecektir. Ne de olsa işçi vermek şahsen borçlu tarafından yerine getirilmeyi gerektiren bir borç değildir¹²³⁷.

Ödünç alan işverenin ölümü halinde de ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasındaki işçi sağlama sözleşmesi sona ermeyecektir. Nitekim ödünç iş ilişkisinde ödünç alanın hak ve borçları dikkate alındığında, bunların niteliği gereği

¹²³⁶ *Süzek*, 397. *Serin*, 1085.

¹²³⁷ *Serin*, 1085.

ödünç alan işverenin şahsına bağlı olmadığı, mirasçıları tarafından yerine getirilebileceği görülmektedir¹²³⁸.

cc. Geçersizlik

Geçersizlik, geniş anlamda sözleşmelerdeki eksiklik, sakatlık ve sözleşmenin sonradan etkisizleştiği hallerin tümünü kapsayan bir kavramdır¹²³⁹. Geçersizlik sonucunda sözleşme kurulmuş, meydana gelmiş olmakla birlikte hukuk düzeni, tarafların kurdukları sözleşmeyle ulaşmak istedikleri hukuki sonucun doğmasını engellemekte, önlemektedir¹²⁴⁰. İşte ödünç iş ilişkisi açısından durumu ele alacak olursak hem ödünç veren işverenle ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin hem de ödünç veren işverenle ödünç alan işveren arasındaki işçi sağlama sözleşmesinin geçersiz sayılabilmesinin olası olduğu görmekteyizdir.

İş sözleşmesi, yapıldığı sırada tarafların ehliyetinin bulunmaması, yasanın aradığı şekil koşuluna uyulmaması, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, kişilik haklarına ve ahlaka aykırılıkları içeriğinde bulundurması veyahut konusu imkânsızsa geçersiz kabul edilecektir. İş sözleşmesi geçersiz olunca, iş hukukunun özelliği gereği, geleceğe dönük bir etki gösterir ve geçersizlik anına kadar tıpkı geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuçlarını doğurur¹²⁴¹. Yani iş sözleşmesi geçersizlik tarihinde sona ermiş gibi kabul edilebileceğinden, ödünç iş ilişkisinin de sona erdiği kabul edilecektir. Aynı zamanda iş sözleşmesinin geçersizliği yanında iptal edilmesi de söz konusu olabilecektir. İş sözleşmesinin kurulması esnasında hata, hile, ikrah(tehdit) veya gabin gibi iradeyi sakatlayan nedenlerin ortaya çıkması

¹²³⁸ *Serin*, 1085. *Benli-Yiğit*, 27-28.

¹²³⁹ *Oğuzman-Öz*, 308.

¹²⁴⁰ *Eren*, 308.

¹²⁴¹ *Süzek*, 261.

durumunda, buna maruz kalan taraf iş sözleşmesinin iptal edilmesini isteyebilecektir. İş sözleşmesi iptal edildiğinde geçmişe etkili değil geleceğe dönük olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır¹²⁴². Bununla birlikte burada da tarafların anlaşmasıyla iş sözleşmesinin sona ermesindeki açıklamalarımız hatırlanacak olursa ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasındaki işçi sağlama sözleşmesi sona ermediğinden, ödünç veren işverenin sorumluluğuna gidilebilecektir.

İşçi sağlama sözleşmesinin de geçersizliğine veyahut iptaline yönelik genel hükümler uygulanacaktır. Bu nedenle örneğin işçi sağlama sözleşmesi, hayatta olmayan veya tamamen iş görme yeteneğini kaybeden bir işçinin ödünç verilmesini içeriyorsa başlangıçtaki objektif imkânsızlıktan, işçinin kaçakçılık işlerinde kullanılmak üzere ödünç verilmesini konu ediniyorsa emredici hukuk kurallarına aykırılıktan söz edilecek ve işçi sağlama sözleşmesi geçersiz kabul edilecektir. Aynı şekilde işçi sağlama sözleşmesi, ödünç işçinin iş sözleşmesinin süresiyle sınırlandırılmışsa yahut md.7’de geçerlilik şartı olarak düzenlenen sözleşmenin yazılı yapılmasını koşuluna uyulmamışsa gene geçersizlik durumu ortaya çıkacaktır¹²⁴³. Normalde geçersizlik yaptırımı kural olarak geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur, ancak iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren geçersiz sayılması bir diğer deyişle sürekli borç ilişkisinin hükümlerinin geriye dönük olarak ortadan kaldırılması doyurucu bir biçimde gerçekleşmediğinden ve işçinin korunması ilkesine aykırı olduğundan, iş sözleşmesinin geçersizliği geleceğe dönük etki göstermektedir¹²⁴⁴. İşte bu bakımdan bir iş hukuku ilişkisi olan işçi sağlama sözleşmesinin¹²⁴⁵ de geleceğe dönük hüküm ve sonuç doğurması gerektiği söylenebilir. Nitekim ödünç iş

¹²⁴² *Süzek*, 264. *Odaman*, 273.

¹²⁴³ *Serin*, 1084.

¹²⁴⁴ *Süzek*, 261.

¹²⁴⁵ *Odaman*, 277-278.

ilişkisi işçi sağlama sözleşmesinin de içinde bulunduğu bir sözleşme ağını bünyesinde barındırmaktadır. Eğer ki en baştan itibaren işçi sağlama sözleşmesini geçersiz kabul edersek, işçinin ödünç alan işveren yanındaki iş görme ediminin iadesi gibi sorunlar ortaya çıkabilecektir. Bu nedenlerle geçersizliğin geleceğe dönük hüküm ve sonuç doğurması sonucuna varılabilir.

dd. İşyerinin Kapatılması

İşyerinin kapatılması konusu, hem ödünç veren asıl işveren hem de ödünç alan işveren bulunduğundan ikili bir ayırım yapmak suretiyle incelemesi gerekmektedir. Ödünç alan işveren açısından birbirine benzer faaliyet gösteren birden fazla işyerinin bulunup bulunmadığına bakılması gerekmektedir. Eğer ödünç alan işverenin, birbirine benzer faaliyet gösteren birden fazla işyeri varsa ve ödünç işçinin çalıştığı ödünç alan işverenin işyeri kapatılmışsa, ödünç alan işveren ödünç işçiyi rızasını da alarak diğer işyerlerinde çalıştırabilecektir¹²⁴⁶. Dolayısıyla ödünç iş ilişkisinin sona ermediği sonucuna ulaşılır. Fakat ödünç alan işverenin bir işyeri varsa ve kapatılmışsa bu takdirde ödünç iş ilişkisi sona erer. Ödünç iş ilişkisinin sona ermesi, ödünç işçi ile ödünç veren işveren arasındaki iş sözleşmesini etkilemeyeceğinden ödünç işçi ödünç alan işverenin işyerinin kapanması üzerine ödünç veren işverenin yanında çalışacak yahut kendisine ücreti çalışmadan bile olsa ödenecektir¹²⁴⁷.

İşyerini kapatmak isteyen bir işverenin, İK md.29 hükmü gereği işyerini kapatmadan en az 30 gün önce bölge müdürlüğüne ve İŞKUR'a bildirim ve işyerinde ilan yükümlülüğü mevcuttur. Ayrıca söz konusu sürenin geçmesinden sonra da işçilerin iş sözleşmesi derhal sona ermemekte, işveren bildirim sürelerine uymak

¹²⁴⁶ *Odaman*, Ödünç, 39.

¹²⁴⁷ *Odaman*, Ödünç, 39. *Benli-Yiğit*, 34.

veya bildirim sürelerine ait ücreti peşin ödeyerek iş sözleşmelerinin sona ermesini sağlayabilecektir¹²⁴⁸. İşte ödünç alan işveren işyerini kapatma usulünü işletirken ödünç veren işveren ile ödünç verdiği işçisi arasındaki iş sözleşmesi herhangi bir nedenle sona ererse ödünç iş ilişkisinin gene sona ereceği sonucuna ulaşmamız gerekmektedir¹²⁴⁹.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konuda ödünç veren işverenin işyerini kapatmasıdır. Ödünç veren işverenin işyerini kapatması, ödünç verdiği işçisiyle iş sözleşmesini de sona erdireceğinden kurulmuş olan ödünç iş ilişkisinin de sona erdiği sonucuna ulaşılması gereklidir. Bununla birlikte öğreti de ödünç alan işverenin işçi sağlama sözleşmesinde belirtilen sürenin sonuna kadar, ödünç işçiyi çalıştırabileceği ifade edilmektedir¹²⁵⁰. Bu görüşe göre ödünç alan işveren, ödünç aldığı işçiyle belirli veya belirsiz süreli bir iş sözleşmesi yapmak zorunda değildir. Zira ödünç veren işverenin işyerini kapatmasının bedelini ödünç alan işverenin ödemesi doğru değildir. Bir başka deyişle ödünç veren işverenin işyerinin kapanması halinde ödünç iş ilişkisi sona erecek olmakla birlikte ilişkinin neticelenmesi işyerinin kapanma tarihinde değil, işçi sağlama sözleşmesinde kararlaştırılan tarihte gerçekleşecektir. Hatta bu görüşe göre iş kanunu md.7/III'de ödünç alan işveren sadece işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden sorumlu tutulmuştur. Dolayısıyla ödünç alan işverenin bu sayılan alanlar dışında bir sorumluluğu mevcut bulunmamaktadır¹²⁵¹. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Sonuçta ödünç iş ilişkisinin süresinin sonuna kadar ödünç alan işveren işçiyi çalıştıracak olursa, işçinin sıfatı ne olacak bu husus bile

¹²⁴⁸ *Süzek*, 174.

¹²⁴⁹ *Benli-Yiğit*, 34.

¹²⁵⁰ *Benli-Yiğit*, 34. *Odaman*, Ödünç, 39.

¹²⁵¹ *Odaman*, Ödünç, 39.

belli değildir. Zira işçinin, asıl işvereni ile olan iş sözleşmesi sona ermiştir, yani artık işçi sıfatına haiz değildir. Ödünç alan işverenin işçiyi iş sözleşmesi olmaksızın çalıştırması halinde, işçi her türlü işi görecektir, talimatlara uyacak ama sosyal güvenlik sisteminden yararlanmasında belirsiz bulunacaktır. Çünkü iş sözleşmesi sona ermiş olmasına rağmen bu görüşe göre ödünç alan işverenin yanında çalışmak zorunda kalacaktır. Bu nedenlerle ödünç alan işverenin, iş sözleşmesi yapmaksızın ödünç işçiyi çalıştırabileceğini kabul etmektense, ödünç işçiyi hala çalıştırmayı isteyip istemediği üzerinde durarak bir ayrıma varmak daha yerinde olacaktır. Ödünç alan işveren iş sözleşmesi yapmak istemiyorsa, ödünç işçinin iş sözleşmesi sona erdiğinden artık onu çalıştıramayacaktır, kimse ödünç alan işvereni ödünç işçiyle iş sözleşmesi yapma konusunda zorlamamaktadır. Eğer ki ödünç alan işveren ödünç işçiyi çalıştırmak istiyorsa mutlaka ödünç işçiyle iş sözleşmesi bağlatması gerekmektedir. Söz konusu iş sözleşmesi md.11’de sayılan objektif koşulların varlığı halinde belirli süreli olarak bağtlanabilecektir ancak bu koşullar yoksa belirsiz süreli iş sözleşmesi yapılması gereklidir. Ödünç alan işveren işçiyi işyerinde bir iş sözleşmesi yapmaksızın çalıştırmaya devam ederse de bunun anlamı ödünç alan işverenle işçi arasında yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğudur¹²⁵². Bu takdirde hukukumuzda benimsenen iş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl belirli süreli olmanın istisna olduğu kuralından hareketle, kurulan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu sonucuna varılmalıdır¹²⁵³. Bu şekilde bir yorum tarzı işçiyi korumaya ve iş hukukunun amaçlarına daha uygun görünmektedir.

¹²⁵² *Ekmekçi*, Ödünç, 381.

¹²⁵³ *Süzek*, 200.

ee. Fesih

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ödünç işçinin iş sözleşmesinin feshine ilişkin özel bir hüküm hukuki mevzuatımızda yer almadığından, ödünç işçi veya ödünç veren işveren iş sözleşmesinin feshine dair kanunda öngörülen genel nitelikteki düzenlemelere uyarak feshi yapabileceklerdir¹²⁵⁴. Bu kapsamda hem bildirimli fesih hem de haklı nedenle derhal fesih imkânı ödünç işçinin iş sözleşmesi açısından da geçerli olacaktır. Hemen ifade edelim ki bildirimli fesih ve bunun içeriğinde yer alan peşin ödeme yoluyla iş sözleşmesinin feshi ancak belirsiz süreli iş sözleşmelerinde uygulama alanı bulabilecektir¹²⁵⁵. Ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında iş sözleşmesi kurulmadığından, ödünç veren asıl işveren iş sözleşmesinin tarafı olarak kalmaya devam ettiğinden, gerek bildirimli fesihte gerek haklı nedenle derhal fesihte ödünç alan işverenin fesih hakkını kullanması mümkün değildir¹²⁵⁶.

Haklı nedenle fesih, söz konusu sebeplerin ortaya çıkması halinde iş sözleşmesinin türüne bakılmaksızın sözleşmenin derhal sona erdirilebilmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla ödünç işçinin iş sözleşmesi ister belirli süreli ister belirsiz süreli olsun gene de iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilebilecektir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere ödünç alan işverenin feshi hakkını kullanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştik, fakat bu husus sadece fesih hakkının kullanımına ilişkin olup fesih hakkının doğumunu engellememektedir. Bir diğer ifadeyle ödünç işçi, ödünç alan işverene karşı sadakat borcuna aykırı davranmışsa yahut ifa etmekle yükümlü olduğu iş görme edimini hatırlatıldığı halde yerine getirmemişse, haklı

¹²⁵⁴ *Serin*, 1083.

¹²⁵⁵ *Akyiğit*, Ödünç İş, 199.

¹²⁵⁶ *Süzek*, 235-236.

nedenle derhal fesih hakkı doğmuş olacaktır, ancak bu hak sadece ödünç veren işveren tarafından kullanılabilir. Bu durumların ortaya çıkması halinde ödünç alan işveren, kendisine karşı ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan işçinin iş sözleşmesinin feshini veya ödünç işçinin değiştirilmesini ödünç veren işverenden talep edebileceği gibi, işçi sağlama sözleşmesini de feshedebilecektir¹²⁵⁷. Ödünç veren işveren bakımından haklı nedenle fesih hakkının sadece ödünç işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı haller ve benzerlerine aykırılık halinde değil İK md.25/I,III,IV’de belirtilen durumların ödünç iş ilişkisi esnasında vuku bulması durumunda doğacaktır. Ancak İK md.25/I,III,IV’de yer alan durumların ortaya çıkması, kanımca ödünç alan işverenin, ödünç veren işverenden ödünç işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesini talep edebilmesine olanak sağlamayacaktır. Bu gibi hallerde ödünç alan işveren, işçinin değiştirilmesini ödünç veren işverenden talep edebileceği gibi işçi sağlama sözleşmesini de feshedebilecektir. Bununla birlikte söz konusu durumlarda ödünç verilen işçinin iş sözleşmesini feshedip etmemeye yönelik takdir yetkisi ödünç veren işverendedir. İlgili fıkraların sonucu olarak iş sözleşmesi askıda kaldığından isterse ödünç veren işveren askı halini devam ettirerek işçinin işini koruma yolunu tercih edebilecektir.

Her ne kadar ödünç alan işveren, işçinin iş sözleşmesini İK md.25/II’de yer alan hallerin ortaya çıkması durumunda feshetme yetkisine sahip değilse de, bu sebeplerin ortaya çıkması nedeniyle örneğin ödünç işçinin işverenin malına zarar vermesi(md.25/II-1. bendi) gibi hallerde ödünç alan işveren zararın tazminini ödünç işçiden isteyebilecektir. Nitekim bu husus iş kanununun 7. maddesinin dördüncü

¹²⁵⁷ *Süzek*, 235.

fıkrasında, “İşçi, işyerine ve işe ilişkin olup kusuru ile sebep olduğu zarardan geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı sorumludur” ifadesiyle açıklığa kavuşturulmuştur.

Ödünç işçi de haklı nedenlerin ortaya çıkması halinde iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir. İK md.24’deki haklı nedenle derhal fesih sebepleri, ister ödünç veren işverenden ister ödünç alan işverenden kaynaklansın, ödünç işçi ödünç veren işverenle olan iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir¹²⁵⁸. Örneğin işçinin ücretinin ödünç veren işverence ödenmemesi veyahut ödünç alan işverenin işçinin kendisine ya da aile üyelerinden birine küfretmesi, sarkıntılıkta bulunması, hakaret etmesi hallerde iş sözleşmesi, ödünç işçi tarafından haklı nedenle derhal feshedilebilecektir. Ancak bir görüş ödünç veren işverenin, haklı nedenle feshe yol açabilecek bir davranışta bulunması halinde ödünç işçinin iş sözleşmesini derhal sona erdirebileceğini savunurken, ödünç alan işverenin bu yönde bir davranışta bulunması halinde ödünç işçinin derhal feshi hakkını kullanamayacağını belirtmektedir. Bir diğer deyişle ödünç alan işveren bu yönde bir davranışta bulunursa ödünç işçi, öncelikle ödünç veren işverenden geri çağrılmasını isteyecek ancak ödünç veren işveren işçinin talebi yönünde hareket etmezse işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir¹²⁵⁹. Bu görüş İK md.7/IV hükmünde yer alan “İşçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır” ifadesi dolayısıyla yerinde değildir. Zira ödünç alan işverene de iş kanunundaki tüm hak ve yükümlülükler ödünç iş ilişkisi müddetince uygulanacaktır. Ayrıca isabetli bir şekilde ödünç işçinin, İK md.24/III hükmü gereğince ödünç alan işverenin işyerinde ortaya çıkan zorlayıcı sebebin bir

¹²⁵⁸ *Süzek*, 235-236.

¹²⁵⁹ *Odaman*, 264-265.

haftadan uzun sürmesine dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedemeyeceği belirtilmektedir, çünkü zorlayıcı sebep tümüyle ödünç alan işverenden kaynaklanmaktadır¹²⁶⁰. Bir diğer ifadeyle ortaya çıkan haklı nedenle fesih sebebine ve somut olayın özelliğine bakılması yerinde olacaktır.

Şimdiye kadar ödünç işçinin iş sözleşmesinin, hem işçi bakımından hem de ödünç veren ve ödünç alan işverenler bakımından haklı nedenle derhal feshi üzerinde durulmuştur. Bunun yanında ödünç işçi ile ödünç veren işveren arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması halinde, söz konusu iş sözleşmesinin süreli feshi, geçerli nedenlerin bulunup bulunmaması, işçinin iş güvencesinden yararlanması halinde açacağı işe iade davası üzerinde de durulması gereklidir.

İş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdirilmesinde ödünç alan işverenin fesih yönünde bir hakkı bulunmadığından ödünç veren işveren veya ödünç işçi, iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdirebilecektir ve iş sözleşmesini sona erdirirken genel hükümlere uymaları gerekmektedir. Bir diğer deyişle iş kanunu md.17’de düzenlenen sürelerle uymak suretiyle fesih yapabileceklerdir. Ödünç veren işveren tarafından iş sözleşmesi süreli fesih yoluyla sona erdirilirken peşin ödeme yolu tercih edilmemişse veya ödünç işçi tarafından iş sözleşmesi süreli fesih yoluyla sona erdirilmişse, iş sözleşmesi hukuken bildirim sürelerinin sonuna kadar varlığını sürdürecektir. Bu sebeple ödünç işçi, ödünç alan işverenin yanındaki çalışmasını bildirim sürelerinin sonuna kadar devam ettirecek, bu arada doğan ücret vs. haklarını isteyebilecek, ödünç alan işverenin müteselsil sorumluluğu varlığını koruyacaktır. Ancak hatırlanırsa iş sözleşmesinin bildirim süresi verilerek feshedilmesi, bildirim süreleri esnasında haklı nedenle derhal fesih sebeplerinin ortaya çıkması halinde iş

¹²⁶⁰ *Odaman*, 264.

sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshedilmesini engellemez¹²⁶¹. Bu takdirde haklı nedenle feshe ilişkin olarak yukarıda bahsettiğimiz hususların göz önüne alınması gerekmektedir. Ayrıca iş sözleşmesi ister ödünç veren işveren ister işçi tarafından bildirim öneli verilmek suretiyle feshedilsin, bildirim süresi işlerken İK md.27 hükmü gereğince işçiye yeni iş arama izni verilmesi gerekmektedir. Bildirim süresi esnasında da ödünç işçi iş görme edimini ödünç alan işverenin yanında yerine getireceğinden, ödünç alan işveren yönetim hakkına dayanarak, işçinin iş bulma olanağına en uygun düşecek zamanlarda, işgünü içinde iznin kullanılma zamanını belirleyecektir¹²⁶². Ödünç alan işveren, yeni iş arama iznini ödünç işçiye kullandırmazsa İK md.27/III hükmüne öncelik verilmeli ve işçiye yeni iş arama izni verilmeyerek çalıştırıldığı süre karşılığında yüzde yüz zamlı ücret ödenmelidir. Söz konusu ödeme hukuki niteliği itibarıyla bir ‘ücret’ olduğundan, hesaplanacak miktarın ödenmesinden ödünç alan işverenle ödünç veren işveren işçiye karşı müteselsilen sorumlu olmalıdır¹²⁶³.

Ödünç işçi eğer iş güvencesi hükümlerinden yararlanmıyorsa, iş sözleşmesi süreli fesih yoluyla feshedilirken işveren tarafından fesih nedeninin belirtilmesi zorunluluğu mevcut bulunmamaktadır. Bununla birlikte işçilerin korunabilmesi gayesiyle işverenin fesih hakkını objektif iyi niyet kuralları çerçevesinde kullanabileceği ölçütü benimsenmiştir¹²⁶⁴. Ancak işçi iş güvencesinden yararlanıyorsa iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için İK md.18’de belirtilen işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebin bulunması gereklidir. Bir kere ödünç

¹²⁶¹ *Serin*, 1083.

¹²⁶² *Odaman*, 258. *Süzek*, 407-408.

¹²⁶³ *Odaman*, 258.

¹²⁶⁴ *Süzek*, 401,421. *Benli-Yiğit*, 33.

veren işverenin, işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri nedenine dayanarak işçinin iş sözleşmesini geçerli bir şekilde feshedebilmesi için bu nedenlerin ödünç veren işverenin işyerinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu nedenlerin ödünç alan işverenin işyerinde oluşması geçerli bir feshe dayanak teşkil etmeyecektir. Ancak ödünç alan işverenin işyerinde işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından doğan nedenlere dayanarak ödünç veren işveren, geçerli bir şekilde iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdirebilecektir¹²⁶⁵.

İş güvencesi hükümlerinin kapsamında yer alan ancak iş görme edimini ifa etmek üzere bir başka işverene gönderilen işçinin iş sözleşmesi yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle ödünç veren işveren tarafından feshedilmiş olursa, işçi pek tabii ki bu feshe karşı işe iade davası açabilecektir. Bu işe iade davası açılırken ödünç iş ilişkisinin özelliği gereği her iki işverene karşı açılıp açılmayacağı sorusu akla gelebilir. Bununla birlikte bu soruyu, Yargıtay önüne gelen benzer olaylarda verdiği kararlarla isabetli bir şekilde çözmüştür. Bu yöndeki kararlardan birinde¹²⁶⁶ yüksek mahkeme, ödünç alan işveren yanında ödünç iş ilişkisi sona eren işçinin işe iade kararının, ödünç veren işverenin işyeri için verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla işçinin iş sözleşmesi ödünç veren işverenle olduğundan, ödünç alan işverene de işe iade davasının açılabilceğini kabul etmek olanaklı değildir.

Şimdiye kadar iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal veya süreli fesihle ne şekilde sona erdirilebileceği üzerinde durulmuştur. Ayrıca süreli feshin veyahut haklı nedene dayanılarak yapılan fesihlerin, hakkın kötüye kullanılması, feshin geçersiz sayılması ya da haksız fesih olduğunun tespit edilmesi hallerinde doğan çeşitli tazminatlardan

¹²⁶⁵ *Süzek*, 236. *Benli-Yiğit*, 33.

¹²⁶⁶ Y9HD, 10.01.2005, 14466/422, *Demir*, Bireysel İş, 111. Aynı yöndeki karar için Bkz., Y9HD, 12.12.2005, 36006/39122, *Odaman*, 259. (547 no.lu dn.)

ödünç alan işverenin de sorumlu olup olmadığının üzerinde durulması gereklidir. Öğretide bu konuya ilişkin iki görüşün belirdiği görülmektedir. Bir görüşe göre iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılması veya sözleşmenin geçersiz ya da haksız feshedilmesi halinde ödünç işçi tarafından hak kazanılacak ihbar, kötü niyet, kıdem tazminatı, iş güvencesi tazminatı, dört aya kadar doğmuş olan ücret gibi işçi haklarından ödünç alan işveren de sorumlu olacaktır. Bunun nedeni ise İK md.7/IV'e dayandırılmakta ve işçi haklarına ilişkin iş kanunundaki düzenlemelerin söz konusu hüküm nedeniyle ödünç alan işverenle işçi arasındaki ilişkiye de uygulanacağı belirtilmektedir. Söz konusu görüş gereğince 7. maddenin dördüncü fıkrasında aksi kararlaştırılmamışsa ibaresi yer aldığından, işçi sağlama sözleşmesinde ödünç alan işverenin bu yükümlülüğünden kurtarılabilmesi mümkün olacaktır¹²⁶⁷. Bir diğer görüşe göre ise kanunda açık düzenleme bulunmamasından dolayı ödünç iş ilişkisi esnasında iş sözleşmesinin ödünç veren işverence sona erdirilmesi sonucunda işçiye ödenmesi gereken kıdem, ihbar, iş güvencesi tazminatı gibi işçilik haklarından ödünç alan işveren, ödünç işçinin kendi yanında çalıştığı süreyle sınırlı olarak dahi sorumlu tutulmamalıdır¹²⁶⁸. Fakat son görüş gereğince işçinin iş sözleşmesinin geçersiz feshedildiği düşünülecek olur ve mahkemece feshin geçersiz yapıldığı sonucuna ulaşırsa, işçiye ödenmesi gereken boşta geçen en çok dört aya kadarki ücretten ödünç iş ilişkisi dönemine denk gelen kısım için ödünç alan işverenin müteselsilen sorumlu tutulması gereklidir¹²⁶⁹.

Belirtilen görüşlerden ilk görüşün isabetli olduğu ve işçi yararına sonuç doğuracağı ortadadır. Nitekim iş kanunu md.7/IV'ün ifadesi de doğal olarak söz

¹²⁶⁷ *Süzek*, 236. *Benli-Yiğit*, 33.

¹²⁶⁸ *Ekmekçi*, Ödünç, 375. *Arslanoğlu*, 88.

¹²⁶⁹ *Ekmekçi*, Ödünç, 376.

konusu sonuca varmamızı gerektirmektedir. İş kanunu md.7/IV doğrultusunda bir düzenleme yapılmamış olsaydı dahi gene aynı sonuca varmamız olanaklıydı. Bilineceği üzere asıl işveren alt işveren ilişkisini düzenleyen iş kanununun ikinci maddesinin altında fıkrasında bir sorumluluk hükmü yer almaktadır. İlgili hüküm gereğince “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 sorumlu” tutulmuştur. Bu şekilde bir sorumluluğun kabul edilmesinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işverenlerin ekonomik bakımdan daha güçsüz bir konumda bulunması ve alt işverenin işçisinin yaptığı işin sonuçta asıl işverene yarar sağlaması noktasından hareket edilmektedir¹²⁷⁰. Yüklenen müteselsil sorumluluk gereğince alt işverenin işçileri, asıl işverenden ödenmeyen ücretlerini, uğradığı iş kazasından doğan tazminatları, ihbar, kıdem, sendikal ve iş güvencesi(işe başlatmama) tazminatlarını talep edebileceklerdir¹²⁷¹. Asıl işveren açısından bu sorumluluk, ödünç iş ilişkisinde de kabul edildiği gibi alt işverenin işçilerinin kendi işyerinde çalıştığı süre ile sınırlıdır¹²⁷². Ayrıca ödeme yapmak zorunda kalan asıl işverenin, yaptığı ödemeyi alt işverene rücu hakkı saklı bulunmaktadır¹²⁷³. Görüldüğü üzere asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işverenlerin alt işverenin işçileri ile olan ilişkileri, ödünç iş ilişkisindeki kadar sıkı olmamasına rağmen, asıl işveren bakımından oldukça geniş bir müteselsil sorumluluk öngörülmüştür. Nitekim asıl işveren, alt işverenin işçilerine talimat verememektedir, ancak ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işveren ödünç işçiye emir ve talimat verebildiği gibi, ödünç işçi zaten ödünç alan işverenin nam ve

¹²⁷⁰ *Eyrenci-Taşkent-Ulucan*, 45.

¹²⁷¹ *Süzek*, İş Hukuku 4. Bs., 152-153. *Aktay-Arıç-Kaplan/Senyen*, 68.

¹²⁷² *Süzek*, İş Hukuku 4. Bs., 152. *Eyrenci-Taşkent-Ulucan*, 45.

¹²⁷³ *Süzek*, İş Hukuku 4. Bs., 153. *Aktay-Arıç-Kaplan/Senyen*, 68.

hesabına iş görmektedir. Dolayısıyla ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işverenin evleviyetle ödünç işçinin ödenmeyen ihbar, kıdem, kötü niyet yahut işe iade edilmemesi halinde iş güvencesi gibi tazminatlardan müteselsilen sorumlu olduğunun kabul edilmesi gereklidir.

İncelediğimiz görüş yukarıda belirttiklerimiz gereğince yerindedir ancak ilgili görüşten, ödünç alan işverenin sorumluluğunun sadece fesih hakkının kötüye kullanılması, haksız veya geçersiz feshin sonuçları ile sınırlandırıldığı şeklinde bir sonuca ulaşılabilmesinin mümkün olduğu görülmektedir. Bununla birlikte iş sözleşmesi feshedilen işçinin ihbar tazminatı veya kıdem tazminatına hak kazanması sadece bu hallerde söz konusu olmamaktadır. Ayrıca usulüne uygun geçerli bir fesih yapıldığında da şartların varlığı halinde işçi, kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Aynı şekilde bir işçinin iş sözleşmesi makul sebeplere dayanılarak feshedilmiş ancak usule uyulmamışsa yani usulsüz fesih yapılmışsa, ihbar tazminatı da söz konusu olabilecektir. Bu nedenlerle aslında ödünç alan işverenin sorumluluğunu sadece feshin haksız, geçersiz yahut kötüniyetle yapıldığı hallerle sınırlandırmamak gerekmektedir. Bir diğer deyişle feshin geçerli yapılması yahut hakkın kötüye kullanılmadığı hallerde de ödünç alan işverenin feshe bağlanan sonuçlardan sorumlu olacağı düşünülmelidir. Aynı zamanda ödünç alan işveren yaptığı ödemeleri ödünç veren işverene iç ilişkide rücu edebilecektir.

Ödünç işçinin iş sözleşmesinin feshi halinde kıdeme bağlı haklarından ne şekilde yararlanacağına daha doğrusu ödünç iş ilişkisinin işçinin kıdemi üzerindeki etkisine kısaca değinmek yerine olacaktır. Ödünç iş ilişkisi esnasında da ödünç veren işverenle ödünç verilen işçi arasında iş sözleşmesi varlığını devam ettirmektir, nitekim EİK md.14'e görede işçinin kıdemi hesaplarken iş sözleşmesinin devam

süresi esas alınmalıdır¹²⁷⁴. Ayrıca ödünç iş ilişkisinde ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında yerine getirdiği iş görme edimi, ödünç veren işverene borçlandığı iş görme edimidir. Bu nedenlerle ödünç işçinin kıdeme bağlı haklarının hesaplanmasında ödünç alan işveren yanında geçirdiği hizmet sürelerinin de dikkate alınması gerekmektedir¹²⁷⁵. Örneğin işçinin hak kazandığı kıdem tazminatının belirlenmesinde¹²⁷⁶, iş güvencesinden yararlanıp yararlanamayacağının tespitinde, yıllık ücretli izin hakkından yararlandırılmasında ödünç alan işverenin yanında geçen hizmet sürelerin kıdem hesabına dâhil edilmesi gereklidir.

Ödünç iş ilişkisinde feshe konu olabilecek tek sözleşme ilişkisi ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesi değildir. Aynı zamanda ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasındaki işçi sağlama sözleşmesinin de feshedilebilmesi olasıdır. İşçi sağlama sözleşmesi taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi kurduğundan, sözleşmenin devamını çekilmez hale getiren bir nedenin varlığı halinde işçi sağlama sözleşmesi feshedilebilecektir¹²⁷⁷. Burada sözleşmeden dönme kavramından değil fesihten bahsetmekteyizdir. Nitekim işçi sağlama sözleşmesi de bir iş hukuki ilişkisidir ve sürekli bir borç ilişkisi kurduğundan dönmenin uygulanması adaletsiz sonuçlara yol açabileceği gibi yerine getirilmiş olan edimlerin iadesi uygun bir şekilde gerçekleşemeyecektir. İşçi sağlama sözleşmesinin tarafları bilhassa bu sözleşme ile üstlenilen borçların hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde sözleşmeyi feshedebileceklerdir¹²⁷⁸. Örneğin işçiden kaynaklı her hangi olumsuz bir durumla karşılaşan ödünç alan işveren, ödünç veren işverenden gerekçesini de belirtmek suretiyle ödünç işçinin bir başka işçiyle değiştirilmesini

¹²⁷⁴ *Süzek*, 567.

¹²⁷⁵ *Ekmekçi*, Ödünç, 382. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 380.

¹²⁷⁶ *Ekmekçi*, Ödünç, 382.

¹²⁷⁷ *Serin*, 1084.

¹²⁷⁸ *Oğuzman-Öz*, 383-384.

talep edebilecektir. Ancak ödünç veren işveren bu talebi yerine getirilmeyecek olursa ödünç alan işverenin ortaya çıkan olumsuz duruma katlanması beklenemez. Bu takdirde ödünç alan işveren, işçi sağlama sözleşmesini derhal feshetmek suretiyle ödünç iş ilişkisini sona erdirebilecektir¹²⁷⁹.

ff. Sürenin Dolması

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi, taraflarca tespit edilen sürenin bitmesiyle sona erecektir. Bir diğer deyişle, iş kanununun 7. maddesinin ikinci fıkrasında göre altı ayı geçmemek üzere kararlaştırılan veya en fazla iki kez yenilenebilen sürenin dolmasıyla bu ilişki sona erecektir¹²⁸⁰. Kanunumuz gereğince işçi sağlama sözleşmesi zaten azami bir süreyle sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin de belirli süreli iş sözleşmesi olması pek tabîî ki mümkündür. Yani sadece işçi sağlama sözleşmesinde öngörülen sürenin dolmasıyla değil ayrıca belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin, ödünç iş ilişkisi esnasında dolması halinde de ödünç iş ilişkisi sona erecektir. İşçinin belirli süreli iş sözleşmesinin ödünç esnasında sona ermesi işçi sağlama sözleşmesinin, işçi sağlama sözleşmesinin sona ermesi ise iş sözleşmesinin sona ermesine sebep olmayacaktır¹²⁸¹.

Ödünç iş ilişkisinin süresi dolduğunda işçi, ödünç veren asıl işverenin işyerine dönmek ve işveren de ona iş vermekle yükümlüdür¹²⁸². Hemen belirtelim ki ödünç işçinin, işverenin yanına dönme ve ödünç veren işverenin işçisine iş verme yükümlülüğü sadece ödünç iş ilişkisinin süresinin dolmasıyla sınırlı değildir. Aynı

¹²⁷⁹ *Odaman*, Ödünç, 38.

¹²⁸⁰ *Süzek*, 239.

¹²⁸¹ *Akyiğit*, Ödünç İş, 197.

¹²⁸² *Serin*, 1082-1083. *Ekmekçi*, Ödünç, 381. *Süzek*, 239. *Demir*, Bireysel İş, 111.

zamanda ödünç iş ilişkisinin sona ermesi sonucunu doğuran işçi sağlama sözleşmesinin geçersiz olması, feshedilmesi, anlaşarak sona erdirilmesi, ödünç alan işverenin işyerinin kapatılması gibi hallerde de ödünç işçi ödünç veren işverenin işyerine dönecek ve ödünç veren işveren tarafından kendisine iş verilecektir. Bir diğer ifadeyle işçinin ödünç veren işverenine dönmesi ve onun da işçisine iş verme yükümlülüğü, işçinin ödünç veren işverenle iş sözleşmesi devam ederken herhangi bir nedenle ödünç iş ilişkisinin sona ermesine bağlıdır¹²⁸³. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında¹²⁸⁴ davacının davalıya ait işyerinde otobüs şoförü olarak çalıştığı, davalının davacıyı ödünç işçi olarak K... firmasında görevlendirdiği, bu şekilde çalışmaların birkaç ayı geçmesi üzerine davacının davalı işverene ihtar göndererek davalı işverenin işyerinde iş verilmesini istediği olayda haklı bir neden olmadığı halde davalı işverenin davacıya kendi otobüslerinde iş vermeyerek iş sözleşmesini sona erdirdiğinin ve davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Görüldüğü üzere öngörülen geçici sürenin geçmesi ve ödünç iş ilişkisinin sona ermesiyle ödünç işçi, iş sözleşmesinin tarafı olan ödünç veren işverenin işyerinde çalışmayı sürdürmek için bir talep etme hakkına sahip bulunmaktadır. Ödünç veren işveren, ödünç verdiği işçisine kesin bir biçimde iş vermeyeceğini belirtmişse, bu durum iş sözleşmesinin haksız feshi anlamını taşır. İş sözleşmesi belirsiz süreli ise işçi, ödünç veren işverenden ihbar ve kıdem tazminatı isteyebileceği gibi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanıyorsa fesih bildirimi tarihinden itibaren bir aylık süre içerisinde işe iade davası da açabilecektir¹²⁸⁵. İş sözleşmesi belirli süreli ise, ödünç veren işveren BK md.325 hükmü gereğince sözleşme süresinin sonuna kadar işçinin eline geçebilecek miktarı ücret alacağı

¹²⁸³ *Ekmekçi*, Ödünç, 381.

¹²⁸⁴ Y9HD, 20.10.2003, 4695/ 17440, *Çankaya-Çil*, 172-173.

¹²⁸⁵ *Ekonomi*, Mesleki, 244-245.

olarak değil de tazminata esas alınacak tutar olarak ve işçinin kıdeminin 1 yılı aşması halinde kıdem tazminatını ödemekle yükümlü olacaktır¹²⁸⁶.

Ödünç iş ilişkisinin süresinin dolmasına rağmen ödünç işçi, işverene dönmez ve ödünç alan işverenin yanında çalışmaya devam ederse, bunun sonucunun ne olacağına da değinmek gerekmektedir. Bir görüşe göre üçüncü altı aylık döneminde dolmasıyla birlikte yani azami 18 ayın doldurulmasına rağmen işçi ödünç alan işverenin yanında çalışmaya devam eder, ödünç veren işveren de buna ses çıkarmazsa, artık sözleşmesinin geçici statüden çıkıp belirsiz süreli olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda ise ödünç alan işverende işveren sıfatını kazanacak ve ödünç veren işverenle, ‘birlikte işveren’ sayılarak müteselsil sorumluluğu devam edecektir¹²⁸⁷. Bir diğer görüşe göre ise, ödünç iş ilişkisinin süresi dolmasına rağmen sürdürülmesi, iş kanunundaki hükmün ihlali olarak kabul edileceğinden geçersiz olarak nitelendirilebilecektir. Ayrıca iş kanunu, md.99 ile işveren veya işveren vekili için idari para cezası öngörmüştür. Burada kabul edilen geçersizlik, ileriye yönelik olarak hüküm doğuracaktır¹²⁸⁸. Gerçekten de ödünç iş ilişkisinin süresi yenilemelerle birlikte azami 18 aylık süreyi geçemeyecektir. Bu husus md.99 ile de güvence altına alınmış ve idari para cezası ile korunmuştur. Bir sözleşmenin, kanunun emredici hükümlerine aykırılık içermesi onun geçersiz sayılmasına yol açacaktır. Dolayısıyla ödünç iş ilişkisinin süresinin dolmasına rağmen işçi hala çalışmasını ödünç alan işveren yanında devam ettirirse artık taraflar arasında geçerli bir işçi sağlama sözleşmesinin olduğu söylenemeyecektir. İşçi sağlama sözleşmesi geçersiz olmakla birlikte, işçinin hala ödünç alan işveren yanında ödünç veren işverenin izniyle

¹²⁸⁶ *Süzek*, 536. *Ekonomi*, Mesleki, 245.

¹²⁸⁷ *Demir*, Bireysel İş, 112.

¹²⁸⁸ *Mollamahmutoğlu*, 232. *Serin*, 1084.

çalışıyor olmasına bir açıklama getirilmesi gerekmektedir. Bu durum ise iş kanunumuzda düzenlemeyen ancak hukuki dayanağı olarak BK md.320'nin kabul edildiği iş sözleşmesinin devri kurumu ile açıklanabilir¹²⁸⁹. Yani ödünç alan işveren ödünç işçinin iş sözleşmesinin tarafı haline gelecektir.

Ödünç iş ilişkisi sona erdikten sonra ödünç veren işveren işçinin işyerine tekrar dönmesini istediği halde işçi, haklı bir neden olmaksızın geri dönmeyecek olursa iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın feshetmiş olarak kabul edilecektir¹²⁹⁰. Nitekim Yargıtay bir kararında¹²⁹¹ da davacı işçinin, davalı işverene ait Beylikdüzü'ndeki işyerinde çalıştığı sırada, işverenin de mallarının satıldığı başka bir işverene ait Mimaroba'daki işyerine ödünç işçi olarak gönderildiğini belirleyerek, iki aylık süre sonunda işçinin tekrar Beylikdüzü'ndeki işine ve işyerine dönmesi istendiği halde dönmemesinin iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işçi tarafından feshi anlamına geleceğini kararlaştırmıştır. Daha önceden de söz konusu karardan bahsedilmiş ve iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin mallarının satılması nedeniyle işçinin, Mimaroba'daki işyerinde de kendi işverenin işlerini yapabileceği şeklinde yorum yapılabilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Eğer işçi, gönderildiği işyerinde kendi işverenin işini görüyorsa bu takdirde bir ödünç iş ilişkisinin bulunamayacağını ifade etmiştik. Ancak ortada gerçekten bir ödünç iş ilişkisi bulunuyorsa Yargıtayın verdiği karar yerindedir¹²⁹². Bu durumda olan işçi, ihbar ve kıdem tazminatından yararlanamayacaktır¹²⁹³. Eklemek gerekir ki ödünç işçi, ödünç veren işverenin isteğine rağmen işyerine dönmez ancak ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaya devam ederse, ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında

¹²⁸⁹ *Odaman*, 246. *Ekonomi*, Mesleki, 246,247.

¹²⁹⁰ *Ekmekçi*, Ödünç, 381-382. *Süzek*, 240. *Demir*, Bireysel İş, 112.

¹²⁹¹ Y9HD, 22.09.2003, 2572/15250, *Şahlanan*, 114.

¹²⁹² *Şahlanan*, 114. *Ekmekçi*, Bireysel, 21. *Süzek*, 239.

¹²⁹³ *Demir*, Bireysel İş, 112.

yeni bir iş sözleşmesi kurulduğu kabul edilecektir¹²⁹⁴. Kurulan bu iş sözleşmesinin daha önceden de ifade ettiğimiz üzere belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu sonucuna varılmalıdır. İşçi, ödünç veren işverenle iş sözleşmesini usulsüz veya haksız feshetmiş kabul edilirse, bu durumda işçiyi işe aldığı kabul edilen ödünç alan işverenin İK md.23’de sayılan hallerde ödünç veren işverenin zararından sorumlu olacağını görürüz¹²⁹⁵. İş kanununun ilgili maddesinde sayılan hallerin bulunması durumunda ödünç alan işveren ile işçi, ödünç veren işverenin uğradığı zarardan müteselsilen sorumlu olacaktır¹²⁹⁶.

H. Meslek Edinilmemiş Ödünç İş İlişkisinin Hükümlerine Aykırılık

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili hükümlerin öngörüldüğü iş kanunumuzda 7. maddesine aykırılığın yaptırımı 99. maddede ‘genel hükümlere aykırılık’ başlığı altında düzenlenmiştir. İlgili maddenin ‘a’ bendine göre 7. maddede düzenlenen ilke ve yükümlülöklere aykırı davranan işveren veya işveren vekiline, bu durumdaki her işçi için elli milyon lira para cezası verilecektir. Kısacası 7. madde hükmüne aykırılık sonucunda idari para cezasına yer verilerek, cezai bir yaptırım öngörülmüştür¹²⁹⁷.

İş kanununun 7. maddesine aykırı davranışlar esas olarak ödünç veren asıl işveren tarafından gerçekleştirilecek olmakla birlikte, ödünç alan işveren tarafından da gerçekleştirilebilmesi olasıdır¹²⁹⁸. İşte 7. madde düzenlemelerinin ödünç iş ilişkisinde yer alan iki işveren tarafından da ihlal edilebilmesi olası olduğundan, 7. maddeye aykırılığı düzenleyen 99. maddenin yeterince açık olmadığı ortadadır. Zira

¹²⁹⁴ *Ekmekçi*, Ödünç, 381. *Benli-Yiğit*, 28.

¹²⁹⁵ *Odaman*, 248.

¹²⁹⁶ *Süzek*, 598.

¹²⁹⁷ *Benli-Yiğit*, 34.

¹²⁹⁸ *Uşen*, 317. *Ekmekçi*, Ödünç, 382. *Serin*, 1085.

idari para cezasının ödünç veren işverene mi yoksa ödünç alan işverene mi uygulanacağı belirsizdir¹²⁹⁹. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisini düzenleyen maddeye bakıldığında aykırılığın çeşitli şekillerde ortaya çıkabileceği görülmektedir. Örneğin; işçinin yazılı rızasının alınmaması, işçi sağlama sözleşmesinin yazılı olarak bağitlanmaması, geçici iş ilişkisinin azami 18 aylık süreyi aşmış olması, holding veya şirketler topluluğunun dışındaki firmalara işçinin yaptığı işten farklı bir iş için ödünç verilmesi, toplu işçi çıkarmaya gidilen yerlerde toplu işçi çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde ödünç iş ilişkisi kurulması, ödünç alan işverenin işyerindeki grev ve/veya lokavta rağmen ödünç işçinin kanuna aykırı olarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi halleri idari para cezasını gerektiren 7. madde düzenlemesine aykırı durumlar arasında sayılabilir. Bu bakımdan aykırılığın kaynağı örneğin toplu işçi çıkarılmasına gidilen işlerde ödünç alan işveren de olabilecektir. Ödünç alan işveren, toplu işçi çıkarmaya gittiği işlerde daha altı aylık süre dolmadan ödünç işçi çalıştırma yoluna gidebilir. Bu gibi durumlarda ödünç veren işveren, ödünç alan işverenin toplu işçi çıkardığını, çıkarılan işçilerin hangi işlerde çalıştığını yahut altı aylık sürenin geçip geçmediğini bilemeyebilir. Öğretide bu halde de ödünç veren işverenin idari para cezasıyla cezalandırılmasının isabetli olmayacağı ifade edilmektedir¹³⁰⁰.

Bilineceği üzere cezai sorumluluk kişiseldir. Yani ceza sorumluluğu, suçu oluşturan fiili kusurlu iradesiyle gerçekleştiren kişiye yükletilmelidir¹³⁰¹. Kanunda açık bir hüküm bulunmadıkça, bir işverenin fiiline yönelik olarak tayin edilen idari para cezasından, onunla birlikte bir başka işverenin de sorumlu tutulması

¹²⁹⁹ *Benli-Yiğit*, 34. *Ekmekçi*, Ödünç, 382.

¹³⁰⁰ *Benli-Yiğit*, 34-35.

¹³⁰¹ *Süzek*, 134.

belirttiğimiz cezaların kişiselliği ilkesine ters düşecektir. Bu bakımdan 99. maddede öngörülen idari para cezasının hangi hallerde hangi işverene uygulanacağını açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır. Ayrıca söz konusu maddedeki idari para cezası, aykırılığın devam ettiği her ay ve her işçi için şeklinde bir düzenleme getirmektense, sadece her işçi için biçimde bir düzenlemeye yer vermektedir. Bu nedenle aykırılık kaç ay boyunca devam ederse etsin, aykırılığın tespit edildiği tarihte bu durumda bulunan her işçi başına elli yeni Türk lirası tutarındaki idari para cezası tahakkuk ettirilecektir¹³⁰². Yine de 99. madde de öngörülen yaptırım her işçi için uygulandığından nispi niteliktedir. Nispi nitelikteki cezalar, her yıl yeniden değerlendirme oranında artışa tabi tutulmayacaklarından zaman içerisinde etkinliklerini ve caydırıcılıklarını kaybedebileceklerdir¹³⁰³.

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi hükümlerine aykırılık halinde idari para cezasının ödeneceği öngörülmüş olmakla birlikte, aykırılık neticesinde hukuki anlamda bir yaptırımın olup olmayacağı hususunda kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır¹³⁰⁴. Ancak bu konuda açık bir hüküm olmaması, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair hükme aykırılık neticesinde hukuki bir yaptırımın uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir¹³⁰⁵. Nitekim öğretide de hukuki yaptırımın aykırılığın niteliğine göre farklı şekillerde ortaya çıkabileceği ifade edilmekte¹³⁰⁶ ve çeşitli durumlar için uygulanması gereken hukuki yaptırım konusunda görüşler ileri sürülmektedir.

¹³⁰² *Ekmekçi*, Ödünç, 382.

¹³⁰³ *Süzek*, 732.

¹³⁰⁴ *Ekmekçi*, Ödünç, 382. *Benli-Yiğit*, 35. *Serin*, 1086. *Uşen*, 318.

¹³⁰⁵ *Serin*, 1086. *Ekmekçi*, Ödünç, 382.

¹³⁰⁶ *Ekmekçi*, Ödünç, 382.

Öğretideki bir görüşe göre, örneğin işçinin yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılmaması veya toplu işçi çıkaran işyerlerinde henüz altı ayı geçmemiş olmasına rağmen aynı işlerde ödünç iş ilişkisiyle işçi çalıştırılması hallerinde geçici iş ilişkisinin varlığından bahsedilemeyecektir. Böyle bir durumda işçi sağlama sözleşmesinde belirlenen süre kadar çalışmak üzere işçi ile ödünç alan işveren arasında belirli süreli iş sözleşmesinin yapıldığının kabulü gerekecektir¹³⁰⁷. Diğer bir görüş ise bu gibi hallerin ortaya çıkması durumunda ödünç iş ilişkisinin olmayacağını ortada olduğunu ve ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında iş sözleşmesinin kurulacağını kabul etmekte ancak iş sözleşmesinin türünün belirli süreli değil de belirsiz süreli olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu hususta da belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını objektif nedenlere bağlayan iş kanununun 11. maddesine başvurmalıdır¹³⁰⁸. Gerçekten de iş kanununun 7. maddesindeki hükümlere aykırı olarak kurulan ödünç iş ilişkisinin geçersiz olacağı ortadadır. Bununla birlikte ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında iş sözleşmesinin kurulup kurulmadığı konusunda somut olayın özelliğine bakılması gerekmektedir. Gerçekten de toplu işçi çıkarmaya gidilen bir işyerinde, toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde ödünç iş ilişkisi kurulması durumunda ödünç veren işverenin bu durumdan haberdar olması her zaman için mümkün olmayabilir. Ayrıca ödünç işçide bir başka işverenle sözleşmesel ilişkiye girmek istemiyor olabilir. Bu gibi hallerde ödünç iş ilişkisi geçersiz sayılacağından işçi, ödünç veren işverene dönmeli ve ödünç veren işverende işçisine iş vermelidir. Bunun yanı sıra ödünç iş ilişkisinin geçersiz sayılarak kararlaştırılan süreden önce sona ermesi nedeniyle sözleşmenin kurulmasında kusuru bulunan ödünç alan işveren, ödünç veren işverenin varsa

¹³⁰⁷ *Çankaya-Çil*, 149-150.

¹³⁰⁸ *Odaman*, 61-62.

zararını karşılamakla yükümlü tutulmalıdır. Ayrıca öğretide ödünç veren işverenin işçiyi zorlaması gibi hallerde, işçinin iş sözleşmesini feshedebileceği hususu da hukuki yaptırımlar arasında sayılmaktadır¹³⁰⁹. Kısacası hangi hukuki yaptırımın uygulanabileceği belirlenirken, ihlalin niteliğine bakılması gerekmektedir.

2. Türkiye’de Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi

Ülkemizde ilk kez 4857 sayılı iş kanunu ve 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu kanunu ile özel istihdam büroları yasal düzenlemeye konu olmuştur. Genel olarak işgücü piyasası faaliyetleri kapsamında yer alan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi de özel istihdam bürolarınca yerine getirilmektedir. Nitekim ILO tarafından hazırlanan 181 no.lu uluslararası sözleşmede de bu şekilde kabul edilmiştir. Ülkemizdeki duruma bakıldığında ise uzun yıllardan beri meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi yürütülmektedir. Hatta iş kanunu ile İŞKUR kanunun kabulünden sonra faaliyette bulunmaları izin belgesi alma şartına bağlanan pek çok özel istihdam bürosunun, iş aracılığının yanında başta dönemsel istihdam(dönemsel işçi sağlama/işçi kiralama) adı altında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi dâhil pek çok işgücü piyasası faaliyetinde bulundukları görülmektedir. Bununla birlikte sürekli olarak ‘meslek edinilmiş’ kavramından bahsedildiğinden, yürütülen bir ödünç iş ilişkisi faaliyetinin ne zaman meslek edinilmiş nitelik kazanacağı üzerinde durulması da gerekmektedir. Bu hususun ayrı bir başlık altında incelenmesi yerinde olacaktır.

A. İşçi Ödünç Verme Ne Zaman Meslek Edinilmiş Nitelik Kazanır

Ödünç iş ilişkisinin ne zaman meslek edinilmiş kabul edileceği sorusunun yanıtını ararken öncelikle ‘meslek’ kavramını tespit etmemiz gerekmektedir. Meslek

¹³⁰⁹ Benli-Yiğit, 36.

kavramının sözlük anlamı, “Belli bir eğitim ile kazanılan sistemli bilgi ve becerilere dayalı, insanlara yararlı mal üretmek, hizmet vermek ve karşılığında *para kazanmak* için yapılan, kuralları belirlenmiş iş¹³¹⁰”, “Bir kimsenin yaşamını sürdürmek, *geçimini sağlamak* için yaptığı sürekli iş¹³¹¹”dir. Bu tanımlardan anlaşıldığı üzere işçi ödünç vermenin, mesleki bir faaliyet olarak kabul edilebilmesi için her şeyden önce kazanç elde etme gayesinin güdülmesi ve ödünç verenin bu faaliyeti meslek edindiği kanısını uyandıracak şekilde süreklilik taşıması gerekmektedir¹³¹².

Türk hukukunda ödünç iş ilişkisinin mesleki bir faaliyet olarak yürütülüp yürütülmediğinin tespitinde yararlanabileceğimiz herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair düzenleme getiren çeşitli ülkelerde, meslek edinilmiş sayılmadan ne anlaşılması gerektiği hususu belirtilmiştir. Almanya’da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair kanun metninde değil de, gerekçesinde meslek edinmeden ne anlaşılması gerektiği yönünde bir ifadeye yer verilmiştir. Buna göre, bir işveren işyerini bütünüyle veya bir kısmı itibarıyla kazanç elde etmek amacıyla işçi ödünç vermeye özgülemişse, o işverenin işçi ödünç vermeyi meslek edinmiş olacağından söz edilecektir. İsviçre hukukunda ise iş aracılığı tüzüğünde işçinin ödünç alan işverenlere düzenli olarak ve kazanç elde etme amacıyla sağlanması halinde meslek edinilmiş şekilde işçi ödünç verilmesinden bahsedileceği belirlenmiştir. Hatta düzenli olarak işçi ödünç verme kavramına da açıklık getirilmiş ve ödünç alan işverenlerle on iki ay içinde tek bir işçinin veya işçiler grubunun kesintisiz olarak istihdamı hakkında 10’dan fazla işçi sağlama sözleşmesi yapılması halinde düzenli şekilde yapılan bir işçi ödünç verme

¹³¹⁰ <http://tdkterim.gov.tr/seslisozluk/?kategori=yazimay&kelimesec=044999>, 09.10.2008.

¹³¹¹ <http://www.birsozluk.com/1/meslek/>, 09.10.2008.

¹³¹² *Akıgüt*, Sosyal, 15.

durumundan bahsedileceği belirlenmiştir¹³¹³. Bununla birlikte İsviçre’de kazanç elde etme gayesinin doğal olarak ön planda olduğu da söylenebilecektir. Nitekim geçici istihdam bürosu, ödünç alan işverenden herhangi bir ücret veya ekonomik karşılık talep etmeyecek olursa kurulan ilişki, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinden ziyade meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi olarak algılanacaktır¹³¹⁴.

Bu bilgiler ışığına Türk hukukunda da kurulan bir ödünç iş ilişkisinin, meslek edinilmiş nitelik taşıyıp taşımadığının tespitinde faaliyetin kazanç gayesiyle yapılıp yapılmadığı ve süreklilik niteliğini taşıyıp taşımadığına bakılması yerinde olacaktır. Kazanç terimini de para yahut ücret anlamında değil de ekonomik bir menfaat şeklinde daha geniş yorumlamak yerinde olacaktır. Ayrıca bu faaliyeti yürüten geçici istihdam bürosunun fiilen kazanç elde edip etmemesi önemli değildir. Önemli olan güdülen amaçtır. Bu anlatılanların yanı sıra gerçekten ödünç veren işveren, işyerinin tümünü yahut bir kısmını meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetine özgüleyebilecektir¹³¹⁵. Kanımızca ILO sözleşmesinde de kabul edildiği üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bir özel istihdam bürosu faaliyeti olarak kabul edildiğinden, örneğin işyerinin bir kısmı meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetine tahsis edilmiş olursa, tahsis edilen kısmın özel istihdam bürosu yani özel istihdam bürolarının bir türü olan geçici istihdam bürosu olarak kabul edilmesi gereklidir.

B. İş Kanunu Ön Tasarısındaki Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisine Dair Hüküm ve Değerlendirilmesi

Yukarıdaki başlıkta ne zaman meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinden bahsedileceği tespit edilmiştir. İşte belirtilen ölçütler göz önüne alındığında uzun

¹³¹³ *Akyiğit*, Ödünç İş, 44-45.

¹³¹⁴ *Nyström*, 201.

¹³¹⁵ *Akyiğit*, Ödünç İş, 45-46.

yıllardan beri ülkemizde mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisinin yürütüldüğü de görülebilmektedir. Bununla birlikte söz konusu ilişkiye dair özel bir yasal düzenleme bulunmadığından, bu ihtiyaç hazırlanacak yeni bir iş kanununda giderilmek istenmiştir. Bu nedenlerle 4857 sayılı iş kanununun mecliste kabul edilmesinden önceki hazırlanan tasarı metninin 93. maddesinde, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi düzenlenmişti. Söz konusu madde metninin incelenmesi, o dönem için ülkemizde konuya ilişkin olarak ne gibi bir düzenlemenin getirilmek istendiğini göstereceğinden önem taşımaktadır. İş kanunu tasarısındaki madde metni aşağıdaki gibidir¹³¹⁶;

“Mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi

Madde 93

a) Başkasına(ödünç alan) işçisini ödünç vermek suretiyle gelir getirici mesleki faaliyet gösterilmesi Türkiye İş Kurumunun iznine bağlıdır.

İzin verilebilmesi için işçilerin rızalarını alarak başkalarına ödünç verecek gerçek veya tüzel kişi işverence ya da bu alanda faaliyet gösterecek özel istihdam bürosunca, amaca uygun bir işyerinin tüm unsurlarıyla kurulmuş ve yetkili mercilere bildirimlerinin zamanında yapılmış olması gerekir. Diğer şartlar çıkarılacak tüzükte gösterilir.

b) Belirli ve belirsiz süre için izin:

1)İzin verilmesinde ödünç veren işverenin aykırı ve yanıltıcı beyanlarının ya da gerçek olguları açıklamamış bulunmasının etkili olduğu anlaşılırsa,

2) İşçinin korunmasına yönelik emredici kanun hükümlerinin ağır bir şekilde veya üst üste ihlal edildiği tespit edilirse,

¹³¹⁶ <http://www.e-akademi.org/makaleler/tasari-2.htm>, 07.10.2008.

3) İzin şartlarının yerine getirilmediği belirlenirse,

Her zaman kaldırılabilir veya yenilenmez. Gerekirse, izin koşullarının yerine getirilmesi için uygun bir süre tanınabilir.

c) Aşağıda belirtilen işlerde çalıştırılmak üzere işçiler ödünç iş ilişkisine dayalı olarak başkasına verilemez:

1) Son oniki ay içerisinde toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işler için,

2) Kanuni bir grev devam ederken greve katılan işçilerin işleri için,

3) İş sağlığı ve güvenliği açısından özel tehlike taşıyan işler için.

ç) Ödünç iş ilişkisi sözleşmesi yazılı olarak yapılır. Ödünç veren işverenin işçiyle yaptığı iş sözleşmesi ve ödünç iş ilişkisi sözleşmesinde yer alması gereken hususlar ve özel şartlar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak tüzükte gösterilir.

d) Bu madde hükümlerine göre ödünç veren işveren belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırdığı işçinin sözleşmesini ödünç verme süresinin sona ermesinden itibaren üç ay içinde süreli fesih yolu ile sona erdiremez.

Belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi ödünç iş ilişkisi uyarınca başka işverene verilmediği sürece işyerinde çalıştırılmasa dahi asgari ücretten az olmamak üzere ücretinin yarısı kadar bir ücrete hak kazanır.

e) Ödünç alan işveren işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden ödünç veren işveren ile birlikte sorumludur.”

Bilim komisyonu tarafından düzenlenen madde metninin hazırlanmasında gerek Alman, gerek Fransız gerek AB Komisyonu tarafından hazırlanan Mart 2002 tarihli direktif önerisinden¹³¹⁷ esinlenildiği görülebilmektedir. Gerçekten de maddenin ‘a’ bendindeki geçici istihdam bürolarına verilecek izin süresi ve düzenlemesi Fransız hükümlerini, ‘d’ bendindeki belirsiz süreli iş sözleşmesine ilişkin hüküm Alman Hukukundaki eski senkronizasyon yasağını, hangi hallerde ödünç iş ilişkisine dayalı olarak ödünç işçi çalıştırılmayacağı yönündeki kısıtlamalar AB direktif önerisini¹³¹⁸ çağrıştırmaktadır. Genel itibariyle metnin konuya ilişkin bir düzenleme getirmesi ve temel prensipleri ele alması bakımından yerinde olduğu ortadadır¹³¹⁹. Bununla birlikte kimi düzenlemelerin üzerinde durulması da gerekmektedir.

İlgili tasarı maddesinin ‘d’ bendinde yer alan ve işçinin iş sözleşmesinin işçi sağlama sözleşmesinin sona ermesinden itibaren 3 ay geçmedikçe süreli fesih yoluyla feshedilmeyeceğini öngören hükmün, işçiyi korumak amacıyla getirildiği ve işçiye belli bir düzeyde istihdam güvencesi sağladığı söylenebilecektir¹³²⁰. Bununla birlikte işverenin süreli fesih hakkının gereğinden fazla sınırlandırıldığı ve bu sınırlandırmanın özel istihdam büroları bakımından büyük bir mali yük oluşturacağı¹³²¹ söylenebilir. Aslında geçici istihdam bürolarının belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi istihdam etmeleri engellenmemiştir. Nitekim aynı bendin ikinci cümlesinde yer alan “belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi” ifadesi de bu anlamı doğurmaktadır. Ancak belirli süreli iş sözleşmesinin kurulması ancak yasalaşan iş kanunu metninin 11. maddesinde belirtilen objektif nedenlere bağlandığından ve söz konusu nedenlerin iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin işyeri

¹³¹⁷ *Uşen*, 298.

¹³¹⁸ *Uşen*, 298.

¹³¹⁹ *Tuncay*, Tasarı, 73.

¹³²⁰ *Uşen*, 299.

¹³²¹ *Tuncay*, Tasarı, 73.

bakımından doğması gerektiğinden, geçici istihdam bürolarının belirli süreli iş sözleşmesiyle işçi çalıştırma olanağının bulunmadığı söylenebilecektir. Bir diğer yandan ‘d’ bendi yönünde bir düzenleme getirilmesinin, ödünç müddetiyle sınırlı olarak iş sözleşmesi bağtılamayı engelleme amacını taşıdığı düşünülebilir. Fakat başta AB üyesi ülkelerin uygulamalarına bakıldığında, artık ödünç işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmalarının istisna niteliğini taşıdığı söylenebilecektir. Dolayısıyla bu yöndeki bir düzenleme yerine iş sözleşmenin ödünç müddeti ile sınırlı olabileceğinin kabul edilmesi daha yerinde olurdu.

Ayrıca gene ‘d’ bendinin ikinci cümlesindeki işçilere ödünç verilmedikleri zamanlarda da asgari ücretten az olmamak üzere ücretinin yarısı kadar bir ücretin ödeneceğini öngören düzenleme, ödünç işçilere gelir güvencesi sağlamayı amaçlamışsa da çok isabetli olduğu söylenemeyecektir. Modern gelişmelere bakıldığında genel olarak işçilere ödünç verilmediği ya da iş sözleşmesinin işçi sağlama sözleşmesinin sona ermesine bağlandığı hallerde gelir güvencesi sağlanabilmesi amacıyla daha farklı yönde düzenlemelerin getirildiği görülmektedir. Örneğin İtalya’da çalıştırılabilirlik ödeneği, Fransa’da ise geçicilik tazminatı adı altında hükümler öngörülmüştür. Bizdeki tasarı hükmü söz konusu düzenlemeyi hem belirli süreli iş sözleşmesine hem de belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçiler açısından öngörmektedir¹³²². Hâlbuki ödünç işçilerle geçici istihdam büroları arasında bağtılanacak iş sözleşmesi türüne göre bir ayırım yapılması ve ödünç müddetiyle sınırlı olarak iş sözleşmesinin yapılamayacağının benimsenmesi halinde İtalyan kanunundaki, ödünç müddetiyle sınırlı iş sözleşmesi yapılabileceğinin kabul

¹³²² *Uşen*, 299.

edilmesi halinde ise Fransız sistemindeki düzenlemenin gelir güvencesi bakımından öngörülmesi daha yerinde olurdu.

İlaveten tasarının ilgili maddesinde geçici istihdam bürolarının, işçilerden sundukları hizmet nedeniyle ücret istememeleri, bu büroların çocuk işçi istihdamına alet olmamaları, ödünç alan işverenlerin ödünç işçilere haksız ayırım yapmaması gibi konuların düzenlenmemesi, söz konusu maddede eksiklikler arasında sayılmış ve eleştiriye tabi tutulmuştur¹³²³. Bu sayılan eksikliklerin madde de ayrıca sayılması ödünç işçiler bakımından var olan güvenceyi pekiştirecektir. Ancak ödünç alan işverenin ödünç işçiye eşit davranma yükümlülüğü dışında sayılan hususlar zaten iş hukukunun genel kurallarından çıkarılabilecek sonuçlar arasında yer almaktadır. Bu gibi hususlara yer verilmemiş olması eksiklik olarak algılanmamalıdır. Bununla birlikte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin taşıdığı özel hususiyet nedeniyle ödünç alan işverenin eşit işlem yükümlülüğünün kabul edilmesi ve bu yükümlülüğün sınırlarının çizilmesi gerçekten daha isabetli olurdu.

Yukarıda bahsettiğimiz ve değerlendirmeye tabi tuttuğumuz tasarı maddesinin ilgili hükümleri dışında yer alan, ‘a’ ve ‘b’ bentlerindeki meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunulabilmesi için Türkiye İş Kurumunun iznini ve verilen izinlerin iptali ile yenilenmemesini öngören, ‘c’ bendindeki meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasını sınırlandıran, ‘ç’ bendindeki işçi sağlama ve iş sözleşmesine ilişkin, ‘e’ bendindeki ödünç veren ve alan işverenlerin birlikte sorumluluklarına ilişkin hükümler isabetli bir nitelik taşımaktadır. Tasarının adı geçen maddesinin ‘a’ ve ‘b’ bentleri özel istihdam bürolarının iş aracılığı faaliyetinde bulunması için Türkiye İş Kurumu’ndan izin alması şartını benimseyen ve ‘c’, ‘ç’ ile

¹³²³ *Tuncay*, Tasarı, 74.

‘e’ bentleri kazanç amacı güdülmeksizin yürütülen meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair düzenleme getiren 4857 sayılı iş kanunu md.7 hükmü ile uyum içindedir. Bu durum meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin çeşitli hukuki kurum ve kavramlarla iç içe olduğunun da bir işareti niteliğindedir.

Daha önce belirttiğimiz üzere maddenin bütünü itibariyle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik olarak isabetli düzenlemeler getirdiği ortadadır. Bununla birlikte ifade edilen madde metnine dair aksaklıklar daha farklı bir şekilde ele alınmış olsaydı, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair daha yerinde bir düzenlemenin getirilebileceği de söylenebilecektir. Ancak asıl isabetsiz olan madde metninin tarsıdan çıkarılması ve yasanın meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik hüküm olmaksızın kabul edilmiş olmasıdır.

C. Güncel Gelişmeler

Ülkemizde iş kanunu tasarısının hazırlanması esnasında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair yasal düzenleme bilim kurulunca hazırlanan ön tasarı metni ile getirilmek istenmişse de ne yazık ki hükümetin sunduğu tasarıda ilgili hükme yer verilmemiştir. Bu durumun gerçekleşmesinde sosyal tarafların savunduğu görüşlerinde etkili olduğu söylenebilecektir. Günümüzde işçi sendikalarının ve konfederasyonlarının hala meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine mesafeli yaklaştığı görülmektedir. DİSK genel başkanı yaptığı bir konuşmasında özel İstihdam bürolarının etkinliklerini güçlendirmeyi hedefleyen, geçici işçilik, ödünç işçilik, dönemsel işçilik adları altında emek sömürsünü gündeme getirecek bir sistemin hazırlığının empoze edildiğini, hâlbuki yapılması gerekenin düzgün ve etkin işleyen, çok yönlü işleve sahip olan ve güven veren bir kamu kurumu olarak İŞKUR’un güçlendirilmesi, kurumsal kapasitesinin geliştirilmesi ve ülke genelinde hizmet

sunumunun yaygınlaştırılması olduğunu belirtmiştir¹³²⁴. Gerçekten de DİSK başta olmak üzere pek çok işçi sendikası, genel olarak özel istihdam bürolarına, özel olarak geçici istihdam bürolarınca yürütülen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetine karşı çıkmaktadırlar. İşçi sendikaları, ödünç işçilerin bir ekipmanın parçaları gibi kiralandıklarını, ödünç alan işverenlerce kullanıldıktan sonra tekrar bürolarına geri gönderildiklerini ve işçilerin ‘kullan at’ tipi ürün olarak etiketlendiğini ileri sürmektedirler¹³²⁵.

Ülkemizde işçi sendikalarının meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik olarak gösterdiği tepkiler 1990’lı yıllarda başta AB üyesi ülkeler olmak üzere çeşitli ülke işçi sendikalarınca da gösterilmiştir. Bu konudaki tepkiler meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin işçiler açısından başta ücret, sigorta primleri ve diğer işçilik hakları bakımından ciddi bir risk taşıdığı düşüncesinin yanı sıra bu tür bir çalışmanın ödünç işçiler arasında sendikalaşmanın ve toplu iş sözleşmesi hakkının kullanılmasını engellediği endişesine dayanmaktaydı¹³²⁶. Ancak değişen şartlar ve ihtiyaçlar neticesinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine getirilen yasaklamaların, sözleşme ve girişim özgürlüğü karşısında devamı uygun görülmemiş ve işçilerin bu ilişkide özel olarak korunmasını öngören hukuki sınırlamalar neticesinde söz konusu faaliyet yaygın bir uygulama alanı bulmuştur¹³²⁷. Nitekim AB ülkelerinde artık tartışma konusu olan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kabul edilip edilmemesi değil, çalışma koşullarının belirlenmesidir¹³²⁸. Çeşitli ülkelerdeki toplu iş hukuku

¹³²⁴ DİSK Genel Başkanı Süleyman Çelebi’nin İŞ-KUR 4. Genel Kurulu’nda Yaptığı Konuşma, <http://www.disk.org.tr/default.asp?Page=Content&ContentId=432&Highlight=rapor>, 07.10.2008.

¹³²⁵ *Uşen*, 325. İşçi sendika ve konfederasyonlarının görüşü hakkında daha fazla bilgi için Bkz., *Uşen*, 323-325.

¹³²⁶ *Alpagut*, Geçici, 265.

¹³²⁷ *Ekonomi*, Mesleki, 234.

¹³²⁸ *Alpagut*, Geçici, 278.

uygulamalarını ifade ederken de belirttiğimiz üzere, artık işçi sendikaları ödünç işçileri koruma ve onların çalışma koşullarını düzenleme eğilimi içerisinde.

Yaşanan ekonomik ve sosyal gelişmeler ile meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin istihdam üzerindeki olumlu etkisinin çeşitli ülke deneyimleriyle belirlenmesi ve işçileri koruyucu özel hükümlerin getirilmesinin işçi haklarına yönelik endişeleri gidermesi ülkemizdeki işçi sendikaları üzerinde de etkisini göstermeye başlamıştır. Nitekim Türk-İş 21'inci yüzyılın başlarında çoğu ülkede var olan yüksek işsizlik oranlarının, en ciddi ekonomik ve sosyal sorun olmaya devam ettiğini ve Türkiye'nin gündemindeki en önemli sorunun işsizlik, açlık ve yoksulluk, gelir dağılımındaki adaletsizlik olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla Türkiye'nin en önemli sosyal ve ekonomik sorunlarından birisi olan işsizliği çözmek için, ülkenin toplumsal dokusuna ve istihdam yapısına uygun ulusal istihdam programı uygulamaya sokulmalıdır. Bu kapsamda istihdam politikası çerçevesinde ve işsizlik sorununun çözümünde alınması gereken önlemler arasında, atipik istihdam biçimleri arasında yer alan mevsimlik, geçici, part-time, tele çalışma, eve iş verme vb. çalışma biçimlerinin, çalışanların haklarını güvenceye alacak düzenlemeler yapılarak hukuksal çerçeveye kavuşturulması gerektiği belirtilmiştir¹³²⁹.

İşçi kesimi açısından belirtilen gelişmeler yaşanırken işveren kesimi açısından da konuya değinilmesi gerekmektedir. TİSK, iş kanunu tasarısında yer alan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair hükmün yasa metnine dâhil edilmemiş olmasının çeşitli yönlerden eleştirilebilir olduğunu ifade etmektedir. Getirilen ilk eleştiri Türk hukukunda esneklik ruhuna sahip olduğu iddia edilen kanuna meslek edinilmiş

¹³²⁹ *Türkiye'nin Uygulanması Gereken İstihdam Politikaları ve İşsizlik Sorununa Çözüm Önerileri*, http://www.turkis.org.tr/source.cms.docs/turkis.org.tr.ce/docs/file/calisma_meclisi_istihdam.doc, 07.10.2008.

ödünç iş ilişkisinin dâhil edilmemesi ve bu ilişkinin sağlayacağı yararların göz ardı edilmesi noktasına yoğunlaşmaktadır. Ayrıca her ne kadar Yargıtay kararları ile yürütülen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetleri engellenmek istense de, Yargıtay'ın sağladığı koruma ancak işçilerin yargı yoluna başvurusu ile devreye girecektir. Bu nedenle yargı yoluna başvurulmadığı sürece Yargıtayın sağladığı korumadan yoksun olarak çalışan bir işçi grubunun varlığından söz edilebilecektir. Zaten meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyeti de uygulamada varlığını devam ettirmektedir¹³³⁰. Bu nedenle nitelikli işgücünü kendi portföyünde tutarak ihtiyaç duyulduğu süreçte bu işçilerin başka işletmelerde geçici sürelerle hizmet verebilmesini sağlayacak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine, ülkemiz çalışma hayatının bir an önce kavuşturulması gerekmektedir¹³³¹.

D. Anayasa Mahkemesinin Ödünç İş İlişkisine Dair Kararı

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi bilineceği üzere 4857 sayılı iş kanununun 7. maddesinde yer almaktadır. Bununla birlikte 4857 sayılı kanun kabul edildiğinde bırakın meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dahi itirazlar gelmiş ve dönemin ana muhalefet partisi, çeşitli hükümlerle birlikte md.7'ninde iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Ana muhalefet partisi, Anayasa Mahkemesine başvurma gerekçesinde, “*Geçici iş ilişkisinin, işçiyi bir meta haline getirerek onun insan olma onurunu inciten bir düzenleme olduğu, işçileri işverenlere karşı korumadığı, işçilerin çalışma ve sözleşme hürriyetini kısıtladığı, örgütlenme ve grev hakkından yararlanmalarını engellemeye müsait olduğu, işçinin iznine dayalı olarak gerçekleştirilse bile emek ticaretine yol açtığı, kötüiyetli*

¹³³⁰ Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK) XXIII. Genel Kurul Çalışma Raporu 15-16 Aralık 2007, 181.

¹³³¹ 4857 Sayılı İş Kanunu: Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri, <http://www.tisk.org.tr/hukuk/guncel.asp?id=7>, 08.10.2008.

işverenlerin işçileri cezalandırmalarına imkan verdiği, her ne kadar işçinin yazılı rızasını almak bir koşul ise de, Ülkemizdeki iş bulma zorlukları göz önüne alındığında bu rızayı vermemenin neredeyse olanaksız hale geldiği, Anayasa'nın 48. maddesindeki irade özgürlüğünü ortadan kaldırıcı etki yapabileceği, Anayasa'nın 48. maddesindeki "herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir" hükmüne de aykırı olduğu ve bu maddedeki çalışma ve sözleşme özgürlüğünü, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ilkelerle bağdaşmayacak bir biçimde, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak ve amacı aşan ölçülerde sınırlandırdığı, işçinin sürekli olarak yer değiştirmesine imkan hazırladığı için sendika kurma hakkını olumsuz etkileyeceğinden Anayasa'nın 51. maddesine de aykırı olduğu, geçici iş ilişkisi uygulamasının yaygınlaşmasının iş piyasasında rekabete dayalı bir anlayışın egemen olmasına da aracılık edeceği, emeğin çalışma koşullarının ve yaşam standartlarının en tabanda eşitlenmesi sonucunu doğuracağı ve toplu iş sözleşmelerinde işçinin pazarlık gücünü olumsuz etkileyeceğinden Anayasa'nın 53. maddesine ve adaletli ücret ilkesinin gerçekleşmesine olanak bırakmayacağı için Anayasa'nın 55. maddesine aykırı olduğu, 4857 sayılı Yasa'nın 99. maddesine göre, grev ve lokavt sırasında geçici iş ilişkisi ile işçi çalıştırılması halinde, işveren için öngörülen yaptırımın sadece 50.000.000.- TL. para cezası olduğu, 2822 sayılı Yasa'nın 39. madde hükmü saklı tutulmuş olsa da, 4857 sayılı Yasa'nın grev sırasında geçici işçi çalıştırılması halinde öngördüğü yaptırımın caydırıcılık sağlamayacak kadar düşük tutulmasının, işverenin grev sırasında geçici işçi çalıştırmak suretiyle grev hakkının kullanılmasını etkisizleştirebilmesine imkan hazırladığı, bu nedenlerle Anayasa'nın 54. maddesine de aykırı olduğu, Anayasa'nın 51., 53., 54. ve 55. maddelerindeki hakları Anayasa'nın 13. maddesindeki ilkelere

aykırı biçimde sınırlandırdığı, ayrıca Anayasa'nın 2., 5. ve 11. maddelerine de aykırı olduğu¹³³², söylemine dayanmıştır.

İptal davasının açılmasında ileri sürülen bu hususlar işçi sendikalarının söylemi ile benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte ileri sürülen ve itiraz konusu yapılan bu hususların, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır¹³³³. Gerçekten ileri sürülen, “işçiyi bir meta haline getirerek onun insan olma onurunu inciten bir düzenleme”, “işçinin iznine dayalı olarak gerçekleştirilse bile emek ticaretine yol açtığı”, “işçinin sürekli olarak yer değiştirmesine imkan hazırladığı için sendika kurma hakkını olumsuz etkileyeceğinden Anayasa'nın 51. maddesine de aykırı olduğu”, “emeğin çalışma koşullarının ve yaşam standartlarının en tabanda eşitlenmesi sonucunu doğuracağı ve toplu iş sözleşmelerinde işçinin pazarlık gücünü olumsuz etkileyeceğinden Anayasa'nın 53. maddesine ve adaletli ücret ilkesinin gerçekleşmesine olanak bırakmayacağı için Anayasa'nın 55. maddesine aykırı olduğu” gibi gerekçelerin bariz bir şekilde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik getirilen eleştiriler olduğu açıktır. Zira meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi istisnai bir nitelik taşımakta olup, ileri sürülen bu hususların istisnai nitelik taşıyan haller için dayanak noktası olarak kabul edilmesinin oldukça güç olduğu ortadadır. Bu itibarla da diğer ülkelerin mevzuatları hiç incelenmeksizin bahsettiğimiz gerekçelerle iptal davası açılarak, öğretide isabetle belirtildiği üzere “bilgisizlik örneği¹³³⁴” sergilenmiştir¹³³⁵.

Anayasa Mahkemesinin bahsedeceğimiz kararı, md.7'nin iptali için başvurulmuş ve yukarıda ifade ettiğimiz gerekçelerden bakımından önem taşımaktadır. Zira

¹³³² <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/amk2003-66.htm>, 26.05.2008.

¹³³³ *Ekonomi*, Mesleki, 261.

¹³³⁴ *Ekonomi*, Mesleki, 256.

¹³³⁵ *Ekonomi*, Mesleki, 256,261.

Anayasa Mahkemesi verdiği kararında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik olarak ileri sürülebilecek olan hususların aslında Anayasaya aykırılık taşımadığını ayrıntıları ile birlikte açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi kararında¹³³⁶, “Çeşitli hukuk sistemleri incelendiğinde, ödünç iş ilişkisi olarak da adlandırılan geçici iş ilişkisinin hemen her ülkede mevcut olduğu görülmektedir. Bu ilişkinin düzenlenmesinde karşılaştırmalı hukukta farklılıklar görülebilmektedir. Ancak, bu uygulamanın olduğu bütün ülkelerdeki ortak görünüş, ödünç işçi istihdam edilmesinin gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde firmaların rekabet gücünü artırdığı gerçeği ...” olduğunu tespit ettikten sonra “...Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, özel kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmeleri demektir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devletin, özel kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda, özel kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir.

Sözleşme iki taraflı bir hukuki işlem olup, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun surette irade açıklamalarıyla meydana gelir. Kuralda, işçinin özgür iradesiyle katıldığı iş ilişkisi devam ederken, işçinin yazılı olarak belirttiği iradesiyle geçici iş ilişkisi kurulmaktadır.

Geçici iş ilişkisinin kurulması konusunda işçinin yazılı irade beyanını zorunlu kılan, bu konuda karar verme yetkisini sadece işverene bırakmayan kuralın Anayasa'nın 48. maddesine aykırı olduğundan söz edilemez.

¹³³⁶ AYM, 19.10.2005, E.2003/66, K.2005/72, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/amk2003-66.htm>, 26.05.2008.

Devralan işveren ile işçi arasındaki ilişki geçici nitelikte olup işçinin, devreden (asıl) işveren ile iş akdi ve (asıl) işverenin sorumluluğu devam etmektedir. Devralan işverene karşı işçinin sendika ve toplu iş sözleşmesi hakkının olması ise biçimsel olarak gerekli değildir. Geçici iş ilişkisinde, asıl işveren ile işçi arasındaki iş akdi, toplu iş sözleşmesi, asıl işverene yönelik olarak (işçi bakımından) sendikal hak ve ilişki ile asıl işverenin ücreti ödeme yükümlülüğü de devam etmektedir.

İşçi aynı anda iki ayrı sendikaya üye olamayacağından, geçici iş ilişkisinin kurulduğu iş kolu açısından sendika üyeliğinin tanınmaması Anayasa'nın 51. maddesinin dördüncü fıkrasının gereğidir. Söz konusu anayasal sınır gereğince de zaten Anayasa'nın 53. maddesindeki toplu iş sözleşmesi hakkından söz edilemeyecektir. Kuralda işverenin ücret ödeme yükümlülüğü devam ettiğine göre, Anayasa'nın 55. maddesine aykırılık da bulunmamaktadır.

7. maddenin ikinci fıkrasında, geçici ilişkisi ... gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir" denilmekte ancak, yenilemenin nasıl yapılacağı konusunda başkaca açıklama yer almamaktadır. 7. maddenin birinci fıkrasına göre, devir sırasında yazılı rızası alınan işçinin ikinci fıkraya göre iş ilişkisinin yenilenmesi durumunda yine rızasının alınması gerekliliği, işçi bakımından hukuki güvence niteliğindedir.

Öte yandan, günümüzde birçok nedenle değişen ticari ve ekonomik koşullar, iş idaresi yönünden esnek çalışma yöntemlerini gerekli kılmaktadır. Bunun bir sonucu olarak ortaya konulan geçici iş ilişkisi esnek çalışma şekillerinden birisi olarak değerlendirilmektedir. Kuralla, uygulamada ortaya çıkan bu çalışma türü yasal düzenlemeyle belirli ilkelere bağlanmış, tarafların sorumlulukları, borçları ve bu çalışma türünün sınırları belirtilmiştir.

İşçi ile işveren arasında hak ve yükümlülükler konusunda Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülere uygun olduğu görülen kural, Anayasa'nın 2., 5., 13., 48., 49., 51., 53. ve 55. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenilen kuralın Anayasa'nın 11. ve 54. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir ...” ifadelerine yer vererek, md.7 hükmü açısından iptal isteminin reddine oybirliği ile karar vermiştir.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, 7. madde düzenlemesini aslında ödünç iş ilişkisine ilişkin genel bir düzenleme olarak ele almıştır. Bunun yanı sıra 7. madde de Anayasaya aykırılık bulunmadığı tespit edildiği gibi, aykırılık için esas alınan maddelerden biri olan md.48'deki sözleşme ve girişim özgürlüğüne ilişkin hükmün, ödünç iş ilişkilerinin pozitif hukuk açısından en önemli dayanağını oluşturduğu isabetli bir şekilde belirlenmiştir¹³³⁷. Anayasa Mahkemesi kararında geçen Anayasanın sözleşme ve girişim özgürlüğünü içeren 48., temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasına dair 13., hukuk devleti ilkesine yer veren 2. maddeleri meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından özel bir önem taşımaktadır. Bu itibarla taşıdığı önem dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararının iş kanununun 7. maddesiyle ilgili görüşlerinin bütününe yer verilmek istenmiştir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabilirliği kısmında yeri geldikçe söz konusu karardan tekrar bahsedilecektir.

E. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinin Ülkemizde Uygulanabilirliği Sorunu

Ülkemizde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabilirliği konusunun ayrıntılarına 4857 sayılı yasadan önceki dönem ve 4857 sayılı yasadan sonraki

¹³³⁷ *Ekonomi*, Mesleki, 256-257.

dönem olarak değinmek yerinde olacaktır. Zira bahsedilen dönemlere ilişkin olarak yürürlükte bulunan yasal çerçeve dolayısıyla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabilirliği konusunda farklı sonuçlara ulaşılabilmesi mümkün gözükmemektedir.

aa. 4857 Sayılı Yasadan Önceki Dönem

Anayasa Mahkemesi tarafından şekil yönünden iptal edilen ve 1475 sayılı yasadan önce gelen 931 sayılı iş kanunumuzda iş aracılığı bir kamu hizmeti olarak algılanarak iş ve işçi bulma faaliyetinin yürütülmesi bakımından devlete tekel hakkı tanınmıştı. İşte söz konusu kanunun 85. maddesinin birinci fıkrasında açıkça kazanç amacı güdülerek iş aracılığı yapılması ve bu amaçla büro açılması yasaklanmıştı. Aynı hükme, 1475 sayılı kanunun da 85. maddesinin birinci fıkrasında “İşçilere iş ve işlere işçi bulmak için, kazanç amacıyla olsun veya olmasın faaliyet gösterilmesi, çalışılması veya büro açılması yasaktır” ifadesiyle yer verilmiştir. Bununla da yetinilmemiş 931 sayılı kanundan farklı olarak 105. maddede, genel hükümlere göre verilecek eyleme uygun cezaların yanı sıra 1475 sayılı kanunda öngörülen cezalarında uygulanacağına yer verilmiştir¹³³⁸.

İş aracılığına ilişkin mevzuatta böylesine açık bir düzenleme bulunmaktayken ayrıca BK md.320 hükmü mevcut bulunmaktaydı. Daha önceki açıklamalarımızdan da hatırlanacağı üzere BK md.320, işverenin işçiden işin görülmesini talep hakkını, işçinin onayı ile başkasına devredebileceği yönünde bir düzenleme içermekteydi. İşte bu hükmün 4857 sayılı yasadan önceki dönem için ödünç iş ilişkisine dair temel ilkeyi koyan bir nitelik taşıdığı ifade edilmekteydi¹³³⁹. Her ne kadar BK md.320 hükmünün meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini de içerecek şekilde genel anlamda

¹³³⁸ *Baştizeri-Şuğle*, 66,69.

¹³³⁹ *Ekonomi*, Mesleki, 237,256.

ödünç iş ilişkisinin dayanağı olduğu düşünülebilse de iş kanunlarındaki iş aracılığını yasaklayan hükümlerin mevcudiyetinden dolayı öğretide genel olarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanamayacağı ifade edilmişti.

Gerçekten de bir görüşe göre o dönemki düzenlemeler çerçevesinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunulması imkânı bulunmamaktaydı. Bu nedenlerle BK md.320’de yer alan hüküm meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkilerinin temelini oluşturmaktaydı¹³⁴⁰.

Bir diğer görüşte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinin yasak olduğunu belirtirken uygulanacak yaptırım konusunda çeşitli ihtimaller üzerinde durmuştur. O dönem için hukukumuzda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ayrıca düzenlenmediğinden, benzer bir işlev gören iş aracılığına ilişkin hükümler kıyasen bu tür iş ilişkisine de uygulanmalıdır. Dolayısıyla taraflar arasındaki ilişkinin geçici nitelikte olup olmadığına bakılarak ikili bir ayrıma gidilmiştir. Eğer ki; taraflar arasındaki ilişki geçici bir süre devam etmişse, ödünç alan ile ödünç veren arasındaki sözleşmenin işçi teminine ilişkin kısmı hukuka aykırı ve ödünç iş ilişkisi geçersiz olacaktır. Ödünç alan ile işçi arasındaki iş ilişkisi de taraflar arasında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı bulunmadığından geçersiz bir iş sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir. Bu durumda Yargıtayın 18.06.1958 tarihli (20 Esas/9 Karar) İçtihadı Birleştirme Kararı ile ortaya koyduğu genel ilke uyarınca iş ilişkisinin geçersizliği ileri sürüldüğü ana kadar geçerli bir sözleşmeymiş gibi hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Bununla birlikte ikinci ihtimal de ödünç iş ilişkisi olarak başlayan ilişkinin geçici sayılmayacak bir süre devam etmesidir. Böyle bir durumda ise muvazaalı bir sözleşme ile iş aracılığı yapıldığı, tarafların gerçek iradesine uygun

¹³⁴⁰ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 141.

olarak ödünç alan ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesinin kurulduğu sonucuna varılmalıdır¹³⁴¹. Söz konusu görüş her ne kadar meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanamayacağı yönü ile öğretideki hâkim görüş ile aynı doğrultuda ise de kurulan bir ödünç iş ilişkisinin geçici nitelikte olup olmadığı hususunda tartışma ve ispat sorunları yaratabilecek nitelikteydi.

Bunlardan başka bir diğer görüşte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunmanın Türk hukukunda herhangi bir makamın iznine bağlanmadığı, izin ya da lisans koşulu arayan çeşitli hukuk sistemlerinden farklı olarak izinsiz biçimde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunmanın işçi sağlama sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmayacağından bahsetmekteydi¹³⁴². Bu görüş ilk bakışta iş aracılığını yasaklayan hükme rağmen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin sanki uygulanabileceği izlenimi vermektedir. Ancak söz konusu faaliyetin yürütüleceği açıkça ifade edilmemektedir. Aksine söz konusu ilişkinin kuruluşu, içeriği, tabi olacağı sınırlar ve tarafları arasındaki ilişkinin açıkça bir yasayla düzenlemesi gerektiği, BK md.320/II'nin ortaya çıkabilecek ihtilafları çözmede yeterli olamayacağı belirtilerek¹³⁴³ daha ziyade bir tespitle bulunmak istendiği söylenebilecektir.

Aktarılan görüşler gereğince 4857 sayılı kanundan önceki dönem için meslek edilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabilir olduğunu söylemenin zor olduğu düşünülmektedir. Gerçekten de yasal mevzuat gereğince iş aracılığı açıkça yasaklanmıştır. Bir diğer deyişle kanunlarımız ile işgücü piyasası faaliyetlerinin yürütülmesinde ve yönetilmesinde kamu istihdam kurumumuz olan İş ve İşçi Bulma

¹³⁴¹ *Engin*, Değerlendirme, 9.

¹³⁴² *Akyiğit*, Ödünç İş, 206-207.

¹³⁴³ *Akyiğit*, Ödünç İş, 221.

Kurumumuza tekel hakkı tanındığı görülmektedir. Her ne kadar meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi hukuki anlamda değilse de ekonomik anlamda iş aracılığı sayılmaktadır. Dolayısıyla işgücü piyasasına ilişkin tekel hakkıyla donatılmış bir kamu istihdam kurumunun varlığı karşısında özel kuruluşların meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunabileceğini söylemek pek de olanaklı görülmemektedir. Nitekim asıl tartışmanın başladığı dönem olarak karşımıza 4857 sayılı yasadan sonraki dönem çıkmaktadır.

bb. 4857 Sayılı Yasadan Sonraki Dönem

Esnekliğin ürünü olduğu da kabul edilen 4857 sayılı iş kanunumuzdan sonraki dönem için bir değerlendirmede bulunabilmemiz için öncelikle hukuk sistemimizdeki ödünç iş ilişkisi, işe aracılık ve özel istihdam büroları ile ilgili düzenlemelerin neler olduğundan bahsedilmelidir. Zira tespit edilen düzenlemeler meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabilirliği sorununa dair ipuçlarını verecektir. İlk akla genel 4857 sayılı kanun md.7'dir. Söz konusu maddenin Bilim Kurulu tarafından hazırlanan ön taslağındaki halinde son fıkrasında 'ödünç iş ilişkisinin mesleki faaliyet olarak yürütülmesine ve özel istihdam bürolarının iş aracılığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır' yönünde bir ifade yer almaktayken, sonradan metinden çıkarılmıştır¹³⁴⁴. Bundan başka 4857 sayılı kanun md.90'da ise iş ve işçi bulmaya aracılık görevi ile ilgili bir düzenleme bulunmaktadır. İş kanununun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra da 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu kanunu çıkartılmış olup, kanunun ikinci kısmında 17 vd. maddelerinde özel istihdam bürolarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Gerçekten de iş mevzuatında kanun bazında özel istihdam büroları ve meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili özel

¹³⁴⁴ *Ekonomi*, Mesleki, 251.

düzenlemelere, iş kanununda ve Türkiye İş Kurumu kanununda rastlanabileceği düşünülebilir. Ancak ne iş kanununda ne de Türkiye İş Kurumu kanunda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili veya bu faaliyeti çağrıştıracak herhangi bir hüküm veya ifade yer almamaktadır.

İşe aracılık ile ilgili olarak düzenlemeler sadece kanunlarda yer almamaktadır. Aynı zamanda çeşitli yönetmeliklerinde hazırlandığı görülmektedir. Türkiye İş Kurumu kanunu kabul edildikten kısa bir süre sonra 19.02.2004 tarihli resmi gazetede yayınlanarak özel istihdam büroları yönetmeliği çıkarılmıştır. Bu yönetmelik yakın bir zamanda yürürlükten kaldırılmış ve yerine 01.08.2008 tarihinde resmi gazetede yayınlanan aynı adı taşıyan ‘özel istihdam büroları yönetmeliği’ yürürlüğe girmiştir. Söz konusu yönetmeliğin 5. maddesinde özel istihdam bürolarının faaliyetleri sayılmış olup birinci fıkrada kanunla uyumlu olarak “Özel istihdam büroları, yurt içi ve yurt dışında iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyeti ile işgücü piyasası, istihdam ve insan kaynaklarına yönelik hizmetlerde bulunabilirler. Ancak, kamu kurum ve kuruluşlarında iş ve işçi bulma faaliyetlerinde bulunamazlar” hükmü yer almaktadır. Ancak ikinci fıkrasında “Özel istihdam büroları, mesleki olarak geçici iş ilişkisi düzenleme faaliyetinde bulunamazlar” yönünde bir ifade bulunmaktadır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili bir hükme, yönetmelikte yer verilebileceği haklı olarak düşünülememektedir. Çünkü yönetmelik hükmü ile kanunda yer almayan bir yasaklama getirilmek istenmiştir. Peki, gerçekten söz konusu hüküm geçerli bir hukuk kuralı olarak işlem görecektir midir?

Bir hukuk kuralından bahsedebilmemiz için bunun bir olguyu düzenlemesi, bu olguya yönelik olarak davranış yükümünü tespit etmesi ve buna uygun yaptırımı belirlemesi gerekmektedir. Bu şekilde herkes için ve her olay için uygulanması

amacıyla oluşturulan hukuk kurallarının en önemli ayırt edici özelliği olarak karşımıza devletin zorlayıcı gücüyle pekişmiş olması çıkmaktadır¹³⁴⁵. Dolayısıyla özel istihdam büroları yönetmeliğinin ilgili hükmünün ihlali halinde Türkiye İş Kurumu kanununda öngörülen idari para cezaları uygulanabilecek midir yahut meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunan bir özel istihdam bürosuna verilen izin belgesi iptal edilebilecek yahut yenilenmeyebilecek midir?

Türkiye İş Kurumu tarafından verilen iznin iptaline ve yenilenmemesine dair hüküm Türkiye İş Kurumu kanunu md.18’de düzenlenmiştir. 18. madde metnine bakıldığında, özel istihdam bürolarının meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunması hususu açıkça sayılmamıştır. Dolayısıyla söz konusu yaptırımın uygulanabilmesi kanunen mevzu bahis değildir. Ancak gene de 18. madde de geçen “izin verilmesi veya yenilenmesi için aranan şartların taşınmadığı veya kaybedildiği tespit edilmiş” ibaresi üzerinde durulması yerinde olacaktır. Bir özel istihdam bürosuna faaliyette bulunma izni verilmesi için gereken şartlar, Türkiye İş Kurumu kanununun 17. maddesinde, özel istihdam büroları yönetmeliğinin ise 6 vd. maddelerinde sayılmıştır. Bu şartların hiç birisinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunmama ya da bulunmayacağı yönünde taahhütte bulunma sayılmamaktadır. Bu bakımdan sırf meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyeti dolayısıyla, iznin iptali veya yenilenmemesinin kanun veya yönetmelikte bir dayanağı yoktur. Hemen ilave edelim ki İŞKUR, özel istihdam bürosuna verilen izni sırf meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunuyor diye yenilemeyecek olur yahut iptal edecek olursa Türkiye İş Kurumu kanunu md.18/son hükmü gereğince kuruma itiraz ve idari yargı yoluna başvurma yolu açıktır.

¹³⁴⁵ *Serozan*, 6-7,32.

İdari para cezası uygulanma ihtimaline bakıldığında ise, bu konuda karşımıza iş kanunu md.106, Türkiye İş Kurumu Kanunu md.20 ve “4904 Sayılı Türkiye İş Kurumu Kanununun 20’nci Maddesine ve 4857 Sayılı İş Kanununun 108’inci Maddesine İstinaden Uygulanacak İdari Para Cezaları Hakkında Tebliğ” çıkmaktadır. Bahsedilen hükümlerin hiç birisinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunma neticesinde idari para cezası uygulanacağı öngörülmemiştir. Dolayısıyla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunan özel istihdam bürolarına, bu yolla da caydırıcılık sağlanamayacaktır. Görüldüğü üzere özel istihdam büroları yönetmeliği md.5/II’de bulunan hükmün bir uygulanabilirliği yoktur.

Yönetmelikte adı geçen hükmün uygulanamayacağı konusunda yukarıda anlatılanlara değinilmesine dahi aslında gerek yoktu. Zira meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunulamayacağı yönündeki hüküm yönetmelikte yer almaktadır. Yönetmeliklerin hazırlanmasındaki sebep unsurunu bir kanun veya bir tüzük oluşturmaktadır. Bir diğer deyişle yönetmelikler, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak amacıyla çıkarılmaktadırlar. Bu niteliklerinden dolayı yönetmelikler, dayandıkları üst hukuk kurallarına aykırı hükümler ihtiva edemezler¹³⁴⁶. Dolayısıyla kanunun daha önce düzenlemediği bir alanda yönetmelik yapılması veyahut yönetmelik hükmü meydana getirilmesi mümkün değildir¹³⁴⁷. Hâlbuki özel istihdam büroları yönetmeliğinin adı geçen hükmü ile kanunda bulunmayan bir yasak oluşturulmuştur. Bu nitelikleri itibariyle yönetmelikte getirilen düzenleme, dayanağını teşkil eden Türkiye İş Kurumu kanununun kapsamını ve

¹³⁴⁶ Özbudun, 248. *Günday*, 105,197.

¹³⁴⁷ *Günday*, 105

sınırlarını aşmaktadır¹³⁴⁸. Hukuken sakat bir nitelik taşıyan yönetmeliğin beşinci maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin yok hükmünde olduğu düşünülebilecektir. Yönetmelikler de birer idari işlem olduğundan, idari yargı denetimine tabidir¹³⁴⁹. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunan herhangi bir özel istihdam bürosu hakkında İŞKUR, yönetmeliğin md.5/II hükmü dolayısıyla işlem yapacak olursa, hakkında işlem yapılan özel istihdam bürosunun idari yargıya hükmün iptali için başvurma olanağı mevcuttur.

Tüm bu anlatılanlardan hukuk sistemimizde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair açık ve *geçerli* bir hükmün bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Gerçekten de öğretilde bazı yazarlar, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinin 4857 sayılı iş kanununda ve diğer yasal mevzuatta gerekli denetim mekanizmalarıyla birlikte düzenlenmemesinin, bu konunun yaratacağı hukuki sorunların bertaraf edilmesi yönünde boşluk oluşturacağını ifade etmişlerdir¹³⁵⁰. Aynı şekilde Türkiye’de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin, kanunda yer almadığı gibi herhangi bir düzenleme konusu da yapılmadığı belirtilmektedir¹³⁵¹. Bu ifadeler hukukumuzda kanun boşluğu bulunup bulunmadığı sorusuna yöneltilmektedir. Bu itibarla da kanun boşluğundan ne anlaşılması gerektiğine değinilmelidir.

aaa. Kanun Boşluğu Kavramı

Kanun boşluğu genel olarak *gerekli ve zorunlu* bir kanuni düzenlemenin yapılmamış olması şeklinde tanımlanmaktadır¹³⁵². Bir diğer ifadeyle somut olaya

¹³⁴⁸ *Günday*, 197

¹³⁴⁹ *Özbudun*, 248.

¹³⁵⁰ *Arslanoğlu*, 55. *Odaman*, 79.

¹³⁵¹ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 345. *Odaman*, 80.

¹³⁵² *Kırca*, 91. *Kalabalık*, 65.

uygulanabilecek olan bir hukuk kuralı bulunmamaktadır¹³⁵³. Dolayısıyla kanun koyucu, hukuk sisteminde düzenlenmemiş olan bir konuda yeni kurallar koyma imkânına sahipken bunu yapmamışsa, genel olarak bir kanun boşluğundan bahsedilecektir¹³⁵⁴. Nitekim meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi durumunda böyle bir durumun gerçekleştiği söylenebilecektir. Bilim kurulu tarafından hazırlanan ön tasarı metninde md.93’de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair hüküm düzenlenmiştir. Bu durum aslında kanun koyucunun eline meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini kanunlaştırma fırsatının verildiğini göstermektedir.

Kanun boşluğu kavramı ile sadece somut olaya uygulanacak hiçbir hukuk kuralının bulunmaması anlatılmamaktadır. Kimi zaman somut olaya uygulanabilecek bir yasa kuralı mevcut bulunmakla birlikte, bu kuralın somut olaya olduğu gibi uygulanması çıkarlar dengesine ters düşebilir ve kuralın çıkarlar dengesine uygun bir şekilde uyarlanması gerekebilir. Bazen de mevcut yasa kuralı aynı değerdeki bir başka yasa kuralı ile çatışmaktadır veyahut yasa kuralı günün koşullarının çok gerisinde kalmış, eskimiş ve güncel olaylara uygulanamayacak hale gelmiş olabilir. Tüm bu hallerde de kanun boşluğundan bahsedilecektir¹³⁵⁵.

Kanun boşluğunun çeşitli durumlarda ortaya çıkması, farklı şekillerde sınıflandırılmalarına yol açmaktadır. Genel olarak bu sınıflandırmayı bilinçli ve bilinçsiz boşluklar, açık ve örtülü boşluklar, gerçek ve gerçek olmayan boşluklar

¹³⁵³ *Zevkliler-Acabey-Gökyayla*, 103. *Oğuzman-Barlas*, 76.

¹³⁵⁴ *Kalabalık*, 65. Öğretide kanun boşluğu yanında hukuk boşluğu kavramından da bahsedilmektedir. Buna göre hukuk boşluğu, kanun boşluğunu da kapsayan daha geniş bir anlamı ifade etmektedir. Yargıç kanunda somut olaya uygulanacak kuralı bulamadığında hemen bir hukuk boşluğundan bahsedilemeyecektir. Zira TMK md.1 gereğince yargıç örf ve adet hukukunda olaya uygulanacak bir kural bulunup bulunmadığına da bakmalıdır. (*Zevkliler-Acabey-Gökyayla*, 103). Yani hukuk boşluğu kavramı, hukuki uyumsuzluk hakkında ne kanunda ne de örf ve adet hukukunda uygulanabilecek bir kuralın bulunmaması halini ifade etmektedir. (*Zevkliler-Acabey-Gökyayla*, 103. *Kalabalık*, 65).

¹³⁵⁵ *Zevkliler-Acabey-Gökyayla*, 103.

olmak üzere üçe ayırmak mümkündür¹³⁵⁶. Bu boşluk türlerinden bilhassa açık ve örtülü boşluk ile gerçek boşluk ve gerçek olmayan boşluk türleri konumuzla alakalı görülmektedir.

Hukuki bir çözümü gerektiren ve kanun tarafından düzenlenmesi gereken bir konuda, kanunda uygulanabilir bir hükmün yer almadığı durumlara açık kanun boşluğu adı verilmektedir¹³⁵⁷. Bir diğer deyişle açık kanun boşluğu, kanuni düzenlemenin amacına ve temel düşüncelerine göre cevap verilmesi gereken bir soruna cevap verilememesi halidir¹³⁵⁸. Örtülü kanun boşluğu ise hükmün özü ile sözü birbirine uygun değilse yahut bir hükmün sözüyle uygulanması açıkça hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edecekse ortaya çıkmaktadır. Daha ortada kanuni bir düzenleme dahi bulunmadan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından hukukumuzda örtülü kanun boşluğu bulunduğu söylenemeyecektir. Dolayısıyla var olan boşluk, açık kanun boşluğudur.

Kanunda hukuki bir konu hakkında hiçbir hükmün yer almamasına gerçek boşluk, buna karşılık kanunda bir hüküm bulunmakla birlikte tatmin edici bir nitelik taşımıyorsa gerçek olmayan boşluktan bahsedilir¹³⁵⁹. Görüldüğü üzere boşluk türleri aslında birbirinin içine girmektedir. Ancak bu husus boşluk kavramının niteliğinden kaynaklanmaktadır¹³⁶⁰. Bu bakımdan gerçek boşluklar, tam anlamıyla açık boşlukları karşılamaktadır. Ancak gerçek olmayan boşluk kavramı örtülü boşluğa nazaran daha geniş bir nitelik taşımaktadır. Gerçek olmayan boşluk, yasadaki çözüm tarzının

¹³⁵⁶ *Oğuzman-Barlas*, 79 vd. *Kalabalık*, 65 vd. *Zevkliler-Acabey-Gökyayla*, 103 vd. *Kırca*, 93 vd. Kanun boşlukları türleri bunlarla sınırlı değildir. Kimi yazarlarca kanun yanında ve kanun kuralı içinde boşluk, çatışma boşluğu, eksik boşluklar gibi sınıflandırmalarda yapılabilmekteyken (*Zevkliler-Acabey-Gökyayla*, 104-105,107-108), kimi yazarlarca da kural içi boşluk şeklinde de sınıflandırmalar (*Kalabalık*, 65. *Kırca*, 93-94) yapılabilmektedir.

¹³⁵⁷ *Oğuzman-Barlas*, 80. *Kalabalık*, 66. *Zevkliler-Acabey-Gökyayla*, 106. *Kırca*, 94.

¹³⁵⁸ *Kırca*, 94.

¹³⁵⁹ *Kalabalık*, 66. *Zevkliler-Acabey-Gökyayla*, 106-107.

¹³⁶⁰ *Zevkliler-Acabey-Gökyayla*, 104.

beğenilmemesi, ihtiyaçlara uygun görülmemesi, tatminkâr bulunmaması hallerini de kapsamına almaktadır¹³⁶¹.

Yukarıdaki bilgiler ışığında hukuk sistemimizdeki düzenlemeler göz önüne alındığında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından hem açık hem de gerçek bir kanun boşluğunun bulunduğu söylenebilecektir. Bu yöndeki bir boşluğun ne şekilde yorumlanması gerektiğine bir başka deyişle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetin yasak olup olmadığına ayrı bir başlık altında değinilmesi yerinde olacaktır.

bbb. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinin Uygulanabilirliğine İlişkin Öğreti Görüşleri ve Yargıtay Kararları

Yargıtay meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabilirliği fikriyle ilgili bir takım çıkarımlara ulaşmamıza olanak sağlayan kararlar vermiştir. Yargıtayın kararları öğretideki yazarlarca farklı şekilde algılanmakta ve yorumlanabilmektedir. Buradan hareketle öğretideki görüşlere de bakıldığında görüşlerin, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasak olduğu ve yasak olmadığı yönündeki düşünceler çerçevesinde toplandığı görülmektedir. Şu an için öğretilde hâkim görüşün, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinin yasak olduğundan yana olduğu söylenebilecektir.

aaaa. İlgili Yargıtay Kararları

Yargıtayın meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabilirliğine dair olarak verdiği çeşitli kararlarına, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi iş aracılığı ile aralarındaki farkların anlatıldığı başlıklar altında

¹³⁶¹ *Oğuzman-Barlas*, 81. *Zevkliler-Acabey-Gökyayla*, 106-107.

değinilmiştir. Tekrara düşmemek için bu kararların özetlerinin belirtilmesi yoluna gidilecektir.

Yargıtay, sayfa 61 vd.'da bahsettiğimiz bir kararında¹³⁶² özetle EGO Genel Müdürlüğünün Buğsaş firmasından kendi otobüslerinde çalıştırmak üzere 1500 işçiyi kapsayan hizmet alım sözleşmesi bağtlamasını asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında değerlendirmemiş ve konunun meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisini kapsayan md.7 hükmü çerçevesinde çözülmesi gerektiğine hükmetmiştir. İlgili karar gereğince Yargıtay, EGO Genel Müdürlüğü ile Buğsaş arasında kurulan ilişkinin sadece iş kanunun ikinci maddesinde ifadesi ve unsurları bulunan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır. İlaveten ödünç veren işveren konumunda bulunan Buğsaş, işçilerini gelir elde etmek amacıyla ödünç veren bir şirket olduğu halde kararın hiçbir yerinde bu şirketin yürüttüğü faaliyetin yani meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasak olduğuna dair bir görüşün getirilmediği isabetli bir şekilde tespit edilmiş bulunmaktadır¹³⁶³. Hatta yüksek mahkeme bırakın meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasak olduğunu söylemeyi, uyuşmazlığın iş kanunu madde 7'de yer alan düzenlemeler çerçevesinde çözülmesi gerektiği sonucuna varmıştır¹³⁶⁴.

Ayrıca asıl işveren alt işverenlikle ilgili başka kararlarında da Yargıtay muvazaa olgusunun bulunup bulunmadığına bakılması gerektiğini belirtmiştir. Bu doğrultudaki bir Yargıtay kararında¹³⁶⁵ davacı işçi, TKS A.Ş.'nin işçisi olduğunu, daha önce işyerinde çalışan OÖ isimli şahsın muvazaalı olarak işveren olarak

¹³⁶² Y9HD, 12.09.2005, 23369/29420, *Güzel*, 33-34. Aynı yöndeki diğer kararlar için 174 no.lu dn.'ye bakınız.

¹³⁶³ *Ekonomi*, Mesleki, 263.

¹³⁶⁴ *Ekonomi*, Mesleki, 263.

¹³⁶⁵ Y9HD, 08.07.2004, 17098/17431, *Ulucan*, <http://www.calismatoplum.org/sayi3/karar.doc>, 13.10.2008.

gösterildiğini, OÖ isimli şahıs tarafından önel verilerek yapılan feshin geçerli olmadığını, iş sözleşmesinin feshi ile ilgili olarak işveren TKS A.Ş.’nin bir tebligatının bulunmadığını ancak daha sonra işveren TKS A.Ş. tarafından işyerine alınmaması üzerine iş sözleşmesinin fiilen sona erdirildiğini belirterek işe iade davası açmıştır. Yargıtay bu olay karşısında TKS A.Ş. ile OÖ arasındaki ilişkinin işin bir bölümünün verilmesi niteliğinde olmayıp işçi temin etmek mahiyetinde olduğunu ve bu niteliği itibarıyla de muvazaalı bulunabileceğini belirtmiştir. Çözümün de taraflar arasında muvazaa bulunup bulunmadığının tespitine göre belirlenmesi gerektiği ve muvazaa bulunduğu sonucuna varılacak olursa davacı işçinin iş sözleşmesinin, işveren TKS A.Ş. tarafından feshedildiği sonucuna ulaşarak işe iade davasının esasına girilmesi gerektiği yönünde hüküm kurulmuştur. Öğretide ki bir görüş Yargıtay’ın bu kararının olayı asıl işveren-alt işveren ilişkisi içinde değil de, *işçi kiralaması* kapsamında görmesinin doğru olduğunu belirtmektedir¹³⁶⁶. Zira olayda alt işveren olarak kabul edilen OÖ, aslında bir mal veya hizmet üretmediği için, asıl işveren olarak kabul edilen TKS A.Ş.’nin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini bu işyerinde aldığı işte çalıştıran bir işveren konumunda değildir¹³⁶⁷. Bu yöndeki karar açıkça işçi kiralaması dışında başka işi olmayan ‘bordro şirketi’ olarak da anılan bazı şirketlerin yasa dışı faaliyetlerine de engel olacaktır. Bordro şirketlerinin işçi kiralama işlemleri, ödünç iş ilişkisi kapsamında da değerlendirilemeyecektir, çünkü iş kanununun 7. maddesi bu tür iş ilişkisinin ortaya

¹³⁶⁶ **Ulucan**, <http://www.calismatoplum.org/sayi3/karar.doc>, 13.10.2008.

¹³⁶⁷ **Eyrenci-Taşkent-Ulucan**, 119.

çıkması için zorunlu olan koşulları emredici bir şekilde düzenlemiştir¹³⁶⁸. Bahsettiğimiz görüş gereğince Yargıtay kararı isabetlidir.

İlgili Yargıtay kararı kanımızca isabetli olmakla birlikte, söz konusu karara ilişkin olarak ileri sürülen görüş yerinde değildir. Bahsedilen öğreti görüşü, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini hukuk dışı gösterme eğilimi içerisindedir¹³⁶⁹. Hâlbuki Yargıtay, önüne gelen olayda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasak olduğunu söylememekte, ortada muvazaa olabileceği ihtimalini belirtmektedir. Her şeyden önce OÖ'nün daha önceden asıl işverenin işyerinde çalışan işçisi olduğu iddia edilmektedir. Bu husus dahi iş kanununun 2. maddesinin yedinci fıkrası gereğince kurulan ilişkinin başlı başına muvazaalı olması sonucunu doğuracaktır. Ancak OÖ'nün asıl işverenin işyerinde çalışan eski bir işçisi olmadığının ispatlanması halinde durumun gene çeşitli ihtimaller açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu takdirde alt işveren olarak gözüken OÖ, işyerinde yürütülen yardımcı işlerde yahut asıl işin bir bölümünde işin ve işletmenin gerekleri ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş almadığından bununla birlikte işçisini TKS A.Ş.'de çalıştırdığından zaten ortada muvazaa olduğu söylenecektir. Muvazaa bulunması halinde görünürdeki işlem tarafların gerçek iradelerine uymadığı için geçerli olmayacaktır. Bu bakımdan asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçersiz olduğu sonucuna ulaşılması doğaldır. Bu durumda tarafların iradelerine uygun olan asıl işlem meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinin geçerli olup olmadığına bakılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi niteliği gereği geçici bir nitelik taşımalıdır. Eğer olayda kurulan ödünç iş ilişkisi müddeti geçici olarak kabul edilebilecek bir süre devam etmişse ki bu sürenin tespitinde iş

¹³⁶⁸ *Ulucan*, <http://www.calismatoplum.org/sayi3/karar.doc>, 13.10.2008.

¹³⁶⁹ *Ekonomi*, Mesleki, 255. (55 no.lu dn.)

kanunu md.7’de yer alan en fazla 18 aylık süreden yararlanılması yerinde olacaktır, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin geçerli bir şekilde varlığını devam ettirdiği kabul edilmelidir. Bunun yanı sıra olayda asıl üzerinde durulması gereken nokta daha düşük ücretle işçi çalıştırmak amacıyla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurulmak istenip istenmemesinde kendisini göstermektedir. Sırf bu amaçla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulması aslında ödünç alan TKS A.Ş.’nin ihtiyacının geçici bir nitelik taşımadığını, ödünç alan işverenin işçilerine karşı uygulamakla yükümlü olduğu, ücret de dâhil olmak üzere eşit davranma borcunu dolanmaya çalıştığını göstereceğinden kurulan ilişkinin muvazaalı olmasına yol açacaktır. Bu nedenlerle taraflar arasında asıl kurulmak istenen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi de geçersiz olacaktır. Bu durumların varlığının tespiti halinde Yargıtay’ın belirttiği üzere iş sözleşmesinin TKS A.Ş. tarafından feshedildiğine ulaşılmalı ve işçinin açtığı işe aide davasının sonuçlarına hükmolunmalıdır.

Bundan başka Yargıtay, sayfa 77 vd.’da ayrıntılarıyla değindiğimiz bir diğer kararında¹³⁷⁰ da özetle davalılardan Adecco Hizmet ve Danışmanlık A.Ş. ile işçinin aralarında yaptıkları belirli süreli iş sözleşmesinde işyerinin, “işverenin yukarıda belirtilen adresinde veya taşınabileceği yeni adresindeki işyeri ve/veya işgöreni çalıştırmayı uygun göreceği başka yerlerdir” ifadesini içerdiği ve buna binaen davacı işçinin I... Türk Ltd.’de çalıştığı ve I... Türk Ltd.’nin ayrı bir elemana ihtiyaç kalmadığını belirten yazısı üzerine Adecco Hizmet ve Danışmanlık A.Ş. tarafından işçinin iş sözleşmesinin sona erdirildiği olayda; davalı Adecco Hizmet ve Danışmanlık A.Ş.’nin davacıyı istihdam edecek bir işyeri olmaksızın yaptığı sözleşmenin iş bulmaya aracılık sözleşmesinde olduğunu, davacı ile aralarında iş

¹³⁷⁰ Y9HD, 04.04.2005, 7774/11838, *Çankaya-Çil*, 168-169.

sözleşmesinin temel unsuru olan bağımlı olarak iş görmenin söz konusu olmadığını belirterek belirli süreli olarak kurulan iş sözleşmesine itibar edilmeyeceğini, I... Türk Ltd.'nin de işçi ile arasındaki fiili iş sözleşmesini geçerli bir neden olmaksızın feshettiğini tespit ederek işçinin I... Türk Ltd.'deki işe iadesine, Adecco Hizmet ve Danışmanlık A.Ş. hakkındaki davanın reddine hükmetmiştir. Öğretide de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasal bir temeli bulunmadığından geçersiz olduğu, bu nedenle de Adecco Hizmet ve Danışmanlık A.Ş. ile işçi arasındaki iş sözleşmesinin kanuna aykırı bir çalışma ilişkisini konu almasından dolayı geçersiz sayılması gerektiği belirtilmektedir¹³⁷¹. Bununla birlikte Yargıtayın sözü geçen kararının isabetli olduğunu belirten görüşlerden biri kararda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bulunup bulunmadığına değinmeksizin doğrudan doğruya iş bulmaya aracılık olarak nitelendirilmesinin tartışmaya açık olduğunu da kabul etmektedir¹³⁷². Ancak yukarıda belirttiğimiz kararlarında olduğu gibi bu kararında da Yargıtay meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinin yasak olduğuna dair bir görüş getirmemiştir. Yargıtay kararına bakıldığında yüksek mahkeme tarafından Adecco Hizmet ve Danışmanlık A.Ş. ile ödünç verilen işçi arasındaki iş sözleşmesinin iş bulmaya aracılık sözleşmesinde sayılmasının temel nedeninin, taraflar arasında bağımlı olarak iş görmenin söz konusu olmadığı yönündeki düşünceden kaynaklandığı görülmektedir.

Bağımlılık unsuru gerçekten de iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırın önemli bir unsurdur. Bağımlılık unsuru gereği işçi, işverenin emir ve otoritesi altında, onun vereceği talimatlara göre iş görür ki, bu durum işçinin işverene

¹³⁷¹ *Süzek*, İş Hukuku 4. Bs., 857.

¹³⁷² *Ekmekçi*, Geçici, 109-110.

kişisel/hukuki bağıllığını göstermektedir¹³⁷³. Ancak ekonomik ve teknolojik gelişmeler neticesinde yeni çalışma türlerinin ortaya çıkması bağımlılık ilişkisinin daha esnek bir ölçüte göre değerlendirilmesi ve içerik kazandırılmasını gerekli kılmıştır¹³⁷⁴. Bu kapsamda taraflar arasında bağımlılık ilişkisinin bulunup bulunmadığının saptanmasında işçinin işverene ait iş organizasyonunda onun yararında iş yapıp yapmadığına bakılması gerekmektedir. Bu sayede tele çalışmaya veya internet üzerinden çalışmaya dayalı olarak iş görenlerin, işyeri dışında ya da evinde çalışanların iş sözleşmesine göre çalıştığı belirlenebilmektedir. Bir diğer ifadeyle atipik iş sözleşmelerine göre çalışanlar ile çalıştıranlar arasında iş sözleşmesi kurulmaktadır¹³⁷⁵. İlâveten iş sözleşmesindeki bağımlılık unsuru mutlak bir nitelik taşımamakta görelî bir nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla her işçinin yaptığı işin niteliğine, işyerindeki konumuna ve mesleki durumuna göre bağımlılık ilişkisi farklı derecelerde yani sıkı veya gevşek olabilmektedir¹³⁷⁶.

Kısacası diğer iş görme sözleşmelerinden iş sözleşmesini ayıran bağımlılık ilişkisinin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyeti kapsamında geçici istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında bulunmadığını söylemek uluslararası alanda yaşanan ve ulaşılan sonuçları da bir kenara itmek anlamına gelmektedir. Taraflar arasındaki hukukî ilişkilere değinilirken¹³⁷⁷ de gerek AB direktif tasarısında, gerek meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi tecrübesine sahip ülke uygulamalarının birçoğunda ödünç veren ile ödünç işçi arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığı benimsenmiştir. Gerçekten de geçici istihdam bürosu, ödünç vermek üzere istihdam ettiği işçi ile bağtladığı iş sözleşmesi gereğince “işçinin üzerinde başka sözleşmelerde söz konusu

¹³⁷³ *Süzek*, 191.

¹³⁷⁴ *Süzek*, 194. *Aktay-Arıç-Kaplan/Seneyen*, 79-80.

¹³⁷⁵ *Süzek*, 194.

¹³⁷⁶ *Eyrenci-Taşkent-Ulucan*, 56.

¹³⁷⁷ Ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki hukukî ilişkinin anlatıldığı kısım için Bkz.; s. 29 vd.

olmayan bazı hak ve yetkilere¹³⁷⁸ sahip olmaktadır. Bir kere ödünç işçinin onayını almak suretiyle iş görme ediminin nerede, ne zaman, hangi koşullarda yapılacağını belirlemektedir¹³⁷⁹. Ayrıca yönetim hakkını kullanarak ödünç işçinin yıllık ücretli izne çıkacağı zamanı tespit edebilmekte, başta ücret ve tazminatlar olmak üzere çeşitli ödemelerden dolayı sorumluluğu devam etmekte, işçinin sadakat borcunu yerine getirmesini, rekabet etmeme borcuna uymasını ve işi özenle ifa etmesini talep edebilmekte, gerektiğinde iş sözleşmesini feshedebileceği gibi disiplin cezalarını uygulamada tek yetkili olma sıfatını muhafaza etmekte ve ödünç işçiyi geri çağırıp bir başka işçi ile değiştirebilmektedir. Görüldüğü üzere geçici istihdam bürosu temel işveren hak ve yükümlülüklerine tabi olup, aynı durum ödünç işçi açısından da geçerlidir, yani ödünç işçi geçici istihdam bürosuna karşı mesela sadakat borcuna riayet etmeli, kararlaştırılmışsa iş sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet etmeme borcuna uymalı ve iş görme borcunu özenle ifa etmelidir. Bahsettiklerimize paralel olarak ilgili Yargıtay kararındaki olayda da Adecco Hizmet ve Danışmanlık A.Ş. ile I... Türk Ltd. arasında kurulan işçi sağlama sözleşmesinin diğer uygulanabilir koşullar başlıklı bölümün beşinci paragrafında; Adecco Hizmet ve Danışmanlık A.Ş'nin yüklenici hizmetleri yerine getirmek üzere görevlendireceği elemanların gelir vergisi ve sosyal güvenlik kesintileri de dâhil olmak üzere ücretlerinin ödenmesinden, tazminat, maluliyet, sakatlık ve benzeri ödemelerinden, kısaca istihdam ettiği elemanların iş kanunu ve iş sözleşmelerinden doğan tüm haklarından münferiden sorumlu olduğu yönünde bir düzenleme getirilmiştir.

Durum böyle olmasına rağmen geçici istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında kurulan ilişkinin bağımlılık unsuru bulunmamasından dolayı iş sözleşmesi

¹³⁷⁸ *Eyrenci-Taşkent-Ulucan*, 55.

¹³⁷⁹ *Eyrenci-Taşkent-Ulucan*, 56.

niteliğinde olmadığını söylemek, pek çok atipik iş sözleşmesindeki bağımlılık unsurunun da tartışılabilir hale gelmesine yol açacaktır. Ödünç işçinin, geçici istihdam bürosu tarafından oluşturulan iş organizasyonu çerçevesinde geçici istihdam bürosu yararına iş gördüğü açıktır. Bu nedenlerle Yargıtay kararında ‘bağımlılık unsuru’ bulunmadığını ifade eden görüşe katılabilmek mümkün değildir. Yargıtay meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasak olduğu görüşünü savunuyorsa gerekçeleri ile birlikte neden yasak olduğunu ve kanun dışı sayılması gerektiğini tanımlamalıdır. Yargıtay söz konusu karardaki görüşünü devam ettirdiği müddetçe meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabilirliği yönünde ‘adı konmamış’ bir yasağı uygulayacaktır. Bağımlılık unsuru ile ilgili olarak değinilen bilgiler göz önüne alındığında yüksek mahkemenin ilgili kararının isabetsiz olduğu sonucuna varılmalıdır.

bbbb. Yasak Olduğunu Belirten Görüşler

Öğretide meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasak olduğu görüşleri sadece Yargıtay kararları ile paralel bir şekilde ifade edilmemekte, kanuni düzenlemelerin farklı şekillerde yorumlanması ile de ileri sürülebilmektedir. Bu bakımdan mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisinin yasak olduğunu belirten görüşlerin, md.7’de yer alan ‘benzer iş koşulu’ ile yasada açık bir düzenlemenin bulunmadığı söylemleri etrafında gruplandırılabilmesi mümkündür.

I. İş Kanunu Md.7 ‘Benzer İş’ Koşulu Bakımından

Öğretide işçinin, holding bünyesinde ya da şirketler topluluğu dışındaki şirketlere yahut işyerlerine ödünç gönderilebilmesi için md.7’de öngörülen yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşulunun, ödünç iş ilişkisinin ve geçici işçi

temininin bir meslek olarak yürütülmesini engellemek amacıyla getirildiği belirtilmektedir. Bu nedenle ‘benzer iş’ koşulu bu amaç çerçevesinde ele alınmalı ve salt işçi temini amacıyla işçinin ödünç verilmediği, ödünç verilmek istenen işçinin ödünç veren işverenin yanında gerçek bir çalışmasının bulunduğu hallerde, ‘benzer iş’ koşulunun gerçekleştiği kabul edilecektir¹³⁸⁰. Görüldüğü üzere bu görüş ‘benzer iş’ unsurunu işçinin işverenin işyerinde fiilen bir iş yapmış olması koşuluna bağlamaktadır. Buna karşı ileri sürülen ve aslında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabilir olduğunu belirten başka bir görüş, iş kanunu md.7’de işçinin işverenin işyerinde fiilen iş yapması kaydının aranmadığını, aksi takdirde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunmak isteyen işverenlerin öncelikle ödünç verilecek işçileri işyerinde mal veya hizmet üretiminde çalıştırmakla yükümlü kılınacağını, böyle bir durumda kâr amacı güdülerek işyerinde bir üretimde bulunulmaksızın başka işverenlere ödünç işçi sağlama faaliyetinin tamamıyla engelleneceğini belirtmektedir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin tamamıyla engellenmesi ise Anayasanın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme özgürlüğüyle bağdaştırılamayacaktır¹³⁸¹.

Kanunda yer alan ‘benzer iş’ koşuluna belirttiğimiz görüşler doğrultusunda çeşitli anlamların yüklenmesi mümkün olsa da bu konuda farklı bir yorumda bulunmak da olasıdır. Hatırlanacağı üzere iş kanunu md.7’nin gerekçesinde, ‘kazanç amacı gütmeyen ödünç iş ilişkisinin bu maddede düzenlendiği’ açıkça vurgulanmaktadır. İşte ‘benzer iş’ koşulu meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine yönelik olarak getirilmiş özel bir unsurdur. Ayrıca kimi durumlarda benzer iş unsurunun aynı holding veya şirket topluluğu içindeki şirketler arasında kurulan ödünç iş

¹³⁸⁰ *Ekmekçi*, Ödünç, 370-371. *Uşen*, 305.

¹³⁸¹ *Ekonomi*, Mesleki, 262-263.

ilişkilerinde de aranması gerekebilir. Nitekim md.22 gereğince iş koşullarının değişmesinde işçinin rızasının varlığı arandığından ve 7. maddeye göre işçinin ödünç alan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu iş, iş sözleşmesi gereğince ödünç veren işverene karşı üstlendiği iş olduğundan; holding bünyesinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı işyerlerinde de farklı mahiyette bir iş için işçinin ödünç verilebilmesinin ayrıca işçinin rızasının varlığına bağlı olduğu ifade edilmektedir¹³⁸². Tüm bunların yanı sıra şu sorunun sorulması da gereklidir. Ülkemizde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair yasal bir düzenleme yapılacak olursa iş kanunu md.7’de yer alan ‘benzer iş’ koşulunun kaldırılması mı gerekecektir? Böyle bir zorunluluk söz konusu olmayacaktır, zira ‘benzer iş’ koşulu meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisini sınırlayan ve bu suretle işçileri koruyan ek bir güvence niteliğini taşımaktadır. Dolayısıyla tek başına meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanmasını engelleyen bir unsur olarak algılanması isabetli değildir.

II. Kanunda Açık Bir Düzenleme Bulunmaması Bakımından

Bilim kurulu tarafından hazırlanan ön tasarıda yer alan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair hükme kanunda yer verilmediğini zaten belirtmiştik. Bu hususa dayanılarak yani taslakta yer verilmesine rağmen kanunda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin düzenlenmemiş olmasından dolayı öğretide, işverenlerin işçilerini kazanç gayesi güderek başka işverenlere ödünç verme faaliyetini yürütebilmesinin 4857 sayılı kanunun mevcut düzenlemesi çerçevesinde mümkün olmadığı ifade edilmektedir¹³⁸³. Bir diğer deyişle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunma Türk Hukukunda yasaklanmıştır¹³⁸⁴. Zira iş kanunu md.7’nin anlam ve

¹³⁸² *Mollamahmutoğlu*, 224. Aynı yönde Bkz., *Süzek*, İş Hukuku 4. Bs., 257.

¹³⁸³ *Alpagut*, Mesleki, 578. *Odaman*, 30. *Uşen*, 302. *Arslanoğlu*, 54. *Hendrickx-Sengers*, 101.

¹³⁸⁴ *Uşen*, 302.

içeriğinde meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi düzenlenmiş ve bu madde hükmüne aykırılık hali için cezai yaptırımının da öngörölmüş olması yasa koyucunun meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasına izin vermediğini göstermektedir¹³⁸⁵. Yani yasa koyucu bilinçli olarak konuyu kanunda düzenlemeyerek bu yasağı belirlediğinden meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine iş kanunu md.7 hükmünün *kıyasen* uygulanması söz konusu olmayacaktır¹³⁸⁶.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kanunda düzenlenmediğı için uygulanamayacağını belirten görüşün bir diğör dayanak noktasını da özel istihdam büroları ile ilgili düzenleme oluşturmaktadır. Buna göre 4857 sayılı kanun md.90'da ve 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu kanunu md.17'de yer alan düzenlemelerden özel istihdam bürolarının sadece iş aracılığı faaliyetinde bulunabilecekleri sonucuna ulaşılmaktadır. Aksi bir durum yani özel istihdam bürolarının, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında iş sözleşmesi ile işçi istihdam ederek, ödünç alan işverenlerle bağitlayacakları işçi sağlama sözleşmesinin tarafı olabilmeleri söz konusu değildir¹³⁸⁷.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunmanın yasak olduğu belirtilen gerekçelere dayandırılmakta ve ayrıca yasak faaliyette bulunmanın sonucunun ne olacağına da değinilmektedir. Yasak faaliyette bulunulduğundan ötürü mesleki anlamda ödünç iş ilişkisini geçersiz kabul etmek gerekmektedir. Bu nedenle işçi ile geçici istihdam bürosu arasındaki ilişkinin de geçersiz olduğu kabul edilecektir. Zira bu ilişki yasaya aykırı bir çalışma ilişkisini konu almaktadır. Nitekim bir an için aksinin kabulü olasılığında işçinin büroya geri dönmesi söz

¹³⁸⁵ *Alpagut*, Mesleki, 578.

¹³⁸⁶ *Alpagut*, Geçici, 277.

¹³⁸⁷ *Odaman*, 77. *Arslanoğlu*, 54. *Alpagut*, Geçici, 276-277.

konusu olacaktır. Bu büroların çoğu kez maddi bir varlığa sahip olmadığı, büroda işçinin çalışabileceği bir işinde bulunmadığı dikkate alınacak olursa benimsenen çözümün doyurucu olmadığı, işçi bakımından zararlı sonuçları beraberinde getireceği söylenebilecektir. Taraflar esasen ödünç alan işveren nezdinde çalışmayı amaçlamış olduklarından benimsenmesi gereken çözüm, işçinin ödünç alan işverenin işçisi sayılması gerektiğidir. Nitekim bu görüşe göre de; yasal temeli bulunmayan üçlü ilişkinin kurulması ile işçinin ödünç alan işveren nezdinde çalışmasının hedeflendiği, salt işçilik ücreti, vergi, sigorta primi, ikramiye gibi gider ve maliyetler bakımından işveren sıfatının büroda muhafaza edilmek istendiği dikkate alındığında, çözümün taraf iradelerine de uygun olduğu belirtilebilecektir¹³⁸⁸.

Yukarıda belirttiğimiz görüşler temelde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kanunda yer almadığına, iş kanunu md.7 hükmüne aykırılığın cezai yaptırıma bağlandığına, özel istihdam bürolarının sadece iş aracılığı faaliyetinde bulunabileceği düşüncelerine dayanmaktadır. Her şeyden önce iş kanunu md.7'nin gerekçesine bakacak olursak daha önceleri de belirttiğimiz üzere ilgili maddenin sadece kâr amacı gütmeyen ödünç iş ilişkisini düzenlediği görülür. Ayrıca Türkiye İş Kurumu kanunu md.17'de de genel olarak İŞKUR yanında özel istihdam bürolarının da işe aracılık faaliyetinde bulunabilecekleri ifadesine yer verilmiştir. Yani her iki hükümde de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili herhangi bir tanımlama, tahdit veya yasak getirmediği görülmektedir. Ayrıca m.7 hükümlerine aykırılık halinde yaptırım öngören m.99 hükmünün gerekçesinde “Madde ile genel hükümlere aykırılık halinde uygulanacak cezalar belirlenmektedir” denilmek suretiyle genel bir gerekçeye yer verilmiştir. Bu itibarla m.99, m.7'nin kriterleri aşıldığı takdirde uygulanacaktır.

¹³⁸⁸ *Alpagut*, Mesleki, 578-579.

Tezin meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine aykırılık başlığı altında da md.99'un uygulanabileceği durumlara ayrıntıları ile değinilmiştir. Örneğin işçi sağlama sözleşmesinin yazılı olarak yapılmaması, toplu işçi çıkarılan yerler için 6 ay içerisinde meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulmuş olması gibi haller iş kanunu md.7 hükmüne aykırı olduğundan md.99 hükmü gereği idari para cezası uygulanmalıdır. Kısacası hukuki anlamda m.99 hükmü meslek edinilmiş şekilde ödünç iş ilişkisinin ifa edilmesi halinde herhangi bir cezai yaptırımın uygulanmasına yol açmayacaktır. Dolayısıyla mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi sadece bu madde ve gerekçesi açısından ele alınırsa hala mevzuatımızda düzenlenmediğinden, bu konuda ki boşluk gene genel hükümlere gidilerek çözümlenmelidir.

Kanunda yer almadığından dolayı meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasak olduğunu belirten görüş kanun koyucunun iradesine de başvurmakta ve bilinçli olarak kanun koyucunun meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini düzenleme konusu yapmadığını belirtmektedir. Bu niteliği itibariyle yasak olduğunu belirten görüş, tarihi yorum metodu ile lâfzî yorum metodundan faydalanmaktadır. Tarihi yorum metodu kanun koyucunun sübjektif iradesini göz önüne almaktadır. Kanunun kabulü ile ilgili malzeme yani kanun tasarısı, komisyon çalışmaları, gerekçe ve parlamento tartışmaları tarihi yorum metodunda önem arz etmektedir. Bu malzemeler çok değerli ipuçları içermekle birlikte kanunların yorumunda kesin şekilde ve mutlaka etkili olması da düşünülemez. Gerçekten de kanun bir defa kabul edildikten sonra kendi geçmişinden kopmakta ve bağımsız bir varlık niteliğini kazanmaktadır¹³⁸⁹. Hâkimlerin ve hukuk kuralları uygulayıcılarının görevi geçmişteki bir iradeyi bulup çıkarmak değil, bir uyuşmazlığı, uyuşmazlığın doğduğu zamanın şartları ve

¹³⁸⁹ *Güriz*, 60.

ihtiyaçları dikkate alındığında adalete uygun bir şekilde çözmektir¹³⁹⁰. Lâfzî yorum metodu da hukukumuzda benimsenmiştir. Nitekim medeni kanunumuzun birinci maddesinde yasanın sözü ile uygulanacağına da yer verilmiştir¹³⁹¹. Ancak bu metot da kanun koyucunun kullandığı kelimelere aşırı değer verdiğinden ve kanunda kullanılan kelimelerin titizlikle denetimden geçirildiği varsayımına dayandığından eleştirilmektedir¹³⁹². Kanun koyucunun bütün kelimeleri aynı titizlikle seçtiği söylenemeyecektir. Ayrıca medeni kanunun birinci maddesinde yasanın sözü ve özüyle uygulanacağı esasına da yer verilmiştir¹³⁹³. Bu nitelikleri itibariyle yardımcı bir araç olarak kullanılmalıdır¹³⁹⁴. Bu nedenlerle iş kanunları yorumlanırken amaçsal yorum dikkate alınır ve yasa hükmünün ruhunun araştırılması gerekmektedir. Dolayısıyla bu yöntemde toplumsal ihtiyaçlar göz önünde tutularak bir menfaatler değerlendirilmesi yapılacak ve çelişen menfaatler arasındaki tercih belirlenecektir¹³⁹⁵. Bir başka ifadeyle hâkim, amaçsal yorum metodunda bir nevi sosyal mühendislik görevini de üstlenmektedir¹³⁹⁶. Görüldüğü üzere iş hukuku kuralları yorumlanırken amaçsal yoruma öncelik tanınmalıdır, fakat anayasaya uygun yorum göz ardı edilmemelidir. Çalışma hayatına ilişkin pek çok ilke ve kural anayasada öngörüldüğünden, işçi ve işverenlerin temel hakları anayasal güvence altına alındığından anayasaya uygun yorum iş hukuku açısından ayrı bir önem taşımaktadır. Bir diğer ifadeyle tüm iş mevzuatına “anayasa rengi ile boyanmış bir gözlükle” bakılmalıdır. Yani iş yasaları mümkün olduğu ölçüde anayasaya uygun

¹³⁹⁰ *Kalabalık*, 75-76.

¹³⁹¹ *Zevkliler-Acabey-Gökyayla*, 94.

¹³⁹² *Kalabalık*, 74-75.

¹³⁹³ *Zevkliler-Acabey-Gökyayla*, 94.

¹³⁹⁴ *Kalabalık*, 75.

¹³⁹⁵ *Süzek*, 21.

¹³⁹⁶ *Güriz*, 63.

sonuç doğuracak bir biçimde yorumlanmalıdır¹³⁹⁷. Bu itibarla md.48 çalışma ve sözleşme hürriyeti ile md.49 çalışma hakkının anayasal güvenceleri göz ardı edilemez. Anayasanın söz konusu temel hak ve özgürlükler açısından öngördüğü hukuki himaye göz önüne alınarak amaçsal yorum çerçevesinde, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından günün ihtiyaçlarına uygun bir yorumun yapılması zorunluluğu ortadadır. Bu nedenlerle kanunda bulunmadığından dolayı meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasak olduğu görüşüne katılmak olası değildir.

Bununla birlikte iş kanunumuzda düzenlenmemiş olması dolayısıyla hakkında yorum yapılan tek hukuki kurum meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi de değildir. İş sözleşmesinin devri, usulsüz fesih neticesinde maddi ve manevi tazminat talep edilip edilemeyeceği, ücreti ödenmediği için çalışmaktan kaçınan işçinin çalışmadığı süre içinde ücret talep edip edemeyeceği gibi hususlarda 4857 sayılı iş kanunumuzda düzenlenmemiştir. Ancak belirttiğimiz durumlarla ilgili genel olarak öğretide olumlu görüşler beyan edilmiştir. Ücret ödenmediği için çalışmaktan kaçınma hakkı ile ilgili olarak bilim kurulu tarafından hazırlanan ön tasarıda yer alan işçilerin çalışmadıkları sürece ücrete hak kazanacaklarına ilişkin hükme kanunda yer verilmediği, ancak bu yöndeki bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiş olmasının işçinin çalışmadığı süre için ücrete hak kazanmayacağı anlamına gelmediği ifade edilmektedir. Bu durumda BK md.90 ve 325 hükümlerinden hareketle işçinin çalışmadığı sürede işverenin ücret ödeme borcunun devam edeceği sonucuna varmak gerekmektedir¹³⁹⁸. Ayrıca iş kanununa göre iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle iş görmekten kaçınan işçilere çalışmaktan kaçındıkları dönem için ücretleri ödenmeye

¹³⁹⁷ *Süzek*, 25-26.

¹³⁹⁸ *Aktay-Arıç-Kaplan/Senayen*, 131. *Eyrenci-Taşkent-Ulucan*, 138. *Süzek*, 301-302. Karşı görüş için Bkz., *Mollamahmutoğlu*, 417-418.

devam edecektir(İK md.83/IV). Bu nedenle ücretleri ödenmediği için çalışmaktan kaçınan işçilerin ücretten yoksun kalması tutarlı bir sonuç olarak kabul edilemeyecektir¹³⁹⁹. İK md.83/IV hükmü, *kıyasen* ücreti ödenmediği için çalışmaktan kaçınan işçilerin durumunda da aynı sonuca ulaşmak için yeterli bir neden oluşturmaktadır¹⁴⁰⁰.

Usulsüz fesih durumunda da 1475 sayılı kanun döneminde 13. maddenin son fıkrasında “ tarafların ayrıca tazminat isteme hakkı saklıdır” hükmünün yer aldığı ancak 4857 sayılı kanun döneminde eski kanunun 13. maddesine denk gelen 17. maddesinde bu yönde bir düzenlemenin bulunmadığı belirtilmektedir. Ancak tarafların usulsüz fesih nedeniyle uğradıkları zararları, koşulların varlığı halinde genel hükümlere göre istemelerinin mümkün olduğu söylenmektedir¹⁴⁰¹. Nitekim usulsüz fesih halinde genel hükümlere göre tazminat istenilemeyeceğini belirten özel bir hüküm bulunmamaktadır¹⁴⁰².

İş sözleşmesinin devri hususu da tıpkı meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi gibi bilim kurulu tarafından hazırlanan ön tasarıda yer almıştır. Tasarıdaki hükme göre işçinin rızası ile iş sözleşmesi bir üçüncü kişiye devredilebilecekti. Devir işlemi ile birlikte devreden işveren ile işçi arasındaki borç ilişkisi sona erecek ve devralan taraf tüm hak ve borçları ile birlikte iş sözleşmesinin işveren tarafı sıfatını kazanacaktı¹⁴⁰³. Fakat ilgili hüküm gene meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair tasarı hükmünde olduğu gibi 4857 sayılı kanun metnine dâhil edilememiştir. Bu durum iş sözleşmesi devrinin reddedildiği anlamına gelmemektedir. İş kanunu ve borçlar kanununda

¹³⁹⁹ *Süzek*, 302.

¹⁴⁰⁰ *Eyrenci-Taşkent-Ulucan*, 138.

¹⁴⁰¹ *Süzek*, 417. *Mollamahmutoğlu*, 543-544.

¹⁴⁰² *Mollamahmutoğlu*, 544.

¹⁴⁰³ *Başbuğ*, 12. *Danar*, 71.

genel ve açık bir şekilde düzenlenmemiş olan iş sözleşmesinin devrinin sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilebilmesi mümkündür¹⁴⁰⁴.

Belirttiğimiz yukarıdaki hallere ilişkin olarak öğretinin büyük bir çoğunluğu, görüldüğü üzere, iş kanununda bulunmamasına rağmen olumlu bir şekilde yaklaşmaktadır. Buna rağmen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin ise sırf kanunda yer almaması düşüncesinden yola çıkarak yasak olduğu söylenmektedir. Bu bakımdan aslında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine bir nevi çifte standart uygulanmaktadır. Yasak olduğunu savunan görüşlerin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi aracılığıyla işçilerin sömürülmesinden endişe ettikleri ve iyi niyetle yasak olduğunu söyledikleri de ortadadır. Bununla birlikte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin sırf kanunda yer almamış olması dolayısıyla yasak olduğunu savunmak anayasal hak ve özgürlüklerle de bağdaşmamaktadır. Tüm bu nedenlerle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin hukukumuzda yasaklayan açık bir yasal düzenleme bulunmamasına rağmen yasak olduğunu söylemek isabetli olmayacaktır.

cccc. Yasak Olmadığını Belirten Görüşler

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasak olduğunu belirten görüş ile yasak olmadığını belirten görüşün aslında çıkış noktası ortaktır. Gerçektende iki görüş, büyük bir ölçüde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair hukuk sistemimizde açık bir hükmün bulunmadığına dayanmaktadır. Yasak olmadığını ileri süren görüş gereğince iş kanunu md.93'de yer alan hükmün çıkarılmış olması ve kanuni düzenlemeye dâhil edilmemiş olması meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasaklandığı veya hiç uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir¹⁴⁰⁵. Sözleşme ve

¹⁴⁰⁴ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 319. *Başbuğ*, 12.

¹⁴⁰⁵ *Benli-Yiğit*, 37. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 345. *Ekonomi*, Mesleki, 254.

çalışma özgürlüğünün varlığı olarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkileri varlığını sürdürecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, iş kanunu md.7'nin iptalinin de istendiği kararında ödünç iş ilişkisinin esnek çalışma ilişkilerinden biri olduğunu vurgulamakta, işçinin sözleşme ve çalışma özgürlüğünün Anayasaya aykırı bir şekilde kısıtlanmadığını ortaya koymaktadır. Bu itibarla iş sözleşmesinin diğer tarafını oluşturan işverenin de sözleşme ve çalışma özgürlüğünün Anayasaya aykırı bir sınırlamaya bağlı tutulamayacağı unutulmamalıdır. Konuya ilişkin olarak Alman Federal Anayasa Mahkemesinin de kararı¹⁴⁰⁶ bulunmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin kararını verdiği dönemde işe aracılığı devlet tekelinde tutan İş Aracılığı ve İşsizlik Sigortası Kanunu yürürlükte bulunmakta ve ilgili kanunun 37. paragrafının üçüncü fıkrasında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi devlet tekelinde bulunan işe aracılık içinde sayılmaktaydı. Alman Federal Anayasa Mahkemesi verdiği kararla, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin hukuki yönden işe aracılık sayılmayacağını belirterek İş Aracılığı ve İşsizlik Sigortası Kanununun 37/III hükmünü Alman Federal Anayasasının çalışma özgürlüğünü düzenleyen 12/1'e aykırı bularak iptal etmiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin görüşleri Anayasamızın 48. maddesinde yer alan sözleşme ve çalışma özgürlüğü dolayısıyla da geçerli olmalıdır. Zira Türk Anayasa Mahkemesi de 4857 sayılı kanun md.7 hükümlerinin Anayasaya uygunluğunu açıklarken meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair pek çok ifadeyi kullanmıştır. Zira kararda geçen “ ... günümüzde birçok nedenle ticari ve ekonomik koşullar, iş idaresi yönünden esnek çalışma yöntemlerini gerekli kılmaktadır. Bunun bir sonucu olarak ortaya konulan geçici iş ilişkisi esnek çalışma şekillerinden birisi olarak değerlendirilmektedir. ...” ibaresi

¹⁴⁰⁶ “Federal Anayasa Mahkemesi (BverfG), 04.04.1967, 1 BvR 84/85, BB(Betriebsberater) 1967, s.463 = DB (Der Betrieb) 1967, s.640”, **Ekonomi**, Mesleki, 258-260.

meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi aracılığıyla işverenlerin geçici işgücü ihtiyaçlarını karşılamaları olgusuna işaret etmektedir¹⁴⁰⁷.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasak olmadığı yönündeki görüş isabetli bir nitelik taşımaktadır. 1982 Anayasasının sosyal ve ekonomik haklar bölümünde md.48’de çalışma ve sözleşme hürriyeti yer alırken, md.49’da çalışma hakkı ve ödevi yer almaktadır. Anayasanın 48. maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği üzere *“Hürriyet temeline dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferdin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma hürriyetinin garanti olunması tabiidir. / Ancak, bu hürriyetler kamu yararı amacı ile kanunla sınırlanabilir. / Özel teşebbüs hürriyeti Anayasa teminatı altına alınmıştır. / Özel teşebbüs hürriyeti mahiyeti icabı hem gerçek kişilere tek tek ve toplu olarak hem de tüzel kişilere tanınmıştır”*. Görüldüğü üzere özel teşebbüs kurmanın serbest olması, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüklerine sahip olmasının sonucudur. Bir diğer deyişle her gerçek ya da tüzel kişi dilediği iktisadi faaliyeti yürütebilmelidir¹⁴⁰⁸. Sözleşme özgürlüğü gereğince de sözleşmenin tarafları kanuna ve adaba aykırı olmamak üzere diledikleri tipte ve içerikteki bir sözleşmeyi bağitlayabileceklerdir¹⁴⁰⁹. Sözleşme özgürlüğünün sınırlarının aşılması halinde BK md.20 gereğince sözleşme batıl olacaktır¹⁴¹⁰.

Ayrıca md.49’da düzenlenmiş olan çalışma hakkı ve ödevi de, sahip olduğu bir özelliği itibariyle, diğer temel hak ve özgürlüklerden ayrılmaktadır. Kişiler bu özgürlükten ancak iş ve çalışma ortam ve olanağının varlığı halinde

¹⁴⁰⁷ *Ekonomi*, Mesleki, 254,258-260.

¹⁴⁰⁸ “Kaboğlu İ. Ö.; Özgürlükler Hukuku; İstanbul 1999; 284-285”, *İzgi-Gören*, 544.

¹⁴⁰⁹ *Tandoğan*, 9.

¹⁴¹⁰ *Reisoğlu*, 118.

yararlanabilmektedirler¹⁴¹¹. Bu hakkın iki yönlü olduğu söylenebilecektir. Bir kere herkes çalışma hakkına sahiptir ve kişilerin çalışması yasaklanamayacaktır. Ayrıca bu madde çalışmak isteyenlere iş sağlamak yolunda devlete ödevler yüklemektedir. Bu husus devletin işsiz herkese iş bulmak zorunda olması anlamına gelmez ancak devlet kişilerin iş bulabilmesini sağlamak amacıyla bazı önlemler alma ve iş olanakları yaratmak için uygun politikalar izlemelidir¹⁴¹². Bu madde gereğince mümkün olduğu ölçüde tam istihdama yaklaşılması hedefine Anayasada yer verildiği görülmektedir¹⁴¹³.

Bununla birlikte yukarıda belirttiğimiz özgürlükler, sınırsız bir nitelik taşımamaktadır. Anayasa Mahkemesi bir kararında¹⁴¹⁴ da, Anayasanın 48. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır” hükmü gereğince çalışma ve sözleşme hürriyetine bazı sınırlamaların getirilebileceği belirtilmiştir. Temel hak ve özgürlüklere sınırlamaların getirilmesi ise Anayasamızın 13. maddesinde düzenlenmiştir. Sınırlamanın ilk koşulu Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere dayanılarak *kanunla* yapılmasıdır¹⁴¹⁵. Bir diğer deyişle temel hak ve özgürlükler kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik veya diğer yürütme işlemleri ile sınırlandırılmayacaktır¹⁴¹⁶. İlâveten sınırlama temel hak ve özgürlüğün özüne dokunmadan yapılabilecek ve Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı

¹⁴¹¹ “Kaboglu İ. Ö.; Özgürlükler Hukuku; İstanbul 1999; 25,56”, *İzgi-Gören*, 553.

¹⁴¹² “Sabuncu Y.; Anayasaya Giriş; Ankara 2002; 140-141”, *İzgi-Gören*, 554.

¹⁴¹³ *Süzek*, İş Hukuku 4. Bs., 839.

¹⁴¹⁴ AYM, 12.04.1990, E. 4, K.6, *İzgi-Gören*, 537.

¹⁴¹⁵ *Aliefendioğlu*, 180.

¹⁴¹⁶ *Atar*, 118.

olamayacaktır. Yani sınırlamanın sadece kanunla ilgili maddelerdeki sınırlama sebeplerine dayanılarak yapılabileceğiyle yetinilmemiş, sınırlamayı sınırlandıran ölçütlere de yer verilmiştir¹⁴¹⁷. Bu düzenlemeler itibariyle hak ve hürriyetlerin varlığı kural, sınırlanması ise istisnadır. Hukukumuzda da istisnaların konulması ancak açık hükümlerle mümkün olabilecektir¹⁴¹⁸. Ayrıca sınırlama yapılırken hak ve özgürlüklerin özüne dokunulmaması gerektiği belirtilmiştir. İşte temel hak ve özgürlüklerin özünün saptanmasında hakkın kullanılabilir durumda kalması ölçü olarak kullanılmaktadır¹⁴¹⁹. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasak olduğunu söylemek ise, çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkının, sözü edilen alanda tamamen kullanılabilmesini engelleyecek tarzda bir yorum olacaktır. Bu yöndeki bir yorumun hakkın özünü ihlal edeceği konusunda şüphe de bulunmamalıdır.

Yukarıdaki bilgiler ışığında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi gibi, çalışma ve sözleşme hürriyetini, çalışma hakkını kapsamına alan bir alanla ilgili olarak yasak görüşünün savunulabilmesi için her şeyden önce kanuna dayanan açık bir düzenlemenin olması gerektiği söylenebilecektir. Nitekim Anayasa md.49/II gereğince “Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri” almakla da yükümlü tutulmuştur. O halde siyasal iktidarların

¹⁴¹⁷ *Aliefendioğlu*, 181.

¹⁴¹⁸ *Atar*, 121.

¹⁴¹⁹ *Aliefendioğlu*, 176. Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarla hakkının özünü saptarken hakkın kullanılabilir durumda olması gerektiğini aramaktadır. Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararında (AYM, 19.04.1988, E.16, K.8, *Aliefendioğlu*, 176) Sağlık Hizmetleri Temel kanunu ile ilgili açılan bir davada, genel sağlığı koruma amacı ile çalışma özgürlüğüne konulan sınır arasında büyük bir ölçüsüzlüğün bulunduğu, yönetimin takdirine dayanılarak meslekten süresiz uzaklaştırma cezasının verilmesinin çalışma özgürlüğünün özüne dokunduğunu belirtmiştir.

başlıca ödevini, anayasanın ilgili hükümleri göz önüne alındığında sadece çalışma hayatında yer alan çalışanları değil, çalışma hayatının dışında kalan işsizleri de korumak, işsizlerinde çalışma hayatına girişini sağlamak ve iş mevzuatında mümkün olduğu kadar istihdamı engelleyen değil, istihdamı yaratmaya ve özendirmeye dönük hükümlerin yer almasını sağlamak oluşturmaktadır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi aracılığıyla esnek istihdam olanağının sağlandığı, bu suretle işgücü piyasasına işlerlik kazandırıldığı ve işsizlik oranının aşağıya çekildiği de görülmektedir¹⁴²⁰. Anayasa Mahkemesinin iş kanunu 7. maddesinin de iptalinin istendiği kararında “Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti(nin), eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, ... Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, ... yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlet” olduğunu belirtilmiştir. Dolayısıyla anayasal ilkeler ışığında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinin icrasının sağlanması aslında devlete yüklenmiş bir ödev niteliğini de taşımaktadır. Bir diğer deyişle hukukumuzda açık yasaklayıcı bir hüküm bulunmadığına binaen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabileceği sonucuna ulaşmak kaçınılmazdır. Sözleşme ve girişim özgürlüğü dâhilinde, kişilerin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunabileceği, çalışma hakkı kapsamında da kişilerin geçici istihdam bürosuyla bağtlayacakları iş sözleşmeleri yolu ile çalışabilmelerinin mümkün olduğu görülmektedir.

¹⁴²⁰ **Süzek**, İş Hukuku 4. Bs., 839,856.

F. Ülkemizde Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinin Ne Şekilde Uygulanacağı

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinin ülkemizde uygulanabileceği sonucuna ulaşılmakla birlikte söz konusu faaliyetin uygulanmasına dair hukukumuzda özel bir hükmün bulunmadığını zaten ifade etmiştik. Bir diğer ifadeyle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin sonuçlarını, tarafların aralarındaki ilişkileri ve geçici istihdam bürolarının kurulmasına ve denetlenmesine yönelik hükümleri içeren özel bir kanuni düzenleme yoktur. Bu durumun hukuk sistemimizde bir kanun boşluğunu oluşturduğu ve kanun boşluğu türlerinden de açık ve gerçek bir boşluğunun bulunduğunu daha önce ifade etmiştik. Bu şekilde bir durum tespiti yapılması ve kanun boşluğunun türünün tespit edilmesi söz konusu boşluğun doldurulması açısından önem arz etmektedir.

Hukuk sistemimizde kanun boşluğu bulunması durumunda, boşluğun ne şekilde doldurulacağına dair bir hüküm aslında TMK md.1’de yer almaktadır. İlgili hüküm gereğince hâkim önüne gelen olayda önce kanunu uygulayacak, kanunda o olaya uygulanacak bir hukuk kuralı yoksa örf ve adet hukukuna başvuracak ancak örf ve adet hukukundan da bir sonuca ulaşamazsa kanun koyucu gibi kural koyarak boşluğu dolduracaktır¹⁴²¹.

İşte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi durumunda olduğu gibi gerçek bir boşluğun bulunması halinde hâkim, kendini kanun koyucu yerine koyarak hukuk yaratacaktır. Dolayısıyla yasa koyucunun yaptığı gibi genel ve soyut nitelikli,

¹⁴²¹ Oğuzman-Barlas, 82-83. Kalabalık, 66. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, 74. Kırca, 97.

çıkarlar dengesine ve toplumun adalet düşüncesine uygun olarak kuralı yaratma çabası içinde olmalıdır¹⁴²².

Hâkimin yarattığı hukuk kanun niteliğini taşımadığı gibi kuvvetler aykırılığı ilkesine de aykırılık içermez ve kural olarak hâkim yarattığı hukuk kuralı ile de bağlı değildir¹⁴²³. Bunun tek istisnasını Yargıtay içtihadı birleştirme kararları oluşturmaktadır. Yargıtay kanunu md.45/V'e göre içtihadı birleştirme kararları diğer hâkimleri bağladığı gibi içtihadı birleştirme kararını veren hâkimi de bağlayacaktır¹⁴²⁴. Pek tabii ki hâkimler hukuk yaratırken kıyas, evleviyet ve aksi ile kanıt gibi mantık kurallarından da yararlanabilecektir¹⁴²⁵.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi gibi 'açık ve gerçek bir kanun boşluğunun doldurulmasındaki en önemli araç ise kıyastır'¹⁴²⁶. Kıyas, kanunda yer alan mevcut bir hükmün ya da hüküm içinde yer alan bir ilkenin, hakkında hüküm bulunmayan benzer bir olaya uygulanmasına denmektedir. Ayrıca kanunda yer alan bir kuralın hakkında düzenleme olmayan bir başka olaya kıyas yoluyla uygulanabilmesi için her iki olayın da aynı öge ve koşulları taşıması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır, bir diğer deyişle mevcut kuralın hâkim tarafından uygulanmasını makul gösterecek benzerliklerin bulunması yeterlidir¹⁴²⁷. Yani iki olayın aynı olması aranmaksızın, benzer olmaları yeterli kabul edilerek bir olay, hukuki ilişki, durum ve uyumsuzluk hakkında kanunda var olan kural, hakkında kural bulunmayan olaya uygulanacaktır¹⁴²⁸. Bu nitelikleri itibariyle açık boşlukların kıyas yoluyla

¹⁴²² *Kalabalık*, 66. *Zevkliler-Acabey-Gökyayla*, 75.

¹⁴²³ *Kalabalık*, 66.

¹⁴²⁴ *Zevkliler-Acabey-Gökyayla*, 78.

¹⁴²⁵ Mantık kuralları ile ilgili olarak daha fazla bilgi için Bkz., *Kalabalık*, 79-81.

¹⁴²⁶ *Kırca*, 97.

¹⁴²⁷ *Zevkliler-Acabey-Gökyayla*, 75. *Kalabalık*, 79.

¹⁴²⁸ *Zevkliler-Acabey-Gökyayla*, 76.

doldurulması, adaletin gereği olan eşitlik ilkesinin, yani benzer olana benzer şekilde davranmanın da bir sonucudur¹⁴²⁹.

Bahsettiğimiz üzere hukukumuzda 1475 sayılı kanun döneminde ödünç iş ilişkileri için her ne kadar açık bir yasal düzenleme bulunmasa da hukuki dayanak olarak BK md.320 kabul görmekteydi. Hatta söz konusu hüküm sadece ödünç iş ilişkisinin meslek edinilmiş ve meslek edinilmemiş türü açısından değil aynı zamanda iş sözleşmesinin devri bakımından da hukuki dayanak olarak benimsenmekteydi. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi iş kanununun 7. maddesinde düzenleme konusu yapıldığından açık bir hukuki dayanağa kavuşturulmuş olmakla birlikte 4857 sayılı kanun döneminde belirsizlik hala meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ve iş sözleşmesinin devri açısından devam etmektedir. Yani BK md.320 hükmü, 4857 sayılı kanun döneminde hala meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile iş sözleşmesinin devri bakımından hukuki dayanak noktasını oluşturmaya devam etmektedir. Öğretide ifade edildiği üzere BK md.320/II gereğince işveren işin görülmesini talep hakkını işçinin onayı ile başka bir işverene sürekli devretmesi halinde iş sözleşmesinin devri ortaya çıkacakken, işin görülmesini talep hakkı geçici olarak devredildiğinde ödünç iş ilişkisinin kurulduğu sonucuna ulaşılabilecektir¹⁴³⁰. Bununla birlikte borçlar kanununun ilgili maddesi meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinin uygulaması bakımından açık olmaktan uzaktır, yani yetersiz kalmaktadır. Ancak kıyas yolu; benzer olay, ilişki, uyumsuzluğa uygulanabileceğinden iş kanunundaki çeşitli düzenlemelerden faydalanmak suretiyle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinin uygulamasını belirleyebilmemiz

¹⁴²⁹ *Kırca*, 100.

¹⁴³⁰ *Ekonomi*, Mesleki, 237.

mümkün görünmektedir. Aşağıdaki başlıklar altında ayrı ayrı meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinin uygulamasına değinmek yerinde olacaktır.

aa. Geçici İstihdam Bürolarının Türkiye İş Kurumundan İzin Alması

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasak olmadığını belirten bir görüş, bu ilişkin kimler tarafından yürütülebileceğine de değinmektedir. Bu görüşe göre bilim kurulu tarafından hazırlanan ön tasarının 93. maddesinin ‘a’ bendinde “gerçek veya tüzel kişi işverence ya da bu alanda faaliyet gösterecek özel istihdam bürosunca” meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yürütülebileceği kabul edildiğinden, bir anonim şirket, limited şirket ya da diğer şirketlerin yahut gerçek bir kişinin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunabileceği belirtilmektedir. Bir diğer ifadeyle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyeti mutlaka özel istihdam büroları tarafından yerine getirilmek zorunda değildir¹⁴³¹. Bununla birlikte bilineceği üzere çalışma yaşamına ilişkin uluslararası standartları belirleyen ILO’nun özel istihdam bürolarına yönelik olarak kabul ettiği 181 no.lu sözleşmesi bulunmaktadır. Bu sözleşmenin 1. maddesinde özel istihdam bürolarının ne gibi faaliyetlerde bulunabileceği sayılmış olup, yürütülebilecek faaliyetler arasında ‘gerçek veya tüzel kişi olan üçüncü bir tarafa gönderilmek ve onların işyerinde ve gözetimi altında iş görme edimlerini yerine getirmek üzere işçileri istihdam etme’ ibaresine yer verilmiştir. Bu ibareden anlaşılacağı üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinin özel istihdam büroları tarafından yerine getirileceği kabul edilmektedir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunan özel istihdam büroları da geçici istihdam bürosu olarak adlandırılmaktadırlar.

¹⁴³¹ *Ekonomi*, Mesleki, 265.

Bu anlatılanlar sonucunda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunan gerçek veya tüzel kişilerin işyerleri geçici istihdam bürosu olarak kabul edilmelidir. Diyelim ki gerçek veya tüzel kişi sadece işyerinin bir kısmını mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisinin yürütümüne tahsis etmişse, işyerinin sadece ilgili kısmı geçici istihdam bürosu olarak benimsenmelidir. Geçici istihdam büroları da özel istihdam büroları arasında yer aldığından, ülkemizdeki özel istihdam bürolarına ilişkin düzenlemelerin yani iş kanunu md.90 ile Türkiye İş Kurumu kanunu md.17 vd.'nın ve ilgili yönetmeliklerin kıyasen uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla nasıl ki iş aracılığı faaliyetinde bulunmak isteyen özel istihdam büroları İŞKUR'dan izin almak zorundaysa sadece meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunacak yahut iş aracılığı yanında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinde de bulunacak olan özel istihdam bürolarının İŞKUR'dan izin almaları gerekmektedir. İzin almak isteyen büroların Türkiye İş Kurumu kanunu md.17'deki şartları yerine getirmeleri gerekmektedir. Bu itibarla bir geçici istihdam bürosunun, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetini gerçekleştirebilecek ölçüde yönetim, nitelikli uzman personel, teknik donanım ve uygun bir işyerine sahip olması gerekmektedir. Aynı şekilde geçici istihdam bürolarının da banka teminat mektubu sunmaları gereklidir. Normalde diğer ülkelerde geçici istihdam bürolarından alınan teminat yüksek tutulmaktadır. Zira bu teminat geçici istihdam bürosunun, işçilerinin ücretini ödemediği zaman bir garanti fonksiyonunu taşımaktadır. Ülkemizde özel istihdam bürolarından alınan banka teminat mektubundaki meblağ, garanti fonksiyonunu yerine getiremeyebilir. Bu durum meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair özel bir düzenleme bulunmamasının sonucudur. Eğer ki İŞKUR izin vermeyecek olursa

başvuru sahiplerinin, İŞKUR bünyesinde kurum içi itiraz olanağı bulunduğu gibi yargıya gitme olanağı da bulunmaktadır.

İŞKUR tarafından geçici istihdam bürolarına izin verildiği düşünülecek olursa bu bürolar Türkiye İş Kurumu kanunu md.17 gereğince kamu kurum ve kuruluşlarında faaliyette bulunamayacak ancak özel kesim işyerlerine hizmet sunabileceklerdir¹⁴³². Kamu sektörünün iş aracılığı yanında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine de açık olmaması sadece ülkemize özgü bir durumda değildir. Genellikle de kamu sektöründe çalışanların oranı toplam çalışan nüfusun dörtte birini veya beşte birini oluşturmalarına rağmen, çoğu ülkede kamu kurum ve kuruluşlarında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyeti yürütülememektedir¹⁴³³.

bb. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisine Başvuru Nedenlerinin Öngörülmesi

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi niteliği gereği geçici bir nitelik taşımaktadır. Bunun sağlanabilmesi amacıyla çeşitli ülkeler, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair objektif nedenler tespit etmişlerdir. Benimsenen objektif nedenler, büyük ölçüde belirli süreli iş sözleşmesinin kurulmasında aranan objektif nedenlerle paralellik göstermektedir¹⁴³⁴. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasında aranan başlıca başvuru nedenleri; yıllık ücretli izin, hastalık veya analık izni gibi hallerde geçici olarak işe devam etmeyen ancak işe geri dönme hakkı bulunan daimi işçinin yerine geçici bir süre için ihtiyacın bulunduğu durumlar, işletmenin iş yükündeki geçici artışlarda ortaya çıkan personel ihtiyacı halleri, mevsimlik işler, uzmanlık gerektiren geçici niteliklerdeki işlerde çalıştırmak üzere ortaya çıkan talepler veya yeni

¹⁴³² *Süzek*, İş Hukuku 4. Bs., 853.

¹⁴³³ *Denys*, 16.

¹⁴³⁴ *Alpagut*, Geçici, 273.

açılacak, deneme aşamasındaki veya henüz açılması kesinlik kazanmamış pozisyonların doldurulması, bir işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi ancak yeni işçinin işe başlamasının beklendiği sürede ortaya çıkan geçici işgücü ihtiyacı olarak özetlenebilir¹⁴³⁵. Ülkemizde bilim kurulu tarafından hazırlanan ön tasarının 93. maddesinde yer alan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasında belli bir takım objektif nedenlerin tespit edilmediği görülmektedir. Dolayısıyla bilim kurulu tarafından hazırlanan madde kanuna aynen geçseydi, yine meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin hangi hallerde kurulabileceği gibi bir sorun ortaya çıkabilecekti. Bununla birlikte başvuru nedenlerinin tespitinde iş kanunumuzdaki bir hükmün kıyasen uygulanması yoluna başvurulmasının, bu konudaki sıkıntıyı ortadan kaldıracığı söylenebilir. Bu konuda yol gösterici olacak hüküm iş kanununun 11. maddesidir. Nitekim 4857 sayılı iş kanununun 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasının objektif koşulların varlığına bağlandığı görülmektedir. Hatta iş sözleşmesi ilk defa yani bir kez için belirli süreli olarak bağtılsa dahi objektif koşulların varlığı aranacaktır¹⁴³⁶.

İş kanununun 11. maddesinde sayılan objektif nedenler, işin belirli süreli olması, belirli bir işin tamamlanması, belirli bir olgunun ortaya çıkması veya benzer haller olarak sayılmıştır. Yukarıda belirttiğimiz meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasına yönelik olarak çeşitli ülkelerin tespit ettiği başvuru nedenlerinin, iş kanunumuzun 11. maddesindeki objektif nedenlerle bağdaştığı ortadadır. Örneğin yıllık ücretli izin, hastalık veya analık izni gibi hallerde geçici olarak işe devam etmeyen ancak işe geri dönme hakkı bulunan daimi işçinin yerine geçici bir süre için ihtiyacın bulunduğu durumlar, iş kanunu md.11’de sayılan belirli bir olgunun ortaya

¹⁴³⁵ Uşen, 16. *Alpagut*, Geçici, 273-274.

¹⁴³⁶ *Aktay-Arıci-Kaplan/Senyen*, 84. *Süzek*, 201.

çıkması sebebine girmektedir. Nitekim öğretide belirli bir olgunun ortaya çıkmasına yönelik olarak verilen örneklerden birini de hastalık, hamilelik veya herhangi bir başka durumun ortaya çıkması nedeniyle izinli olan veya iş sözleşmesi askıya alınan işçinin yerine bir süre için başka bir işçinin belirli süreli olarak istihdam edilmesi gösterilmektedir¹⁴³⁷. Belirli bir olgunun kapsamına sokulabilecek bir diğer meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvuru sebebi de işletmenin iş yükündeki geçici artışlarda ortaya çıkan personel ihtiyacı halleridir. Öğretide bir işyerinde veya işletmede siparişlerin ve iş hacminin birden artmasına neden olan bir olgunun ortaya çıkması halinde, bu olgu nedeniyle ortaya çıkan ek işler için işçilerle belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabileceği ifade edilmektedir¹⁴³⁸. Bu örneklerin çoğaltılması mümkündür. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvuru nedenleri arasında belirttiğimiz mevsimlik işler için belirli süreli olmasına, uzmanlık gerektiren geçici nitelikteki işler durumunun özelliğine göre belirli bir işin tamamlanmasına, bir işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi ancak yeni işçinin işe başlamasının beklendiği sürede ortaya çıkan geçici işgücü ihtiyacı belirli bir olgunun ortaya çıkmasına, yeni açılacak, deneme aşamasındaki veya henüz açılması kesinlik kazanmamış pozisyonların doldurulması ise benzer sebeplere sokulabilecek niteliktedir.

Bu şekilde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini belli bir takım başvuru sebepleri yani objektif nedenlerle sınırlandırılmak, bu ilişkinin kötüye kullanılmasını engelleyecektir. Hatırlanacağı üzere 1475 sayılı iş kanunu döneminde belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin özel düzenlemeler bulunmamaktaydı. Bu dönemde BK md.338,339 ile 343, belirli süreli iş sözleşmesine dair düzenlemeler içermektedir. Bu durum günümüzde de BK md.320/II'nin meslek edinilmiş ödünç iş

¹⁴³⁷ *Süzek*, 202.

¹⁴³⁸ *Eyrenci-Taşkent-Ulucan*, 63.

ilişkinin hukuki dayanağını oluşturmaya benzer bir nitelik taşımaktadır. Tabii ki belirli süreli iş sözleşmesine dair sadece BK'nin ilgili düzenlemeleri bu ilişkinin kötüye kullanılmasına yeterli olmamıştır. Bu nedenle belirli süreli iş sözleşmesi yapma olanağı objektif iyi niyet kurallarıyla sınırlandırılmıştır. Bu kapsamda yargı kararlarında öncelikle sözleşmenin yenilenmesi ve/veya peş peşe yapılmasına dair bir uygulama benimsenerek, birbirini izleyen birden fazla belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması objektif iyi niyet kurallarına aykırı kabul edilmiştir. Zaman içerisinde öğreti tarafından iş sözleşmesinin bir defaya mahsus olarak belirli süreli yapılmış olması halinde de hukuka aykırılığın söz konusu olabileceği bu nedenle belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını sosyal yönden haklı kılacak objektif nedenlerin bulunmamasının hukuka aykırılığa yol açacağı dile getirilmiştir¹⁴³⁹. Öğretideki bu görüşler doğrultusunda Yargıtay da bir kararında¹⁴⁴⁰, belirli süreli sözleşme yapılmasını gerektiren objektif haklı bir neden bulunmadıkça işverenin süreklilik arz eden bir işte belirli süreli sözleşme yapmasının, iş kanununun koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacına yönelik olduğuna ve objektif iyi niyet kuralları ile bağdaşmayan bir durumun ortaya çıktığı sonucuna varmıştır.

1475 sayılı kanun döneminde objektif nedenlere ilişkin kıyasen uygulanacak bir hüküm bulunmamasına rağmen öğreti görüşleri ve yargı uygulamaları ile objektif nedenlerin aranması gerektiği sonucuna ulaşılmış ve bu konuda yargı kararları ile de uygulamada bir takım kriterlerin belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Günümüzde ise objektif nedenlere ilişkin olarak kıyasen uygulayabileceğimiz açık bir hüküm yer almaktadır. Dolayısıyla 1475 sayılı kanun döneminde belirli süreli iş sözleşmeleri açısından ortaya çıkan ve objektif iyi niyet kuralı çerçevesinde çözülen objektif

¹⁴³⁹ *Mollamahmutoğlu*, 260-261.

¹⁴⁴⁰ Y9HD, 07.10.1993, 3592/14251, *Mollamahmutoğlu*, 261.

neden sorununun 4857 sayılı kanun döneminde de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından iş kanunu md.11'in kıyasen uygulanması yoluyla çözülmesi gerekmektedir. Gerçekten bu şekilde bir çözüm yolu meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılma ihtimalini en aza indirebileceği gibi, bu ilişkinin kötüye kullanılacağı endişelerini de ortadan kaldırabilecektir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasında md.11'deki objektif nedenlerinin kıyasen uygulanması arandığı takdirde, objektif nedenler bulunmaksızın sözü edilen ilişkiye başvurulmuş olması, ilişkinin geçersizliğine yol açacak ve buna bağlı olarak iş aracılığının bulunduğu söylenebilecektir. Zira başvuru nedenlerinin bulunmaması geçici bir ihtiyacın doğmadığına işaret edecektir.

cc. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinde Süre

Ödünç iş ilişkisi, adından da anlaşıldığı gibi geçici bir nitelik taşımalıdır. Nitekim Yargıtay verdiği bir kararında¹⁴⁴¹ işçinin başka bir işverene ait işyerinde daimi olarak çalışmak üzere gönderilmesinin sözleşmenin feshi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirterek, ödünç iş ilişkisinin geçici bir süre devam etmesi gerekliliğini saptamıştır. Ödünç iş ilişkisinde süre bir diğer ifadeyle kurulan ilişkinin geçici nitelikte bulunup bulunmadığının saptanması aslında yukarıda ifade ettiğimiz meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvuru nedenleri ile yakından bağlantılıdır. Zira tespit edilen başvuru nedenleri niteliği gereği geçici bir süre devam edecektir. Bununla birlikte belirttiğimiz başvuru nedenleri belirli süreli iş sözleşmesinin kurulmasına dair öngörülmüş objektif nedenler olduğundan duruma göre 3 yıllık bir süreyi de kapsayabilmeleri mümkündür. Örneğin işin belirli süreli olduğu yani bir bina yahut baraj inşaatında sürenin 3 yıl veya daha uzun olabilmesi mümkündür. Buradan

¹⁴⁴¹ Y9HD, 18.12.2003, 10121/22205, *Demir*, Bireysel İş, 107.

hareketle kurulan bir meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin hangi hallerde geçicilik niteliğini taşıyacağını tespit edilmesi gerekmektedir.

Hukukumuzda ödünç iş ilişkisinin geçici nitelik taşıdığının saptanmasına dair tartışmalar 1475 sayılı kanun döneminde yoğun bir biçimde yaşanmıştır. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre çalışmanın konusu olan işin devam etmesi gereken objektif süre ile işçinin iş gördüğü süre karşılaştırılabilecektir¹⁴⁴². Yani burada görülen işin objektif olarak ne kadar devam ettiği üzerinde durulmaktadır. Bir diğer görüş gereğince de işin objektif olarak ne kadar devam ettiğine bakılması durumunda geçici sayılması gereken süre belki de yıllarca sürebilecektir bu bakımdan işçinin aynı ödünç alan yanında kıdem tazminatına hak kazandırmayacak bir süre boyunca ödünç işçi olarak çalışması gerektiğini başka bir deyişle hemen hemen bir yıla kadar olan azami sürenin tespit edilmesini önermiştir. Bu şekilde kıdem tazminatını gerektirmeyecek bir çalışmanın azami süre olarak kabul edilmesinin nedeni ise, kıdem tazminatının temelinde yatan nedenlerden birisinin işçinin çalıştığı işyerine ve işverene belli bir süre devam eden bağlılığının adeta ödüllendirilmesi anlayışına dayanmaktadır. Dolayısıyla ödünç işçinin ödünç alan yanındaki istihdamının ödüllendirilmeyecek bir süre devamını aramak yerinde olacaktır. Eğer ki; bu bir yıllık süre aşılabilecek olursa kurulan ödünç iş ilişkisi iş aracılığı olarak kabul edilecek ve taraflar arasındaki ilişkinin hüküm ve sonuçları da buna göre tespit edilecektir¹⁴⁴³. Bir diğer görüşte kıdem tazminatına hak kazanmak için öngörülen bir yıllık sürenin uzun olduğunu ve ülkemiz gerçeklerine pek de uygun olmadığını belirterek ödünç iş

¹⁴⁴² *Engin*, Değerlendirme, 8.

¹⁴⁴³ *Akyiğit*, Ödünç İş, 104-105. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 350-351.

ilişkisindeki azami sürenin ihbar önellerini düzenleyen 1475 sayılı kanundaki md.13'den hareketle altı ay olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁴⁴⁴.

1475 sayılı kanun dönemi için ileri sürülen bu görüşlerin, günümüzdeki hukuki düzenleme gereğince geçerli olduğu düşünülmemektedir. Daha önceden de ifade ettiğimiz üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair boşluklar kıyas yoluyla doldurulabilecek niteliktedir. Ayrıca iş kanunu md.7 hükümleri de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi uygulamasını kapsayan bir görünümde¹⁴⁴⁵. Dolayısıyla md.7'de öngörülen azami sürenin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine de kıyasen uygulanması isabetli olacaktır. Bu suretle başvuru sebepleri adı altında ancak objektif nedenlere dayalı olarak kurulabilecek olan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi azami 18 aylık bir süre için kurulabilecektir. Geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında bağitlanan işçi sağlama sözleşmesi öncelikle en fazla 6 ay için yapılmalı ve objektif nedenlerin devamına bağlı olarak iki defa daha yenilenebilmelidir. İlaveten meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasına olanak sağlayan objektif sebebin devam süresine de riayet edilmelidir. Örneğin bir konferans yahut sportif organizasyon amacıyla ortaya çıkan işgücü ihtiyacını karşılamak için meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurulduğunda, ödünç iş ilişkisinin süresi konferansın veya sportif organizasyonun süresi ile sınırlı tutulmalıdır. Bu sürenin aşılması halinde kurulan ödünç iş ilişkisinin geçicilik vasfını yitirdiği sonucuna ulaşılmalıdır.

Sürenin ne şekilde kullanılabileceği yahut 18 aylık süre bittikten sonra hemen yeni bir işçi sağlama sözleşmesinin akdedilip akdedilemeyeceğine yönelik olarak meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde, geçiciliğin ve sürenin anlatıldığı kısımdaki

¹⁴⁴⁴ *Akıntürk Türkmen*, İş ve İşçi Bulmaya Aracılık, 352.

¹⁴⁴⁵ *Ekonomi*, Mesleki, 260.

görüşler ve tespitler meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından da geçerli olduğundan ayrıca değinilmeyecektir.

dd. Geçici İstihdam Bürosu ile Ödünç İşçi Arasındaki İş Sözleşmesi

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair hukuki düzenleme getirmiş olan ülkeler, genel olarak ödünç süresiyle sınırlı olarak geçici istihdam bürolarının işçileriyle iş sözleşmesi bağitlamasına olanak tanımaktadır. Bununla birlikte ülkemizde bu yönde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bilim kurulu tarafından hazırlanan ön tasarının 93. maddesinin ‘ç’ bendinde, iş sözleşmesi ile işçi sağlama sözleşmesinde(ödünç iş ilişkisi sözleşmesinde) yer alması gereken hususlara ve özel şartlara, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak tüzükte yer verileceği belirtilmiştir. Bir diğer ifadeyle buradan hareketle bir sonuca yahut fikre ulaşabilmemiz söz konusu değildir. İlâveten iş kanunu md.7’den de iş sözleşmesine kıyasen uygulanabilecek bir hükme ulaşılammamaktadır. Bu durum geçici istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında yapılacak olan iş sözleşmesinin kuruluşu, şekli ve tarafların ehliyeti bakımından genel kuralların uygulanacağı sonucunu doğurmaktadır¹⁴⁴⁶.

Bu kapsamda öncelikle uygulamada iş sözleşmesi kurulması aşamasına ne şekilde gelindiğine değinilmesi gerekmektedir. Geçici istihdam bürosu ile ödünç işçi olarak çalışmak isteyen kişi arasında öncelikle çerçeve sözleşme yahut çerçeve iş sözleşmesi diye adlandırılan bir sözleşme yapılmaktadır. Bu sözleşmede kişinin ödünç işçi olarak nasıl, hangi branşta, ne zaman ve hangi koşullarda çalışabileceğine dair genel hükümlere yer verilmektedir. Bir diğer ifadeyle bu uygulama genel bir nitelik taşımakla birlikte taraflar açısından bağlayıcı olmayıp bilgi alışverişi amacını

¹⁴⁴⁶ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 141-142.

taşımaktadır¹⁴⁴⁷. Ancak bu sözleşmeyi daha doğru ifadeyle ön görüşmeyi bir sözleşme yapma vaadi olarak algılamamak gerekmektedir. Hukukumuzda sözleşme yapma vaadi BK md.22’de yer almaktadır. Bir kimse eğer bir şahısla yaptığı sözleşmede, ileride o şahısla yahut üçüncü bir kişi ile sözleşme yapmayı taahhüt ederse bu taahhüdün yer aldığı sözleşmeye, ‘önakit’ veya ‘sözleşme yapma vaadi’ denmektedir¹⁴⁴⁸. Sözleşme yapma vaadi bilhassa uygulamada taşınmaz satım vaadiyle kefalet vaadinde söz konusu olmaktadır¹⁴⁴⁹. Ayrıca sözleşme yapma vaadinin geçerliliği, sözleşmeler için aranan geçerlilik şartlarına tabi olduğundan, asıl sözleşme bir şekle tabi tutulmuşsa sözleşme yapma vaadi de aynı şekle tabi olarak yapılmalıdır. Sözleşme yapma vaadinde bulunmasına rağmen bir kişi taahhüt ettiği sözleşmeyi kurmaktan kaçınırsa, diğer taraf sözleşmenin kurulmasını sağlamak üzere dava açabilecektir¹⁴⁵⁰. Dava açan kişi sözleşmenin kurulmasını yani aynen ifayı talep edebileceği gibi sözleşmeyi kusuruyla yapmaktan kaçınan kişi aleyhine tazminat davası da açabilecektir¹⁴⁵¹. Hâlbuki geçici istihdam bürosu ile ödünç işçi olarak çalışmak isteyen kişi arasında kararlaştırılan çerçeve sözleşme, sözleşme yapma vaadinin niteliğini taşımadığından, ne geçici istihdam bürosu ne de ödünç işçi olarak çalışmak isteyen kişi dava yoluyla iş sözleşmesinin kurulmasını sağlayamayacaktır. Nitekim uygulamaya bakıldığında, çerçeve sözleşmenin konusunu oluşturan kişilerin nasıl, hangi branşta, ne zaman ve hangi koşullarda çalışabileceği yönündeki bilgilerin, internet ortamında alındığı görülmektedir.

Çerçeve sözleşmenin taraflar arasında yapılmasından sonra geçici istihdam bürosu, işçi ödünç almak isteyen işverenin özelliklerini ödünç işçi olarak çalışmak

¹⁴⁴⁷ *Akyiğit*, Ödünç İş, 90. *Odaman*, 85.

¹⁴⁴⁸ *Oğuzman-Öz*, 148. *Eren*, 285.

¹⁴⁴⁹ *Eren*, 287.

¹⁴⁵⁰ *Oğuzman-Öz*, 149.

¹⁴⁵¹ *Eren*, 291-292.

isteyen kişiye iletmektedir. Eğer ki ödünç işçi olarak çalışmak isteyen kişi, kendisine iletilen koşullarda çalışmayı kabul edecek olursa bu takdirde geçici istihdam bürosu ile ödünç işçi olarak çalışmak isteyen kişi arasında bir iş sözleşmesi ortaya çıkmaktadır¹⁴⁵². İşte bu takdirde ülkemizdeki yasal mevzuat ışığında iş sözleşmesinin belirli süreli olarak bağitlanıp bağitlanamayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Genel hükümlerin uygulanacağını belirttiğimizden sorunun cevabını da genel hükümlerde bulmamız gerekmektedir. Günümüz çağdaş iş hukukunda iş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl diğer sözleşme türlerinin de istisna olması önemli bir ilke olarak benimsenmiştir¹⁴⁵³. Bu kapsamda belirli süreli iş sözleşmelerinin işverenler tarafından işçilerin yasal haklarını engellemek amacıyla kötüye kullanılması ihtimalinin önüne geçilmek üzere, iş kanunu md.11’de belirli süreli iş sözleşmesinin kurulmasının yasada belirtilen objektif koşullara bağlandığı görülmektedir. İşte yasada belirtilen belirli süreli iş sözleşmesi yapmaya olanak sağlayan objektif nedenlerin belirli süreli iş sözleşmesini kurmak isteyen işverenin işyerinde baş göstermesi gerekmektedir. Aksi takdirde bir başka işverenin işyerinde ortaya çıkan belirli süreli iş sözleşmesi yapmaya olanak sağlayan objektif nedenler, işçiyle iş sözleşmesi bağitlayan işveren bakımından sözleşmenin belirli süreli yapılması için objektif neden vasfını taşımayacaktır. Bu nedenlerle geçici istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında kurulan iş sözleşmesinin kural olarak belirsiz süreli olduğunun kabulü uygun olacaktır. Ancak bu yöndeki düşünce geçici istihdam bürolarının işçilerle mutlak bir şekilde belirsiz süreli iş sözleşmesi kurmak zorunda olduğu yönünde algılanmamalıdır. Alman hukukuna göre işçinin kişiliğinden kaynaklanan objektif bir nedenin varlığı halinde geçici istihdam bürosu ile işçi arasında iş sözleşmesinin

¹⁴⁵² *Akyiğit*, Ödünç İş, 90. *Odaman*, 85.

¹⁴⁵³ *Güzel*, 19.

belirli süreli olarak bağitlanması mümkündür¹⁴⁵⁴. İş kanunu md.11’de de objektif nedenler sınırlandırılmadığına ve maddede “*gibi*” sözcüğüne de yer verildiğinden, işçinin kişiliğinden kaynaklanan objektif nedeninin hukukumuzda da belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasına imkân vereceği düşünölebilir. Örneğın bir üniversite öğrencisi yaz tatilinde memleketin de üç ayla sınırlı olmak üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışmak isterse, geçici istihdam bürosu, bu kişiyle belirli süreli iş sözleşmesi yapabilmelidir. Bir diğeri ifadeyle somut olayın özelliğine bakılması gereklidir.

Göröldüğü üzere genel olarak geçici istihdam büroları ölkemizde işçileri belirsiz süreli iş sözleşmesi ile istihdam etmelidir. Bu durum, ödünç süresiyle sınırlı olarak iş sözleşmesinin yapılamayacağı anlamına gelmektedir. Eğer ki belirli süreli iş sözleşmesinin ve meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için belirttiğimiz objektif nedenler bulunmaksızın ödünç süresiyle sınırlı olmak üzere belirli süreli iş sözleşmesi bağitlanmışsa, artık bir iş aracılığı sözleşmesinin bulunduğı ve işçinin en başından beri ödünç alan işverenin işçisi olduğı kabul edilmelidir. Ancak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurulması aşamasında objektif neden mevcut olmakla birlikte, iş sözleşmesinin ödünç müddetiyle sınırlı olarak kurulmasında objektif neden bulunmuyorsa bu takdirde iş sözleşmesindeki süre kararlaştırması geçersiz sayılarak sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun benimsenmesi yerinde olacaktır. Hemen belirtelim ki ödünç işçi ile geçici istihdam bürosu arasındaki sözleşme belirsiz süreli olmakla birlikte aynı zamanda kısmi süreli olarak da bağitlanabilir. İllaki tam zamanlı olarak sözleşmenin akdedilmesi zorunlu değildir.

¹⁴⁵⁴ *Akıntürk Türkmen*, İş ve İşçi Bulmaya Aracılık, 353. *Akıyğit*, Ödünç İş, 93.

Bilim kurulu tarafından hazırlanan tasarının ilgili maddesinde de ödünç süresiyle sınırlı olarak iş sözleşmesinin kurulamayacağı sonucuna varılabilmektedir. Hatta tasarının ‘d’ bendinin ikinci cümlesinde “belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi ödünç iş ilişkisi uyarınca başka işverene verilmediği sürece işyerinde çalıştırılmasa dahi asgari ücretten az olmamak üzere ücretinin yarısı kadar bir ücrete hak kazanır” hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hükümden ödünç süresiyle sınırlı belirli süreli iş sözleşmesi bağtlanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca ilgili hüküm ödünç işçiye gelir garantisi sağlamayı öngörmekle birlikte¹⁴⁵⁵, günümüzün hukuksal çerçevesinde iş sözleşmesine dair belirttiğimiz görüş gereğince de ödünç işçilerin gelir garantisinin korunduğu görülebilecektir. Nitekim kural olarak işçilerle ödünç süresiyle sınırlı iş sözleşmesi kurulamayacağından, ödünç verilmedikleri dönemlerde de ödünç işçilerin ücrete hak kazanacakları sonucuna varılabilir.

ee. Ödünç İşçinin Onayı

İfade ettiğimiz üzere ödünç işçiler kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışacağından ve zaten bağtladıkları iş sözleşmelerinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyeti kapsamında ödünç verilmeyi kabul ettiklerinden her bir ödünçten önce ayrıca onaylarının alınıp alınmaması hususu haklı olarak düşünülebilir. Ödünç iş ilişkisine dair açık herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı 4857 sayılı kanundan önceki dönem için BK md.320’den başka ödünç iş ilişkisine değinen bir hüküm bulunmadığından, işçinin ödünç iş ilişkisinin kurulmasına yönelik rızasının daha baştan veya sonradan iş sözleşmesinde genel bir kayıt olarak bulunmasının yahut iş sözleşmesi dışındaki bağımsız bir çerçeve sözleşmede açıklanmasının veya her bir

¹⁴⁵⁵ *Uşen*, 337.

ödünç fırsatı üzerine dile getirilmesinin caiz olduğu öğretide ileri sürülmüştür¹⁴⁵⁶. Ancak bu görüşün 4857 sayılı kanun döneminde geçerli olması düşünülmez.

4857 sayılı iş kanununun 7. maddesinin birinci fıkrasına “İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi ... geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur” şeklinde bir düzenleme getirildiği hatırlanmalıdır. İş kanununun ilgili hükmü işçiyi korumayı amaçlamakta olup, ilgili kanuni düzenleme gereğince işçinin rızasının daha önceden alınması¹⁴⁵⁷ yahut işçinin ödünce yönelik rızasının toplu iş sözleşmesinde bir hükümde ifade edilmesi geçerli sayılmayacaktır¹⁴⁵⁸. Bu düzenlemenin kıyasen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine de uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla iş sözleşmesi veya çerçeve sözleşme ile daha önceden işçinin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasına yönelik rızası geçerli kabul edilmeyeceği gibi toplu iş sözleşmesi yoluyla da işçilerin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasına yönelik rızaları önceden alınmayacaktır. Ayrıca her bir ödünçten önce rızanın yazılı bir şekilde alınması da gerekmektedir.

ff. İşçi Sağlama Sözleşmesi

İş sağlama sözleşmesi ile birlikte geçici istihdam bürosu iş sözleşmesi ile kendisine bağlı ve işe hazır olan işçisini kararlaştırılan süre zarfında çalışmak üzere ödünç alan işverene vermeyi taahhüt etmektedir¹⁴⁵⁹. Buna karşılık ödünç alan işveren de ücret ödemeyi üstlenmektedir¹⁴⁶⁰. Görüldüğü üzere bu sözleşme, bazı işveren haklarını ve/veya bu hakların kullanım yetkisini devreden ve ödünç alan işverene de

¹⁴⁵⁶ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 347.

¹⁴⁵⁷ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 347. *Odaman*, 83.

¹⁴⁵⁸ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 347.

¹⁴⁵⁹ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 143.

¹⁴⁶⁰ *Odaman*, 94.

ödünç veren yanında bir takım borçlar yükleyen bir nitelik taşımaktadır¹⁴⁶¹. Bu bakımdan tarafları arasında sürekli ve karşılıklı bir borç ilişkisi doğuran işçi sağlama sözleşmesi, hukuki niteliği açısından kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinden herhangi birine girmemektedir¹⁴⁶². Kanuni sözleşme tiplerinden herhangi birine uymadığı için işçi sağlama sözleşmesinin öğretide kendine özgü(sui generis) bir sözleşme olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁶³.

Yukarıdaki gibi tanımlanan işçi sağlama sözleşmesi ile geçici istihdam bürosu ödünç vereceği işçinin seçimi ile ilgili olarak ortalama bir işçinin devri konusunda sorumluluk altına girmektedir. Bir diğer deyişle geçici istihdam bürosu, işçi sağlama sözleşmesinde kararlaştırılan veya mesleki açıdan bulunması zorunlu niteliklere haiz bir işçiyi ödünç vermek suretiyle sözleşmeden doğan asıl yükümlülüğünü ifa etmiş olacaktır. Mesleki niteliğin tespit edilmesinde de, her meslek gurubu için o meslek grubunda çalışan işçinin sahip olduğu ortalama özellik göz önüne alınmalıdır¹⁴⁶⁴. Bununla birlikte işçi sağlama sözleşmesinde belirli bir işçinin verilebileceği de kararlaştırılabilir. Böyle bir durumda geçici istihdam bürosu herhangi bir işçiyi vermek suretiyle değil yalnızca ismen belirlenen işçiyi ödünç vermek suretiyle üstlenmiş olduğu taahhüdü yerine getirebilecektir¹⁴⁶⁵. Anlatılanlardan çıkarılabileceği üzere geçici istihdam bürosu, ödünç alan işverene karşı bir işin yerine getirilmesini bizzat üstlenmemekte, sadece ödünç alan işverenin giderilmesi yönünde ihtiyacı bulunduğu iş için uygun bir işçiyi ödünç verme sorumluluğu altına girmektedir. Dolayısıyla geçici istihdam bürosunun işçinin iş görme edimini kötü

¹⁴⁶¹ *Akyiğit*, Ödünç İş, 119.

¹⁴⁶² *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 143.

¹⁴⁶³ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 143. *Akyiğit*, Sosyal, 16. *Hendrickx*, 59.

¹⁴⁶⁴ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 143.

¹⁴⁶⁵ *Akyiğit*, Ödünç İş, 97.

ifasından dolayı bir sorumluluğu bulunmamaktadır¹⁴⁶⁶. Bununla birlikte geçici istihdam bürosu, ödünç işçinin işçi sağlama sözleşmesinde kararlaştırılan zamanda ve yerde ödünç alan işverenin yanında çalışacağını taahhüt ettiğinden, ödünç işçinin belirlenen zamanda işe başlamaması halinde geçici istihdam bürosunun sorumluluğu doğacaktır¹⁴⁶⁷. Bu bağlamda ödünç işçinin işçi sağlama sözleşmesinde kararlaştırılan yer ve zamanda ödünç alan işverenin yanında iş görme edimini sunması, geçici istihdam bürosunun asıl borcu olup, buna aykırılık geçici istihdam bürosunu akde aykırı davranmış duruma düşürecek ve temerrüdüne yol açacaktır. Ayrıca geçici istihdam bürosunun dürüstlük kuralı çerçevesinde(TMK. md.2) bir meslek grubunda ortalama özelliklere sahip bir işçi seçme yükümlülüğü bulunmakla birlikte, buna uygun davranmamasından ötürü işçinin kötü ifası ortaya çıkıyorsa, geçici istihdam bürosunun işçi seçimi nedeniyle sorumluluğuna gidilebilecektir¹⁴⁶⁸. Öğretide bu niteliği itibarıyla geçici istihdam bürosunun borcunun adeta bir cins(nevi) borcu niteliğini taşıdığı da ileri sürülmektedir¹⁴⁶⁹. Bu takdirde geçici istihdam bürosu ortalama vasıflara sahip işçiden daha az vasfa sahip bir işçiyi ödünç alana gönderdiği takdirde, ödünç alan işveren işçiyi kabul etmek zorunda olmayacağı gibi, ödünç alanın ifayı kabul etmemesi üzerine geçici istihdam bürosu temerrüde düşecek, bir diğer ifadeyle borcu ifa etmemenin sonuçlarına katlanacaktır¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶⁶ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 143. *Akyiğit*, Ödünç İş, 97-98.

¹⁴⁶⁷ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 143-144.

¹⁴⁶⁸ *Akyiğit*, Ödünç İş, 181-183. İşçi sağlama sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması temerrüdün sonuçlarının uygulanması bakımından bir farklılık yaratmayacaktır. Bk md.106 gereğince ödünç alan işveren, ifa ve gecikme tazminatı yahut borcun ifasından vazgeçip ifa etmeme sebebiyle tazminat istemek ya da sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır. (*Oğuzman-Öz*, 401) Geçici istihdam bürosu kusurlu bulunmasa dahi temerrüde düşecektir. Ancak geçici istihdam bürosunun kusurunun bulunup bulunmaması temerrüdün bazı sonuçlarının doğup doğmaması açısından önem arz etmektedir. Geçici istihdam bürosu kusursuz ise ödünç alan işveren sadece sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır. Kusurunun bulunması halinde BK md.106-108'deki bahsettiğimiz temerrüde bağlanan hukuki sonuçlar ortaya çıkacaktır. (*Süzek*, 374-375).

¹⁴⁶⁹ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 143. *Akyiğit*, Ödünç İş, 183.

¹⁴⁷⁰ *Oğuzman-Öz*, 224-225.

İşçi sağlama sözleşmesi karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, geçici istihdam bürosunun işçisini geçici bir süre için ödünç verme borcu karşısında ödünç alan işverenin ücret ödeme borcu ile ödünç işçiyi işyerine zamanında alma ve sunduğu iş görme edimini uygun bir şekilde kabul etme borcu da bulunmaktadır¹⁴⁷¹. Ödünç alan işverenin bu borçlara aykırı davranışı sözleşmeye aykırılık oluşturacağından ödünç alan işverenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir¹⁴⁷².

Kendine özgü bir sözleşme olan işçi sağlama sözleşmesi bakımından çeşitli ülkeler, bu sözleşmede bulunması gereken unsurlar bakımından oldukça ayrıntılı düzenlemeler meydana getirmişlerdir. Ancak ülkemizde özel bir düzenleme bulunmamaktadır, bilim kurulu tarafından hazırlanan öntasarının ‘ç’ bendinde de işçi sağlama sözleşmesinin yazılı yapılacağı belirtildikten sonra taşınması gereken unsurların çalışma ve sosyal güvenlik bakanlığı tarafından belirleneceği yönünde bir hükme yer verilmişti. Şu an için özel bir düzenleme bulunmadığına binaen sözleşme özgürlüğünün devreye gireceği ve sözleşmenin herhangi bir şekle tabi olmayacağı ilk etapta ileri sürülebilir. Fakat meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine yönelik düzenleme getiren md.7’nin ikinci fıkrasında işçi sağlama sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağı belirtilmiştir. Bu hükmün kıyasen uygulanması yoluyla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini içeren işçi sağlama sözleşmelerinin de yazılı bir şekilde bağitlanmaları gerektiği ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar sözleşmenin şeklinin yazılı şekil şartına bağlı olduğu söylenebilecek ise de taşınması gereken unsurlar bakımından bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte hiç değilse işçi sağlama sözleşmesinin taraflarının sözleşme de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine

¹⁴⁷¹ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 144.

¹⁴⁷² Ödünç alan işverenin sorumluluğu ile ilgili daha fazla bilgi için Bkz., *Akyiğit*, Ödünç İş, 179-180.

başvurulma nedenini, hangi pozisyon için ödünç işçi talep edildiğini ve ödünç işçinin vasfını belirtmeleri yerinde olacaktır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurma nedeninin belirtilmesi bilhassa bu ilişkinin kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespiti açısından faydalı olacaktır.

gg. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinde Bireysel İş Hukuku Açısından Hak ve Yükümlülükler

aaa. İş Görme Edimi Bakımından

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde ödünç müddetince ödünç işçi, iş görme edimini ödünç alan işverene karşı yerine getirecektir. Bu sonuca 4857 sayılı kanun md.7/1'den de ulaşılmaktadır. İlgili hükme göre “işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, iş sözleşmesine geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur” ifadesi yer almaktadır. Ödünç işçi, iş görme edimini yerine getirirken, ödünç alan işveren de bizzat işin görülmesini talep hakkı açısından kendi hakkını kullanacaktır. Bunun anlamı ödünç işçinin iş görme borcunu ifa ederken ödünç alan işverenin nam ve hesabına hareket etmesidir¹⁴⁷³. Bir diğer deyişle iş görme borcu ikiye bölünmemektedir. Bu nitelik ödünç iş ilişkisinin her iki türü yani meslek edinilmiş ve edinilmemiş türleri bakımından geçerlidir. Ödünç işçi, ödünç alan işverene karşı iş görme edimini ifa ederken, aslında geçici istihdam bürosuyla bağtlatdığı iş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme edimini yerine getirmektedir¹⁴⁷⁴. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde de iş görme ediminin içinde yer alan özen borcu varlığını devam ettirecektir¹⁴⁷⁵. Ancak hemen ifade edelim ki; iş kanunu md.7/1'de yer alan benzer iş koşulunun meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine kıyasen

¹⁴⁷³ *Caniklioğlu*, 130.

¹⁴⁷⁴ *Odaman*, 102.

¹⁴⁷⁵ *Akyiğit*, Ödünç İş, 127.

uygulanması gibi bir durum söz konusu değildir. Her ne kadar iş kanunu 7. madde düzenlemelerinin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini kapsar nitelikte olduğunu¹⁴⁷⁶ belirtmişsek de, ilgili maddede ki hükümler meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin doğasıyla bağdaştığı oranda kıyasen uygulanabilir. Ödünç işçinin geçici istihdam bürosunda yerine getirdiği faal bir görevi olmadığından ‘benzer iş’ koşulunun zaten uygulanması olası olmadığı gibi, uygulamaya kalkmakta meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin özüyle bağdaşmayacaktır.

bbb. Sadakat Borcu Bakımından

İş sözleşmesinin niteliği gereği işverenin sahip olduğu bakım ve gözetim hakkının karşısında işçinin de sadakat borcu bulunmaktadır. İşte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi üç taraflı bir hukuki ilişki olduğundan işçinin sadakat borcunu hem ödünç alan hem de ödünç veren işveren tarafından ele almak gerekmektedir. İşçinin sadakat borcu esas olarak iş sözleşmesinin tarafı olan işverene karşıdır. Bununla birlikte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde işçi geçici istihdam bürosunun yanında genellikle hiç çalışmamaktadır. Ancak buna rağmen ödünç işçinin, geçici istihdam bürosuna karşı sadakat borcunun bulunduğu sonucuna varılmalıdır. Zira fiilen bir çalıştırma söz konusu olmasa da taraflar arasında bir iş sözleşmesi vardır ve sadakat borcunda işçinin iş sözleşmesinden doğan borçları arasında yer almaktadır¹⁴⁷⁷. Bunun yanı sıra ödünç işçinin, ödünç alan işverene karşıda sadakat borcunun var olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. İş kanunu md.7/IV’de “İşçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır” cümlesi

¹⁴⁷⁶ *Ekonomi*, Mesleki, 260.

¹⁴⁷⁷ *Odaman*, 113.

bulunmaktadır. Bu cümlenin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine kıyasen uygulanması sonucunda ödünç işçinin, ödünç alan işverene karşı sadakat borcunun bulunacağı kuşkusuzdur. Ancak bu hüküm bulunmasaydı dahi gene aynı sonuca varmak gerekmekteydi. Ödünç işçi ödünç alan işverenin işyeri organizasyonuna dâhil olduğundan ve iş görme edimini ödünç alan işverenin işyerinde ifa ettiğinden, ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında iş hukuku karakterli sözleşme benzeri bir hukuki ilişki kurulmaktadır¹⁴⁷⁸. Bunun sonucu olarak zaten ödünç işçinin, ödünç alan işverene karşı sadakat borcunun bulunması gerekmektedir. İşte ödünç işçinin, hem geçici istihdam bürosuna hem de ödünç alan işverene karşı sadakat borcu bulunduğu, ödünç işçi açısından çifte sadakat borcunun varlığından söz edilmektedir¹⁴⁷⁹. Sadakat borcunun gereği olarak ödünç işçi, geçici istihdam bürosunun ve ödünç alan işverenin çıkarlarını koruma, işverene ekonomik, ticari veya mesleki bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma borcu altına girmektedir¹⁴⁸⁰.

Sadakat borcu kapsamına sır saklama borcunda girmektedir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından ödünç işçi, öncelikle ödünç alan farklı işverenler arasında sır saklama borcuna uygun davranmalıdır. Yani belirli bir süre çalıştığı işyerinin sırlarını, daha sonradan gönderildiği diğer ödünç alan işverenlere karşı korumakla yükümlüdür. Ödünç işçinin sır saklama yükümlülüğü sadece ödünç alan işverenlere yönelik değildir. Ayrıca belli bir süre yanında çalıştığı ödünç alan işverenlerin sırlarını, geçici istihdam bürosuna karşı saklamak zorundadır¹⁴⁸¹. Bir diğer deyişle ödünç iş ilişkisi müddetince, ödünç işçinin ne geçici istihdam

¹⁴⁷⁸ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 149. *Odaman*, 113.

¹⁴⁷⁹ *Akyiğit*, Ödünç İş, 131.

¹⁴⁸⁰ *Süzek*, 276.

¹⁴⁸¹ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 149.

bürosunun mesleki sırlarını ödünç alan işverenlere, ne de ödünç alan işverenlerinkini diğer ödünç alan işverenlerle iş sözleşmesiyle bağlı olduğu geçici istihdam bürosuna aktarmaması gerekmektedir. Ödünç alan aleyhine işçi sır saklama yükümlülüğünü ihlal ederse iş sözleşmesini ödünç alan feshedemeyeceğinden ödünç işçinin değiştirilmesini isteyebilecekken, ödünç veren işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir¹⁴⁸².

Öğretide üzerinde durulan bir diğer konuda ödünç işçi ile rekabet yasağı sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı ile ilgilidir. Rekabet yasağının ödünç işçi açısından kararlaştırılabilmesi için gereken şartları zaten meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kısmında sadakat borcunu anlatırken belirttiğimiz için tekrar bahsedilmeyecektir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından geçici istihdam bürosu ile ödünç alan işverenler aynı işkolunda çalışmadığından ötürü bir rekabetin mevcudiyetinden bahsedilemeyeceği ve dolayısıyla da rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmasında geçici istihdam bürosunun haklı bir çıkarının bulunduğu ileri sürülemeyeceği isabetli bir şekilde belirtilmektedir¹⁴⁸³. Örneğin geçici istihdam bürosunun, bir zamanlar kendisinden ödünç işçi almış olan müşterisi tekstil işletmesine rakip olduğundan söz edilemez¹⁴⁸⁴. Nitekim bu husus konuya ilişkin açık yasal düzenleme getiren çeşitli ülkelerde güvence altına alınmıştır. Yapılan yasal düzenlemelerle, geçici istihdam bürosunun iş sözleşmesine yahut işçi sağlama sözleşmesine ödünç işçi ile ödünç alan işverenlerin iş sözleşmesi ilişkisine girmesini engelleyemeyeceği kuralı getirilmektedir. Aynı yöndeki bir kurala Avrupa Birliğinin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili direktif tasarısında da yer verilmiştir.

¹⁴⁸² *Odaman*, 117-118,120.

¹⁴⁸³ *Odaman*, 132.

¹⁴⁸⁴ *Akyiğit*, Ödünç İş, 135.

Direktif tasarısının altıncı maddenin ikinci fıkrasına göre üye devletler, ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında, ödünç süresinin sona ermesinden sonra, istihdam ilişkisinin kurulmasını veya iş sözleşmesinin akdedilmesini önleyen veya yasaklayan herhangi bir hükmün, geçersiz ve hükümsüz olmasını veya geçersiz ve hükümsüz olduğunun iddia edilebilmesini temin etmek için gerekli olan önlemleri alacaklardır. Kısacası geçici istihdam büroları işçiyle yapacakları iş sözleşmesinde ödünç alan işverenler açısından rekabet yasağı hükümlerini öngöremeyecektir. Ancak sorunun ödünç alan işverenler açısından da ele alınması gerekmektedir. Zira sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar kanuna aykırı olmamak üzere diledikleri düzenlemeleri yapabilme imkânına sahiptirler. Ancak geçici istihdam bürolarının, ödünç alan işverenlerin ödünç işçileri istihdam edemeyeceği yönündeki bir hükmü işçi sağlama sözleşmesine koyması, dolaylı yoldan işçiler bakımından rekabet yasağı getirebileceği gibi, işçilerin çalışma hakkına da kısıtlama getirecektir. Bu gibi hallerde geçici istihdam bürosunun korunmaya değer bir menfaati de bulunmadığından işçi sağlama sözleşmesinde yer alan kaydın geçersiz sayılması yerinde olur.

Her ne kadar geçici istihdam bürosunun ödünç alan işverenler açısından işçiyle rekabet yasağı sözleşmesi yapamayacağı yahut ödünç alan işverenlerce de ödünç işçinin istihdam edilmesini engelleyemeyeceği kabul edilse de, diğer geçici istihdam büroları bakımından konunun tekrar değerlendirilmesi gereklidir. Zira işçinin işvereni olan geçici istihdam bürosu ile diğer geçici istihdam büroları aynı işkolunda bulunmaktadır. Örneğin bir kişi aynı geçici istihdam bürosunda 3 yıl çalışmışsa artık işleyişe ilişkin bir takım sırları da öğrenebilecektir. Bu gibi hallerde yani geçici istihdam bürosunun korunmaya değer bir menfaatinin bulunması kaydıyla, geçici

istihdam bürosunun, ödünç işçinin aynı işkolunda faaliyette bulunduğu diğer geçici istihdam bürolarının yanında çalışmayacağına dair, iş sözleşmesine hüküm koyabilmesi veya ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi akdedebilmesi mümkündür¹⁴⁸⁵.

ccc. İtaat Borcu ve Yönetim Hakkı Bakımından

İş kanunu md.7/1’de “Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup ...” ifadesine yer verilmiştir. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi açısından öngörülen bu hüküm meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine kıyas yoluyla uygulanabilir bir nitelik taşımaktadır. Bu durumda ödünç işçi iş görme edimini, ödünç alan işverenin yanında yerine getirdiğinden ve ödünç alan işverenin nam ve hesabına iş gördüğünden, ödünç alan işverenin yönetim hakkına sahip olduğu sonucuna ulaşılmaktadır¹⁴⁸⁶. Ödünç alan işverenin yönetim hakkı bilhassa iş görme ediminin somutlaştırılmasına yönelik olacaktır. Bu kapsamda ödünç işçinin, işyerinin belli bir yerinde belli bir işle görevlendirilmesi, günlük çalışma sürelerinin ve ara dinlenmelerinin belirlenmesi yer almaktadır. Ödünç alan işverenin yönetim hakkının yanında geçici istihdam bürosunun da yönetim hakkı devam edecektir. Geçici istihdam bürosunun, ödünç alan işverenin işyerindeki iş görme ediminin ifasına yönelik olarak yönetim hakkını kullanması olası olmadığından, yönetim hakkının daha ziyade işin görülmesiyle doğrudan bağlantılı olmayan konularla ilgili olarak kullanılabileceği söylenebilir¹⁴⁸⁷. Örneğin geçici istihdam bürosunun ödünç işçinin yıllık ücretli iznini kullanmasında, işçi sağlama sözleşmesinde kararlaştırılmışsa işçiye geri çağırması ve başkasıyla değiştirmesinde yönetim hakkı varlığını devam

¹⁴⁸⁵ *Odaman*, 132-133.

¹⁴⁸⁶ *Ekmekçi*, Ödünç, 375. *Serin*, 1076. *Caniklioğlu*, 139.

¹⁴⁸⁷ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 148.

ettirmektedir¹⁴⁸⁸. Ödünç işçi, geçici istihdam bürosunun geri çağırması karşısında ödünç alan işverenin işyerinde çalışmak istediğini ileri süremez. Görüldüğü üzere genel olarak çalışma koşullarına ilişkin otorite geçici istihdam bürosuna aittir¹⁴⁸⁹. Bu nitelikleri itibariyle tıpkı sadakat borcunda olduğu gibi, yönetim hakkı ve itaat borcu bakımından da ödünç işçinin ‘çifte yönetime tabiliğinden’ bahsedilebilecektir¹⁴⁹⁰.

ddd. Eşit İşlem ve Ücret Ödeme Borcu Bakımından

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde eşit işlem borcunun iki boyutunun olduğu söylenebilecektir. Konunun hem geçici istihdam bürosu hem de ödünç alan işveren boyutu mevcut bulunmaktadır. Görüldüğü üzere her iki işverenin de ödünç işçiye karşı farklı şekil ve konularda da olsa eşit davranma borcu varlığını devam ettirmektedir¹⁴⁹¹. Ücret ödeme borcunun da, belirlenecek işverene göre eşit işlem borcuyla iç içe olduğu görülmektedir.

Geçici istihdam bürosunun iş sözleşmesinin tarafını oluşturması dolayısıyla eşit işlem borcuna uymak zorunda olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak sorun bunun meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde nasıl uygulanacağıdır. Genel olarak ödünç verilmek üzere istihdam edilen işçiler, geçici istihdam bürosunda iş görme edimlerini yerine getirmediğinden dolayı geçici istihdam bürosunun bilhassa eşit davranma yükümünün ücret, ikramiye, prim vs. gibi parasal ödemeler bakımından ortaya çıkacağı düşünülebilir. Bu konuda ise aynı konumda bulunan ödünç işçiler arasında geçici istihdam bürosunun eşit davranma borcunun bulunduğu

¹⁴⁸⁸ *Akyiğit*, Sosyal, 18.

¹⁴⁸⁹ *Akıntürk Türkmen*, Ödünç İş, 148.

¹⁴⁹⁰ *Akyiğit*, Ödünç İş, 138.

¹⁴⁹¹ *Çelik*, 95.

söylenmelidir¹⁴⁹². Bir diğer ifadeyle eşit işlem borcu nispi bir nitelik taşıdığından, garson yahut şoför olarak ödünç verilen işçiyle, bilgisayar mühendisi olarak ödünç verilen işçiler arasında yürüttükleri işin farklı olmasına binaen eşit işlem borcunun söz konusu olmadığı belirtilebilir. Bu husus aynı nitelikteki veya aynı yahut benzer durumdaki işçilere eşit davranma yükümünün de bir gereğidir¹⁴⁹³. Ayrıca geçici istihdam bürosunun eşit işlem borcunun, ödünç alan işverenlere gönderilecek işçinin seçiminde de baş göstereceği söylenebilecektir. Bu hususun özellikle işçilere, ödünç verilmediği dönemlerde daha düşük ücret ödünç verildiği dönemler de ise daha yüksek ücret ödeneceğinin taraflar arasında yapılmış iş sözleşmesinde kararlaştırılması halinde önem taşıyacağı düşünülebilir. Görüldüğü üzere geçici istihdam bürosu, ödünç verilecek işçiyi seçerken de aynı durumda bulunanlar açısından eşit işlem borcuna uygun davranması gereklidir. Aynı nitelikte, aynı performansı gösteren ve aynı eğitim düzeyine sahip işçiler bulunmaktayken, sürekli olarak bu işçilerden yalnız birini seçmesi ücret bakımından o işçiye ekstra avantaj sağlanması anlamına gelecektir. Dolayısıyla geçici istihdam bürosunun bu durumda eşit işlem borcunu yerine getirmesi açısından dönüşümlü bir sistem uygulaması yerinde olacaktır. Ancak ödünç alan işverenler ismen bir işçinin ödünç verilmesini talep etmekteyseler, bu takdirde işçinin seçiminde geçici istihdam bürosunun eşit işlem borcunun varlığından bahsedilemeyecektir.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair düzenleme getiren ülke mevzuatlarına bakıldığında genelde ödünç işçinin, ödünç alan işverenin işçisi gibi kabul edildiği ve dolayısıyla başta ücret ve diğer kanuni haklar bakımından eşit işlem ilkesinin uygulanmasının da buna göre belirlendiği görülmektedir. Bir diğer ifadeyle ödünç

¹⁴⁹² *Akyiğit*, Ödünç İş, 157.

¹⁴⁹³ *Süzek*, İş Hukuku 4. Bs., 401.

işçi, ödünç alan işverenin işyerindeki aynı seviye ve kategorideki işçilerle aynı yönde işlem görmelidir. Bu yöndeki bir düzenlemeye hatırlanacağı üzere AB'nin konuya ilişkin hazırladığı direktif önerisinde de yer verilmiştir¹⁴⁹⁴. Bununla birlikte tüm AB üyesi ülkelerde, ücret ödeme borcunda eşit işlem ilkesinin aynı şekilde düzenlenmediği de ortadadır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik AB direktif önerisine dair görüşmelerin de hatırlanacağı üzere özellikle ücret ödeme borcunda eşit işlem ilkesi noktasında kilitlendiği ortadadır. Ülkemizde ise ödünç işçinin ücretinin hangi işveren esas alınarak ödeneceği konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, sırf başkasına ödünç verilmek üzere istihdam edilen bir işçinin, ödünç alan işveren yanındaki aynı veya benzer konumdaki işçilerle aynı düzeyde işlem görmesi gerektiğini ve eşit işlem ilkesinin hem ücret hem de ücret dışı ödemeleri kapsamı gerektiğini belirtmektedir¹⁴⁹⁵. Yani ödünç alan işverene iş sözleşmesiyle bağlı olan işçilerle ödünç işçiler arasında ücret açısından objektif bazı unsurlar dışında herhangi bir ayırımın yapılamayacağı belirtilmektedir. Zira ödünç işçi, geçici istihdam bürosu yanında fiilen çalışmadığından, karşılaştırma yapılacak bir ortam mevcut değildir¹⁴⁹⁶. Ancak geçici istihdam büroları faaliyetleri kapsamında belki de binlerce işçiyi istihdam etmekte ve aynı niteliklere haiz pek çok işçi aynı geçici istihdam bürosu aracılığıyla çalıştırılabilmektedir. Bu nedenle sırf karşılaştırma yapılabilecek işçi bulunmadığı düşüncesinden hareket edilerek ödünç alan işverenin işyerinde çalışan işçilere göre ödünç işçinin ücretinin ödeneceği ifade etmek yerinde değildir. Ödünç işçi ile ödünç alan işverene iş sözleşmesi ile bağlı olan işçiler arasında ücret açısından eşit işlem ilkesinin getirilmesi normalde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılmasını engelleyici bir fonksiyon

¹⁴⁹⁴ *Uşen*, 340.

¹⁴⁹⁵ *Uşen*, 341.

¹⁴⁹⁶ *Odaman*, 215-216.

görmektedir. Bu sayede ödünç alan işverenler tarafından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi yoluyla işçi çalıştırmaya sırf ücret avantajı nedeniyle başvurulamayacak gerçekten esneklik aracı olarak geçici işgücü ihtiyacını gidermek için stratejik amaçlarla başvurulacaktır. Bununla birlikte ödünç alan işveren yanındaki emsal işçiye ödenecek ücret ile ödünç işçiye ödenecek ücretin eş değerde kabul edilebilmesi için kanunlarımızda bu yönde açık bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir. Konuya ilişkin düzenleme getiren ülkelerde bu sonuca özel kanuni düzenlemelerle ulaşılabilmektedir. Nitekim ülkemizde de atipik çalışma ilişkileri açısından normalde Anayasa madde 10, iş kanunu madde 5 gibi genel düzenlemeler ile belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler açısından madde 12 ve kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler açısından madde 13 ile ilave güvence öngörülen eşit işlem borcuna dair düzenlemeler meydana getirilmiştir. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde 4857 sayılı iş kanununun 5. maddesinde yer alan ‘eşit davranma ilkesinin’ işverenin kendi işçileri arasında belli nedenlere dayalı olarak ayırım yapmasını yasakladığını, bu madde de ödünç iş ilişkisine tabi olarak çalışan ödünç işçilerle ilgili bir hüküm bulunmadığı göz önüne alındığında eşit davranma borcunun ödünç veren işverene ait olduğu söylenebilecektir¹⁴⁹⁷. Dolayısıyla geçici istihdam bürosunun kendi işçisine ödeyeceği ücret belirlenirken, emsal işçi olarak başka bir işverenin işçisinin kabul edilebilmesi için açık kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu düşünülmektedir. Yani ödünç işçi, ödünç alana ait işyerindeki aynı veya benzer işte çalışanların aldığı ücreti isteyemeyecektir¹⁴⁹⁸. Neticede ödünç işçiye ödenecek ücret belirlenirken bir diğer deyişle ücret bakımından eşit işlem ilkesi uygulanırken ödünç alan işverenin işyerindeki emsal işçiden ziyade geçici istihdam

¹⁴⁹⁷ Çankaya-Çil, 156.

¹⁴⁹⁸ Akıgüt, Ödünç İş, 145.

bürosunun işyerindeki aynı konumda yahut benzer konumda bulunan işçiler göz önüne alınmalıdır. Eğer ki bir geçici istihdam bürosunda emsal işçi olarak kabul edebileceğimiz bir işçi bulunmamaktaysa iş kanunu md.12/son “İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır” hükmünün kıyas yoluyla uygulanması gerekmektedir. Ancak ödünç alan işverenle geçici istihdam bürosunun aralarında bağtladıkları işçi sağlama sözleşmesinde sözleşme özgürlüğü gereğince ödünç işçiye ödünç alan işverenin işyerinde aynı konumda bulunan işçilere ödenen ücret ve diğer olanaklardan yararlanacağını kararlaştırabilmeleri mümkündür¹⁴⁹⁹.

Yukarıdaki açıklamalar vesilesiyle ödünç işçiye karşı işverenlerin ücret ödeme borcuna da değinmek yerinde olacaktır. Ödünç işçinin ücretini ödemekle yükümlü olan geçici istihdam bürosunun yasal asgari ücretten daha düşük bir ücret ödeyemeyeceği açıktır. Geçici istihdam bürosu tarafından ödünç işçiye ödenecek ücretin miktarı asgari ücretin altında olmamak kaydıyla iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılabilecektir¹⁵⁰⁰.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi uygulamasında geçici istihdam bürosu, işçiyi ödünç verdiği dönemlerde, işçiye ödediği ücretleri ödünç alan işverene fatura ederken işçi sağlama sözleşmesinde belirlenen miktardaki kârı da ekleyecektir¹⁵⁰¹.

Yukarıdaki esaslara göre belirlenebilecek ve ödünç alan işverene fatura edilebilecek ödünç işçinin ücretine ilişkin olarak yasal mevzuatımızda kıyasen uygulanabilecek hükümlerin de mevcut olduğunu görmekteyiz. İş kanunu md.7/III’de

¹⁴⁹⁹ *Akyiğit*, Ödünç İş, 145.

¹⁵⁰⁰ *Akyiğit*, Ödünç İş, 145.

¹⁵⁰¹ *Odaman*, 150-151.

“işverenin, ücreti ödeme yükümlülüğü devam eder. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, ... işveren ile birlikte sorumlu” hükmü yer almaktadır. Söz konusu hüküm ödünç verilen işçinin ücretinin ödenmesini güvence altına alma amacını taşımakta ve müteselsil sorumluluk kurmaktadır¹⁵⁰². 1475 sayılı kanun döneminde ödünç işçinin ücretinin ödenmesine yönelik olarak kıyasen uygulanması gereken hüküm asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenleme konusu yapan ilgili maddeden çıkarılmaktaydı(md.1/V). O dönem için asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı herhangi bir yönetim hakkı bulunmamasına, onlardan işin ifasını isteyememesine ve işçinin de asıl işverene karşı sadakat ve itaat borcu bulunmamasına rağmen asıl işverenin alt işveren için kanundan ve/veya iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte sorumlu olacağının yasal düzenleme ile öngörüldüğü belirtilmekte ve bu düzenlemenin evleviyetle ödünç iş ilişkisine uygulanması gerektiği ileri sürülmekteydi. Bu sayede belli bir ölçüde ücretin güvenceye bağlanması mümkün olacaktı¹⁵⁰³. O dönem için haklı olarak böyle bir yorum yapılabilmekteydi, günümüz için ise asıl işveren-alt işveren ilişkisine gitmeye gerek yoktur. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkileri bakımından iş kanunu md.7/III’ün uygulanması suretiyle ödünç işçilerin ücretlerinin ödenmesi güvenceye alınmış olacaktır. Bu kapsamda ödünç alan işverenin, ödünç işçinin ödenmeyen ücretinden doğan müteselsil sorumluluğu, ödünç işçinin kendi yanında çalıştığı süreyle sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla ödünç işçinin, ödünç veren işverenin yanında çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden ödünç alan işverenin herhangi bir

¹⁵⁰² *Ekmekçi*, Ödünç, 373.

¹⁵⁰³ *Akyiğit*, Ödünç İş, 142-143.

sorumluluğu bulunmamaktadır¹⁵⁰⁴. Yani ödünç alan işverenin sorumluluğu işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda kendisinin işçiyi çalıştırdığı dönemle sınırlıdır¹⁵⁰⁵.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyeti kapsamında çalışan ödünç işçinin fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil ücretlerinin hangi işveren tarafından ödenmesi gerektiğine de değinilmesi gerekmektedir. Bu konuda meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde vardığımız sonuçların aksine bir sonuca varmamızı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu ödemelerin geçici istihdam bürosu tarafından ödenmesi gerekmektedir. Ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında bir iş sözleşmesi bulunmadığından ötürü geçici istihdam bürosunun bahsedilen arızı nitelikteki ödemeleri yapması gerekmektedir¹⁵⁰⁶. Geçici istihdam bürosu, ödünç işçinin çalıştığı ve ücrete hak kazandığı arızı nitelikteki ödemeleri, ödünç alan işverene iş ilişkide rücu edebilecektir¹⁵⁰⁷.

Ödünç işçinin hak kazanmak için kıdeminin arandığı haller söz konusu olduğunda ise temelde iş sözleşmesinin devam ettiği süre göz önüne alınması gerekmektedir. Bazı ülkelerde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi çerçevesinde çalışan ödünç işçilerin yıllık ücretli izne hak kazanmak için çalışmış gibi sayılan sürelerinin neye göre hesaplanacağına dair düzenlemelerde getirilmiştir. Örneğin Japonya’da ödünç işçilere verilmesi gereken yıllık ücretli izin gün sayısı, işçilerin her birinin çalıştığı fiili çalışmasına göre tespit edilmektedir¹⁵⁰⁸. Bununla birlikte ülkemizde kısmi süreli çalışanlarda da haftada kaç gün yahut günde kaç saat çalıştığına bakılmaksızın işçinin kıdeminin hesaplanmasında iş sözleşmesinin devam süresinin

¹⁵⁰⁴ *Ekmekçi*, Ödünç, 373.

¹⁵⁰⁵ *Odaman*, 150.

¹⁵⁰⁶ *Süzek*, Değerlendirme, 20-21.

¹⁵⁰⁷ *Odaman*, 47.

¹⁵⁰⁸ *Hanami*, 166.

göz önüne alınacağı hususu benimsenmiştir¹⁵⁰⁹. İşte ödünç işçinin yıllık ücretli izin süresi, kıdem tazminatı gibi kıdeme bağlı kanuni haklarından sadece ödünç verildiği sürelerle bakılmaksızın yararlandırılması hakkaniyete uygun bir çözüm olacaktır.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde de ödünç işçi hukuki anlamda işçi sıfatına sahip olduğundan iş kanununda işçiler için öngörülen haklardan ve olanaklardan da yararlanabileceklerdir. Bu kapsamda ödünç işçiler, ücretleri ödenmediği takdirde İK md.34'de belirlenmiş olan koşulların gerçekleşmesi halinde çalışmaktan kaçınma hakkına sahiptir. İş kanununun 7. maddesinin 4. fıkrasında yer alan işçi sağlama sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça işçinin haklarına ilişkin iş kanundaki düzenlemelerin, işçinin ödünç alan işverenle olan ilişkisine de uygulanacağı yönündeki hükümden bu sonuca ulaşılabilmektedir¹⁵¹⁰. Ayrıca ücreti ödenmeyen ödünç işçi, İK md.24/II-e.bendi gereğince iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir¹⁵¹¹.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer konuda işçinin ödünç verilmediği dönemlerde de ücretinin devamlılığıdır. Gerçekten de geçici istihdam bürolarının işçiyi fiilen çalıştırabileceği bir işyeri bulunmadığından ve işçiyi dönemsel olarak verebileceği bir işverene de her zaman ulaşamayacağından, işçiyi ödünç veremediği zamanlar olabilecektir¹⁵¹². İşte bu konuda bir görüş, işçi ödünç verilmese bile, işvereniyle arasındaki iş sözleşmesinin devam ettiğini dolayısıyla işveren temerrüdünün ortaya çıkabileceğini söylemektedir. Dolayısıyla geçici istihdam bürosu, işçiye verecek bir iş bulamadığı ve işçiden

¹⁵⁰⁹ *Süzek*, 571.

¹⁵¹⁰ *Süzek*, 234. *Caniklioglu*, 132. *Odaman*, 157.

¹⁵¹¹ *Odaman*, 157.

¹⁵¹² *Akyigit*, Ödünç İş, 151. *Odaman*, 170.

yararlanamadığı halde ücretini ödemeye devam etmek zorunda kalacaktır¹⁵¹³. Bir diğer görüş ise, teknik anlamda işi kabulde işveren temerrüdünün bulunduğu söylenemeyeceğini, zira meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde geçici istihdam bürosunun, işçinin sunduğu iş görme edimini kabulden haksız olarak kaçınmadığını belirtmektedir. Buradaki asıl sorun işçiye ödünç verilmediği dönemlerde de ücretinin ödenmesinin gerekip gerekmediğidir. Belirttiğimiz son görüşe göre de işçiye ödünç verilmediği dönemlerde de ücreti tam olarak ödenmelidir. Aksi takdirde işçi oldukça korumasız kalacak ve meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin gerçekten işçi ödünç verme teşkil edip etmediği konusunda tereddütler ortaya çıkabilecektir¹⁵¹⁴. İkinci görüş ortada bir işveren temerrüdü bulunmadığını tespit etmesi yönüyle daha isabetlidir ancak her iki görüş de işveren temerrüdü olsun veya olmasın işçiye ödünç verilmediği dönemlerde ücretinin ödenmesi gerektiği yönünde haklılık payına sahiptir. Bununla birlikte her iki görüş savunucuları da bu tür durumlarda iş sözleşmesinin çağrı üzerine çalışma şeklinde düzenlenebileceğini ifade etmektedir¹⁵¹⁵. Eğer ki; hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içerisinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağı taraflarca belirlenmemişse iş kanunu md.14 düzenlemeleri çerçevesinde haftalık çalışma süresi yirmi saat olarak kabul edilecek ve çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanacaktır. Bu sayede işveren işçiyi ödünç verecek başka bir işveren bulamadığı zamanlarda ücret verme yükümlülüğünden kurtulacak ve hem de işçi ödünç verilmediği dönemlerde belli bir ücret garantisine kavuşacaktır¹⁵¹⁶.

¹⁵¹³ *Odaman*, 170.

¹⁵¹⁴ *Akyiğit*, Ödünç İş, 152.

¹⁵¹⁵ *Akyiğit*, Ödünç İş, 152-153. *Odaman*, 170.

¹⁵¹⁶ *Odaman*, 170.

Ödünç işçinin çağrı üzerine çalıştırılabilmesi ve geçici istihdam bürosunun bu yöndeki bir iş sözleşmesiyle işçiyi istihdam edebilmesi mümkün olsa da yaptığı işe de uygun olması gerekmektedir. Çağrı üzerine çalışmaya uygun olmayan nitelikteki bir iş için bu yöndeki bir sözleşme kurulduğunda işçi ödünç verildiği dönemlerde belki de 20 saatin çok üzerinde çalışma yapabilecektir. Dolayısıyla işçiye ödenmesi gereken fazla çalışma ücretlerinin karşılığı, tasarruf yapayım derken daha da fazla ücret ödenmesine yol açabilecektir. Bu nedenle bu çözümün ödünç işçinin yapacağı işin çağrı üzerine çalışmaya uygun olmadığı haller bakımından yerinde bir çözüm olmadığı görülmektedir. Bu nedenlerle iş sözleşmesinin taraflarının sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işçinin ödünç verildiği ve verilmediği dönemler açısından farklı ücretler belirleyebileceğinin kabulü mümkün görülmelidir. Bir diğer deyişle geçici istihdam bürosu ile ödünç işçi aralarında bağladıkları iş sözleşmesinde yasal asgari ücretten az olmamak üzere ödünç işçiye ödünç verilmediği dönemlerde daha düşük ücret, ödünç verildiği dönemlerde ise daha yüksek ücret ödeneceğini kararlaştırabilirler. İş sözleşmesi ile bu yönde bir kararlaştırma yapmamaları halinde işçi ödünç verilmediği dönemlerde ücreti geçici istihdam bürosu tarafından tam olarak ödenmelidir. Böyle bir durumda ise iş sözleşmesi devam ederken tarafların aralarında anlaşmak suretiyle işçiye ödünç verilmediği dönemlerde daha düşük ücretin ödeneceğini kararlaştırabilmeleri mümkündür.

Eşit işlem ilkesine tekrar geri dönecek olursak ayrıca ödünç alan işveren bakımından da konunun ele alınması gerekmektedir. İş kanunu md.7/IV’de “İşçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır” denildiğinden, ödünç alan işverenler açısından da meslek edinilmiş

ödünç iş ilişkisinin niteliği ile örtüştüğü oranda iş kanununda öngörölmüş diğler borçlar aksi işçi sağlama sözleşmesinde karalaştırılmadıkça uygulanmalıdır¹⁵¹⁷. Zira ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişki bulunmaktadır. İşte eşit işlem borcunun da bu kapsamda ele alınması gerekmektedir. Ödünç alan işverenin her şeyden önce yönetim hakkını kullanırken ödünç işçiler ile aynı vasıflara sahip kendi işçileri arasında ayırım yapmaması gereklidir¹⁵¹⁸. Ödünç alan işverenin yönetim hakkını kullanırken eşit davranma yükümlölüğüne uygun davranması yükümlölüğü öncelikle işin dağıtımında kendini göstermektedir¹⁵¹⁹. Bunlara ek olarak ödünç alan işverenin, sigara içme yasağı ile işyerine giriş-çıkış kurallarına ilişkin talimatlarda, tatil ve gece çalışmalarında da ödünç işçilere aynı nitelikteki bir başka işçiden daha farklı muamele de bulunmaması gerekmektedir¹⁵²⁰.

Ödünç alan işverenin eşit işlem borcunun bulunduğı bir diğler alanda iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Bu konuda bir yönetmelik mevcut bulunmaktadır. Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesi gereğince iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması ve işçilerin kişisel koruyucu ekipmanlardan yararlanması ile ilgili olarak ödünç alan işverenlerin ödünç işçilerle kendi işçileri arasında ayırında bulunamayacağı esasını benimsenmiştir. Bu düzenlemenin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine kıyasen uygulanması sonucu ödünç alan işveren, kendisine sözleşmesel ilişkiyle bağı olan işçileri yönünden her türlü tedbiri almakla birlikte işyerinde aynı işlerde iş görme

¹⁵¹⁷ *Süzek*, 235.

¹⁵¹⁸ *Süzek*, 235.

¹⁵¹⁹ *Süzek*, 235. *Caniklioğlu*, 141. *Odaman*, 220.

¹⁵²⁰ *Caniklioğlu*, 141. *Odaman*, 222

edimini ifa eden ödünç işçiler açısından gerekli önlemleri almayacak olursa eşit davranma borcunu ihlal etmiş kabul edilecektir¹⁵²¹.

Ödünç alan işverenin eşit davranma borcunu ihlal etmiş olmasının sonucunun ne olduğu üzerinde de durulması gerekmektedir. Taraflar arasında iş sözleşmesi benzeri bir ilişki bulunduğundan ve aralarındaki bu ilişkiye iş kanundaki düzenlemeler, mümkün olduğu ölçüde uygulanacağından eşit işlem borcuna aykırılığın yaptırımını düzenleyen iş kanunu 5. maddeninde uygulanacağı konusunda şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla ödünç alan işveren, eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davrandığında ödünç işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki tazminatı talep edebilmelidir. Ödünç işçi söz konusu tazminatı müteselsil sorumluluk gereği hem ödünç alan işverenden hem geçici istihdam bürosundan talep edebilecektir. Geçici istihdam bürosu tazminatı ödemişse, iç ilişkide ödünç alan işverene ödediği miktarı rücu edebilecektir.

eee. İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Bakımından

Ödünç işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve buna yönelik düzenlemelerin yapılması ayrı bir öneme haizdir. Nitekim Avrupa Yaşam ve Çalışma Koşullarını Geliştirme Vakfı tarafından yapılan üçüncü Avrupa anketinde ilginç verilere ulaşılmıştır. Buna göre meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi çerçevesinde çalışan ödünç işçilerin çalışma koşulları diğer iş sözleşmesi türlerine göre çalışan işçilere nazaran daha kötüdür. Ayrıca başta gürültü, güç durumlar ve sarsıntı olmak üzere fiziksel tehlikelere ödünç işçiler daha çok maruz kalmakta ve belirli süreli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerine göre çalışan daimi işçilere göre daha fazla iş yüküyle

¹⁵²¹ Çankaya-Çil, 156. Odaman, 223.

başa çıkmak zorunda kalmaktadırlar¹⁵²². Bu anketin sonuçlarından dahi ödünç işçiler açısından iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasının önemi anlaşılabilmektedir. Bununla birlikte mevzuatımızdaki mevcut düzenlemeler neticesinde ödünç işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin büyük bir ölçüde sağlanabileceği söylenebilir.

Mevzuatımızda ödünç iş ilişkisine kıyasen uygulanabilecek ilk hüküm iş kanunu md.7/III'dür. İlgili hüküm gereğince “Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede işçiyi gözetme borcundan ... işveren ile birlikte sorumlu” tutulmuştur. Ayrıca aynı maddenin birinci fıkrasında “Geçici iş ilişkisi kurulan işveren ... işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlü” kılınmıştır. Bu sayede ödünç alan işverenin de, iş sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişki bulunan ödünç işçiye karşı sorumluluğu güvence altına alınmıştır. Ayrıca meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine ‘Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik’ hükümlerinin de kıyasen uygulanması gerekliliği mevcut bulunmaktadır. İlgili yönetmelik hükümleri meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ödünç işçinin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili güvenceler öngörmesi açısından önemlidir. Yönetmeliğin ödünç alan işverenin iş sağlığı ve güvenliği bakımından eşit işlem borcunu düzenleyen 4. maddesi, ödünç işçiye karşılaşacağı riskler hakkında gerekli bilgiyi aktarmayı içeren 5. maddesi, iş sağlığı ve güvenliği konusunda işin niteliğine uygun eğitimi verme yükümlülüğüne dair 6. maddesi ve işçiyi işin gerektirdiği özel sağlık gözetimine tabi tutmayı düzenleyen 7. maddesi¹⁵²³, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisiyle doğrudan bağdaşan ve uygulanabilen hükümler niteliğindedir.

¹⁵²² *Commission of The European Communities*, Memorandum, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008.

¹⁵²³ *Caniklioglu*, 137. *Süzek*, 234.

Yönetmeliğin bir diğer maddesinin ise özellikle iş sağlığı ve güvenliği açısından ek bir güvence getirdiği görülmektedir. İlgili yönetmeliğin md.9/a hükmüne göre ödünç alacak olan işveren asıl işverene, yapılacak işin gerektirdiği mesleki bilgi ve yetenek ile işin özelliği hakkında gerekli bilgileri vermek zorunda kılınmıştır. Asıl işverenin de aldığı bilgileri ilgili işçiye vermekle yükümlü olduğu esas kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile iş sağlığı ve güvenliği açısından işin özelliğine uygun niteliklere sahip işçilerin gönderilmesi teminat altına alınmıştır¹⁵²⁴. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde de bu hükmün kıyasen uygulanması, gerekli vasıflara sahip doğru işçinin seçiminde yardımcı olacak ve işçinin de ödünç alan yanında çalışmaya başlamadan önce yapacağı işle ilgili yeterli bilgilere ulaşmasını garanti edecektir.

Yeri gelmişken iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak bilim kurulu tarafından hazırlanan ön tasarıdaki md.93'ün ilgili düzenlemelerine değinilmesi uygun olacaktır. Tasarının 93. maddesinin 'b' bendinin ikinci cümlesinde, geçici istihdam bürolarına verilen belirli veya belirsiz süreli iznin "işçinin korunmasına yönelik emredici kanun hükümlerinin ağır bir şekilde veya üst üste ihlal edildiği tespit edilirse" kaldırılabilir veya yenilenmeyeceği yönünde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ayrıca 'c' bendinin üçüncü cümlesinde ise meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinin yürütülebileceği sektörler dair bir kısıtlamaya gidildiği ve hangi alanlarda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yürütülemeyeceğinin belirlenmesinde baz alınan kriterin "iş sağlığı ve güvenliği açısından özel tehlike taşıyan işler" kavramı olduğu görülmektedir. Bu kavramın içine hangi mesleklerin yahut hangi sektörlerin girdiği tartışma konusu olabilecektir ancak genellikle çeşitli ülke düzenlemelerinde olduğu gibi inşaat, taşımacılık gibi sektörler açısından kısıtlamaya

¹⁵²⁴ *Caniklioğlu*, 137.

gidilmek istendiği söylenebilecektir. Belirttiğimiz verilen iznin iptal edilebilirliği ve sektörel bazda sınırlama getirmeyi hedefleyen düzenlemeler özünde oldukça isabetli bir nitelik taşımaktaydı. Bu nedenlerle tasarının ilgili maddesinin kanunumuzda düzenlenmemiş olması bir talihsizlik olarak görülmelidir. Bu yöndeki düzenlemelere ulaşmamızı sağlayacak mevzuatımızda kıyasen uygulanabilecek bir düzenlemeye veya düzenlemelere de rastlamadığımızdan gerekli kanuni düzenlemenin bir an önce yapılması, ödünç işçilerin iş sağlığı ve güvenliği açısından ekstra güvenceler getirecektir.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyeti çerçevesinde çalışan ödünç işçilerin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak yararlanabileceği ve sahip oldukları diğer haklar meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kısmında belirttiklerimizden farklı bir nitelik taşımamaktadır. Bu itibarla iş kanunu md.83 hükmünde belirtilen prosedürü izleyerek ödünç işçiler, ödünç alan işverenin işyerinde de iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması durumunda çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir. Ayrıca İK md.79 hükmü gereğince ödünç alan işverenin işinin durdurulması veya işyerinin kapatılması halinde de ödünç alan işverenin imkânı varsa ödünç işçilere yeni bir iş teklif etmesi gereklidir. İş vermeyecek olursa da gene işçi sağlama sözleşmesi gereği geçici istihdam bürosuna karşı üstlendiği ücret ödeme borcu varlığını devam ettirecektir. Ödünç işçinin iş kazasına uğramasının sonuçları da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde bahsettiklerimizle paralellik taşımaktadır.

hh. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinde Toplu İş Hukuku Açısından Hak ve Yükümlülükler

aaa. Ödünç İşçinin Sendika Üyeliği

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde toplu iş hukukuyla ilgili ilk sorun ödünç işçinin sendika üyeliği ve geçici istihdam bürolarının gireceği iş kolu hususudur. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ödünç işçilerin işvereni olan geçici istihdam bürosunun işyerinin girdiği iş kolu ile ödünç alan işverenin işyerinin girdiği işkolu farklılık arz etmektedir. Ödünç işçi, ödünç alan işverenler göz önüne alındığında genellikle kısa sürelerle işyeri ve dolayısıyla iş kolu değiştirmektedirler. Ödünç işçinin sık sık farklı iş kollarına giren işyerlerinde iş görme edimini yerine getirmesi, ödünç işçinin sendika üyeliği açısından da bir takım sorulara yol açabilecektir¹⁵²⁵. Yani ödünç işçi ödünç alan işverenlerin işyerinin mi yahut geçici istihdam bürosunun işyerinin mi girdiği işkolunda kurulu bir sendikaya üye olabilecektir. İşte bu soruyu cevaplandırılırken hareket noktasını, geçici istihdam bürosunun ödünç işçinin işvereni olduğu ve ödünç işçinin ödünç alan işverenin yanında geçici olarak çalışmasının işçiye farklı bir statü kazandırmadığı hususu oluşturmalıdır¹⁵²⁶. Ödünç işçi iş görme edimini ödünç alan işverenin yanında yerine getirmesine karşın, gerçek işvereni geçici istihdam bürosu olduğundan ve ödünç esnasında da iş sözleşmesi varlığını devam ettirdiğinden, ödünç işçi geçici istihdam bürosunun işyerinin girdiği iş kolunda bir sendikaya kurucu olabileceği gibi kurulmuş olan bir sendikaya da üye

¹⁵²⁵ *Uşen*, 312.

¹⁵²⁶ *Ekmekçi*, Ödünç, 378.

olabilecektir¹⁵²⁷. Aynı nedenle ödünç işçinin, ödünç alan işverenin işyerindeki bir sendikaya üye olmayacağı da sabittir¹⁵²⁸.

Ödünç işçinin geçici istihdam bürosunun işyerinin kurulu bulunduğu işkolunda sendikal haklarından yararlanabileceğinin kabulünde önemli olan işçinin statüsündeki devamlılıktır. Ödünç alan işverenler açısından konu ele alındığında, ödünç işçi hep aynı işi veya aynı mesleği ödünç alan işverenler yanında yerine getirecektir. Örneğin ödünç verildiği her iş yerinde elektrikçilik, garsonluk veya sekreterlik yapabilecektir. Bununla birlikte ödünç işçi genellikle kısa sürelerle ödünç verildiğinden çok sayıda ve birbirinden farklı iş kollarında çalışacaktır. Bu bakımdan her iş kolunda değişik işkolu esası yerine süreklilik arz eden statüye bakılmalıdır. İşte ödünç işçinin farklı ödünç alan işverenler yanında yaptığı iş ne olursa olsun daimilik arz eden statüsünü “ödünç işçilik” oluşturmaktadır¹⁵²⁹.

Ödünç işçinin sendika üyeliği ile ilgili bir diğer konuda geçici istihdam bürosunun işyerinin hangi işkoluna girdiği sorusudur. Bu konuda öğretide aynı doğrultuda ortak bir kanının olduğu görülmektedir. Her ne kadar meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik olarak hukukumuzda açık bir hüküm bulunmamaktaysa da geçici istihdam bürolarının ya '17 no.lu Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar' ya da '28 no.lu Genel İşler' işkoluna gireceğinin düşünüleceği haklı olarak ileri sürülmüştür¹⁵³⁰.

Ödünç işçilerin işyeri sendika temsilciliği ve ödünç iş ilişkisine girmeye zorlanması halinde sendikal tazminat talep edip edemeyeceği gibi hususların

¹⁵²⁷ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 369. *Hendrickx-Sengers*, 103. *Süzek*, 237. *Ekmekçi*, Ödünç, 378. *Çil*, 29. *Odaman*, 62. *Caniklioğlu*, 143.

¹⁵²⁸ *Çil*, 29. *Odaman*, 63.

¹⁵²⁹ *Akyiğit*, Ödünç İş, 159. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 369.

¹⁵³⁰ *Akyiğit*, Ödünç İş, 159. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 369. *Odaman*, 62. *Çil*, 29.

cevapları meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kısmında anlatılanlarla aynı yönde cevaplanacağından ayrıca bahsedilmesine gerek görülmemiştir.

bb. Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ödünç işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanması konusunda söyleyeceklerimiz, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde ödünç işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasıyla aynıdır. Bu durum her iki ödünç iş ilişkisi türünün işleyişinin benzer olmasının da bir sonucudur. Geçici istihdam bürolarının ödünç işçiyi fiilen çalıştırabilecek bir işyerinin bulunmaması farklı bir sonuca varmamıza yol açmayacaktır. Dolayısıyla ödünç işçinin iş sözleşmesi geçici istihdam bürosuyla devam ettiğinden ve TSGLK md.2/1'e göre toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek amacıyla yapıldığından, ödünç işçinin geçici istihdam bürosunun işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır¹⁵³¹. Ödünç işçinin, geçici istihdam bürosunun işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinden yararlanması, toplu iş sözleşmesine taraf sendikaya üye olması, sendikanın yazılı muvafakati, dayanışma aidatı ödemesi yoluyla olabileceği gibi belli koşulları taşıyan bir toplu iş sözleşmesinin geçici istihdam bürolarını kapsayacak şekilde Bakanlar Kurulu kararı ile teşmil edilmiş olması halinde de ödünç işçinin geçici istihdam bürosunun işyerindeki toplu iş sözleşmesinden yararlanması söz konusu olacaktır¹⁵³². Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, kural olarak ödünç işçinin, ödünç alan işverenin işyerindeki bir toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi söz konusu değildir. Bununla birlikte daha

¹⁵³¹ *Süzek*, 237.

¹⁵³² *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 373.

önce adı geçen SK md.31/III-IV hükümleri nedeniyle toplu iş sözleşmesinde ücretle ilgili hükümler dışında yer alan düzenlemelerden işyerinde çalışan tüm işçiler yararlanacaktır. Bu kapsama ödünç işçinin de dâhil edilebileceği ortadadır. Yapılan açıklamalar gereğince ödünç alan işverenin işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinde öngörülen çalışma sürelerine, ara dinlenmelere, iş sağlığı ve güvenliğine, sigara içme yasağı ve kapı kontrolüne, çalışmanın başlangıç ve bitiş saatlerine ilişkin hükümler meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin niteliğiyle bağdaştığı oranda ödünç işçiyi de etkileyecektir¹⁵³³.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere toplu iş sözleşmesinin yapılmasında aranan yetki koşulundan biri olan işyerindeki yarıdan fazla çoğunluk şartının tespitinde ise ödünç işçinin geçici istihdam bürosunun işyerindeki işçi sayısına dâhil edilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır¹⁵³⁴. Nitekim TSGLK md.12’de yer alan “toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinin her birinde çalışan işçiler” deyiminde geçen işyerinde çalışan işçiler ifadesi, bir işyerine iş sözleşmesiyle bağlı işçi şeklinde yorumlanmalıdır. Fiilen çalışma aranacak olursa hasta veya izinli olan işçilerinde işçi sayısına dâhil edilmemesi gerektiği yönündeki yorumların önü açılabilir¹⁵³⁵.

cc. Grev ve Lokavt Halinde

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ödünç işçilerin grev ve lokavtla ilgili sorularının cevabı, işçiler özellikle başkasına ödünç verilmek üzere işe alındığından daha da bir önem arz etmektedir. Ayrıca belirttiğimiz üzere geçici istihdam büroları

¹⁵³³ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 373. *Hendrickx-Sengers*, 103. *Odaman*, 66. *Caniklioglu*, 143.

¹⁵³⁴ *Caniklioglu*, 143. *Akyiğit*, Ödünç İş, 164. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 371. *Odaman*, 65-66.

¹⁵³⁵ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 371.

isteseler de ödünç işçiyi çalıştıracakları bir işyerine sahip değillerdir¹⁵³⁶. Bununla birlikte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin bu özellikleri meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisini anlatırken vardığımız sonuçlara ulaşmamızı engellemez. Bir diğer ifadeyle TSGLK md.2 gereğince toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmelerini düzenlemek amacıyla akdedildiğinden, ödünç işçinin de taraf olduğu iş sözleşmesini etkileyecek toplu iş sözleşmesine ulaşmak için geçici istihdam bürosunun işyerinde yapılan kanuni greve katılması mümkün olmalıdır. Zira ödünç işçinin, ödünç alan işveren yanında yerine getirdiği iş, ödünç veren işverenle yaptığı iş sözleşmesinde taahhüt ettiği iş olup, ödünç alan işveren yanındaki işi bırakarak geçici istihdam bürosunun işyerindeki greve katılmasına bir engel bulunmamaktadır¹⁵³⁷.

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde ödünç işçinin greve katılıp katılamayacağı ve lokavta maruz kalıp kalamayacağı ile ilgili bir görüşe daha yer verilmişti. Bu görüş temel de ödünç veren asıl işverenin işyerinde bir grevin yapılması halinde ödünç işçilerin greve katılamayacağını, greve katılmasının ödünç alan işverene karşı üstlendiği iş görme borcunun ihlali anlamına geleceğini belirtmektedir. Zira ödünç işçinin greve katılabileceği kabul edilirse ödünç iş ilişkisi kurumunun bir anlamı kalmayacaktır¹⁵³⁸. Bu nedenlerle TSGLK md.38/II ve md.39 hükmünün kıyasen uygulanması yoluna gidilmeli ve ödünç işçinin, kanuni grev ve lokavta katılamayacak işçi kadrosunda bulunduğu sonucuna ulaşılarak, grev sonunda imzalanan toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği kanaatine varılmalıdır¹⁵³⁹. Gerçekten de bu görüş ilk bakışta meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından geçerli gibi kabul edilmektedir. Ne de olsa işçiler sırf başkasına ödünç verilmek üzere

¹⁵³⁶ *Akyiğit*, Ödünç İş, 170.

¹⁵³⁷ *Süzek*, 238.

¹⁵³⁸ *Odaman*, 71.

¹⁵³⁹ *Engin*, Atipik, 122. *Odaman*, 72.

alınmakta ve işçilerin ödünç alan işveren yanındaki işi bırakması ödünç iş ilişkisi kurumunun anlamını ortadan kaldıracak gibi görünmektedir. Bununla birlikte bu şekilde bir yorumun yapılması doğru mudur? Bu görüşün meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde olduğu gibi meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından da geçerli olduğu söylenemeyecektir.

Bir kere ödünç işçinin geçici istihdam bürosu ile yaptığı iş sözleşmesi devam etmekte ve ödünç müddetince de ödünç işçi, geçici istihdam bürosu ile yaptığı iş sözleşmesine göre üstlendiği iş görme edimini ifa etmektedir. Dolayısıyla ödünç işçinin greve katılmakla ödünç alan işveren yanında iş görme edimini yerine getirmeyerek temerrüde düştüğü ve borcunu ihlal ettiği biçiminde yorum yapılamaz. Burada bir borç ihlalden bahsedilecek olursa, ödünç veren işverenin borcunu ihlal ettiği söylenebilecektir¹⁵⁴⁰. Geçici istihdam bürosunun işyerinde yapılan bir greve katılan işçiler bu müddet boyunca ücret talep edemeyecekse de geçici istihdam bürosu ödünç alan işverenlerle yaptığı işçi sağlama sözleşmesi gereğince sözleşmeyi ifa etmemenin sonuçlarına katlanmalıdır¹⁵⁴¹.

Bundan başka ödünç işçilerin greve katılamayacağı yönündeki görüş kabul edilecek olursa, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektöründe grev yapılmasını olağan üstü derecede sınırlanmış olur. Nitekim işçilerin büyük bir çoğunluğu ödünç alan işverenlerin işyerinde iş görme edimlerini ifa ediyor olacaktır. İlgili görüş gereğince de ödünç işçiler greve katılamayacak işçi kadrosunda kabul edileceklerinden, geriye kalan ve o dönem için bir başka işverene ödünç verilmemiş işçiler etkili bir grev gerçekleştiremeyebilecektir. Böyle bir durum grev hakkının fiilen gereğinden fazla sınırlanmasına yol açacağından ödünç işçinin, geçici istihdam

¹⁵⁴⁰ *Arslanoğlu*, 71.

¹⁵⁴¹ *Akyiğit*, Ödünç İş, 171. (640 no.lu dn.)

bürosunun işyerinde yapılan bir greve katılamayacağına bu nedenlerle de katılmak mümkün değildir.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işverenler sık sık değiştiğinden ödünç işçinin bir işverene ve işyerine bağlanması Anayasal ve yasal haklarının kullanımı açısından daha doyurucu sonuçlar doğurabilecektir. Bu sayede ödünç işçinin konumu daha belirgin bir şekilde tespit edilebilir. Bu doğrultudaki bir düşünce ödünç işçiyi, gerek ödünç alan işveren gerek geçici istihdam bürosu yanında grev hakkından yoksun bırakan görüşe nazaran daha adil bir çözüm olacaktır¹⁵⁴². Ödünç işçilerin ödünç alan işveren yanındaki iş görme edimini yerine getirmekten kaçınarak greve katılmaları, geçici istihdam bürolarını toplu iş sözleşmesi imzalamaya sevk edebilecektir. Ancak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektöründe ödünç işçilerin dönemsel çalışmayı genellikle geçici olarak yapmak üzere seçmeleri örgütlenme zorluklarına yol açabileceği gibi toplu iş sözleşmesinin yapılması için aranan yetki koşulları açısından da güçlükler doğurabilecektir. Tüm bunlara rağmen kanuni şartların sağlanması ve geçici istihdam bürosunun işyerinde bir grevin yapılması halinde ödünç işçilerin buna katılmaları Anayasal ve yasal düzenlemelerin gereğidir.

ii. Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Hak ve Yükümlülükler

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından ilk olarak dikkate alınması gereken husus ödünç işçinin sigortalılık sıfatıdır. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu döneminde kanunun ikinci ve üçüncü maddesindeki belirtilen koşulları yerine getirenler kendiliğinden sigortalı sayılmaktaydı. Kısacası sigortalı olmak için yargıç

¹⁵⁴² *Akyiğit*, Ödünç İş, 170-171.

veya kurum işlemine gerek yoktu¹⁵⁴³. Sigortalı sayılmada ayrıca önemli olan hizmet ilişkisinin hukuken değil, fiilen kurulmuş olmasıydı¹⁵⁴⁴. 506 sayılı kanun bakımından Yargıtayın istikrar kazanmış içtihatlarıyla da sigortalı sayılmaya dair bir takım hukuki koşulların bir arada bulunması zorunluluğu bulunmaktaydı. Bu zorunluluklar iş ilişkisinin esas olarak iş sözleşmesine dayanması, *iş sözleşmesine tabi çalışmanın işverene ait işyerinde yerine getirilmesi*, çalıştırılan kimsenin SSK m.3’de sayılan, sigortalı sayılmayanlar arasında yer almaması şeklinde kısaca belirtilebilir¹⁵⁴⁵. 506 sayılı kanun döneminde sigortalılık sıfatının tespit edilmesinde kullanılan bu ölçütlerin 5510 sayılı kanun için de geçerli olduğu söylenebilecektir. 5510 sayılı kanunun 3. maddesinin altıncı fıkrasında sigortalı, “kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişi” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak kanunda sadece bu tanımla yetinilmemiş, 4. ve 60. madde de sigortalı tanımına ayrıca yer verilmiştir. Sigortalılık sıfatı 4. maddede kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından, 60. maddede ise genel sağlık sigortası bakımından tanımlanmıştır¹⁵⁴⁶. İlgili maddelerde geçen iş sözleşmesi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılma kavramının 506 sayılı kanundaki tanımdan farklı olmadığı görülmektedir. Yani 5510 sayılı kanun döneminde de sigortalılık sıfatının tespitinin belirlenmesinde 506 sayılı kanun dönemindeki ölçütlerin geçerli olacağı söylenebilir.

Yukarıda belirttiğimiz ölçütlerden birisinin üzerinde bilhassa durulması gerekmektedir. İş sözleşmesine tabi çalışmanın işverene ait işyerinde yerine

¹⁵⁴³ *Güzel-Okur*, 108.

¹⁵⁴⁴ *Tunçomağ*, 130.

¹⁵⁴⁵ *Güzel-Okur*, 89.

¹⁵⁴⁶ *Okur*, 92.

getirilmesi ölçütü Yargıtayın çeşitli kararları¹⁵⁴⁷ yoluyla oluşturulmuştur. Bu ölçüt gereğince işvereniyle arasında iş sözleşmesi bulunan kimsenin sigortalı sayılabilmesi için ayrıca eylemli olarak işverene ait işyerinde çalışıyor olması gerekmektedir¹⁵⁴⁸. Öğretide bu koşulun kanunda açıkça ifade edilmediği ancak 506 sayılı kanunun 2, 5 ve 8. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde anılan koşula ulaşıldığı ifade edilmektedir¹⁵⁴⁹.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından durumu ele alacak olursak ödünç işçinin geçici istihdam bürosu ile arasında iş sözleşmesi bulunduğu konusunda bir şüphenin bulunmadığını görürüz. Burada önemli olan husus ödünç işçinin geçici istihdam bürosunun işyerinde fiilen çalışmamasının sigortalılık sıfatını etkileyip etkilemeyeceğidir. Zira meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde işçi sırf başka işverenlere ödünç verilmek üzere işe alınmakta ve hatta geçici istihdam büroları istese de işçileri çalıştırabilecekleri bir işyerine sahip bulunmamaktadırlar¹⁵⁵⁰. İşçinin fiilen işverenin işyerinde çalışması koşulu sadece meslek edinilmiş için değil meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi açısından da sorun yaratacak niteliktedir. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde de işçi, ödünç müddetince iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverenin işyerinde fiilen çalışmamaktadır. Dolayısıyla ödünç iş ilişkisinin hem meslek edinilmiş hem de meslek edinilmemiş türü bakımından işveren kavramının geniş bir şekilde yorumlanması gereklidir. Bir diğer ifadeyle işçilerinin işlerini kendi işverenlerine ya da işveren yerine geçen bir kimseye ait işyerinde

¹⁵⁴⁷ Y10HD, 25.05.1984, 2729/2927, *Caniklioğlu*, 148. (118 no.lu dn.). Y9HD, 21.12.1972, 2023/32419, Y10HD, 17.12.1974, 5734/7231, Y10HD, 24.02.1975, 372/1039 vd. daha fazla aynı yöndeki karar için Bkz., *Akyiğit*, Sosyal, 17. (29 no.lu dn.)

¹⁵⁴⁸ *Caniklioğlu*, 148.

¹⁵⁴⁹ *Güzel-Okur*, 95.

¹⁵⁵⁰ *Akyiğit*, Sosyal, 18.

yerine getirmesi yeterli görülmelidir¹⁵⁵¹. Ayrıca meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde işçi, geçici istihdam bürosunun iş organizasyonu faaliyeti kapsamında çalışırken¹⁵⁵², ödünç alan işveren yanında da iş sözleşmesinden doğan iş görme edimini ifa etmektedir. Hatta bu yorumlara dahi gitmemize gerek bulunmamaktadır. Kanun koyucunun iş kanunu md.7’de ödünç iş ilişkisini düzenlemesinin dahi işçinin işverenin işyerinde fiilen çalışması koşulunu bertaraf ettiği şeklinde yorumlanmalıdır. Nitekim ödünç iş ilişkisinin doğası gereği işçi, hiç değilse ödünç müddetince işverenin işyerinde fiilen çalışmayacaktır. Zaten Yargıtay vermiş olduğu bir kararında¹⁵⁵³ ödünç alan işverene karşı açılmış olan sigortalı hizmet tespiti davasını kabul etmemiş, ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında bir sosyal sigorta ilişkisi kurulmadığını ortaya koymuştur¹⁵⁵⁴. Görüldüğü üzere Yargıtay, ödünç iş ilişkisi bakımından farklı bir yaklaşım benimsemektedir.

Şimdiye kadar belirttiklerimizden meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan ödünç işçilerin de 5510 sayılı kanunun 4. maddesinin ‘a’ bendi çerçevesinde sigortalı sayılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu itibarla da genel olarak meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde ödünç işçinin sosyal güvenliği ile ilgili olarak belirttiklerimizin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde de geçerli olacağını söylememiz mümkündür. Dolayısıyla ödünç işçinin sosyal güvenliğine dair mevzuatımızdan doğan tüm yükümlülüklerden esasen geçici istihdam bürosu sorumludur. Bununla birlikte 5510 sayılı kanunun 12. maddesinde ödünç alan işverenleri kapsamına alan genel bir hüküm ihdas edilmiştir. İşte söz konusu hükmün ödünç işçilerin haklarının güvence altına alınması bakımından meslek edinilmiş

¹⁵⁵¹ *Caniklioğlu*, 148.

¹⁵⁵² *Akyiğit*, Sosyal, 19-20.

¹⁵⁵³ Y9HD, 12.10.1998, 11704/14289, *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 390.

¹⁵⁵⁴ *Caniklioğlu*, 147.

ödünç iş ilişkisine de kıyasen uygulanması gerekmektedir. Ancak bu genel hükmün yanında ödünç alan işverenlerin sorumluluğuna dair özel sorumluluk hükümleri de oluşturulmuştur. Tüm bu hükümlerin kıyasen uygulanması mümkündür. Bu kapsamda bir kere 5510 sayılı kanunun 86. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenleme konusu yapılan ödünç alan işverenin, bildirge ve belge verme yükümlülüğünü öngören maddenin uygulanması söz konusu olacaktır. Bu düzenlemenin kıyasen uygulanması neticesinde her ne kadar aylık prim ve hizmet belgesini ödünç alan işveren doğrudan verme mecburiyetine tabi tutulmamakta, bu yükümlülük geçici istihdam bürosunun üzerinde kalmaktaysa da, ödünç alan işveren bu belgelerin verilip verilmediğini takip etmek ve verilmesini temin etmek zorundadır¹⁵⁵⁵.

Kıyasen uygulanması gereken bir diğer hüküm de iş kanunun 7. maddesinin üçüncü fıkrasıdır. İlgili hüküm gereğince “Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ... sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumlu” tutulmuştur. Bu nedenle geçici istihdam bürosu sigorta primlerini ödemeyecek olursa Sosyal Güvenlik Kurumu, işçinin ödünç alan işveren yanında çalıştığı süre için geçici istihdam bürosunun yanında ödünç alan işvereni de dava ve takip edebilecektir.

Yeri gelmişken meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kendine özgü niteliği gereği ödünç işçinin ödünç verilmediği dönemlerde de sosyal güvenlik primlerinin ödenmesinin gerekip gerekmeyeceği üzerinde durulmalıdır. Ücret kısmında ödünç işçinin ödünç verilmediği dönemlerde de ücrete hak kazanacağını ifade etmiştik. İşçinin ödünç verilmediği dönemlerde ücrete hak kazanacağını ama sigorta primlerinin ödenmeyeceğini söylemek tutarlı bir sonuç olmayacaktır. Ayrıca işçi

¹⁵⁵⁵ *Caniklioğlu*, 151.

ödünç verilmediği dönemlerde de iş görme edimini yerine getirmeye hazır bir şekilde beklemektedir. Bir diğer ifadeyle bu şekilde geçirdiği sürelerde çalışma süresinden kabul edilmelidir. Bundan ötürü işçinin ödünç verilmediği dönemlerde de sigorta primi kesilmeli ve tam olarak yatırılmalıdır. Ayrıca işçiyle imzalan iş sözleşmesinde ödünç verilmediği dönemlerde daha düşük ödünç verildiği dönemlerde daha yüksek ücret ödeneceği yönünde bir kararlaştırmanın bulunması halinde primin alt mı yoksa üst kazançtan mı hesaplanıp ödeneceğinin belirlenmesi gereklidir¹⁵⁵⁶.

Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde belirttiğimiz üzere bir iş kazasının meydana gelmesi halinde bildirim yükümlülüğünün ödünç alan işverende olduğunun kabulü isabetli olacaktır¹⁵⁵⁷. Nitekim kaza esnasında da ödünç işçi, ödünç alan işverenin yönetimi altında bulunmaktadır. Bununla birlikte iş kazasını bildirme yükümlülüğünün ödünç alan işverene ait olduğunun düşünülmesi, geçici istihdam bürosunun meydana geldiğini öğrendiği iş kazasını bildirme yükümlülüğünden kurtulduğu şeklinde yorumlanamaz. İş kazasının meydana geldiğini öğrendiği takdirde geçici istihdam bürosunun da kuruma bildirimde bulunması gereklidir.

Son olarak meydana gelen bir iş kazası yahut meslek hastalığı dolayısıyla kurumun hangi işverene rücu da bulunabileceği üzerinde durulması gereklidir. Sosyal Güvenlik Kurumunun her iki işverene de yaptığı ödemeleri rücu olanağının bulunduğu kabul edilmelidir¹⁵⁵⁸. İşte burada 5510 sayılı kanun md.12/II hükmünün devreye girdiği düşünülebilir. İlgili hüküm ödünç alan işvereni 5510 sayılı kanundaki yükümlüklerden dolayı müştereken ve müteselsilen sorumlu tuttuğundan bu sonuca ulaşılacak mümkündür.

¹⁵⁵⁶ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 375.

¹⁵⁵⁷ *Caniklioglu*, 154.

¹⁵⁵⁸ *Caniklioglu*, 155.

kk. Meslek Edinilmiş Ödünç iş ilişkisine Başvurulamayacak Haller ve Sona Ermesi

İş kanunumuzun 7. maddesinin beşinci ve altıncı fıkralarında hangi hallerde meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin kurulamayacağı hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre ödünç alan işverenin işyerinde grev veya lokavt uygulanıyorsa bu esnada ödünç işçi çalıştırılmayacağı gibi, toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde ödünç işçi çalıştırılmayacaktır. Bu yöndeki yasaklara bilim kurulu tarafından hazırlanan tasarının meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili 93. maddesinin ‘c’ bendinde de yer verilmişti. Tasarının ilgili maddesinin ‘c’ bendinin ilk iki cümlesine göre son oniki ay içerisinde toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işler için ve kanuni bir grev devam ederken greve katılan işçilerin işleri için ödünç iş ilişkisine dayalı olarak işçi çalıştırılmayacağı ifade edilmiştir. Özellikle de grevci işçilerin yerine ödünç işçi çalıştırılmayacağı yönündeki yasak tüm dünya tarafından kabul edilmektedir. Bu niteliği itibariyle ilgili yasak artık genel bir hukuk kuralı olarak görülebilir. Bu açıklamalarımız neticesinde üçlü bir hukuki ilişkiye ait olan madde 7’deki yasağa ilişkin hükümlerin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine de kıyas yoluyla uygulanması ve belirtilen hallerde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin de kurulamayacağı sonucuna varılması gereklidir. Bu sayede ödünç iş ilişkisinin ne meslek edinilmiş türü ne de meslek edinilmemiş türü aracılığıyla grev kırıclılığı yapılamayacağı gibi, toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde işçilerin korunması da sağlanabilecektir. Bununla birlikte tasarının ilgili maddesinde greve ilişkin düzenlenen hükmün iş kanunundaki hükme nazaran daha yerinde olduğu görülmektedir. Zira tasarıda

sadece grevci işçilerin yerine ödünç işçi çalıştıramayacağı anlamına ulaşılabilmektedir, iş kanununun 7. maddesindeki hükümden greve gidilen işyerlerinde hiçbir suretle ödünç işçi çalıştıramayacağı gibi bir sonuca ulaşılabilmesi de mümkündür. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair yasal bir düzenleme yapılacak olursa bu hususun gözden kaçırılmaması yerinde olacaktır.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin sona ermesi halleri ile ilgili olarak da özellikle üzerinde durulması gereken ayrı bir sona erme durumu mevcut bulunmamaktadır. Bu nedenle meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinin sona ermesine yol açan hallerde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi de sona erecektir. Bir diğer ifadeyle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, tarafların anlaşması, ölüm, geçersizlik, işyerinin kapatılması, fesih ve ödünç iş ilişkisinin süresinin dolması hallerinin vukuunda sona erecektir. Bununla birlikte işçi sağlama sözleşmesinin sona ermesi halinde ödünç işçinin tekrar geçici istihdam bürosuna döneceği sonucuna ulaşılmalıdır. Bu halde de geçici istihdam bürosu ile işçi arasında iş sözleşmesi devam ettiğinden işçinin ücrete hak kazanacağını tekrar hatırlatmakta fayda vardır. Ayrıca bir ödünç iş ilişkisi devam ederken geçici istihdam bürosuyla ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin sona ermesi halinde ne olacağı düşünülmesi gerekli olan bir diğer husustur. Genellikle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde geçici istihdam büroları, ödünç alan işverenlerle bağladıkları işçi sağlama sözleşmesinde ödünç verdiği işçiyi her zaman değiştirme hakkını saklı tutmaktadır. İşte ödünç esnasında ödünç işçinin iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde geçici istihdam bürosu, uygun niteliklere sahip bir başka işçiyi ödünç alan işverene gönderebilecektir. İş sözleşmesi sona eren işçi bakımından ödünç iş ilişkisi son

bulacakken, onun yerine gönderilen işçiyle yeni bir üçlü ilişki kurulduğu sonucuna varılmalıdır¹⁵⁵⁹.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilerin iş sözleşmeleri sona erdiğinde iş kanunundaki olanaklardan yararlanabilecekleri kuşkusuzdur. İş sözleşmesi feshedilmişse her şeyden önce fesih hakkının kötüye kullanıldığını ileri sürerek kötü niyet tazminatı ve diğer yasal haklarını talep edebilirler. İş güvencesinden yararlanmanın koşullarını taşıyorlarsa işe iade istemiyle iş mahkemesine yasal süresi içinde başvurabileceklerdir. Ayrıca kıdeme bağlı haklardan da diğer işçiler gibi iş sözleşmesinin devamı müddetince yararlanmaları gereklidir. Yani işçi ödünç verilse de yahut verilmeyip boşta beklese de iş sözleşmesinin devam ettiği tüm süre dikkate alınarak kıdeme bağlı haklardan yararlandırılmalıdır¹⁵⁶⁰. Son olarak 4447 sayılı işsizlik sigortası kanunundaki koşulları taşımaları halinde ödünç işçilerinde başta işsizlik ödeneği olmak üzere işsizlik sigortasının yardımlarından yararlanabileceği kabul edilmelidir. Netice de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi çerçevesinde çalışan işçiler için farklı bir işlemde bulunmayı gerektiren herhangi bir durum bulunmamaktadır.

II. Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinin Yasal Bir Çerçeveye Kavuşturulması İhtiyacı

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabilirliği sonucuna varmamıza rağmen gene de yasal bir çerçeveye kavuşturulması ihtiyacının bulunduğu düşünülmektedir. Nitekim meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin sahip olduğu üç taraflı karakteri nedeniyle ödünç işçilerin, diğer bağımlı çalışanlara nazaran ayrı bir

¹⁵⁵⁹ *Akyiğit*, Ödünç İş, 196.

¹⁵⁶⁰ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 382.

korunmadan faydalandırılmaları gerekmektedir. Bu bakımdan özellikle ödünç işçilerin ücret, çalışma koşulları ve sendikal haklarının düzenleme konusu yapılması önem arz etmektedir¹⁵⁶¹. Her ne kadar mevzuatımızdaki meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine uygulanabilecek hükümler aracılığıyla ödünç işçilerin büyük ölçüde korunabilmesi mümkünse de tam anlamıyla bir korumanın sağlandığından bahsedebilmemiz söz konusu değildir. Zira sadece geçici istihdam bürolarının denetimi, teminat vermeleri, ödünç işçilerle aralarındaki ilişkilere yönelik özel düzenlemeler mevzuatımızda yer almamaktadır. İlaveten meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kendine özgü niteliğinden doğan ek düzenlemelerinde öngörülmesi ihtiyacı ortadadır. Mesela yapılacak bir kanuni düzenleme ile geçici istihdam bürolarına ödünç müddetiyle sınırlı olmak üzere belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi istihdam etme olanağı tanınabileceği gibi, belki hukukumuzda yeni kavramlara da yer verilebilecektir. Örneğin Fransa’da ve İtalya’da çalıştırılabilirlik veya bulunabilirlik ödenekleri adı altında düzenlemeler meydana getirilmiştir. Bu bakımından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin açık bir yasal düzenlemeye kavuşturulmasındaki ihtiyacı doğuran asıl nedeni, ödünç işçilerin mümkün olan en fazla korunmadan yararlandırılması düşüncesi oluşturmaktadır.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair yasal düzenleme, ayrıntılı hükümleri içerebileceği gibi, sadece genel ilkeleri belirlemekle de yetinebilir. Bununla birlikte sadece genel ilkelerin belirlenmesi yolunun tercih edilmesinin ise isabetli olmayacağı diğer ülkelerin tecrübelerinden ulaşılan bir sonuçtur. İspanya’da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair 14/1994 sayılı kanun sadece genel ilkeleri belirlemekle yetindiğinden diğer kanuni düzenlemelere nazaran daha farklı bir özelliğe sahiptir.

¹⁵⁶¹ *Uşen*, 332.

Bu kanun ile konu tüm ayrıntıları ile ele alınmamış sadece meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine özgü belirli meseleler düzenlenmiş, geriye kalan tüm meselelerin çözümünde iş ve ticaret kanununa atıf yapılmıştır. İlk bakışta kulağa hoş gelse de uygulamada ortaya çıkan sonuçlar sadece genel ilkeleri belirleyen kanunun uygun olmadığını ispatlamıştır. Zira iş kanunu ve ticaret kanunu iki taraflı sözleşmeler üzerine kurulduğundan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine has sorunlara cevap vermekte yetersiz kalmıştır¹⁵⁶². Dolayısıyla Türk hukuk sisteminde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili olarak yapılacak bir düzenlemenin kazuistik olmasında, hiç değilse ilk etapta faydası olacaktır. Zamanla uygulamaya göre yasa da değişiklik yapılması ve kazuistik anlayışın terk edilmesi tercihinde bulunabilir.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik düzenlemeye iş kanunda yahut Türkiye İş Kurumu kanununda yer verilebileceği gibi tamamen ayrı bir kanun metninde de bu yönde bir düzenleme yapılması yoluna gidilebilir. Eğer ki temel esasları koyan bir kanun metni hazırlanacak yahut diğer kanunlara eklenecek olursa, konunun ayrıntılarının çıkarılacak bir tüzükte yahut yönetmelikte düzenlenmesi isabetli olacaktır¹⁵⁶³.

¹⁵⁶² *Rodriguez-Royo*, 172.

¹⁵⁶³ *Dereli*, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1219&id=68, 04.11.2006.

Sonuç

Ödünç iş ilişkisi bahsettiğimiz üzere kendi içerisinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu ayrımın temeli ödünç iş ilişkisi faaliyetinin meslek edinilip edinilmediği hususundan kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte dünyada uygulaması yaygın olan kurum meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisidir. Ödünç iş ilişkisinin her iki türü de üç taraflı bir hukuki ilişkinin kurulmasını gerektirmekte ve bu niteliği itibarıyla de iş hukukuna ait diğer üç taraflı hukuki ilişkilerle karıştırılma ihtimali yükselmektedir. Ancak ödünç iş ilişkisi kendine özgü bir hukuki ilişki olduğundan, özelliklerinin belirlenmesi sayesinde iş aracılığı, alt işverenlik gibi diğer üç taraflı hukuki ilişkilerden ayırt edilebilmesi mümkündür.

Ödünç iş ilişkisinin en önemli unsuru ve iş aracılığından da farklı kılan özelliği, ödünç veren ile işçi arasında bir iş sözleşmesinin mevcut bulunmasıdır. Ancak bu özelliğinden daha da önemlisi ödünç alan işverenin ödünç işçiye emir ve talimat verebilmesi konusunda ortaya çıkmaktadır. Ödünç işçi, ödünç alan işverenden aldığı emir ve talimatlara uyarak, kendi asıl işvereni olan ödünç veren işverenle yaptığı iş sözleşmesi gereği üstlendiği iş görme edimini ifa etmektedir. Zaten ödünç işçi, ödünç alan işveren yanında iş görürken dahi ödünç veren işverene karşı yükümlü olduğu iş görme edimini yerine getirmektedir. İşçinin, ödünç alan işverenden emir ve talimat alması ve işçinin de bu talimatlara uyma zorunluluğunun bulunması, ödünç iş ilişkisinin asıl işveren-alt işveren ilişkisinden de ayrılmasına yol açmaktadır.

Uygulamada ayrıca makineyle birlikte işçi kiralanmasının yaygın olduğu görülmektedir. Bu tür bir faaliyetinin hukuki niteliğinin tespit edilmesi çıkacak uyuşmazlıkların çözümü açısından önemlidir. Bu konuda ise somut olayın özelliğine

bakılması gereği ortadadır. Örneğin ticari bir faaliyet olarak şoförle birlikte araba kiralanması durumunda her zaman için ödünç iş ilişkisinin unsurlarına rastlamak mümkün değildir. Bu gibi durumlarda sadece bir işverenin müşterisine hizmet sağlanması amaçlanmış olabilir. Dolayısıyla şoförün işvereniyle müşteri arasında bağitlanan sözleşme de borçlar hukuku kapsamında bir karma sözleşme olarak algılanabilecektir. Ancak amaç burada başka işverenlerin hem makine donanımı hem de işçi ihtiyacını gidermekse bu takdirde ortada ödünç iş ilişkisinin de unsurları bulunacağından artık ortada kendine özgü sözleşme bulunduğu belirtilmelidir. Tabii ki ödünç iş ilişkisinin mesleki bir faaliyet niteliğini taşıyıp taşımadığı da göz önünde bulundurulmalıdır.

Makineyle birlikte işçi verme, ödünç iş ilişkisinin unsurlarını taşıyorsa ne zaman meslek edinilmiş ne zaman meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine gireceğinin tespitinde ise, verilen makinenin değerinin temel alınması düşünülebilir. Makinenin değeri ne kadar yüksekse meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine konu olması da o kadar zorlaşacaktır. Bu durum özellikle gemiyle veya uçakla birlikte personelinin ödünç verilmesi kısmında zaten ifade edilmiştir. Dolayısıyla gerekli ofis malzemeleriyle birlikte bir sekreterin ödünç verilmesi meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine konu olabileceken, bir geminin personeli ile birlikte ödünç verilmesinin meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine konu olabileceği söylenebilir. Ancak bu şekilde keskin bir sınırın çizilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle her somut olayın özelliği göz önüne alınmalı ve buna göre bir çözüme ulaşılmalıdır.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sağladığı esneklik olanağı gereğince işletmelerin rekabet gücünü arttırmakta ve insan kaynakları yönetiminde aktif bir rol oynayabilmektedir. Ayrıca toplumdaki pek çok kişi açısından da iş dünyasına

girerken ilk adımı oluşturması münasebetiyle istihdamı arttırmada olumlu bir rol oynamaktadır. İstihdamı arttırmasındaki katkısının kanıtlanması ile birlikte pek çok ülke bu hukuki ilişkiden yararlanmanın yolunu aramakta ve bazı ülkeler rneğin Almanya, Belçika gibi ülkeler kamu istihdam kurumları aracılığıyla da bu hukuki ilişkiden azami ölçüde faydalanmak için çalışmalar yapmaktadır.

Bahsettiğimiz üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin de olumsuz sonuçları olabilmektedir. Gerçekten de ödünç verilen işçiler, gittikleri ödünç alan işverenlerin işyerlerinde yabancı işçi muamelesi görebilmektedir, ayrıca niteliği gereği istikrarlı bir iş ilişkisi olarak sayılamaz. Bu olumsuz yönlerine rağmen yararlarının ve olumlu yönlerinin çokluğu neticesinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin hemen hemen tüm gelişmiş ekonomik sistemlerde kabul gördüğü de bir gerçektir. nemli olan olumsuz yönleri asgari seviyeye çekebilmek ve bu yönde düzenlemeleri de oluşturmaktır.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin bünyesinde taşıdığı işçiyi smrme potansiyeli ve kötüye kullanma tehlikesine karşı pek çok hukuk normu oluşturulmaya abalanmaktadır. Bu çabalar uluslararası alanda olduğu gibi ulusal alanda da devam etmektedir. Uluslararası alanda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili faaliyette bulunan başlıca aktörler ILO, AB ve CIETT sayılabilir.

ILO'nın tarihsel süreç içerisinde benimsediği uluslararası anlaşmalar, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik bakışın bir aynasını yansıtmaktadır. Bu günkü gelinen noktada 181 no.lu ILO sözleşmesi ile artık adı geçen hukuki ilişkinin bir özel istihdam bürosu faaliyeti olduğu kabul edilmiştir. Bu noktaya ulaşmak kolay olmamıştır. Hatta ilk dönemlerde işgücü piyasası faaliyetlerinde kamu istihdam kurumlarına tekel hakkı tanınmaktayken artık özel istihdam büroları ile kamu

istihdam bürolarının birlikte var olduğu ve işbirliğinin başladığı bir döneme geçilmiştir.

Avrupa Birliği de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair yeknesak bir düzenleme getirme çabası içine girmiş fakat bazı üye devletlerin karşı çıkmaları neticesinde günümüze kadar bir sonuç alınamamıştır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair direktif önerisi ile ilgili görüşmeleri kilitleyen asıl ülke konumunda İngiltere bulunmaktadır. İngiltere en önemli karşı çıkma sebebini, direktif önerisinde düzenlenen eşit işlem ilkesine dayandırmaktadır. Gerçekten de söz konusu düzenleme taşıdığı hassasiyet nedeniyle zaman içerisinde İngiltere'nin yanında başka ülkelerinde yer almasına yol açmıştır. Bununla birlikte sosyal taraflarında yeknesak bir düzenlemeye ihtiyaç bulunduğunu belirtmeleri neticesinde bir noktada uzlaşmaya varılacağı umudunun var olduğu ümit edilmektedir. Zira AB düzeyinde yapılacak bir düzenleme, ülkemizin de aday ülke sıfatına sahip olmasından dolayı oldukça önem taşımaktadır.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından, bulunduğu faaliyetleri ile adından söz ettiren ve pek çok uluslararası ve ulusal kuruluş tarafından da tanınan CIETT'in önemli bir konumu bulunmaktadır. CIETT niteliği itibarıyla bir sendika değildir. Bir amaç çerçevesinde kurulmuş olup, amacı çeşitli ülkelerde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili getirilen yasakların, engellerin ve kısıtlamaların kaldırılması için çaba göstermektir. Bu kapsamda üyelerine yardımlarda bulunmakta ve hükümetler ile uluslararası kuruluşlar nezdinde girişimlerde bulunmaktadır. Ülkemizde ki Özel İstihdam Büroları Derneği de yakın bir zamanda CIETT'e ulusal birlik üyeliği statüsünde üye olmuştur.

Çeşitli ülke uygulamalarına baktığımızda da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair düzenleme getiren ülkelerin iki ana gruba ayrılabilirdi görülmektedir. Bunlar birinci dalga ve ikinci dalga ülkeleri olarak sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflandırma da esas olan ülkelerin tarihsel süreç içinde ne zaman meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini benimsediğidir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair düzenleme getiren ülkeler hem bu ilişkin ne şekilde uygulanabileceği yönünde ülkemiz açısından rehber fonksiyonunu görebilecektir hem de tecrübelerinden ders almamızı sağlayabileceklerdir. Bu kapsamda pek çok ülkenin yasal mevzuatı çeşitli başlıklar altında sınıflandırılmış ve incelemeye tabi tutulmuştur.

Ülkemiz açısından durum ele alındığında ikili bir ayrıma gidilmiştir. Konu öncelikle meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi açısından ele alınmış sonra da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik değerlendirmeler yapılmıştır.

4857 sayılı iş kanununun 7. maddesindeki ‘geçici iş ilişkisi’ başlığı altında düzenlenen hukuki ilişkinin meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi olduğuna şüphe yoktur. Nitekim maddenin gerekçesinden de bu sonuca ulaşılmaktadır. 7. madde ile getirilen düzenlemenin genel olarak yerinde olduğu düşünülmektedir. Nitekim bu madde ile işçinin başta ücreti olmak üzere, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sigorta primlerinin ödenmesi güvenceye alınmıştır. Ödünç veren işverenin, işçinin ödünç verebilmesinin koşulları da belirtilmiş ve işçi açısından güvenceler öngörülmüştür. Ayrıca hangi hallerde ödünç iş ilişkisinin kurulamayacağının da tespiti yoluna gidilmiştir. Bir diğer ifadeyle meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi açısından ilgili madde aslında gereğin fazla ayrıntılı düzenlenmiştir. Zaten ilgili maddenin bu şekilde ayrıntılı düzenlenmesi öğretideki bazı yazarlarında dikkatini çekmiştir. Aslında bu konuda öncelikle Anayasa Mahkemesinin kararının üzerinde durmak gereklidir.

4857 sayılı kanun kabul edildikten sonra dönemin ana muhalefet partisi, 4857 sayılı iş kanununun aralarında 7. maddesinin olduğu çeşitli maddelerinin Anayasa aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davası açmıştır. Anayasa Mahkemesi incelemesi neticesinde ödünç iş ilişkisinin esneklik ihtiyacını giderdiği, ödünç iş ilişkisi kurulmadan önce işçinin yazılı onayının gerektiği, ücretinin, iş sağlığı ve güvenliğinin, sosyal sigorta primlerinin güvence altına alındığı gibi gerekçelerle 7. madde açısından iptal isteminin reddine karar vermiştir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi, Anayasanın başta sözleşme ve çalışma hürriyetini düzenleyen 48. maddesi olmak üzere çeşitli maddelerine de atıfta bulunmuştur. Anayasa Mahkemesinin bu kararı ve kararında belirttiği görüşler de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin ülkemizde uygulanabilirliği ile ilgili önemli ipuçlarını ihtiva etmektedir.

Öğretide ve Yargı kararlarında genel kanaatin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin ülkemizde uygulanamayacağı yönünde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Aslında Yargıtay verdiği kararlarında açıkça meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi yasaktır dememekte fakat verdiği kararlarla dolaylı olarak yasaklamaktadır. Vermiş olduğu emsal teşkil edebilecek bir kararında ödünç veren ve geçici istihdam bürosu olarak kabul edilebilecek işveren ile ödünç işçi arasında bağımlı olarak iş görmenin var olmadığını belirterek taraflar arasında bağitlanmış olan iş sözleşmesine itibar edilmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Bu yöndeki bir düşüncenin yerinde olmadığını yani aradaki iş sözleşmesini görmezden gelmenin, sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmayan diğer atipik iş ilişkileri bakımından da sıkıntı yaratacağını ifade etmiştik. Gerçekten geçici istihdam bürosu ile işçi arasında kurulan sözleşme iş sözleşmesi olarak benimsenmelidir. Zira işveren rizikoları geçici istihdam bürosu tarafından üstlenilmekte ve hala işçi üzerinde yönetim hakkı da devam etmektedir.

İşçinin de iş sözleşmesi gereği geçici istihdam bürosuna karşı sadakat borcunun bulunduğu ve iş görme edimini özenle ifa etmesi gerektiği görülmektedir. İşçinin borçlarını ihlal etmesi durumunda disiplin cezasını geçici istihdam bürosu verecekken, iş sözleşmesinin feshedilmesinde de tek yetkili konumunda geçici istihdam bürosu bulunmaktadır.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabilirliği ile ilgili öğretideki diğer görüşlere de göz attığımızda yasak olduğunu ve yasak olmadığını savunan iki kutbun bulunduğu söylenebilecektir. Yasak olduğunu savunan görüş iş kanunu md.7'deki benzer iş koşulundan ve ayrıca kanunda herhangi bir düzenleme bulunmadığı düşüncesinden hareket etmektedir. Benzer iş koşulu meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili olup, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile bağlantılı kılınmaya çalışılması isabetli değildir. Nitekim iş kanunu madde 7'de benzer iş koşulu öngörülmeseydi dahi iş kanunu md.22 gereğince belli bir çerçevede uygulanacağı düşünülebilirdi. Ayrıca kanunda herhangi bir düzenleme bulunmadığından yasak olduğunu belirten görüş, büyük bir ölçüde kanun koyucunun bilerek yasalaştırmadığı ve iş kanunu madde 7 ile Türkiye İş Kurumu kanunu md.17 vd. maddelerinin lafzından yasak olduğu sonucuna ulaşmaktadır.

Kanunlar bir kere yapıldığında kanun koyucunun iradesinden bağımsız bir nitelik kazanmaktadırlar ve kanunların yorumda da ön planda olan amaçsal yorumdur. Bir diğer ifadeyle günün ihtiyaçları göz önüne alınarak Anayasa uygun bir şekilde kanunların yorumlanması gerekmektedir. İlaveten kanunlarımızda düzenlemediği halde uygulanabileceği kabul edilen çeşitli hukuki kurumlarda bulunmaktadır. İş sözleşmesinin devri bu bakımdan örnek olarak gösterilebilir. Bu nedenlerle yasak olduğunu savunan görüşün aslında hiç de haksız olmayarak işçinin sömürülmesi

endişesinden hareket ettiği düşünülmektedir. Ancak bir endişenin varlığı açıkça yasaklanmadığı halde bir hukuki kurumun yasaklanması için yeterli görülmemelidir. Dolayısıyla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasak olmadığını ve ülkemizde uygulanabileceğini kabul eden görüşün daha yerinde olduğu söylenebilecektir.

Anayasamızın sözleşme ve çalışma hürriyetini düzenleyen 48. maddesi, çalışma hakkını konu edinen 49. maddesi, hukuk devletinin tanımının verildiği 2. maddesi ve temel hak ve özgürlüklerin ne şekilde sınırlandırılabilirliği yönündeki ilkeleri tespit eden 13. maddesi birlikte değerlendirildiğinde ülkemizde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasak olmadığının kabulü zorunludur. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişki girişim özgürlüğü ile yakından ilgilidir, ayrıca geçici istihdam büroları ile ilişkiye girecek kişiler bakımından da çalışma hakkı devreye girmektedir. Bu iki düzenleme de temel hak ve özgürlüklerle ilgili olup, bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde temel hak ve özgürlüklere Anayasanın 13. maddesi gereğince ancak kanunla sınırlama getirilebilmektedir. Ortada açık bir yasal düzenleme bulunmaksızın meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasak olduğunu belirtmek, temel hak ve özgürlükleri kısıtlama anlamını taşıyacaktır.

Ülkemizde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabileceği sonucuna varılmakla birlikte ne şekilde uygulanabileceği üzerinde de durmak gerekmektedir. Belirttiğimiz üzere iş kanununun 7. maddesi meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi açısından aslında gereğinden fazla ayrıntılı kaleme alınmıştır. Bir diğer ifadeyle 7. madde hükümlerinin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini büyük ölçüde kapsar nitelikte olduğu görülmektedir. Yani benzer bir hukuki ilişki olan meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair düzenleme getiren iş kanununun 7. maddesinin, gene benzer olan ancak kanunda hakkında bir düzenleme bulunmayan meslek

edinilmiş ödünç iş ilişkisine kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu ortadadır. İş kanununun 7. maddesinin kıyasen uygulanması meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde, bireysel ve toplu iş hukuku açısından yaşanabilecek sorunlara büyük ölçüde cevap verebilecek niteliktedir. Hatta sosyal güvenlik hukuku bakımından da aynı şey söylenebilir. Ancak sosyal güvenlik mevzuatımızda kıyasen uygulanabilecek başka hükümlerde bulunmaktadır. 5510 sayılı kanunun genel olarak müşterek ve müteselsilen ödünç alan işverenin sorumluluğunu öngören 12. maddesi, bildirge ve belge verme yükümlülüğü açısından 86. maddesi kıyasen uygulanabilecek düzenlemelerdir.

Bir de Türkiye İş Kurumu kanununun özel istihdam bürolarını ilgilendiren 17 vd. maddelerinin kıyasen uygulanması gerekliliği mevcuttur. Zira meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi de niteliği gereği uluslararası normlarla da kabul edildiği üzere bir özel istihdam bürosu faaliyetidir. Türkiye İş Kurumu kanununun kıyasen uygulanması sonucu geçici istihdam bürolarının da İŞKUR'dan izin alma zorunluluğunun bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin ülkemizde yeterli bir şekilde uygulanması açısından gerekli yasal çerçevenin belirlenebildiği ortadadır. Bununla birlikte kıyasen uygulanacak hükümler işçiler açısından tam anlamıyla güvence teşkil etmemektedir. Yani ek düzenlemelere ihtiyaç bulunduğu açıktır. Nitekim hangi sektörlerde iş sağlığı ve güvenliğinin korunması açısından mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisinin kurulamayacağı, geçici istihdam bürolarının kuruluşu, işleyişi ve denetlenmesinde, ödünç işçi ile geçici istihdam bürosu arasındaki iş sözleşmesine dair konularda mevcut düzenlememiz cevap vermekte yetersiz kalmaktadır. Tüm bunlara rağmen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin

günümüzdeki haliyle uygulanabileceği ve bu suretle de ölkemizdeki kronik işsizlik açısından bir nebze de olsa faydalı olacağı, işverenlerin de yurt dışındaki rakipleri ile mücadelede eşit bir konumda bulunacakları ifade edilebilir. Ancak ölkemizdeki uygulanabilirlik üzerindeki şüphelerin giderilmesi, uygulanabilirlik yerine bu hukuki ilişkinin uygulanmasının ayrıntılarının ele alınabilmesi ve işçilerin esaslı bir güvenceye kavuşturulabilmesi için kanun koyucunun özel bir yasal düzenleme yapması acil bir zorunluluk haline gelmiştir.

KAYNAKÇA*

“4857 Sayılı İş Kanunu: Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri”:

<http://www.tisk.org.tr/hukuk/guncel.asp?id=7>, 08.10.2008.

AKI Erol: “Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000, 9-40.

AKIN Levent: İş Kazasından Doğan Maddî Tazminat, Ankara 2001.

AKINCI Sami: Deniz Ticareti Hukuku, Navlun Mukaveleleri, İstanbul 1961.

AKINTÜRK TÜRKMEN Hülya: “İş ve İşçi Bulmaya Aracılık Faaliyeti Açısından Ödünç İş İlişkilerinin Değerlendirilmesi”, Yargıtay Dergisi, Cilt:25, Sayı:3, Temmuz 1999, 338-357. (İş ve İşçi Bulmaya Aracılık)

AKINTÜRK TÜRKMEN Hülya: “İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiyeye Devri: Ödünç İş İlişkisi”, Yargıtay Dergisi, Cilt:25, Sayı:1-2, Ocak-Nisan 1999, 130-149. (Ödünç İş)

AKTAY Nizamettin: “İş Hukukunda Esneklik Kavramının Ortaya Çıkışı ve Esneklik Uygulamaları”, Mercek Dergisi, Yıl:4, Sayı:15, Temmuz 1999, 53-61.

AKTAY A. Nizamettin, Kadir Arıcı, E. Tıncay Kaplan/Senyen: İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2007.

AKYİĞİT Ercan: 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2006. (İş Kanunu Şerhi)

AKYİĞİT Ercan: İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995. (Ödünç İş)

* Birden fazla yayına gönderme yapılan yazarlarda parantez içindeki kısaltmalar kullanılmış, bu yazarların geniş ölçüde yararlanılan yayını için kısaltma yapılmadan sadece yazarın adı verilmiştir.

AKYİĞİT Ercan: “Karar İncelemesi-İş İlişkisinin (Bireysel) Devri”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:17, Sayı:2, Kasım 2001, 40-50. (İnceleme)

AKYİĞİT Ercan: “Ödünç İş İlişkisinin(Başkasına İşçi Vermenin) Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Görünümü”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:13, Sayı:6, Şubat 1996, 1-26. (Çeşitli)

AKYİĞİT Ercan: “Ödünç İşçinin Sosyal Güvenliği”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:13, Sayı:5, Mayıs 1995, 12-37. (Sosyal)

ALARCON Eva Casado: “Agency Work in the European Union”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 301-306.

“Ali Güzel tarafından sunulan Bireysel İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi tebliği ile ilgili Genel Görüşme”: Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, 279-295.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz: “Türk Anayasası Açısından Temel Hakların ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlandırılması”, Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu – Avrupa Birliğine Uyum Çerçevesinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Gerçekleştirilen ve Gerçekleştirilmesi Planlanan Reformlar (22-24 Nisan 2003), Ankara 2003, 165-184.

ALPAGUT Gülsevil: “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, 87-150. (Değerlendirme)

ALPAGUT Gülsevil: “İstihdam Büroları Konusunda Uluslararası Alandaki Gelişmeler”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:14, Sayı:6, Mayıs 1998, 9-25. (İstihdam)

ALPAGUT Gülsevil: “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlamadan Teşvike”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, 261-278. (Geçici)

ALPAGUT Gülsevil: “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:10, Yıl:2006, 569-584. (Mesleki)

ARAL Fahrettin: Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Ankara 2003.

ARROWSMİTH James: Temporary Agency Work in an Enlarged European Union, <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2005/139/en/1/ef05139en.pdf>, 13.11.2007.

ARSLANOĞLU Mehmet Anıl: İş Hukukunda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler-Geçici İş İlişkisi-Asıl İşveren-Alt işveren İlişkisi, İstanbul 2005.

ATA Namık: Özel Bürolar Geçici İstihdam İçin Aracılık Yapabilmeli, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1217&id=68, 04.11.2006.

ATAR Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Konya 2005.

ATEŞOĞULLARI Kamil: Uluslararası Çalışma Örgütü ve Türkiye, İstanbul 1997.

BAŞBUĞ Aydın: “İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 18, Sayı:2-3, Mayıs-Ağustos 2003, 3-17.

BAŞTERZİ Fatma: Özel İstihdam Büroları ve İtalya Örneği, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1221&id=68, 04.11.2006.

BAŞTERZİ Süleyman, Mehmet Ali Şuğle: İstihdam ve Danışmanlık Hizmetlerinin Hukuksal ve Toplumsal Yönleri, Ankara 1999.

BAŞTÜRK Faruk: Sosyal Sigortalar Uygulamasında Profesyonel Futbolcular, http://www.fesam.org/sur_makale.php?kod=10&url=uzman/fb05.htm, 21.06.2006.

BENLİ Abdurrahman, Yusuf Yiğit: “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları”, Kamu-İş - İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:8, Sayı:4, 2006, 1-40.

BLANPAIN Roger: European Labour Law, Hague 2006. (European)

BLANPAIN Roger: “EU Legislation on Temporary Work”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 249-275. (Legislation)

BLANPAIN Roger: “Introductory Remarks: The Evolving Attitude Towards Temporary Agency Work”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 1-5.

BLOMEYER Wolfgang: “Almanya’da İstihdam İlişkilerinin Esnekleştirilmesi Yönünde Denemeler”, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994, 193-213.

BOZER Ali: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2007.

BRODSKY Melvin M.: “Public-Service Employment Programs in Selected OECD Countries”, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/month123&div=101&collection=journals&set_as_cursor=20&men_tab=srchresults&terms=public%20employment%20services&type=matchall, 24.07.2008.

BRONSTEIN A.S.; “Temporary Work in Western Europe: Threat or Complement to Permanent Employment?”, *International Labour Review*, Volume:130, Number:3, 1991, 291-310.

BROUGHTON Andrea: “Commission to withdraw a range of proposals”, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2005/10/inbrief/eu0510201n.htm>, 17.07.2008. (Withdraw)

BROUGHTON Andrea: “Council Fails to Agree on Temporary Agency Work Directive”, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/06/feature/eu0306206f.htm>, 21.07.2008. (Council)

BROUGHTON Andrea: “March Employment Council Discusses Temporary Agency Work Proposal”: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/03/feature/eu0303203f.htm>, 21.07.2008.

BULUTTEKİN M. Burak: “Türkiye’de Genç İşsizliği Sorununun Ekonomik Etkileri ve ‘Avrupa İstihdam Stratejisi’ Çerçevesinde Çözüm Stratejilerinin Belirlenmesi”, II. Çalışma Yaşamı Kongresi, Nisan 2008, 33-70.

CANİKLİOĞLU Nurşen: “Geçici(Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları”, *Legal Vafe Toplantıları (II)* - Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı - Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Mart 2008 İstanbul, 121-155.

CARLEY Mark: “Debate on Temporary Agency Work Intensifies”, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2007/12/articles/uk0712029i.htm>, 17.07.2008.

CARLSON Richard R.: “Variations on a Theme of Employment: Labor Law Regulation of Alternative Worker Relations”, *Texas Law Review*, Vol:37:661, 1996, 661-697.

CENTEL Tankut: “Esneklik Uygulamaları ve Türkiye”, Mercek Dergisi, Yıl:4, Sayı:15, Temmuz 1999, 25-32.

CIETT, The International Confederation of Private Employment Agencies, Profile & Structure: http://www.ciett.org/fileadmin/templates/ciett/docs/Presentation_of_CIETT_profile_structure.pdf, 01.05.2008.

Code of conduct: <http://www.ciett.org/index.php?id=30>, 05.05.2008.

COLUCCI Michele: “Italy”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 143-157.

Commission of The European Communities - Explanatory Memorandum: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008. (Memorandum)

Commission of The European Communities - Impact Assessment Form: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:EN:PDF>, 12.02.2008. (Impact)

COUSINS Mel: “Social Security and Atypical Workers in Ireland”, International Labour Review, Vol. 131, No:6, 1992, 647-660.

CRAIG Paul, Grainne de Burca: EU Law – Text, Cases and Materials, Third Edition, Hampshire 2003.

ÇANKAYA Osman Güven, Şahin Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006.

ÇELİK Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2004.

ÇENBERCİ Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1976.

ÇETİNGİL Ergon A., Rayegan Kender, A. Samim Ünan, Emine Yazıcıoğlu: “TTK Tasarısı’nın “Deniz Ticareti” Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında”, Deniz Hukuku Dergisi, Özel Sayı, Ocak 2006, 1-296.

ÇİL Şahin: “4857 Sayılı İş Kanunu’ndaki Yeni Düzenlemelerin Toplu İş Hukukuna Etkileri”, Sicil, Yıl:3, Sayı:9, Mart 2008, 27-45.

DANAR Cüneyt: “Yargıtay Kararlarıyla Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri”, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:2, Sayı:6, Haziran 2007, 62-74.

DEMİR Fevzi: Sorularla Bireysel İş Hukuku, I. Cilt, Ankara 2006. (Bireysel İş)

DEMİR Fevzi: “Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay’ın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, 123-253. (Değerlendirme)

Deniz Ticareti Hukuku; http://tr.wikipedia.org/wiki/Deniz_Ticareti_Hukuku#Navlun_S.C3.B6zle.C5.9Fmeleri, 03.06.2008.

DENYS Jan: “Challenges for Temporary Agency Work in the Information Society”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 9-18.

DERELİ Toker: Batı Avrupa’daki Uygulamalar Işığında Dönemsel (Geçici) Çalışma ve Türkiye Üzerinde Düşünceler, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1219&id=68, 04.11.2006.

DİSK Genel Başkanı Süleyman Çelebi’nin İŞ-KUR 4. Genel Kurulu’nda Yaptığı Konuşma: <http://www.disk.org.tr/default.asp?Page=Content&ContentId=432&Highlight=rapor>, 07.10.2008.

DOCKERY Alfred M., Thorsten Stromback: “Devolving Public Employment Services: Preliminary Assessment of the Australian Experiment”, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intlr140&div=39&collection=journals&set_as_cursor=30&men_tab=srchresults&terms=public%20employment%20services&type=matchall, 24.07.2008.

Dönemsel İstihdam ve İtalya Örneği: <http://www.adecco.com.tr/tr/makale/mk03.asp>, 12.11.2006.

EECKHOUTTE Willy van: “Belgium-Temporary Work Agencies and the Role of the Social Partners”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 79-100.

EKMEKÇİ Ömer: “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici(Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, Yıl:2004, 367-382. (Ödünç)

EKMEKÇİ Ömer: “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003, Ankara 2005, 9-57. (Bireysel)

EKMEKÇİ Ömer: “Geçici(Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Legal Vafe Toplantıları (II) - Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı - Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Mart 2008 İstanbul, 100-119. (Geçici)

EKONOMİ Münir: “Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, 231-266. (Mesleki)

EKONOMİ Münir: “Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği”, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994, 55-79.

ENGELS Chris: “Belgium-Putting Workers at the Disposal of a User”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 63-77.

ENGİN Murat: “Atipik İstihdam Biçimleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar(Özellikle Ödünç İş İlişkisi ve Evde Çalışma)”, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı, İstanbul 2002, 117-147. (Atipik)

ENGİN Murat: “Bireysel İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara 2006, 1-15. (Bireysel)

ENGİN Murat: “Ferdî İş İlişkilerinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000; Ankara 2002, 1-23. (Değerlendirme)

ENGİN E. Murat; Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren; 1993 (İşveren)

ENGİN Murat: “Üçlü İş İlişkileri”, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), 2006, 12-26. (Üçlü)

ERCAN Hakan: “AB Sosyal Politikası Çerçevesinde Türkiye’nin İstihdam Stratejisi”, Tisk Akademi, Cilt:1, Sayı:2, Eylül 2006, 51-63.

EREN Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 2001.

ERGİN Berin: “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1995, İstanbul 1997, 37-111.

“Eurociett and UNI-Europa Reached a Joint-declaration on The Draft Agency Work Directive”: [http://www.euro-ciett.org/index.php?id=113&tx_ttnews\[tt_news\]=47&tx_ttnews\[backPid\]=15&cHash=010602668d](http://www.euro-ciett.org/index.php?id=113&tx_ttnews[tt_news]=47&tx_ttnews[backPid]=15&cHash=010602668d), 22.07.2008.

EYRENCİ Öner, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 2006.

FIRAT Zerrin Yöney: İstihdam Hizmetlerinin Değişen Yapısı ve Özel İstihdam Büroları, <http://www.isguc.org/zfirat3.htm>, 12.10.2006.

FINKIN Matthew W., Sanford M. Jacoby: “An Introduction To The Regulation Of Leasing And Employment Agencies”, Comparative Labor Law & Policy Journal, Volume 23, Number 1, Fall 2001, 1-5.

GENÇ Durmuş Ali: Spor Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 1998.

Genişlemiş Avrupa Birliği’nde Dönemsel Çalışma: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Kasım 2006.

GORTON Lars, Rolf Ihre, Arne Sandeværn: Shipbroking and Chartering Practice, London 1984.

GÖZLER Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş – Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, Onuncu Baskı, Bursa 2007.

GRAHAM Ronnie: “Temporary Agency Work and Freedom of Services in the European Union”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 277-293.

GÜNAY Mehmet: İş Hukuku’nda Ödünç İş İlişkisi, Ankara 2007.

GÜNDAY Metin: İdare Hukuku, 6. Bası, Ankara 2002.

GÜRİZ Adnan: Hukuk Başlangıcı, 9. Baskı, Ankara 2003.

GÜVEN Ercan, Ufuk Aydın: Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2004.

GÜZEL Ali: “Tebliğ: Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, 9-71.

GÜZEL Ali, Ali Rıza Okur: Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 1996.

HANAMI Tadashi: “Japan”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 159-170.

HARPER Beatrice: “Temporary Work, Working Time and Equality Discussed at Council”, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2004/10/feature/eu0410204f.htm>, 21.07.2008.

HEKİMLER Alpay: Almanya’da Faaliyet Gösteren Çokuluslu Şirketlerde İnsan Kaynakları Yönetimi, İstanbul 2006. (İnsan Kaynakları)

HEKİMLER Alpay: Federal Almanya’da Profesyonel Ödünç İş İlişkisinin Yasal Çerçevesi, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=941&id=54, 26.08.2008. (Federal)

HEKİMLER Alpay: “Avrupa Hukuku Işığında Türkiye’de Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin Yeni Hükümler”, Çimento İşveren, Cilt:18, Sayı:2, Mart 2004, 16-26. (Çalışma)

HEKİMLER Alpay: “Kamu Eliyle Ödünç Çalışmaya İlişkin Özgün Bir Model: PSA – Personel Servis Acenteleri Türkiye’deki İşsizlik Problemine Bir Çare Olabilir

mi?”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:15, Yıl:2007, 1014-1035. (PSA)

HEKİMLER Alpay: Sosyal Politika Boyutunda Federal Almanya’da Esnek Çalışma Modelleri – Avrupa Birliği ve Federal Almanya Mevzuatı Işığında Türkiye İçin Perspektifler, Ankara 2006. (Almanya)

HENDRİCKX Frank: “Belgium - A General Overview”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 47-61.

HENDRİCKX Frank, Karin Sengers: “The Implementation of Flexible Work Provisions in The Labour Act”, Flexibilisation and Modernisation of The Turkish Labour Market, 2006, 81-118.

HERNANDEZ C. C. Garcia: “Feeble, Circular, and Unpredictable: Osha’s Failure to Protect Temporary Workes”, <http://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/bctw27&id=217>, 18.06.2008.

IVAMY E. R. Hardy: Dictionary of Shipping Law, London 1984.

İZGİ Ömer, Zafer Gören: Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Cilt:1, Madde 1-78, Ankara 2002.

İZVEREN Adil, Nisim Franko, Ahmet Çalık: Deniz Ticaret Hukuku, Ankara 1994.

JAKHELLN Henning: New Forms of Atypical Employment Relationships in Norway, http://heinonline.org/HOL/Page?set_as_cursor=4&men_tab=srchresults&handle=hein.journals/cllpj7&id=374&collection=journals&terms=nature%20of%20temporary%20work&termtype=phrase, 18.06.2008.

KALABALIK Halil: Temel Hukuk Bilgisi, İstanbul 2003.

KENAR Necdet: Dünya Ugulamaları Çerçevesinde Türk Çalışma Hayatında Esneklik İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=482&id=29, 23.12.2006. (Esneklik)

KENAR Necdet: “Kamu İstihdam Hizmetleri: İş ve İşçi Bulma Kurumu’ndan Türkiye İş Kurumu’na Ne Değişecek?”, Mercek Dergisi, Yıl:8, Sayı:30, Nisan 2003,17-21. (Kamu)

KENAR Necdet: “Özel İstihdam Büroları”, Mercek Dergisi, Yıl:9, Sayı:34, Nisan 2004, 81-85. (İstihdam)

KILIÇOĞLU Ahmet: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2006.

KIRCA Çiğdem: “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktin)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:50, Sayı:1, 2001, 91-119.

KIZILOĞLU Hakkı: “Avrupa Birliğini Oluşturan Temel Mevzuat ve Belgelerde AB Sosyal Politikası”, http://www.tisk.org.tr/isveren_yazdir.asp?yazi_id=50&id=4&baslik_id=&yapi=&gecerli_sayfa=, 12.07.2008.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip-Hatemi-Serozan-Arpacı: Borçlar Hukuku Genel Bölüm – Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Birinci Cilt, İstanbul 2008.

KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan: Türk Hukukunda Sporcuların Hukuki Durumları, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/dergi/cilt_2-sayi_1-2.pdf, 21.06.2006.

Labour Market Flexibility: http://en.wikipedia.org/wiki/Labour_market_flexibility, 22.06.2008.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi: İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005.

MORRIS Gillian; “England”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 101-113.

MUNTZ Anne-Marie: “AB Deneyimi Işığında Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Dönemsel Çalışma”, Sosyal Politika Gündemi Toplantıları, İşveren Dergisi Özel Eki, Cilt:46, Sayı:1, Ekim 2007.

NAKAYAMA Junko, Alexander Samorodov: “Public and Private Employment Services: From Co-existence to Co-operation”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 19-44.

NEKOLOVÁ Markéta: Labour market flexibility and employment protection, <http://www.eurofound.europa.eu/ewco/2007/08/CZ07080191.htm>, 22.06.2008.

NYSTRÖM Birgitta: “Sweden”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 191-223.

ODAMAN Serkan: “Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi”, Sicil-İş Hukuku Dergisi, Yıl:3, Sayı:10, Haziran 2008, 25-51. (Ödünç)

ODAMAN Serkan: Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007.

OĞUZMAN M. Kemal, M. Turgut Öz: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, Beşinci Baskı, İstanbul 2006.

OĞUZMAN M. Kemal, Nami Barlas: Medeni Hukuk – Giriş – Kaynaklar – Temel Kavramlar, 13. Bası, İstanbul 2006.

OKUR Ali Rıza: “5510 Sayılı Kanunun İşverenlere Sigortalılık ve İşyeri İle İlgili Getirdiği Yenilik ve Yükümlülükler”, İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki

Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor? Semineri, 10 Ekim 2008 Ankara, 88-106.

OLSON Catherine: “Job Centre: The Ongoing Demise of Public Monopolies in Europe”, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/denilp27&div=28&collection=journals&set_as_cursor=25&men_tab=srchresults&terms=public%20employment%20services&type=matchall, 24.07.08.

ÖZBUDUN Ergun: Türk Anayasa Hukuku; Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara 2000.

ÖZKAN Ahmet Emin: “Özel İstihdam Büroları”, Mercek Dergisi, Yıl:2, Sayı:6, Nisan 1997, 116-125.

ÖZVERİ Murat: “İş Bulmaya Aracılık Bordro Şirketleri Özel İstihdam Büroları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:17, 2008, 67-77.

PAZARCI Hüseyin: Uluslararası Hukuk, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Ankara 2007.

REİSOĞLU Safa: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, İstanbul 2006.

RICCA Sergio: “The Changing Role of Public Employment Services”, International Labour Review, Vol:127, No:1, 1988, 19-34.

RODRÍGUEZ Miguel C., Pinero Royo: “Spain”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 171-190.

SCHÜREN Peter: “Employee Leasing In Germany: The Hiring Out Of An Employee As A Temporary Worker”, Comparative Labor Law & Policy Journal, Volume 23, Number 1, Fall 2001, 67-80.

SELWYN Norman: Selwyn’s Law of Employment, Fourteenth Edition, New York 2006.

SERİN İlhan: “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici(Ödünç) İş İlişkisi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:7, 2005, 1055-1090.

SEROZAN Rona: Medeni Hukuk – Genel Bölüm, İstanbul 2004.

SERVAİS Jean-Michel: International Labour Law, Netherlands 2005.

SMITH-VIDAL Sabine: “France”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 115-125.

SOL Els: “Targetting On Transitions: Employment Service In The Nethetlands”, Comparative Labor Law & Policy Journal, Volume 23, Number 1, Fall 2001, 81-127.

SOYER Polat: “Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, 9-55.

STEWART Bryce M.: “The Functions of Public Employment Services and Public Works”, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/alablegr13&div=20&collection=journals&set_as_cursor=47&men_tab=srchresults&terms=public%20employment%20services&type=matchall, 24.07.2008.

Structure and Constitution of CIETT: <http://www.ciett.org/index.php?id=33>, 01.05.2008.

SÜRAL Nurhan: Çalışanların Temel Sosyal Hakları Avrupa Topluluğu Şartı (AT Sosyal Şartı) ve Avrupa Sosyal Şartı, Ankara 1992.

SÜZEK Sarper: “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş

- Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, 1-57.
(Değerlendirme)
- SÜZEK Sarper: “Değişiklik Feshi”, TİSK Akademi, Cilt:1, Sayı:1, 2006, 7-29.
(Değişiklik)
- SÜZEK Sarper: “İş Aktinin Türleri”, Mercek Dergisi, Yıl:6, Sayı:22, Nisan 2001,
17-35. (İş Aktinin Türleri)
- SÜZEK Sarper: İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005.
- SÜZEK Sarper: İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008. (İş Hukuku 4. Bs.)
- SÜZEK Sarper: “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Metin Kutal’a
Armağan, Ankara 1998, 225-232. (Yönetim)
- ŞAHLANAN Fevzi: “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”,
Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003, Ankara
2005, 87-123.
- ŞENYÜZ Doğan: Borçlar Hukuku-Genel ve Özel Hükümler, Bursa 2006.
- TANDOĞAN Haluk: Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Cilt:I/1, Dördüncü Bası,
Ankara 1985.
- TEKİL Fahiman: Deniz Hukuku, İstanbul 1993. (Deniz)
- TEKİL Fahiman: Navlun Mukaveleleri, İstanbul 1973. (Navlun)
- TELLJOHANN Volker, Davide Dazzi: “Social Partners Issue Joint Declaration on
Draft EU Directive for Temporary Agency Workers”, [http://www.eurofound.
europa.eu/eiro/2008/06/articles/eu0806029i.htm](http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/06/articles/eu0806029i.htm), 17.07.2008.

Temporary Agency Work: National Reports - The Netherlands: www.fr.eurofound.eu.int/publications/htmlfiles/ef0232.htm, 26.08.2008.

Temporary Job Placement; http://www.salary.com/careers/layouthtmls/crel_display_nocat_Ser105_Par204.html, 13.05.2008.

Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:7, Mart 2007, 189-190.

TRINCZEK Rainer: “Agreement on Temporary Agency Work and Working Time Directives Shelved”, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/02/articles/eu0802019i.htm>, 17.07.2008.

TUNCAY Can: “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 16-17, Sayı:1-6, Mayıs-Ağustos 2001, 13-36. (Hizmet)

TUNCAY Can: İstihdamın Yaratılmasında Geçici Çalışma Türleri ve Özel İstihdam Bürolarının Rolü Semineri, <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=900>, 04.11.2006. (İstihdam)

TUNCAY Can: “İş Kanunu Tasarısı’ndaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi”, Mercek Dergisi, Yıl:8, Sayı:30, Nisan 2003, 56-75. (Tasarı)

TUNÇOMAĞ Kenan: Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 3. Baskı, İstanbul 1987.

“Türkiye gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın yürürlüğe koydu”, <http://www.abm-istanbul.org/tr/content.asp?PID=%7BAF48EF1D-5FD9-4FC1-A6F0-1BF52EF80DE9%7D>, 10.07.2008.

“Türkiye Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nı Yürürlüğe Koydu”,
<http://www.ikv.org.tr/haberler2.php?ID=1616>, 10.07.2008.

Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK) XXIII. Genel Kurul Çalışma Raporu: Ankara 15-16 Aralık 2007.

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği(TÜSİAD): İşgücü Piyasalarının Etkinliğinin Arttırılmasında Özel İstihdam Kurumlarının ve Esnek Çalışma Biçimlerinin Rolü, Ekim 2002.

Türkiye’nin Uygulaması Gereken İstihdam Politikaları ve İşsizlik Sorununa Çözüm Önerileri: http://www.turkis.org.tr/source.cms.docs/turkis.org.tr.ce/docs/file/calisma_meclisi_istihdam.doc, 07.10.2008.

UÇKAN Banu: Geçici İstihdam Büroları ve CIETT, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=521&id=31, 05.11.2006.

UÇUM Mehmet: Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2003.

ULUCAN Devrim: Karar İncelemesi, <http://www.calismatoplum.org/sayi3/karar.doc>, 13.10.2008.

UŞEN Şelale: Avrupa Birliği’nde Ödünç İş İlişkisi ve Ödünç Emek Büroları: İtalya Uygulaması ve Türkiye, İstanbul 2006.

ÜLGEN Hüseyin: Hava Taşıma Sözleşmesi, Ankara 1987.

ÜLGER İrfan Kaya: Avrupa Birliği’nin ABC’si, 4. Bs., Ankara Kasım 2007.

ÜLGENER M. Fehmi: “Zaman Çarteri Sözleşmesinde Taşıyanın Taşıtana Karşı Olan Yükümlülükleri”, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl:3, Sayı:3-4, Eylül-Aralık 1998, 47-58.

ÜNAL Şeref: Avrupa Birliği Hukukuna Giriş, Ankara 2007.

ÜNSAL Engin: “4857 Sayılı Yasa’ya Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:2, Sayı:6, 2005, 535-544.

VIGNEAU Christophe: “Temporary Work Agency In France”, Comparative Labor Law & Policy Journal, Volume 23, Number 1, Fall 2001, 45-65.

VISSER Dieuwke, Willem Plessen, Antoine Jacobs: “The Netherlands”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 225-245.

VOSKO Leah F.: “Legitimizing the Triangular Employment Relationship: Emerging International Labour Standarts from a Comparative Perspective”, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cllpj19&div=9&collection=journals&set_as_cursor=26&men_tab=srchresults&terms=public%20employment%20services&type=matchall, 24.07.2008.

WEISS Manfred: “Germany”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 127-142.

WEM Document on Temporary Work: <http://www.wem.org/positiondocs/Final%20Temporary%20Work%20protected.doc>, 17.07.2008.

WIFORD Michael, Terence Coghlin, Nicholas J. Healy Jr., John D. Kimball: Time Charters, Second Edition, London 1982.

www.kazanci.com.

YENİSEY Kübra Doğan: “Çalışma Koşullarında Değişiklik”, III. Yılında İş Yasası, İstanbul 2005, 104-131.

YILMAZ Selim: Küreselleşme ve Sendikalar, <http://www.antimai.org/mkl/sy0306inadina.htm>, 23.12.2006.

“Yüksek Mahkeme Kararları”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:13, Cilt:4, 2007, 360-362.

ZEVKLİLER Aydın, M. Beşir Acabey, K. Emre Gökyayla: Medeni Hukuk – Giriş – Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku, Ankara 1995.

ÖZET

İş hukukundaki esneklik ihtiyacının bir ürünü olan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, üç taraflı bir hukuki ilişki olup, asıl işveren-alt işveren, iş aracılığı gibi iş hukukuna özgü diğer üç taraflı hukuki ilişkilerle karıştırılabilmektedir. Ancak ödünç alan işverenin ödünç işçiye emir ve talimat verebilmesi, ödünç veren işverenin iş sözleşmesinin tarafı olarak kalması, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin ayırt edici özellikleri olarak ortaya çıkmaktadır.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik Uluslararası Çalışma Örgütü 181 no.lu sözleşmeyi kabul etmiştir. Sözleşmenin 1. maddesinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, özel istihdam bürosu faaliyetleri arasında sayılmıştır. Ayrıca Avrupa Birliği, üye devletler arasında uygulanacak asgari standartları belirlemek amacıyla direktif tasarısı hazırlamışsa da, bazı üye devletlerin itirazları nedeniyle tasarı henüz direktif halini alamamıştır. İlaveten çeşitli ülkelerde 1960'lı yıllardan beri meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi yasal bir mevzuat çerçevesinde uygulanmaktadır. Dolayısıyla çeşitli ülkelerin uygulamaları ve uluslararası gelişmeler, ülkemizde yapılacak muhtemel yasal düzenleme açısından yol gösterici olabilecektir.

İş Kanunumuzda sadece mesleki faaliyet olmayan ödünç iş ilişkisi düzenlenmiş olup, azami devir süresi, ödünç veren ve alan işverenlerin sorumlulukları, ödünç iş ilişkisine başvurulamayacak hallere ilişkin ayrıntılı bir düzenleme getirilmiştir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine uygulanabilecek açık yasal bir düzenleme bulunmasa da, bu durum ilgili ilişkinin yasak olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Anayasamızda yer alan girişim özgürlüğü ve çalışma hakkı ile BK. md.320 gereğince meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin ülkemizde uygulanabileceği, uygulanmasında ise İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununun ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanacağı sonucuna varılabilir. Ancak söz konusu ilişkinin uygulanabileceği sonucuna ulaşılması, açık bir yasal düzenleme yapılması ihtiyacını ortadan kaldırmamaktadır.

ABSTRACT

Temporary agency work, a result of necessity of flexibility in labour law, is a three-party relationship, so it can be confused with other three-party relationship peculiar to labour law, like main employer-sub employer relation or mediation for employment. However, the distinguishing features of temporary agency work appears when transferee employer instructs and gives commands to employee while transferor employer still remains as a party to labour contract.

International Labour Organization accepted international convention no. 181 regarding temporary agency work. According to article 1, temporary agency work is counted one of the private employment agencies services. Though European Union has prepared a draft directive for defining minimum standards to be applied to member states; the draft have not been adopted as a directive for the reason of objections of some member states. Additionally temporary agency work has been performing in the framework of various states' legal systems since 1960's. So various states' practices and international regulations can be a guide for our possible legislation facilities.

Only temporary employment relationship, which is not professional activity, is regulated in our Labour Law. Detailed regulation relating to liabilities of transferor and transferee employers, maximum assignment duration and prohibited cases is envisaged with this legislation. Though temporary agency work haven't been directly regulated in our legal system, it shouldn't be interpreted as a prohibition to temporary agency work. We can conclude performing of temporary agency work according to Constitutional freedoms about establishment of private enterprises and right to work and Art.320 of Code of Obligations. Concerned provision of Labour Law and Law on Turkish Employment Organization can be applied to temporary agency work by analogy. Although we conclude performing of temporary agency work, temporary agency work should be regulated directly.