

MESLEKİ ANLAMDA ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ

Prof.Dr. Savaş TAŞKENT

İ.T.Ü. İşletme Fakültesi
Emekli Öğretim Üyesi

Dr.Dilek KURT

Yeditepe Üniversitesi, İ.İ.B.F.
Öğretim Görevlisi

I. GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu'muzun 90. maddesine göre, iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmeleri ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık görevi esas olarak Türkiye İş Kurumuna aittir. Ancak, aracılık görevi bu hususta izin verilen özel istihdam bürolarınca da yerine getirilebilir.

4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu m. 32 uyarınca çıkarılan "Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği" ise bu tür büroların görevini iş aracılığı ile sınırlı tutmakta ve bunların mesleki olarak geçici (ödünç) iş ilişkisi düzenleme faaliyetinde bulunamayacaklarını belirtmektedir (m. 4 (2) c)¹.

Böyle olmakla birlikte, ülkemizde oldukça fazla sayıda kuruluşun, danışmanlık hizmetleri adı altında, işçisini ödünç vermek suretiyle gelir getirici mesleki faaliyette buldukları bilinmektedir. Ne var ki, böyle bir mesleki faaliyet yasal dayanaktan yoksun olduğu için, söz konusu kuruluşların (büroların) işçilerle yaptıkları iş sözleşmeleri yargı tarafından geçerli kabul edilmemekte, işçiler fiilen çalıştıkları işyerinin

¹ Bir işverenin kendi işini görmesi için işe aldığı bir elemanını geçici olarak başka bir işverene vermesi İş Kanunu'nun 7. maddesinde "Geçici iş ilişkisi" başlığı altında düzenlenmiştir. Burada üzerinde durulan husus ise, bir işverenin işçiyi başka işverene ödünç vermek üzere işe alması ve bunu ticari bir faaliyet olarak, yani gelir elde etmek amacıyla yapması durumudur.

işvereninin işçileri olarak değerlendirilmektedir. Nitekim, Yargıtay'a göre, "A... A.Ş.'nin davacıyı istihdam edecek bir işyeri olmaksızın yaptığı sözleşme iş bulmaya aracılık sözleşmesi olup, davacı ile aralarında iş sözleşmesinin temel unsuru olan bağımlı olarak iş görme söz konusu değildir. Böyle olunca ... iş sözleşmesine itibar edilemez"². Yüksek Mahkeme daha sonraki kararlarında da işçi temini amacıyla yapılan sözleşmelerin geçerli olmadığı yolundaki görüşünü tekrarlamıştır³.

Aslında bir esnek çalışma modeli sayılan bu tür faaliyetlerin yasal bir zemine kavuşturulmasında istihdamın artırılması bakımından yarar olduğu tartışma götürmez⁴. Ancak, bu alanda yapılacak düzenlemenin Avrupa Birliği normları ile Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)' nun ilgili Sözleşmesi doğrultusunda olması gereği de açıktır.

Bu makalenin amacı bu konuda yapılacak yasal bir düzenlemeye ışık tutmaktır.

II. MEVZUATTAKİ GELİŞME

Mevzuatımızdaki tarihi sürece bakıldığında, konunun, yani mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisinin, ilk defa (2003 tarihli) İş Kanunu Tasarısının 93. maddesinde düzenlenmiş bulunduğu görülür. Ancak, bu madde İş Kanunu'nun TBMM.'nde görüşülmesi sırasında işçi kesiminin isteği üzerine Tasarıdan çıkarılmıştır.

Sözü edilen Tasarıda, işçisini ödünç vermek suretiyle gelir getirici mesleki faaliyette bulunma Türkiye İş Kurumunun iznine bağlı tutulmuş; bunun için de belirli koşulların yerine getirilmiş olması öngörülmüş bulunmaktaydı. Ayrıca, toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde, yasal bir grevde ve iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel tehlike taşıyan işlerde ödünç iş ilişkisi kurulamayacağı da hükme bağlanmıştı. Maddede bunlar yanında, ödünç veren işverenin, işçisiyle olan iş sözleşmesini ödünç verme süresinin sona ermesinden itibaren üç ay içinde süreli fesih yoluyla sona erdiremeyeceği; işçinin başka bir işverene verilmemesi durumunda işyerinde çalıştırılmasa dahi asgari

² Yarg. 9. HD, 04.04.2005, E. 7774, K. 11838; S.Taşkent/ G.S.Öztürk/ F.B. Mutlay, Açıklamalı-İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu, 157.

³ Yarg. 9. HD, 12.02.2007, E. 32217, K. 3258; S.Taşkent/ G.S.Öztürk/ F.B. Mutlay, Açıklamalı-İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu, 158. Yarg. 9.HD, 08.10.2010, E. 2009/ 28763, K. 2010/ 28314; www.legalbank.net

⁴ Bu konuda genel bir değerlendirme için bak. : G. Alpagut, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlamadan Teşvike, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 261- 278.

ücretten az olmamak üzere bir ücrete hak kazanacağı da belirtilmişti. Bu hususlar işçiye bir ölçüde iş ve gelir güvencesi sağlayan önemli düzenlemelerdi.

Ne var ki, yukarıda işaret edildiği üzere, Tasarıdaki bu hüküm 4857 sayılı İş Kanunu metninde yer almamıştır.

Daha sonra, İş Kanunu'na, 26.06.2009 tarih ve 5920 sayılı yasa ile (7. maddeden sonra gelmek üzere) bir madde (Madde 7/A) eklenerek, özel istihdam büroları aracılığı ile geçici (ödünç) iş ilişkisi kurulabilmesine olanak tanınmaya çalışılmıştır.

Maddenin gerekçesinde, böyle bir düzenleme ile Türkiye'de yıllardır danışmanlık hizmetleri adı altında geçici iş ilişkisi sözleşmesi düzenleyen kuruluşların yasadışı uygulamalarına son verileceği belirtilmiştir. Bunun yanında, söz konusu yasayla, kayıt dışı istihdamın önlenmesinin ve bu sektörde çalışanların sosyal güvence altına alınabilmelerinin amaçlandığı da ifade edilmiştir.

Bu madde (Madde 7/A), hem Tasarıdaki düzenleme ve hem de Avrupa Birliği'nin Ödünç Çalışmaya İlişkin 2008/104/EG Yönergesi göz önünde tutularak hazırlanmış olmakla birlikte, önemli eksiklikler içermekte idi⁵.

Her şeyden önce, düzenlemenin amacına ilişkin olarak madde gerekçesinde yapılan açıklama dikkat çekiciydi. Normalde amaç işçi-işveren ilişkilerine katkı sağlamak veya istihdamı artırmak olmak gerekir iken, gerekçede öngörülen asıl hususun, geçici (ödünç) iş ilişkisi sözleşmesi düzenleyen kuruluşların "yasadışı uygulamalarına" yasal zemin kazandırmak olduğu ifade edilmişti.

Gerekçede ayrıca, getirilen bu düzenleme ile kayıt dışı istidamın önleneyeceği de öne sürülmekteydi. Ne var ki, söz konusu düzenleme ile böyle bir sonucun elde edilmesi de mümkün değildi; çünkü, madde bu konuda herhangi bir önlem içermiyor, sadece birtakım kuruluşların faaliyetlerini yasal çerçeveye almakla yetiniyordu.

Yasa Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmiş, açıkçası bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclis'ine geri gönderilmişti⁶. Bu konuda sonradan yeni bir düzenleme yapılmışsa da bu yasalaşmamış ve madde kadük olmuştur.

⁵ Getirilen düzenlemenin eleştirisi için bak. S. Taşkent, İstihdam Büroları ve Geçici İş İlişkisi, Cumhuriyet Gazetesi, 09.07.2009.

⁶ Cumhurbaşkanı, ilgili AB Direktifinin temelini oluşturan istihdam ve çalışma şartlarında eşitlik esasının kanunda yer almamasını veto gerekçesi olarak ifade etmiştir.

III. ÜLKEMİZDEKİ UYGULAMA

Türkiye'deki uygulama bu alanda Avrupa'da görülenden oldukça farklıdır. Gerçekten de, ülkemizdeki özel istihdam büroları, diğer şirketlerin geçici eleman taleplerini karşılamak üzere kendi bünyelerinde işçi bulandıran kuruluşlar olarak faaliyet göstermemektedirler. Tam tersine, bir şirket (işveren) ihtiyaç duyduğu bir iş için elemanla kendisi görüşmelerde bulunmakta; bunlardan anlaşmaya vardığı birini veya birkaçını sözleşme yapmak üzere belli bürolara yollamaktadır. Bu kişi iş sözleşmesini özel büro ile yaptıktan sonra dönüp daha önce tanıştığı şirkette (işyerinde) çalışmaya başlamaktadır.

Böylelikle şirket (işveren), belirli işlerini kendi çalıştırdığı işçilere göre çok daha az mali ve sosyal haklara sahip olan bu işçilerle görme olanağına kavuşmaktadır. Büro ile iş sözleşmesi yapan bu elemanlar çok farklı işyerlerinde çalıştıkları için, bunları örgütlenme olanağı da söz konusu olamamaktadır. Sonuçta, bu kişiler bir alt işveren işçisinin haklarından dahi yoksun bir biçimde çalışmak zorunda kalmaktadırlar.

Ayrıca vurgulamak gerekir ki, bu tür bir ilişki çerçevesinde iş görenlerin iş güvenceleri de yoktur. Şirket (işveren), işverenin her istediğini yerine getirmeyen veya belli bir konuda hak arama çabası içine giren bir işçinin geri alınmasını bürodan istemekte; büro o elemanı derhal geri çekmekte; işçi ise, kendisine başka bir iş bulunacağı ümidi ile beklemektedir.

Öte yandan, bu tür bir ilişki çerçevesine çalışan işçilerin uygulamada ihbar ve kıdem tazminatları ile izin haklarından yararlanamadıkları da eklenmelidir.

IV. ULUSLARARASI NORMLAR

Türk çalışma yaşamı bakımından, bu alanda yapılacak bir düzenleme çerçevesinde alınması gereken önlemler aslında Avrupa Birliği' nin 2008/ 104/ EG Yönergesi ile Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)' nun 181 sayılı "Özel İş Aracılığı Sözleşmesi" nde mevcuttur.

1. Avrupa Birliği' nin 2008/ 104/ EG Yönergesi

Avrupa Birliği'nin söz konusu Yönergesi (Direktifi) uzun tartışmalar sonunda 19 Kasım 2008'de oy çokluğu ile kabul edilmiştir⁷.

⁷ Yönerge konusunda bak, A. Hekimler, Avrupa Birliği'nin Kabul Ettiği Ödünç Çalışmaya İlişkin Direktif ile Getirdiği yeni Düzenlemeler, İşveren Dergisi, Ocak 2009, 49- 52. Ayrıca bak. Ş. Usen, 2008/104/Ec Sayılı Ödünç İş İlişkisine İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Getirdiği Yeni

Yönergenin 2. maddesindeki ifadeden anlaşılabilir, bununla amaçlananın, istihdamın artırılmasına ve esnek çalışma biçimlerinin geliştirilmesine katkıda bulunmaktır. Ancak, burada vurgulanan asıl husus, ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilerin korunmaları ve özellikle kendilerine ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından **“eşit davranılması”** nın sağlanmasıdır. Dolayısıyla, Yönerge ile getirilen en temel güvence, normal iş ilişkisine dayanarak çalışan işçiler ile ödünç iş ilişkisi çerçevesinde çalışanlar arasında herhangi bir farklı işlem yapılamayacağını öngörülmesidir. Farklı işlem yapma yasağı; bir başka deyişle, eşit davranma yükümü her şeyden önce işyerinde ödünç iş ilişkisi çerçevesinde çalışanlara bu yerde aynı işte çalışan diğer işçilere ödenen ücretin aynısının ödenmesini gerekli kılmaktadır.

Yönergenin 2. maddesinde eşitliğin sağlanması amacı ortaya konulduktan sonra, “Çalışma Koşulları” başlıklı 2. Bölümün altında yer alan ve “Eşit İşlem İlkesi” başlığını taşıyan 5. maddede sözü edilen ilkeye daha ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında, ödünç işçilerin temel çalışma koşullarının, en az o işyerinde doğrudan ve aynı görevde çalışsaydı tabii olacağı çalışma koşullarına denk olması gerektiği öngörülmüştür. Birinci fıkranın devamında, ayrımcılığa ilişkin olarak yasa, yönetmelik, idari düzenleme, toplu sözleşme ve diğer tüm genel düzenlemeler ile alınan her türlü önlemin ve kuralın, ödünç işçilere de uygulanacağı öngörülmüştür. Bunun da anlamı, ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışanların diğerlerine tanınan sosyal haklardan da aynen yararlanacaklarıdır.

Görüldüğü üzere, Yönergenin 2. ve 5. maddelerinde eşitliğe ilişkin ayrıntılı koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir.

Yönergeye göre, iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel tehlike taşıyan işlerde ödünç iş ilişkisi kurulmasının kısıtlanması ya da tamamen yasaklanması mümkündür (Giriş bölümü, Nr. 18).

Yönergede ayrıca, grev uygulanan bir işyerinde ödünç işçi çalıştırılmasını yasaklayan ülke mevzuatına müdahale edilmeyeceği belirtilmiştir (Giriş bölümü, Nr. 18)⁸.

Yönergede, ödünç çalışan işçinin sürekli bir iş konusunda işveren tarafından bilgilendirilmesi de öngörülmektedir. Nitekim, ödünç

⁸ Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 26, 2010/3, 169 vd.; M. Kabakcı, 5920 Sayılı Kanununun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükümünün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.31, 2011/4, 78 vd..

⁸ 4857 sayılı İş Kanunumuzda da, grev ve lokavt uygulanması sırasında ödünç işçinin çalıştırılmayacağı öngörülmüş bulunmaktadır (İŞK. m. 7/ 5).

işçinin çalıştığı işyerinde kalıcı bir iş için işçiye ihtiyaç duyulması halinde, işveren ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan işçileri bilgilendirecek; onlara diğerleri gibi belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma olanağını sağlayacaktır(Yönerge, m. 6/ 1). Öte yandan, özel istihdam bürosunun hizmetleri karşılığında işçiden herhangi bir bedel talep etmesi söz konusu olmayacaktır(Yönerge m. 6/ 3).

Nihayet, Yönergede, burada kabul edilen ilkelerin ödünç alan işveren veya büro tarafından uygulanmaması durumunda gerekli idari ve adli önlemlerin alınması da talep edilmektedir(Yönerge, m. 10).

2. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)' nun 181 sayılı "Özel İş Aracılığı Sözleşmesi"

Özel istihdam bürolarının faaliyetleri Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)' nun Sözleşmelerine de konu olmuştur⁹. Örgütün 1933 tarih ve 34 sayılı "Ücretli İstihdam Büroları Hakkında Sözleşme" si kazanç elde etme amacı ile faaliyet gösteren büroların kapatılmasını öngörmüş bulunmaktaydı. 1948 tarih ve 88 sayılı "İş ve İşçi Bulma Servisi Kurulması Hakkında Sözleşme" bu konuda üye devletlere yüküm getirmekteydi. Bundan bir yıl sonra kabul edilen 96 sayılı "Ücretli İstihdam Büroları Sözleşmesi" ise, ücretli istihdam bürolarının kaldırılıp kaldırılmaması konusunda üye ülkelere seçim hakkı tanımaktaydı. İstihdam büroları alanında genelde devlet tekeli benimsen bu Sözleşmelerden sonra, ILO 1997 yılında özel istihdam bürolarının kurulmasına serbesti tanıyan yeni bir Sözleşme kabul etmiştir.

1997 tarih ve 181 sayılı "Özel İş Aracılığı Sözleşmesi" özel istihdam bürolarının iyi işleyen bir iş piyasasındaki olumlu rolünü kabul etmekle birlikte, işçilerin kötüye kullanmalara karşı korunmaları gereğine de işaret etmektedir. Sözleşmeye göre, özel istihdam büroları tarafından işe yerleştirilen işçilerin çalıştıkları işyerlerinde örgütlenme özgürlüğünden ve toplu pazarlık hakkından yararlanmaları sağlanmalıdır (m. 4). Sözleşmenin 5. maddesinde eşitlik ilkesine genel olarak vurgu yapıldıktan sonra, 7. maddede özel istihdam bürolarının işçilerden doğrudan veya dolaylı olarak ücret alamayacakları belirtilmektedir. Çocuk işçilerle ödünç iş ilişkisi kurulamayacaktır (m. 9). Sözleşmeyi onaylayan üye ülkeler, ödünç iş ilişkisi kurmak üzere bünyesinde işçi bulduran özel istihdam bürolarının çalıştırdıkları işçilerin a) örgüt-

⁹ Bu konuda bak. G. Alpagut, İstihdam Büroları Konusunda Uluslararası Alandaki Gelişmeler, Tühis, Mayıs 1998, S. 6, 9- 25.

lenme özgürlükleri, b) toplu pazarlık hakları c) asgari ücret d) çalışma süresi ve diğer iş koşulları vb. bakımlarından gerekli önlemleri alacaklardır (m.11).

V. YAPILACAK DÜZENLEMEDE YER ALMASI GEREKEN İLKELER

Aşağıda, Avrupa Birliği' nin 2008/104/EG Yönergesi ile Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)' nun 181 sayılı "Özel İş Aracılığı Sözleşmesi" çerçevesinde, ülkemizde yapılacak bir düzenlemede bulunması gereken temel ilkeler belirlenmeye çalışılacaktır¹⁰. Bu bağlamda olmak üzere, mesleki anlamda ödünç iş ilişkisini düzenleyen 03.02.1995 tarihli Alman¹¹ ile 06.10.1989 tarihli İsviçre¹² yasaları da göz önünde tutulacaktır.

1. Yukarıda açıklandığı üzere, hukukumuzda konu iki defa, her ikisinde de İş Kanunu içinde bir madde çerçevesinde gündeme gelmiştir. Böylesine önemli bir konunun ayrı (bağımsız) bir kanun ile düzenlenmesi çok daha uygun olacaktır. Avrupa ülkelerindeki uygulama da bu şekildedir.

2. Başkasına işçisini ödünç vermek suretiyle gelir getirici mesleki faaliyet gösterecek kuruluşların (özel istihdam bürolarının) kurulmaları ve faaliyette bulunmaları resmi bir makamın (Türkiye İş Kurumunun) iznine bağlı olmalıdır. İzin verilmesi, iznin yenilenmesi ve kaldırılması koşulları somut olarak belirlenmelidir.

3. İşçilerin ödünç iş ilişkisine dayalı olarak başkası nezdinde çalıştırılmayacağı işler ve durumlar yasada açıklanmalıdır.

4. Ödünç işçi istihdam eden işverenin işçisiyle yapacağı iş sözleşmesinin koşulları, bu sözleşmede yer alması gereken bilgiler belirtilmelidir.

5. İşçisini ödünç olarak veren işveren ile işçiyi ödünç alan işveren arasındaki sözleşmenin koşulları ile bu sözleşmede yer alması

¹⁰ Bu konudaki öneriler için ayrıca bak. Usen, 183- 185; Kabakçı, 91 vd.

¹¹ Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz- AÜG). Alman hukuku ile ilgili olarak bak.: A. Hekimler, Federal Almanya'da Profesyonel Ödünç İş İlişkisinin Yasal Çerçevesi, İşveren Dergisi, Nisan 2004, 34- 38.

¹² Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG)

Kamu-İş; C:13, S:1/2013

gereken bilgilerin neler olduğu yasada düzenlenmelidir. Ayrıca, sözleşmede, işçiyi ödünç alan işverenin işçiyi çalıştıracağı yerde aynı ya da benzer işleri görenlere ödediği ücret ile diğer çalışma koşulları hakkında bilgi bulunmasında yarar vardır. Öte yandan, ödünç çalışan işçinin değiştirilebileceği kabul ediliyorsa, bunun koşulları da bu sözleşmede gösterilmelidir.

6. Normal iş ilişkisine dayanarak çalışan işçiler ile ödünç iş ilişkisi çerçevesinde çalışanlar arasında herhangi bir farklı işlem yapılamayacağı, işyerinde ödünç iş ilişkisi çerçevesinde çalışanlara bu yerde aynı işte çalışan diğer işçilere ödenen ücretin ve diğer sosyal hakların aynen sağlanacağı yasada vurgulanmalıdır.

7. Yasada, özel istihdam bürosunun hizmetleri karşılığında işçiden herhangi bir bedel talep edemeyeceği belirtilmelidir.

8. İşyerinde ödünç iş ilişkisi çerçevesinde çalışan işçiler, 4857 sayılı İş Kanunu'nda öngörülen sayısal koşullar bakımından, işyerindeki işçi sayısına dâhil edilmelidirler.

9. Ödünç işçinin çalıştığı işyerinde kalıcı bir iş için işçiye ihtiyaç duyulması halinde, işverenin ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan işçileri bilgilendirmesi; onlara diğerleri gibi bir iş sözleşmesi ile çalışma olanağını sağlaması AB Yönergesine uyum bakımından önem taşımaktadır.

10. İşçinin çalıştığı süre boyunca ödenmeyen ücretinden ve sigorta priminden ödünç alan işverenle özel istihdam bürosunun birlikte sorumlu olmaları sağlanmalıdır.

11. Ödünç alan işveren veya büro tarafından, bu tür çalışma için öngörülen koşulların uygulanmaması veya ilkelerin göz ardı edilmesi durumunda gerekli idari ve adli önlemlere yasada yer verilmelidir.