

YENİ DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNÇ (GEÇİCİ) İŞ İLİŞKİSİ*

Temporary Agency Work according to New Legislation

Dr. Orhan Ersun CİVAN**

ÖZET

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi hukukumuzda ilk defa 6715 sayılı yasa ile İş Kanunu ve Türkiye İş Kurumu Kanununda yapılan değişikliklerle yasal bir temele kavuşturulmuştur. Ancak 6715 sayılı yasa ile değiştirilen İş Kanununun 7. maddesi ele alındığında oldukça karmaşık bir düzenlemeyle karşılaşmaktadır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi üç taraflı bir hukuki ilişki niteliğini taşımakta olup, özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesi, özel istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında işçi sağlama sözleşmesi kurulmaktadır. Ayrıca ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında ise iş sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişkinin var olduğu kabul edilmektedir. Bu kapsamda taraflar arasındaki hukuki ilişkilerin ele alınması, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için öngörülen temel koşulların değerlendirilmesi, bireysel ve toplu iş hukuku açısından doğan sonuçlar üzerinde durulması isabetli olacaktır. Özellikle eşit işlem borcunun meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ne şekilde uygulama alanı bulacağına tespit edilmesi uygulama ve ödünç işçilerin haklarının korunması açısından önem kazanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, özel istihdam bürosu, ödünç işçi, işçi sağlama sözleşmesi, eşit işlem borcu.

Makalenin geliş tarihi: 13.02.2017 **Makalenin kabul tarihi:** 23.06.2017

* Bu makale, İstanbul Bilgi Üniversitesinde 23.09.2016 tarihinde düzenlenen “İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar Sempozyumu” kapsamında sunulan “Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi İle İlgili Güncel Gelişmeler” konulu tebliğin genişletilmiş halidir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

ABSTRACT

Temporary agency work was legislated for the first time in our law system with law no.6715 amending Labour Law and Turkish Employment Agency Law. However, we encounter quite complicated legal regulation, when the art. 7 of Labour Law amended by Law no.6715 is examined. Temporary agency work is a three party legal relationship. Related legal relationship consists an employment contract which is concluded between private employment agency and temporary employee, a temporary employee supply agreement which is concluded between private employment agency and employer who wishes to temporarily employ a worker and finally a legal relationship like an employment contract which's existence is accepted between employer who wishes to temporarily employ a worker and temporary worker. Within this scope it would be beneficial that legal relationships concluding between the parties of temporary agency work are clarified, the specific circumstances provided for the establishment of temporary agency work are evaluated and the results from the viewpoint of individual labour law also collective labour law are explained. Especially the implementation of liability of equal treatment becomes important with regard to protect rights of temporary workers also the practice of temporary agency work.

Keywords: Temporary agency work, private employment agency, temporary worker, temporary employee supply agreement, liability of equal treatment.

1.GİRİŞ

Günümüzün en önemli toplumsal sorunlarından biri işsizliktir. Tüm dünya ülkelerinin ekonomik, sosyal, psikolojik ve kültürel yapılarındaki gelişmişlik düzeyi, işsizlik olgusunun azaltılabilmesindeki başarı ile ölçülmektedir¹. Dolayısıyla sosyal devletin ve Anayasanın 49. maddesi gereği çağdaş iş hukuku sadece çalışanları korumakla yetinemez, aynı zamanda işsizlerin de korunması, onlara istihdam olanakları yaratılması iş hukukunun başlıca görevleri arasında yer almaktadır². İş mevzuatında esnekleşme, istihdam sorununa belirli ölçüde katkıda bulunabilecek olup, esnekliğin bir ürünü olan ödünç iş ilişkisi ve onun uygulamada en yaygın türü niteliğini taşıyan 'meslek edinilmiş ödünç (geçici) iş ilişkisi'nin incelenmesi, ülkemizdeki son gelişmeler de dikkate alındığında isabetli olacaktır. Zira

¹ *Buluttekin*, 33.

² *Süzek*, 4. Bs., 839.

meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi birçok defa ülkemizde yasal bir düzenlemeye kavuşturulmaya çalışılmıştır.

İlk olarak 4857 sayılı İş Kanununun mecliste kabul edilmesinden önce hazırlanan tasarı metninin 93. maddesinde bu yönde bir hükme yer verilmiştir. Ancak o dönem ilgili madde yasalaşamamıştır. Daha sonra 26.06.2009 tarihli ve 5920 sayılı ‘İş Kanunu, İşsizlik Sigortası Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ vasıtasıyla, 4857 sayılı İş Kanununun geçici (ödünç) iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesinden sonra gelmek üzere mesleki anlamda geçici (ödünç) iş ilişkisini düzenleyen 7/A maddesi eklenmiştir. Bu madde de özellikle işçi sendika ve konfederasyonlarından gelen tepkiler üzerine veto edilmiştir. Son olarak da 18.01.2010 tarihinde ‘Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı’nın sekizinci maddesinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair bir düzenlemeye, yapılan bir takım değişikliklerle yeniden yer verilmiştir. Ancak ilgili tasarı yasalaşmadan hükümet tarafından geri çekilmiştir. Bununla birlikte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi asıl işveren-alt işveren ilişkisiyle de ilişkili olup, 10.09.2014 tarihli 6552 sayılı kanununun 10. ve 11. maddeleriyle Kamu İhale Kanununda değişiklikler yapılmıştır. 6552 sayılı yasanın belirtilen hükümleriyle kamu kurumları lehine meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasının önünün açılmasının amaçlandığı söylenebilir. Bununla birlikte söz konusu hükümlerde 4857 sayılı İş Kanunu md.2/VII hükmüne atıf yapılarak işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler ölçütünün gözetilerek hizmet alımının gerçekleştirileceğinin vurgulanması karşısında kamuda ne düzeyde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasal dayanağa kavuşturulduğu tartışmaya açıktır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasalaşmasını engellemeye yönelik işçi kesiminin gösterdiği dirence rağmen, 06.05.2016 tarihinde kabul edilen 6715 sayılı kanunun 1. maddesiyle 4857 sayılı İş Kanununun meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesi değiştirilerek, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi düzenlenmiştir. Ayrıca özel istihdam büroları eliyle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetinin ne şekilde yürütüleceği, koşulları, tarafların hak ve yükümlülüklerini açıklayan hükümlere, İş Kanununun değişik 7. maddesine uygun olarak 11 Ekim 2016 tarih ve 29854 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinde yer verilmiştir³.

³ Söz konusu Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği incelendiğinde, 6715 sayılı kanunda yer alan ifadelerin kendi içerisinde gruplandırılarak aynen tekrarlandığı, açıklanmaya muhtaç kalan kısımların halen aydınlatılmadığı belirlenmektedir. Mevcut haliyle Özel İstihdam

Avrupa piyasa ekonomilerinde, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dayalı çalışma, ekonomik durgunluk sonucunda ortaya çıkan işsizliğe bir çare olarak görülmektedir. Genellikle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi tüm tarafların lehine yorumlanmaktadır. Söz konusu hukuki kurum, ödünç alan işverene örneğin iş yoğunluğunun arttığı dönemlerde yeni bir işçi istihdam etmeksizin ortaya çıkan iş gücü ihtiyacını karşılama imkan vermektedir. İşyerinde çalışan ödünç işçinin ücretinin ödenmesinin takibi, sosyal sigorta ve vergi işlemleri gibi ortaya çıkan bürokratik işlemlerle uğraşma zorunluluğunu da ortadan kaldırmaktadır. Ödünç veren işveren de sağladığı olanaklar karşısında ödünç işçiyi normalde ödünç alan işveren istihdam etseydi ödeyeceği ücretten daha yüksek bir ücrete ödünç alan işverene gönderebilmektedir, zira işçinin ücretinin üzerine maliyetler ve kar payı da eklenmektedir⁴. Ödünç işçiye ise işgücü piyasasına giriş imkanı tanımakta olup, deneyim kazanması sağlanarak işçinin istihdam edilebilirliğinin artmasına katkıda bulunmaktadır. Bu bakımdan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, özellikle iş gücü piyasasında daralmanın yaşandığı dönemlerde iş gücü piyasasının rahatlamasına da olanak vermektedir⁵. Yalnızca vasıfsız işçiler değil, vasıflı (kalifiye) işçiler de bu yolla istihdam edilebilmektedir⁶. Özel İstihdam Büroları Uluslararası Konfederasyonunun (CIETT) 2014-2015 yılı verilerine göre özel istihdam büroları yıllık ortalama 71,9 milyon kişinin iş gücü piyasasına erişmesine yardımcı olmaktadır ki, bu kişilerden 67,2 milyonu meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında iş gücü piyasasına dahil olmaktadır. Dünya çapında tüm çalışanlara oranla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi çerçevesinde istihdam edilen işçi oranının %1,6'ya, Avrupa'da bu oranının %1,8'e, Amerika Birleşik Devletlerinde ise %2,2'ye denk geldiği tespit edilmektedir. Avrupa düzeyinde özel istihdam bürolarının 1 milyona yakın iş imkanının yaratılmasına katkıda bulunduğu belirtilmektedir⁷. Almanya örneği ele alındığında ise, Federal İş ve İşçi Bulma Kurumu istatistiklerinden 2015 yılı itibarıyla ödünç işçi sayısının 951.000 civarında olduğu, bu sayının tüm çalışan işçilerin yaklaşık olarak %3'ünü oluşturduğu, Mayıs 2015-Nisan 2016 döneminde 1.973.000 kişinin iş gücü piyasasına giriş yaptığı, her beş kişiden birinin, diğer bir ifadeyle 377.000 kişinin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sayesinde iş gücü piyasasına

Büroları Yönetmeliği, uygulamada yaşanacak sorunlara çözüm sunacak bir yapıda görünmemektedir.

⁴ *Dütz-Thüsing*, §8, Rn.344.

⁵ *Kock*, BeckOK ArbR, AÜG §1, Rn.10.

⁶ *Doğan Yenisey*, 134.

⁷ <http://www.ciett.org/economicreport2016/annemarie.html>, 14.09.2016.

<http://www.eurociett.eu/index.php?id=167>, 14.09.2016.

eriştiği görülmektedir⁸. Fakat hemen belirtilmesi gereklidir ki; istatistikler meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin iş gücü piyasasına genelde olumlu etki yaptığını işaret etmekteyse de, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisiyle ilgili tartışmalar sadece ülkemizde değil, yurtdışında da yoğun bir şekilde yaşanmaktadır⁹.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinden beklenen fayda yukarıdaki şekilde özetlenebilir. Bununla birlikte 6715 sayılı yasa ile meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisiyle ilgili yapılan düzenlemelerin yukarıda sayılan faydaları ne ölçüde sağlamaya elverişli olduğu değerlendirilmelidir. Nitekim özel istihdam bürosu aracılığıyla istihdamın tipik istihdam biçiminin yerini almasını engelleyecek, ödünç verilen işçilerin haklarının azami korumasını sağlayacak bir düzenleme, beklenen faydaları sunabilecektir¹⁰. Diğer bir deyişle getirilen düzenleme, bir yandan ödünç işçilerin sosyal açıdan korunmasını güvence altına alırken, diğer yandan da işletmelerin duyduğu esneklik ihtiyaçlarını karşılamalarına olanak vermelidir. Muhtemel kötüye kullanımların önüne geçilmeli, böylece meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin iş gücü piyasasının gelişimine ve uzun vadede iş gücü piyasasının istikrarlı bir yapıya kavuşmasına katkıda bulunacağı bir düzenlemeye ulaşılmalıdır¹¹.

6715 sayılı yasa ile değiştirilen İş Kanununun 7. maddesi ele alındığında oldukça karmaşık bir düzenlemeyle karşılaşmaktadır. Mümkün olduğu kadar sistematik bir şekilde konunun ele alınabilmesi açısından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin içerdiği hukuki ilişkilerin öncelikle ele alınarak ortaya konması, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için öngörülen temel koşulların değerlendirilmesi ve daha sonra bireysel ve toplu iş hukuku açısından doğan sonuçların üzerinde durulması isabetli olacaktır.

2. MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN TARAFLARI ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde işçi, ücretli olarak işçi vermeyi meslek edinmiş bir işveren tarafından yalnızca başkasına ödünç verilmek üzere işe alınmaktadır¹². Özel istihdam bürosu, bu amaçla işe aldığı işçilerini

⁸ <https://statistik.arbeitsagentur.de/Statistischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Branchen-Berufe/generische-Publikationen/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung.pdf>, 14.09.2016.

⁹ Uşen, 1.

¹⁰ Doğan Yenisey, 138-139.

¹¹ Kock, BeckOK ArbR, AÜG §1, Rn.9.

¹² Hromadka-Maschmann, §6, Rn.5. Serin, 1062. Junker, §2, Rn.116. Brox-Rüthers-Henssler, Rn.74. Ödünç iş ilişkisi, kazanç amacı güdülerek devamlılık arz eden bir organizasyon içerisinde gerçekleştirilmekteyse, mesleki faaliyet olarak yürütüldüğü

kendi yanında çalıştırmamakta, gereksinimi olan işverenlere ödünç vermektedir. Birçok durumda ödünç veren işverenin o işçiyi çalıştırabileceği, mal veya hizmet üretimi yapılan kendine ait bir işyeri dahi mevcut bulunmamaktadır. Dolayısıyla ödünç veren işverenler genellikle bir ofiste faaliyette bulunmakta, hukuki anlamda olmasa da fiili anlamda adeta bir iş aracılığı fonksiyonunu yerine getirmektedirler¹³.

Yukarıdaki şekilde tanımlanabilen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde üç ayrı hukuksal örgü ve dolayısıyla üç kişi bir arada bulunur¹⁴. Ödünç işçi ile özel istihdam bürosu arasında iş sözleşmesi bağlamakta olup, ödünç alan işverenle de özel istihdam bürosu arasında işçi sağlama sözleşmesi kurulmaktadır. Ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında ise iş sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişki kurulmaktadır.

a) Özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasındaki hukuki ilişki

İş Kanununun meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin düzenlendiği 7. maddesinin 11. fıkrası ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği md.6/1 uyarınca, geçici (ödünç) iş ilişkisinde özel istihdam bürosu işveren olarak kabul edilmiştir. Türkiye İş Kurumu Kanunu md.19/II'de de, "Özel istihdam bürosu işçisine ilişkin 20/6/2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 4447 sayılı Kanundan doğan yükümlülükler, 4857 sayılı Kanunun 7 nci maddesi saklı kalmak kaydıyla, özel istihdam bürosu tarafından yerine getirilir" ifadesine yer verilerek, özel istihdam bürosunun işveren sıfatını ve işveren yükümlülüklerini taşıdığı bir kez daha vurgulanmıştır¹⁵.

sonucuna varılmalıdır. Burada ayrıca kurulan ödünç iş ilişkilerinden fiilen kâr elde edilip edilmediği önem taşımaz, dikkat edilmesi gereken husus kazanç elde etme amacının bulunup bulunmadığıdır (*Akyiğit*, 45-46).

¹³ *Süzek*, 11.Bs., 875-876. *Odaman*, 25. *Serin*, 1062. *Engin*, 119. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, asıl işveren-alt işveren kavramıyla sık sık karıştırılmaktadır. Ancak işçinin kimin emir ve talimatı altında çalıştığı noktasından hareket edilerek, ilgili hukuki ilişkiler arasında ayırım yapmak mümkündür. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işçi işverenince üçüncü kişiden üstlenilen işte, iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverenin emir ve talimatı altında çalışmaktadır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ise işçi ödünç alan işverene ait işyerinde ödünç alan işverenin emir ve talimatı altında iş görme edimini yerine getirir (*Süzek*, 305. *Kabakcı*, Hizmet Alım Sözleşmeleri, 88. *Alpagut*, Geçici İş İlişkisi, 572-573).

¹⁴ *Arslanoğlu*, 56. *Başmanav*, 141-142.

¹⁵ Özel istihdam bürosunun işveren olduğunun İş Kanununda vurgulanmasından sonra ayrıca Türkiye İş Kurumu Kanununda bu yönde bir düzenleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Zira özel istihdam bürosunun işveren sıfatıyla ilgili bütün yükümlülükleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde üstleneceği açıktır (*Doğan Yenisey*, 149).

İş Kanununun 7. maddesinin 11. fıkrasında ayrıca özel istihdam bürosu ile işçi arasında iş sözleşmesi yapılacağı ve iş sözleşmesi açısından yazılı şekil koşulunun getirildiği anlaşılmaktadır¹⁶. Zira ilgili hükümde, “Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi, geçici işçi ile iş sözleşmesi, geçici işçi çalıştıran işveren ile geçici işçi sağlama sözleşmesi yapmak suretiyle yazılı olarak kurulur” ifadesi geçmektedir. ‘Yazılı’ ibaresinin hem iş sözleşmesini hem de işçi sağlama sözleşmesini nitelendirdiği söylenebilir¹⁷. Kaldı ki ödünç işçi ile yapılacak iş sözleşmesinin yazılı yapılması, ödünç işçinin korunmasına da hizmet edecektir. Yazılılık koşulunu geçerlilik koşulu olarak anlamak gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu md.12/2 uyarınca sözleşmeler açısından öngörülen yazılılık koşulu geçerlilik koşuludur.

Uygulamada ödünç işçi ile özel 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 sözleşmenin de imzalandığı hallerle karşılaşılabilir. Çerçeve sözleşmenin kurulmasından sonra özel istihdam bürosu, ödünç iş ilişkisi kurmak isteyen işverenle işçi sağlama sözleşmesi kurma aşamasına geldiği takdirde, işçinin halen çalışma istediğinin devamı ve kabulüyle birlikte ödünç işçiyle geçici istihdam bürosu arasındaki çerçeve sözleşme hükümlerine uygun bir iş sözleşmesi bağlanabilmektedir. Anılan çerçeve sözleşme işçiye, özel istihdam bürosunun bulduğu ödünç işçi çalıştırmak isteyen işveren yanında çalışma konusunda ne bir hak vermekte ne de bu konuda bir borç yüklemektedir¹⁸. Bu kapsamda çerçeve sözleşme, iş sözleşmesi niteliğini taşımadığından 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesinin 11. fıkrasında öngörülen yazılı şekil şartına tabi değildir. Özel istihdam bürosu ile işçi arasında bir çerçeve sözleşme yapılmak zorunluluğu olmadığı gibi, yapılan çerçeve sözleşme ile iş ilişkisi de kurulmamaktadır. Ancak çerçeve sözleşme yapıldıktan sonra ödünç işçinin niteliklerine uygun bir iş bulunduğu ve ödünç işçi ile özel istihdam bürosu arasında iş sözleşmesinin kurulması aşamasına gelindiğinde İş Kanunu md.7’de öngörülen yazılı şekil koşulu devreye girecektir. Değinen hususlar dışında yapılacak iş sözleşmesinin içeriği yahut türü ile ilgili başka özel hükümlere İş Kanununda rastlanmamaktadır.

4857 sayılı İş Kanununda başka özel hükümlerin yer almaması taraflar arasında yapılacak olan iş sözleşmesinin türü tartışmalarını da beraberinde getirmektedir. Yapılacak iş sözleşmesinin belirli süreli mi yoksa belirsiz süreli

¹⁶ Doğan Yenisey, 148.

¹⁷ Süzek, 312.

¹⁸ Serin, 1068. Uşen, 24, Akyiğit, Ödünç İş, 90.

mi olacağı, diğer bir ifadeyle sadece ödünç süresiyle sınırlı olarak ödünç işçiyle iş sözleşmesi bağtlanıp bağtlanamayacağı konusu ele alınmalıdır. Zira meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili yasa çalışmaları esnasında da kanunun bu yönde özel bir düzenleme içermemesi eleştiri konusu olmuştur. Yasa tasarısını inceleyen komisyon tarafından hazırlanan raporda yer alan muhalefet şerhinde de belirtildiği üzere iş sözleşmesinin içereceği hükümler, asgari yükümlülükler tasarıda düzenlenmediği gibi, işçinin boşta geçirdiği süreler için ücretini nasıl alacağı, hangi asgari ölçütlerin korunacağı, işçinin çalışma koşulları tanımlanmamıştır¹⁹. Halbuki daha önceki yasa tasarılarında bu husus dikkate alınmış olup, özel hükümlere yer verilmişti. 4857 sayılı İş Kanununun ön tasarısında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi 93. maddede düzenlenmiş olup, ön tasarı metninin 'd' bendinde "... 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" ifadelerine yer verilmiştir. 26.06.2009 tarihinde kabul edilen ancak veto edilen kanun ve 18.01.2010 tarihli kanun tasarıları ise aynı yönde düzenlemeler içermektedir. Her iki düzenleme ile de İş Kanununa meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini düzenleyen md.7/A eklenmek istenmiştir. Veto edilen kanun ile 2010 tarihli kanun tasarısı arasındaki temel fark, 2010 tarihli kanun tasarısında eşit işlem borcuna da yer verilmiş olmasıdır. Veto edilen kanun ile getirilmek istenen md.7/A'nın beşinci fıkrasında, 2010 tarihli kanun tasarısı ile getirilmesi hedeflenen md.7/A'nın altıncı fıkrasında, "Özel istihdam bürolarının bu faaliyet için istihdam edecekleri işçilerle yapacakları belirli süreli iş sözleşmeleri, esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmesi niteliğini taşır" hükmüne yer verilmiştir. Değınilen düzenlemelerin isabetli olup olmadığı tartışmaya açıksa da, en azından yapılacak iş sözleşmesinin türü ile ilgili bir fikir vermektedirler.

6715 sayılı kanunla İş Kanunumuzda yer alan düzenlemede ise daha önceki kanun tasarılarının aksine iş sözleşmesinin türüne işaret eden özel bir hüküm bulunmadığından, genel hükümlerin uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Diğer bir deyişle, somut olayın ve kurulacak ödünç iş ilişkisinin özelliğine göre iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması, tam gün yahut kısmi süreli, çağrı üzerine çalışma, evde çalışma ya da mevsimlik iş sözleşmesi şeklinde kurulabilmesi mümkün olabilecektir²⁰. Burada asıl ele

¹⁹ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss170.pdf>, 30.08.2016.

²⁰ *Alpagut*, 365. *Odaman*, 81.

almak istediğimiz konu özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olarak kurulup kurulamayacağıdır.

İş hukukunda iş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl, diğer sözleşme türlerinin de istisna olması önemli bir ilke olarak benimsenmiştir²¹. Bu kapsamda belirli süreli iş sözleşmelerinin işverenler tarafından işçilerin yasal haklarını engellemek amacıyla kötüye kullanılması ihtimalinin önüne geçilmek üzere, İş Kanunu md.11'de belirli süreli iş sözleşmesinin kurulmasının yasada belirtilen objektif koşullara bağlandığı görülmektedir. İki taraflı bir iş ilişkisinde objektif nedenin varlığını ve belirli süreli iş sözleşmesinin yapılıp yapılamayacağını belirlemek daha kolaydır. Bununla birlikte üç taraflı bir hukuki ilişki niteliğini taşıyan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işverenin işyerinde ortaya çıkan ve belirli süreli iş sözleşmesi yapmaya olanak sağlayan objektif nedenlere dayanılarak özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında belirli süreli iş sözleşmesi kurulup kurulmayacağı hususu önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır²².

Değinen sorun ile ilgili olarak Alman Hukukundaki yorumlardan da hareket etmek mümkündür. Almanya'daki Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Yasanın (Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung - AÜG) 9. maddesinde 23.12.2002 yılında yapılan değişiklikle senkronizasyon yasağı, diğer bir deyişle sadece ödünç müddetiyle sınırlı olarak ödünç işçi ile iş sözleşmesi bağlanamayacağı yönündeki düzenleme kaldırılmıştır²³. Bu tarihten sonra ödünç işçi ile özel istihdam bürosu arasında kurulacak olan iş sözleşmesinin Kısmi Süreli ve Belirli Süreli İş Sözleşmelerine Yönelik Yasanın (Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge) genel hükümlerine tabi olacağı kabul edilmektedir²⁴. Görüldüğü üzere Alman hukukundaki mevcut durum ile Türk hukukundaki durum aynı yöndedir. Her iki hukuk sisteminde de iş sözleşmesinin türünü özel olarak düzenleyen açık bir düzenleme yer almamakta olup, genel hükümlere başvurulmaktadır.

²¹ *Güzel*, 19.

²² *Reiserer-Christ*, MAH Arbeitsrecht, §66, Rn.51.

²³ *Bissels*, Arbeitsrecht Handbuch, 6. Teil, D. Arbeitnehmerüberlassungsrecht, Rn.53. *Wank*, ErfK AÜG §3, Rn.10.

²⁴ Alman hukukunda belirli süreli iş sözleşmesi kurmaya olanak sağlayan nedenler ve belirli süreli iş sözleşmesinin kurulabileceği haller, Kısmi Süreli ve Belirli Süreli İş Sözleşmelerine Yönelik Yasanın (TzBfG) 14. maddesinde düzenlenmiştir. İfade edilmelidir ki Alman hukukundaki haller, Türk hukukundaki nedenlere kıyasla daha geniştir. Örneğin iş sözleşmesinin herhangi bir objektif neden aranmaksızın iki yıla kadar belirli süreli olarak kurulması ve bu süre içerisinde üç kez yenilenebilmesi mümkündür (*Alpagut*, 365). Ayrıca işçiden kaynaklanan nedenler de, iş sözleşmesinin belirli süreli olarak kurulabilmesine olanak sağlamaktadır.

Alman hukukunda iş sözleşmesinin türünün belirlenmesindeki temel hareket noktası meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik getirilen düzenlemenin temel amacı olup, söz konusu amaç özel istihdam bürosunun ödünç işçiyi başka ödünç alan işverenler yanında görevlendiremediği dönemlerde maruz kalacağı işletme riskini ödünç işçiye devredemeyeceği düşüncesidir. Diğer bir deyişle işletme riskine özel istihdam bürosunun katlanması gerekliliğidir. Dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için aranan objektif nedenlerin varlığı, özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasındaki ilişki açısından aranmalıdır. Bu bakımdan ödünç alan işverenin geçici işçi istihdamı doğrultusunda ortaya çıkan ihtiyacı, özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması bakımından objektif neden olarak kabul edilmemektedir²⁵. Kanaatimizce Alman hukukunda bu yorum, hukukumuz açısından da geçerlidir. Diğer bir deyişle özel istihdam bürosu açısından geçerli objektif bir neden ortaya çıkmadığı sürece, ödünç işçi ile yapılacak iş sözleşmesi belirsiz süreli iş sözleşmesi olabilecektir. Özel istihdam bürosunun ödünç süresi sona erdikten sonra ödünç işçiyi başka bir yerde görevlendirip görevlendiremeyeceği hususundaki belirsizlik, iş sözleşmesinin belirli süreli yapılmasına olanak sağlayan objektif neden olarak görülemez²⁶. Dolayısıyla, ödünç süresiyle sınırlı olarak iş sözleşmesi kural olarak yapılamamalıdır²⁷. Aslında 6715 sayılı kanunla değişik İş Kanununun 7. maddesindeki bir hükümden de işçilerin kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmesiyle istihdam edileceğinin öngörüldüğü sonucuna ulaşmak mümkündür.

İş Kanunu md.7/11'in son iki cümlesi uyarınca, "Geçici işçi ile yapılacak iş sözleşmesinde, işçinin ne kadar süre içerisinde işe çağrılmazsa haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceği belirtilir. Bu süre üç ayı geçemez". Söz konusu hüküm ne kanun tasarısında ne komisyonun kabul ettiği metinde yer almaktadır. Söz konusu hüküm, Genel Kurulda verilen önerge sonucu kanun metnine dahil edilmiştir. İlk bakışta işçinin lehine bir hükümmüş gibi görünmekteyse de, tam olarak hangi hususunun hedeflendiği anlaşılamamaktadır. Ancak işçinin ödünç verilmediği dönemlerde de iş sözleşmesinin devam edeceği öngörülerek, işçiye haklı nedenle fesih imkanı tanındığından ötürü, işçi ile özel istihdam bürosu arasında bağitlanan iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak algılandığı söylenebilir. Öğretide, değinilen hükümle işçinin geçici işverenin işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere uzun süre bekletilmesinin önüne geçildiği ifade

²⁵ *Reiserer-Christ*, MAH Arbeitsrecht, §66, Rn.51.

²⁶ *Bissels*, Arbeitsrecht Handbuch, 6. Teil, D. Arbeitnehmerüberlassungsrecht, Rn.57.

²⁷ *Civan*, 584.

edilmektedir. Diğer bir deyişle ödünç işçi, son ödünç iş ilişkisinin sona ermesinden itibaren üç ay geçmesine rağmen halen özel istihdam bürosunca işe çağrılmazsa iş sözleşmesini haklı nedenle feshedip, en az bir yıllık kıdem koşulu da mevcutsa kıdem tazminatını talep edebilecektir²⁸.

Bununla birlikte yeri gelmişken belirtilmelidir ki, ilgili hüküm kanaatimizce çelişkilidir. Şöyle ki; ödünç işçinin iş sözleşmesi ödünç verilmediği dönemlerde devam edecekse, kural olarak işçiye ödünç verilmediği dönem için de özel istihdam bürosu tarafından ücret ödenmeye devam edilmelidir. Zira işçi iş görme edimini yerine getirmeye hazırken, özel istihdam bürosu tarafından iş görme edimi kabul edilmemekte, daha doğru bir ifadeyle yeni bir ödünç alan işverene yönlendirilmemektedir. Hukuki açıdan işçinin ödünç verilmediği dönemlerde iş sözleşmesinin askıya alındığı iddiası da doğru olmayacağından²⁹, ödünç işçiye ödünç verilmediği dönemler için de ücreti ödenmelidir. Aksi takdirde işveren temerrüdünün varlığından hareketle ödünç işçi yine de ödünç verilmediği dönemler için özel istihdam bürosundan ücret talebinde bulunabilecektir. Nitekim özel istihdam bürosu işçiyi ödünç vermediği dönemlere ilişkin işletme riskini ödünç işçinin üzerine yıkamayacağından, ödünç işçi tarafından sunulan iş görme ediminden yararlanamasa dahi karşılığını ödemelidir³⁰. Yasal mevzuatımızda daha önceki tasarılar da olduğu gibi işçiye ödünç verilmediği dönemlerde örneğin asgari ücretin yarısının ödeneceği yönünde bir düzenlemeye de yer verilmediğinden, ödünç verilmeyen dönemler için işçiye asgari ücretten az olmamak üzere iş sözleşmesinde belirlenen ücretin ödenmesi gerekmektedir. Bu durumda ödünç işçiye, ödünç verilmediği dönemler için de ücretinin ödenmesine devam edilmesi gerektiğinden, ödünç işçinin çalışmaksızın ücrete hak kazandığı bir yerde haklı nedenle iş sözleşmesini feshetme imkanından yararlanması hayatın olağan akışına uygun düşmeyecektir. Bu itibarla işçiye haklı nedenle fesih imkanı tanınmasından ziyade, İş Kanunu ön tasarısının 93. maddesinde düzenlenen metinde olduğu gibi, özel istihdam bürosunun ödünç

²⁸ *Süzek*, 312. *Çelik-Caniklioğlu-Canbolat*, 173.

²⁹ Nitekim iş sözleşmesinin işverenden kaynaklı bir nedenle askıya alınabilmesi için ifayı kabul imkansızlığının ortaya çıkması, işverenin kusursuz olması, ifa zamanının esaslı olmaması ve ifayı kabul imkansızlığının geçici bir nitelik taşıması gerekmektedir. Özel istihdam bürosunun, yeni bir ödünç alan işveren temin etmemesi ifayı kabul imkansızlığı olarak görülemez. İş sözleşmesinin askıya alınması ve koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; *Süzek*, 530-534. *Süzek*, Askı, 45 vd.

³⁰ *Motz*, BeckOK ArbR, AÜG §11, Rn.16. Öğretide ödünç verilmediği dönemlerde işçiye sınırlı da olsa bir gelir güvencesinin sağlanmasının önemi üzerinde durularak, ödünç verilmediği dönemler için de işçiye ücret ödeneceği doğrultusunda Kanunda bir düzenlemenin yapılması gerekliliğine işaret edilmektedir (*Çelik-Caniklioğlu-Canbolat*, 173).

işçilerin iş sözleşmesini ödünç verme süresinin sona ermesinden itibaren üç ay içinde yahut belirlenecek farklı bir süre içerisinde süreli fesih yolu ile sona erdiremeyeceği yönünde bir düzenlemeye yer verilmesi daha isabetli olurdu.

Hemen belirtelim ki ödünç işçi ile özel istihdam bürosu arasındaki sözleşme kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi şeklinde bağtlanmalıysa da, aynı zamanda kısmi süreli olarak da kurulabilir. Bu çerçevede ödünç işçi ile belirsiz süreli çağrı üzerine çalışma sözleşmesi kurulabilmesi de olanaklıdır³¹. İş Kanunu md.14/2'ye göre "Hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır. Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır". Söz konusu hüküm tamamlayıcı bir nitelik taşıdığından, işçinin haftalık çalışma süresinin iş sözleşmesinde sifra indirilerek ya da 1-2 saat gibi oldukça kısa süreler belirlenerek, gelir güvencesinin ortadan kaldırılabilmesi endişeleriyle karşılaşılabılır. Bununla birlikte tip iş sözleşmelerinde bu yönde hükümlere yer verilecek olursa, Türk Borçlar Kanunu md.20-25'de genel işlem koşulları için öngörülen denetimler, özellikle içerik denetimi devreye girecektir. İçerik denetimi kapsamında esas alınan ölçütlerden biri de kanuni düzenlemenin temel düşüncesinden sapılıp sapılmadığıdır. Kanuni düzenlemenin temel ölçütlerinden sapma söz konusu ise, kanuni düzenlemeden farklı bir hüküm getiren sözleşme kaydı geçersiz sayılacaktır. Çağrı üzerine çalışmaya ilişkin düzenleme içeren İK md.14, bu istihdam biçimine göre çalışan işçileri koruma, onlara asgari bir gelir güvencesi sağlama yönünde bir değer yargısı içermektedir. Dolayısıyla bu hüküm hiçbir zaman işverene keyfi davranabilmesine, işçiyi asgari bir gelir güvencesinden mahrum bırakabilmesine ve işçinin kişilik değerlerinin ihlal edilmesine olanak sağlayacak şekilde yorumlanamaz. Bu itibarla çağrı üzerine çalışma sözleşmelerinde çalışma sürelerini belirleme yetkisini kısmen veya tamamen işverene bırakan sözleşme kayıtları, dürüstlük kurallarına aykırı olarak işçinin durumunu aleyhine ağırlaştırdığından geçersiz sayılmalıdır³². Bu yöndeki yorum, çağrı üzerine çalışma sözleşmesi nedeniyle işçinin ödünç verilmediği dönemlerde ücret güvencesinden yoksun kalacağı endişelerini ortadan kaldırabilecektir³³.

Özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında bağtlanan iş sözleşmesi kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak benimsenmeliyse de, bazı durumlarda belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabileceği ve objektif nedenin

³¹ *Motz*, BeckOK ArbR, AÜG §11, Rn.16b.

³² *Alp*, 364. *Şen*, 176.

³³ *Civan*, Değişiklik Kayıtları, 815.

var olduğu kabul edilebilir. Ancak bu durum ödünç işçi talebinin gerekçesinin, talep edilen sektörde sadece belirli bir dönem için ortaya çıkan geçici işçi ihtiyacının doğması haline dayandırılabilir. Diğer bir deyişle sadece ödünç alan işveren açısından değil, ödünç işçinin çalıştırılacağı sektör göz önüne alındığında belirli süreli istihdamın esas alındığı hallerde, özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında belirli süreli iş sözleşmesi kurulabileceği kabul edilebilir ki, bu durum İş Kanunu md.11 anlamında objektif neden olarak görülebilecektir. Örneğin İş Kanunu md.7/2-b. bendi uyarınca mevsimlik tarım işlerinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir. Mevsimlik tarım işleri niteliği gereği yılın belirli dönemlerinde yerine getirilebilmektedir. Bu itibarla mevsimlik tarım işinde ödünç işçi istihdam edilecekse, ilgili mevsim dönemiyle sınırlı olarak ödünç işçiyle belirli süreli iş sözleşmesi kurulması kabul edilebilir³⁴.

Özel istihdam bürosuyla ödünç işçi arasında iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi şeklinde yapılmasına olanak sağlanan yukarıdaki örnekte olduğu gibi objektif bir neden bulunmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi kurulmuşsa, bu takdirde iş sözleşmesinin aslında en başından itibaren belirsiz süreli olduğunun benimsenmesi yerinde olacaktır³⁵. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de bir kararında belirli süreli iş sözleşmesinin kurulmasına olanak veren objektif nedenler mevcut değilse, ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesi kurulduğu sonucuna ulaşamayacağını, ödünç işçi ile özel istihdam bürosu arasında belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin kurulduğuna karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir³⁶.

Hukukumuzdaki mevcut düzenlemeler çerçevesinde yukarıda da ifade edildiği üzere kanaatimizce özel istihdam bürolarının ödünç vermek istedikleri işçileri esas olarak belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle istihdam etmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin düzenlendiği İş Kanunu md.7'de yapılacak değişikliklerle sadece ödünç süresiyle sınırlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi kurulabilmesinin önu

³⁴ *Bissels*, Arbeitsrecht Handbuch, 6. Teil, D. Arbeitnehmerüberlassungsrecht, Rn.57. Her ne kadar mevsimlik tarım işleri gibi istisnai hallerde ödünç işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi bağlanabileceğini kabul etmekteyse de, hukukumuzda mevsimlik tarım işleri gibi mevsimlik işlerde her yıl zincirleme mevsimlik iş sözleşmeleri yapılması halinde taraflar arasında tek bir belirsiz süreli iş sözleşmesinin bulunduğu, mevsim sonunda sözleşmenin sona ermeyip gelecek mevsime kadar askıda kaldığı kabul edilmektedir (Bu yöndeki görüşler ve yargı uygulaması hakkında daha fazla bilgi için bkz.; *Süzek*, 282-283. *Yücel*, 79 vd.). Aynı yorum, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında kurulan mevsimlik tarım iş sözleşmeleri açısından da geçerliliğini koruyacaktır.

³⁵ *Civan*, 584.

³⁶ BAG, 04.12.2013, NZA 2014, 426.

açılabilir yahut öğretilen ileri sürülecek görüşler çerçevesinde ödünç işçilerin ödünç süresiyle sınırlı belirli süreli iş sözleşmeleriyle istihdam edilebilecekleri yönünde bir uygulama gelişebilir. Ancak bu yönde bir yasa değişikliği yapılacaksa veya bu doğrultuda bir uygulama gelişecekse, mutlaka ödünç işçileri koruyan ilave düzenlemelere ihtiyaç duyulacaktır. Örneğin Fransa'da ödünç işçiler özel istihdam büroları tarafından belirli süreli iş sözleşmeleriyle istihdam edilmektedir. Ancak Fransa'da, ödünç işçilerin ödünç verilmediği dönemlerde ücret kayıplarını telafi edebilmek için 'geçicilik tazminatı' olarak nitelendirilebilecek özel bir tazminat öngörülmüştür. 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 belirlenebilmektedir. Brüt ücrete eklenen bu ödeme ödünç işçiye her ödünç süresinin 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, ödünç süresi sona erdikten sonra ödünç alan işverenle ödünç işçinin belirsiz süreli bir iş ilişkisine girmesi halinde, 'geçicilik tazminatı'na yönelik hüküm uygulanmayacaktır³⁷. Fransız hukukundakine benzer bir düzenlemenin getirilmesi, bir ölçüde de olsa belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan ödünç işçilere, ödünç süresinin sona ermesiyle işsiz kaldıkları dönem bakımından öngörülebilirlik ve güvence sağlayabilecektir.

Bununla birlikte başka bir yolla da ödünç işçilerin belirli süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilebilecekleri öngörüldüğü takdirde güvence sağlanabilir. İşsizlik Sigortası Kanununda yapılacak değişikliklerle ödünç işçiler açısından işsizlik ödeneğine hak kazanma koşullarının hafifletilerek, ödünç süresinin sona ermesi nedeniyle işsiz kaldıkları dönemde belirli bir süre için gelir güvencesi getirilmesi düşünülebilir. Örneğin İşsizlik Sigortası Kanununa göre iş sözleşmesi öngörülen çeşitli nedenlerle sona eren bir işçinin işsizlik ödeneğine hak kazanabilmesi için, iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki üç yıl içinde en az 600 gün ve işten ayrılmadan önceki son 120 gün sigortalı adına işsizlik sigortası primi ödenmiş olması gerekmektedir. İşten ayrılmadan önceki son 120 gün kesintisiz bir şekilde işçilerin çalışarak adlarına işsizlik sigortası primi ödenmesi koşulu, işsizlik sigortasından yararlanma olanağını büyük ölçüde engellemektedir³⁸. Daimi olarak çalışan işçilerin dahi işsizlik

³⁷ *Odaman*, 316-320.

³⁸ *Tuncay-Ekmeççi*, 634.

sigortasından yararlanmasını büyük ölçüde engelleyen işten ayrılmadan önceki son 120 gün kesintisiz bir şekilde işsizlik sigortası primi ödenmiş olma koşulunu, belirli süreli iş sözleşmesiyle istihdam edilen ödünç işçilerin sağlanması ise çok daha güç olacaktır. Bu itibarla özel istihdam büroları tarafından ödünç işçilerin belirli süreli iş sözleşmeleriyle istihdam edilebilecekleri kabul edilirse, ilk etapta işten ayrılmadan önceki son 120 gün kesintisiz bir şekilde işsizlik sigortası primi ödeme koşulunun ödünç işçilere uygulanmayacağı kabul edilmesi isabetli olabilecektir.

b) Özel istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasındaki hukuki ilişki

İş Kanununun 7. maddesinin 11. fıkrası gereği meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için özel istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında işçi sağlama sözleşmesinin bağtlanacağı öngörülmüştür. İşçi sağlama sözleşmesi aynı zamanda yazılı şekil koşuluna da bağlanmıştır. Yazılı şekil koşuluna aykırılık halinde işçi sağlama sözleşmesi Türk Borçlar Kanununun 12. maddesi gereği en başından itibaren geçersiz sayılmalıdır.

İşçi sağlama sözleşmesiyle özel istihdam bürosu kendisine iş sözleşmesiyle bağlı ve işe hazır olan işçisini kararlaştırılan süre zarfında çalışmak üzere ödünç alan işverene vermeyi taahhüt etmektedir³⁹. Buna karşılık ödünç alan işveren de ücret ödemeyi üstlenmektedir⁴⁰. Diğer bir deyişle işçi sağlama sözleşmesi, bazı işveren haklarını ve/veya bu hakların kullanım yetkisini devreden ve ödünç alan işverene de özel istihdam bürosu yanında bir takım borçlar yükleyen bir nitelik taşımaktadır⁴¹. Bu bakımdan tarafları arasında sürekli ve karşılıklı bir borç ilişkisi doğuran işçi sağlama sözleşmesi, hukuki niteliği açısından kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinden herhangi birine girmemektedir⁴². Kanuni sözleşme tiplerinden herhangi birine uymadığı için işçi sağlama sözleşmesi öğretide kendine özgü(sui generis) bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir⁴³.

İşçi sağlama sözleşmesi ile özel istihdam bürosu ödünç vereceği işçinin seçimi ile ilgili olarak ortalama bir işçinin devri konusunda sorumluluk altına girmektedir. Başka bir ifadeyle özel 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,

³⁹ Akıntürk Türkmen, 143.

⁴⁰ Odaman, 94.

⁴¹ Akyigit, 119.

⁴² Akıntürk Türkmen, 143.

⁴³ Akıntürk Türkmen, 143. Hendrickx, 59. Dütz-Thüsing, §8, Rn.343.

her meslek gurubu için o meslek grubunda çalışan işçinin sahip olduğu ortalama özellik göz önüne alınmalıdır⁴⁴. Öğretide bu niteliği itibariyle özel istihdam bürosunun borcunun cins (nevi) borcu niteliğini taşıdığı belirtilmektedir⁴⁵. Özel istihdam bürosu belirli bir işçiyi değil, kendisinden talep edilen ortalama bir işçiyi ödünç alan işverene gönderme borcu altında olduğundan, aksi işçi sağlama sözleşmesinde kararlaştırılmadığı yahut dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmadığı müddetçe özel istihdam bürosu ödünç alan işveren yanında görevlendirdiği işçisini her zaman için geri çağırıp başka bir yerde görevlendirebilir. Ayrıca özel istihdam bürosu, hastalık, yıllık izin yahut başka bir nedenle iş görme edimini yerine getiremeyen ödünç işçinin yerine istenilen özelliklere sahip başka bir işçi gönderebilir⁴⁶. Bununla birlikte işçi sağlama sözleşmesinde belirli bir işçinin verilebileceği de kararlaştırılabilir. Böyle bir durumda özel istihdam bürosu herhangi bir işçiyi vermek suretiyle değil yalnızca ismen belirlenen işçiyi ödünç vermek suretiyle üstlenmiş olduğu taahhüdü yerine getirebilecektir⁴⁷. Dolayısıyla özel 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 girmekte olup, özel istihdam bürosunun ödünç işçinin iş görme edimini kötü ifasından dolayı bir sorumluluğu bulunmamaktadır⁴⁸. Nitekim İş Kanunumuzun 6715 sayılı yasayla değişik 7. maddesinin 14. fıkrasında bu durum açıkça düzenlenerek, ödünç işçinin işyerine ve işe ilişkin olmak kaydıyla kusuru ile neden olduğu zarardan, ödünç alan işverene karşı sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte özel 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 doğabilecektir⁴⁹. Bu bağlamda ödünç işçinin işçi sağlama sözleşmesinde kararlaştırılan yer ve zamanda ödünç alan işverenin yanında iş görme edimini sunması, özel istihdam bürosunun asıl borcu olup, buna aykırılık özel istihdam bürosunu akde aykırı davranmış duruma düşürecek ve temerrüdüne yol açacaktır. Ayrıca özel istihdam bürosunun dürüstlük kuralı çerçevesinde

⁴⁴ Akıntürk Türkmen, 143.

⁴⁵ Akıntürk Türkmen, 143. Akyiğit, 183. Kock, BeckOK ArbR, AÜG §1, Rn.6. Motz, BeckOK ArbR, AÜG §12, Rn.15.

⁴⁶ Motz, BeckOK ArbR, AÜG §12, Rn.15. Dütz-Thüsing, §8, Rn.343.

⁴⁷ Akyiğit, 97.

⁴⁸ Akıntürk Türkmen, 143. Akyiğit, 97-98. Kock, BeckOK ArbR, AÜG §1, Rn.6. Dütz-Thüsing, §8, Rn.343.

⁴⁹ Akıntürk Türkmen, 143-144.

(TMK. md.2) bir meslek grubunda ortalama özelliklere sahip bir işçi seçme yükümlülüğü bulunmakla birlikte, buna uygun davranmamasından ötürü işçinin kötü ifası ortaya çıkıyorsa, özel istihdam bürosunun işçi seçimi nedeniyle sorumluluğuna gidilebilecektir⁵⁰.

İşçi sağlama sözleşmesi karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, özel 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 bulunmaktadır⁵¹. Ödünç alan işverenin bu borçlara aykırı davranışı sözleşmeye aykırılık oluşturacağından, ödünç alan işverenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir⁵². Örneğin ödünç alan işveren belirli bir dönem açısından doğan ücret ödeme borcunu yerine getirmeyecek olursa, özel istihdam bürosu ödünç alan işveren yanında görevlendirdiği işçisini geri çekebilecek olup, Türk Borçlar Kanunu md.125 gereği ödünç alan işverenden tazminat da talep edebilecektir⁵³.

İşçi sağlama sözleşmesinin içeriğine ilişkin olarak İş Kanununun 7. maddesinin 11. fıkrası ile Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinin 6. maddesinde özel düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre mutlaka işçi sağlama sözleşmesinde sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihi, işin niteliği, özel istihdam bürosunun hizmet bedeli, varsa geçici işçi çalıştıran işverenin ve özel istihdam bürosunun özel yükümlülüklerine yer verilmelidir. Ayrıca ödünç işçinin, Türkiye İş Kurumundan veya başka bir özel istihdam bürosundan hizmet almasını ya da iş görme edimini yerine getirdikten sonra ödünç alan işveren veya farklı bir işverenin işyerinde çalışmasını engelleyen hükümler konulamayacaktır. Kanaatimizce işçi sağlama sözleşmesinde bulunması gerektiği belirtilen unsurlar yeterli olmadığı gibi çok da açık değildir. Örneğin işin niteliğinin işçi sağlama sözleşmesinde belirtilmesi gerektiği belirtilmişse de, bu hususla neyin kastedildiği tam olarak anlaşılammaktadır. İşin niteliği ibaresinin kapsamına, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurulma nedeninin, hangi pozisyon için ödünç işçi talep edildiğinin ve ödünç işçinin vasfının açıklanması hususlarının girdiği yönünde bir yorum yapılması isabetli olacaktır. Özellikle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine

⁵⁰ *Akyiğit*, 181-183. *Kock*, BeckOK ArbR, AÜG §1, Rn.6. *Motz*, BeckOK ArbR, AÜG §12, Rn.16.

⁵¹ *Akıntürk Türkmen*, 144.

⁵² Ödünç alan işverenin sorumluluğu ile ilgili daha fazla bilgi için bkz.; *Akyiğit*, 179-180.

⁵³ *Motz*, BeckOK ArbR, AÜG §12, Rn.20.

başvurma nedeninin belirtilmesi bu ilişkinin kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespiti açısından faydalı olacaktır.

Yine de kanunda yer alan işçi sağlama sözleşmesinde bulunması gerektiği ifade edilen hususlar, yetersiz kalmaktadır. Zira 26.06.2009 tarihli ve 5920 sayılı ‘İş Kanunu, İşsizlik Sigortası Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ vasıtasıyla 4857 sayılı İş Kanununun geçici (ödünç) iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesinden sonra gelmek üzere mesleki anlamda geçici (ödünç) iş ilişkisini düzenleyen 7/A maddesinin temel veto gerekçesini, ödünç işçiler açısından eşit işlem borcunun düzenlenmemesi hususu oluşturmuştur. 6715 sayılı kanun ile İş Kanununun değiştirilen 7. maddesinin 10. fıkrasında eşit işlem borcu düzenlenmiş ve ödünç işçinin, ödünç alan işveren yanındaki çalışma süresince temel çalışma koşullarının aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı halinde sağlanacak koşulların altında olmayacağı ifadesine yer verilmiştir. Bununla birlikte ödünç işçinin ödünç alan işveren işyerinde çalıştığı dönem için temel çalışma koşullarının nasıl belirleneceğine ilişkin olarak ne özel istihdam bürosuna bir araştırma yükümlülüğü, ne de ödünç alan işverene bir bilgi verme yükümlülüğü getirilmiştir. Olması gereken hukuk bakımından ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında çalışacağı süre için uygulanacak temel çalışma koşullarının mutlaka işçi sağlama sözleşmesinde yer alacağı hususu kanunen hüküm altına alınmalıydı. Nitekim bu husus Almanya’daki Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Yasa md.12/I’de açıkça düzenlenmiştir. Alman hukukundaki ilgili düzenleme uyarınca işçi sağlama sözleşmesinde ücret dahil ödünç alan işveren işyerinde emsal iş ve emsal işçi için geçerli olan temel çalışma koşulları yer almalıdır. Ödünç alan işveren işyerinde ödünç dönemi esnasında ödünç konusu iş ile ilgili emsal işçi çalışmıyorsa, ödünç alan işverenin ödünç işçiyi ödünç dönemi için doğrudan kendisi istihdam etseydi sağlayacağı temel çalışma koşullarını bildirmesi hususunun yeterli olacağı kabul edilmektedir⁵⁴. Ödünç alan işveren işyerinde ödünç döneminde geçerli olan temel çalışma koşullarının işçi sağlama sözleşmesinde yer alacağı yönündeki bir ifadenin kanuna eklenmesi, eşit işlem borcunun uygulanmasını ve dolayısıyla ödünç işçinin korunmasını güvence altına alacaktır.

İşçi sağlama sözleşmesinin içeriğinde yer verilmesinin zorunlu bir unsuru olarak kanunda belirtilmesinin isabetli olacağı diğer bir hususta, özel istihdam bürosunun meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisine dair bilgilerdir. 6715 sayılı kanunla, özel istihdam bürolarına meslek edinilmiş

⁵⁴ *Motz*, BeckOK ArbR, AÜG §12, Rn.8.

ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin verilebilmesi için özel koşullar getirilmiştir. Bu özel koşullar, Türkiye İş Kurumu Kanunu md.17/3'de düzenlenmiştir. Örneğin bir özel istihdam bürosuna meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin verilebilmesi için, ilgili büro tarafından Türkiye İş Kurumuna başvuru tarihinde brüt asgari ücretin iki yüz katına denk gelen miktarda teminat verilmesi gerekmektedir. Türkiye İş Kurumu tarafından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin verilmesi halinde, verilen izin üç yıl için geçerli olacaktır. İzin süresinin sona erme tarihinden en az onbeş gün önce talepte bulunulması ve izin verilmesinde aranılan şartların mevcut olması durumunda üçer yıllık sürelerle verilen izin yenilenebilecektir (md.17/5). Görüldüğü üzere Türkiye İş Kurumu tarafından iş aracılığında bulunma yetkisi ile meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisi ayrı ayrı verilmektedir. Bir özel istihdam bürosuna iş aracılığında bulunma yetkisinin verilmiş olması, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisi verildiği anlamına gelmemektedir. Ancak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin alınabilmesi için iş aracılığında bulunma yetkisinin alınması bir önkoşul olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisi almak için kural olarak özel istihdam bürosunun, izin için Türkiye İş Kurumuna başvuru tarihinden önce iki yıl süreyle kesintisiz olarak iş aracılığı faaliyetinde bulunması gerekmektedir. Ancak yatırılacak teminat miktarının artırılması durumunda yetki için başvuru tarihinden önce altı ay süresinde kesintisiz olarak faaliyette bulunulması da yeterli görülmüştür (md.17/3-4).

Türkiye İş Kurumu Kanunu md.18/2'de ise hangi hallerde bir özel istihdam bürosuna verilen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin iptal edilebileceği düzenlenmiştir. Örneğin yazılı sözleşme şartına uyulmadığı (md.18/2-d) veya kayıt dışı işçi çalıştırıldığı tespit edildiği (md.18/2-g) hallerde belirli bir dönem içerisinde kanunda belirlenen ihlal sayısına ulaşıldığı durumlarda, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisi iptal edilebilecektir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin iptali halinde daha önce kurulmuş işçi sağlama sözleşmelerinin ve iş sözleşmelerinin bu durumdan ne şekilde etkileneceği de kanunda düzenlenmiştir. Türkiye İş Kurumu Kanunu md.18/4'e ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği md.28/3-5'e göre, "Geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin iptali hâlinde; bu Kanun kapsamında yapılmış ve devam eden sözleşmelerin uygulanmasına, sözleşmede belirtilen süreler tamamlanıncaya kadar devam edilir. Ancak, özel istihdam bürosu bu dönem içerisinde geçici iş ilişkisi kurma veya geçici işçi sağlama sözleşmesini uzatma yetkisini kullanamaz. Herhangi bir nedenle özel istihdam bürosunun kapanması hâlinde ise geçici işçi çalıştıran işverene bu durumun tebliğ edilmesi ile geçici iş ilişkisi sona

erer. İş ilişkisinin devam etmesi durumunda, geçici işçi çalıştıran işverenle işçi arasında iş sözleşmesi kurulmuş olur. Geçici işçinin iş ilişkisinden kaynaklanan alacakları, 17 nci maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendine göre (yönetmelikte 14. maddenin 1. fıkrasının ‘b’ bendine göre) alınan teminattan Kurumca öncelikli olarak ödenir”. Ayrıca Türkiye İş Kurumu Kanununda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisi olmaksızın veya yetkisi iptal edilmesine rağmen bu faaliyeti yerine getiren özel istihdam bürolarına elli bin Türk Lirası, fiilin tekrarı halinde yüz bin Türk Lirası, bu kapsamda hizmet alan işverenlere ise yirmi bin Türk Lirası idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür (md.20/1-b).

Değindiği üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin verilebilmesi ve bu yetkinin devam etmesine yönelik ağır koşullar getirilmiştir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin iptal halleri, iptalden daha önce kurulan hukuki ilişkilerin ne şekilde etkileneceği hüküm altına alınmıştır. Hatta idari para cezası dahi öngörülmüştür. Ancak özel istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında bağlanacak işçi sağlama sözleşmesinde özel istihdam bürosunun meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisine dair bilgilerin zorunlu olarak yer alması gerektiği, İş Kanunu md.7/11’de düzenlenmiştir. Gerçi Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinde, “Kurum tarafından verilen izin belgeleri, iş arayanlardan ücret alınmayacağı ve menfaat temin edilemeyeceği ifadesi ve ilgili il müdürlüğünün adres ve telefonlarının yer aldığı bilgiler özel istihdam bürolarında herkesin görebileceği bir yere asılır. Özel istihdam bürolarının internet ana sayfalarında da Kurum tarafından belirlenen şekilde bu bilgilere yer verilir” (md.16/1) hükmü yer almaktadır. Bununla birlikte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanım olasılığının yüksekliği göz önüne alındığında, her bir işçi sağlama sözleşmesinde ilgili özel istihdam bürosunun meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisi ile ilgili bilgilerin güncellenerek tekrarlanması zorunluluğunun kanunla getirilmesi daha uygun olacaktır. Alman hukukunda özel istihdam bürolarının meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin kontrolüne ayrı bir önem verilmiştir. Almanya’daki Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Yasanın 10. maddesi gereği özel istihdam bürosu meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurarken kanunun 1. maddesinde öngörülen izne sahip değilse yahut sahip olduğu yetki daha sonra iptal edilmişse, gerek işçi sağlama sözleşmesi gerek ödünç işçiyle özel istihdam bürosu arasında kurulan iş sözleşmesinin geçersiz hale geldiği ve ödünç işçinin korunması amacıyla ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında bir iş sözleşmesinin

kurulduğu kabul edilmektedir⁵⁵. Getirilen kanuni düzenlemenin amacı doğrultusunda ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasındaki iş sözleşmesinin ödünç alan işveren yanında çalışmaya başladığı andan itibaren kurulduğu varsayılmaktadır. Zira bu doğrultuda bir yaptırımın getirilmesiyle ödünç alan işverenin özel istihdam bürosunun meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisini özenli bir şekilde incelemesi ve meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin en başından itibaren hukuka uygun bir şekilde kurulmasının sağlanması hedeflenmiştir. Diğer bir deyişle ödünç alan işverene kontrol yükümlülüğü getirilerek, dolaylı olarak ödünç işçinin korunması güvence altına alınmaya çalışılmıştır⁵⁶.

Hukukumuzda değinildiği üzere özel istihdam bürosunun meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin iptali halinde, daha önce kurulan hukuki ilişkilerin ne yönde etkileneceği düzenlenmiştir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin iptali durumunda Türkiye İş Kurumu Kanunu md.18/4 uyarınca işçi sağlama sözleşmesi süresinin sonuna kadar devam edecektir. Ancak sürenin sona ermesine rağmen işçinin ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi halinde, ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında iş sözleşmesi kurulduğu kabul edilmiştir. İş sözleşmesinin hangi tarihten itibaren kurulduğu ifade edilmemişse de, aynı maddede geçen “Geçici işçinin iş ilişkisinden kaynaklanan alacakları, 17 nci maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendine göre alınan teminattan Kurumca öncelikli olarak ödenir” ifadesi yol gösterici bir nitelik taşımaktadır. İlgili hükmün yorumundan ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında sözleşmenin işçi sağlama sözleşmesinin sona ermesinden sonra kurulmuş sayılacağı sonucuna ulaşmak olasıdır. Bu durum ödünç işçinin kıdeminin parçalanmasına yol açabilecek olup, korunmasına hizmet etmemektedir. Bu itibarla Alman hukukunda olduğu gibi ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında çalışmaya başladığı andan itibaren iş sözleşmesinin kurulduğunun kanunda açıkça düzenlenmesi, bu konuda ortaya çıkabilecek çekinceleri ve tartışmaları engelleyecek ve ödünç işçinin korunmasına da hizmet edecektir. Ayrıca kanunda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulduktan sonra mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisinde bulunma yetkisinin iptali haline uygulanacak yaptırım hüküm altına alınmıştır. Özel istihdam bürosu hiç yetki almaksızın meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurmaktaysa yahut yetkisi iptal edildikten sonra meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurmaya devam etmekteyse

⁵⁵ *Kock*, BeckOK ArbR, AÜG §9, Rn.5, 9. *Rolfs*, AÜG, Vorbem., Rn. 2, AÜG, §1, Rn.14. *Junker*, §2, Rn.117. *Dütz-Thüsing*, §8, Rn.340. *Brox-Rüthers-Henssler*, Rn.76. *Alpagut*, Geçici İş İlişkisi, 580.

⁵⁶ *Motz*, BeckOK ArbR, AÜG §10, Rn.1, 7.

uygulanacak yaptırım düzenlenmemiştir. Kanaatimizce bu gibi hallerde işçi sağlama sözleşmesinin süresinin sonuna kadar devam edeceğini öngörmek, işçi sağlama sözleşmesinin bitiminden sonra ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi halinde, ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında iş sözleşmesi kurulduğunu kabul etmek fazla iyiniyetli bir yorum niteliğini taşıyacaktır. Gerekli izni yokken özel istihdam bürosunun meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurması halinde, ileride daha ayrıntılı olarak değerlendirileceği üzere hukuka aykırı bir şekilde kurulmuş meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin tabi olacağı hukuki yaptırımın uygulanması isabetli olacaktır⁵⁷. Diğer bir deyişle, bu gibi durumlarda Türkiye İş Kurumu Kanunu md.20/1-b. bendi uyarınca hem özel istihdam bürosuna hem ödünç alan işverene idari para cezası uygulanacaksa da, ayrıca hukuki yaptırım olarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında kurulan işçi sağlama sözleşmesi ve iş sözleşmesi geçersiz sayılmalı, ödünç işçi ise en başından itibaren ödünç alan işverenin işçisi gibi kabul edilmelidir.

İşçi sağlama sözleşmesi, ödünç süresinin sona ermesi, sözleşmenin feshedilmesi yahut ikale sözleşmesiyle sona erebilecektir. Ödünç işçinin ölümü kural olarak işçi sağlama sözleşmesinin sona ermesine yol açmayacaktır. Zira özel istihdam bürosunun işçi sağlama sözleşmesinden doğan borcu bir cins borcudur. Ödünç işçinin hayatını kaybettiği hallerde başka bir ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında görevlendirilmesi suretiyle işçi sağlama sözleşmesinden doğan temel borç ifa edilebilecektir. Bununla birlikte somut belirli bir işçinin ödünç alan işverene devredilmesi öngörülmüş ve devirden sonra işçi hayatını kaybetmişse, bu takdirde işçi sağlama sözleşmesi de sona ermelidir⁵⁸.

İşçi sağlama sözleşmesinin uygulanmasından dolayı ortaya çıkan uyuşmazlıklarda genel mahkemeler görevli ve yetkili olacaklardır. İşçi sağlama sözleşmesi iş sözleşmesi niteliğini taşımadığından, iş mahkemelerinin görevli ve yetkili olması düşünülemez⁵⁹.

c) Ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasındaki hukuki ilişki

Ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesi meydana gelmez⁶⁰. İş Kanunu md.7'nin lafzından da hukuka uygun bir şekilde kurulmuş meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sonucu ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında iş sözleşmesi kurulmadığı sonucuna varılmaktadır. Nitekim

⁵⁷ 3, e, aa.

⁵⁸ *Motz*, BeckOK ArbR, AÜG §12, Rn.22, 25.

⁵⁹ *Motz*, BeckOK ArbR, AÜG §12, Rn.26.

⁶⁰ *Dütz-Thüsing*, §8, Rn.342. *Kock*, BeckOK ArbR, AÜG §1, Rn.7.

kanuna göre özel istihdam bürosunun bir işverenle geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak bir işçisini geçici olarak bu işverene devrettiği ifadesi (md.7/2), geçici iş ilişkisinde işverenin özel istihdam bürosu olduğunun kabul edilmesi (md.7/11), ödünç süresinin bitiminden sonra ödünç işçinin ödünç alan işveren işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında işçi sağlama sözleşmesinin sona erme tarihinden itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesinin kurulduğunun benimsenmesi (md.7/13), meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi esnasında ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında iş sözleşmesinin kurulmadığını göstermektedir.

Bununla birlikte ödünç işçi çalışması sırasında ödünç alan işverenin işyeri düzenine, tıpkı o işyerinde çalışan diğer işçiler gibi dâhil olmakta, ödünç alan işverene karşı sadakat borcu ve itaat borcu bulunmaktadır. Ödünç işçinin söz konusu yükümlülüklerine karşılık ödünç alan işverenin de yönetim hakkı, işçiyi gözetme borcu, temel istihdam ve çalışma koşullarını uygulama yükümlülüğü (eşit davranma borcu) gibi borçları ve yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır⁶¹. Dolayısıyla ödünç alan işveren ile ödünç 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 etmektedir⁶². Ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi nedeniyle doğan bu hukuki ilişki dolaylı olarak işçi sağlama sözleşmesi ve özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında bağtlanan iş sözleşmesi vasıtasıyla düzenlenmekte olup⁶³, 'iş sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişki' olarak adlandırılabilir⁶⁴. Bu şekilde bir ilişkinin varlığının kabul edilmiş olması ödünç işçinin, işi gereği gibi ifa etmemesi veya ödünç alan işverenin gözetme borcunu yerine getirmemesi durumlarında sorumluluklarının doğumuna yol açmaktadır⁶⁵. Ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında iş sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişkinin var olduğunun kabulünün diğer bir sonucu da, ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında meydana gelebilecek ihtilafların çözüm yeri olarak karşımıza iş mahkemelerinin çıkmasıdır⁶⁶.

İş Kanununun 7. maddesinde de ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında iş sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişki kurulduğunun kabul edildiğine dair düzenlemelere rastlanmaktadır. Ödünç alan işverenin ödünç işçiye talimat

⁶¹ *Süzek*, 315. *Akıntürk Türkmen*, 144. *Odaman*, 89. *Junker*, §2, Rn.116.

⁶² *Odaman*, 89. *Arslanoğlu*, 57.

⁶³ *Kock*, BeckOK ArbR, AÜG §1, Rn.7.

⁶⁴ *Odaman*, 91. *Akyiğit*, Çeşitli Hukuk Sistemleri, 3.

⁶⁵ *Akyiğit*, 123.

⁶⁶ *Kock*, BeckOK ArbR, AÜG §1, Rn.7.

verme yetkisinin kabul edilmesi (md.7/9-a), ödünç işçinin işyerine ve işe ilişkin kusuruyla neden olduğu zarardan, ödünç alan işverene karşı sorumlu olduğunun ifade edilmesi (md.7/14), ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında iş sözleşmesi benzeri bir ilişkinin var olduğunun kanunen de benimsendiğine işaret etmektedir.

3. MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASININ KOŞULLARI, ÖNGÖRÜLEN YASAKLAR VE SINIRLAMALAR

İş Kanununun 6715 sayılı yasa ile değişik 7. maddesi incelendiğinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi açısından başvuru nedenleri olarak nitelendirebileceğimiz toplam yedi duruma yer verildiği görülmektedir. Ancak sadece başvuru nedenlerinin düzenlenmesiyle yetinilmemiş olup, bazı başvuru nedenleri kapsamında süre sınırına da yer verilmiştir. Bu şekilde hem başvuru nedenlerinin düzenlenmesi hem süre sınırı öngörülmesi, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin geçici olarak kurulmasını güvence altına alma amacına dayanmaktadır. Nitekim yasanın gerekçesi uyarınca da, “Geçici iş ilişkisinin ancak Kanunda sayılan hallerde kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu sınırlamanın amacı, geçici iş ilişkisinin istismarının önlenmesi ve işgücü piyasasının işleyişinin bozulmamasını temin ederek işverenin geçici iş ilişkisini ancak işletmenin geçici ihtiyaçlarını karşılamak için kullanılmasını güvence altına almaktır. Böylelikle, sürekli nitelikte olan işler için zorunlu haller dışında geçici çalışmanın kullanılması engellenmiştir”. Aynı zamanda İş Kanunu md.7'nin çeşitli hükümlerinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin geçici işgücü ihtiyacını karşılamak amacıyla kurulacağı vurgulandığı gibi, İş Kanununun 7. maddesi dahi ‘geçici iş ilişkisi’ başlığını taşımaktadır. Bu durum kanunun meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin, geçici niteliğini ön plana çıkardığının göstergesidir. Kanunda ayrıca başvuru nedenleri ve süre sınırının yanı sıra, bazı sektörlerde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulması yasaklanmış, işyerlerinde istihdam edilebilecek ödünç işçi sayısına ve ödünç işçilerin görevlendirilebilmelerine ilişkin asgari bir sürenin geçmesine dair sınırlar öngörülmüştür. Söz konusu hususların ayrı başlıklar altında ele alınması isabetli olacaktır.

a) Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvuru nedenleri ve süre sınırları

Kanun koyucu tarafından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasında sadece süre sınırı ile yetinilmemiştir. Zira ödünç iş ilişkisinin azami bir süre ile sınırlanması başlı başına kötüye kullanmanın önlenmesinde

gerçek bir engel oluşturmayacaktır⁶⁷. Bununla birlikte İş Kanununun 7. maddesi incelendiği tüm başvuru nedenleri açısından süre sınırı da getirilmediği görülmektedir. Bu kapsamda başvuru nedenleri, süre sınırı bulunan haller ve süre sınırı bulunmayan haller olmak üzere ikiye ayrılarak ele alınmıştır.

aa) Süre sınırı bulunmayan haller

İş Kanununun 7. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, İş Kanununun 13. maddesinin beşinci fıkrası ile 74. maddesinde belirtilen hâllerde, işçinin askerlik hizmeti hâlinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hâllerde, mevsimlik tarım işlerinde ve ev hizmetlerinde herhangi bir süre bulunmaksızın meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir. Ancak burada akla gelen ilk konu süre sınırı getirilmediğinden, yıllarca bir işçinin ödünç işçi sıfatıyla ödünç alan işverenin işyerinde çalıştırılıp çalıştırılmayacağıdır. Her ne kadar kanunda bir süre sınırı öngörülmemişse de, kurulan ilişki meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi olup, söz konusu hukuki kurum niteliği gereği bünyesinde geçiciliği barındırmaktadır. Dolayısıyla kanunda süre sınırı öngörülme halleri açısından ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerine gönderilirken, hedeflenenin ödünç alan işveren işyerindeki daimi işçilerin yerini alması olup olmadığı mutlaka temel bir denetim kriteri olarak göz önüne alınmalıdır. Diğer bir ifadeyle ödünç işçi, ödünç alan işverenin işyerinde daimi nitelikteki görevleri yürütüyor ve sonuç olarak daimi işçilerin yerine ikame ediliyorsa, geçicilikten söz edilemeyecektir⁶⁸. Bu kapsamda ödünç işçinin, ödünç alan işveren işyerindeki daimi işçinin yerini aldığı tespit edilebildiği ölçüde artık kurulan hukuki ilişki meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi olarak değil, personel leasing olarak görülmelidir. Personel leasing’de işçiler, özel istihdam büroları tarafından müşteri işletmelerin işgücü ihtiyacının karşılanması için belirsiz süreli olarak müşteri işletmelere sağlanmaktadır. Bu nedenle işveren sıfatını taşıyan özel istihdam büroları, işçilerin seçimi, eğitimi, yönetimi, ücretlerin, vergilerin ve sosyal güvenlik primlerinin ödenmesi ile toplu iş sözleşmesi akdetme sorumluluklarını da üstlenmektedirler. İşçiler, özel istihdam bürolarınca istihdam edilmesine rağmen üçüncü kişi işveren konumunda bulunan müşterinin işyerinde iş görme edimlerini yerine getirdiklerinden üçlü bir hukuki ilişki meydana gelmektedir⁶⁹. Personel leasingde seçilen ve istihdam edilen işçiler, düzenli, tam zamanlı ve sürekli bir şekilde müşteri işletmenin işyerinde

⁶⁷ Kabakcı, 92.

⁶⁸ Ferbeck-Elert-Kaiser-Cichon, Praxishandbuch, Teil 3, Kapitel 3, Arbeitnehmerüberlassung, Rn.13.

⁶⁹ Blanpain, 4. Carlson, 689.

çalışmaktadır⁷⁰. Ancak hukukumuzda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi henüz yasal düzenlemeye kavuşturulmuş olup, personel leasing ile ilgili özel bir düzenleme mevcut bulunmamaktadır. Bu itibarla İş Kanununun 7. maddesinde süre sınırı öngörülmeleyen örneğin ev hizmetleri başvuru nedenine dayanılarak ödünç işçinin devamlı olarak aynı ödünç alan işveren yanında görevlendirildiği tespit edilebildiği durumlarda gerçek hukuki ilişki personel leasing olarak kabul edilmelidir. Ancak personel leasing ilişkisi hüküm ve sonuçlarını doğuracak hukuki altyapıya sahip olmadığından iş aracılığının gerçekleştiği kabul edilerek ödünç işçinin en başından itibaren ödünç alan işverenin işçisi sayılması, işçilerin korunmasına hizmet edecektir. Yapılan bu açıklamadan sonra süre sınırı öngörülmeleyen her bir başvuru nedeninin değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

İş Kanunu md.7/2-a. bendi gereği İş Kanununun 13. maddesinin beşinci fıkrası ile 74. maddesinde belirtilen hâllerde, işçinin askerlik hizmeti hâlinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hâllerde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir. İş Kanununun 13. maddesinin beşinci fıkrası ile 74. maddesi analık izni ile analık haline özgü kısmi süreli çalışmaya yönelik düzenlemeler içermektedir. Gerek İş Kanununun 13. maddesi, gerek 74. maddesi, 29.01.2016 tarihinde 6663 sayılı yasayla önemli değişikliklere uğramıştır. Örneğin İş Kanununun 13. maddesinin 5. fıkrası kapsamında her ikisi de çalışan ebeveynlerden birine çocukları mecburi ilköğretim çağına gelinceye kadar kısmi süreli çalışma imkanı tanınmıştır. Ayrıca ilgili düzenlemeden anlaşıldığı üzere kısmi süreli çalışmaya başlayan işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. Görüldüğü üzere kanun koyucu, işçinin kısmi zamanlı çalışmaya geçmesi halinde geriye kalan süre için başka bir işçinin belirli süreli iş sözleşmesiyle istihdam edilebileceğini öngörmüş olup, bu durumu objektif neden olarak nitelendirmiştir. Ancak kanunda düzenlenen bu halde belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasındaki en önemli sıkıntı, işçinin tekrar tam zamanlı çalışmaya ne zaman döneceğinin, diğer bir deyişle belirli süreli iş sözleşmesinin ne zaman sona ereceğinin öngörülememesinden kaynaklanmaktadır. Değinilen hususun uygulamada sıkıntıya yol açabileceği söylenebilir⁷¹. Belirtilen bu sorun, kısmi süreli çalışma nedeniyle ortaya çıkan işgücü ihtiyacının meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurularak ödünç işçiyle karşılanması halinde yaşanmayacaktır. Ödünç

⁷⁰ Carlson, 689. Başterzi-Şuğle, 86.

⁷¹ Kısmi süreli çalışmayı tercih eden işçinin tam süreli çalışmaya dönüş yapması ve yerine belirli süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilen işçinin durumu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.; Şahin, 43-44.

işçi, kısmi süreli çalışma talebinde bulunan işçi geri dönüncüye kadar çalışacak, kısmi süreli çalışan daimi işçinin tam süreli çalışmaya geçmesi halinde ödünç işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi esasına dayandığını düşündüğümüz iş sözleşmesi varlığını devam ettirecektir. Ödünç işçinin ödünç verilmediği dönemlerde de ücrete hak kazanacağını düşündüğümüzden belirli süreli iş sözleşmesi kurulması durumunda ortaya çıkabilecek hukuki ve sosyolojik sorunlar ortaya çıkmayacaktır.

İş Kanunu md.7/2-a'da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği haller arasında işçinin askerlik hizmetine gitmesi⁷² ve iş sözleşmesinin askıya alındığı diğer durumlar da sayılmıştır. İş sözleşmesinin askıya alındığı diğer durumların kapsamına yasanın gerekçesinde de belirtildiği üzere işçinin yıllık iznini kullandığı, hastalanması nedeniyle iş görme edimini yerine getiremediği dönemler de girmekte olup, ayrıca işçinin gözaltına alındığı veya tutuklandığı, ücretli ve ücretsiz izne ayrıldığı tüm durumlar, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasına olanak tanyacaktır. Daimi işçinin iş görme edimini yerine getirememesi nedeniyle geçici iş gücü ihtiyacının ortaya çıktığı bu gibi durumlar belirli bir olgunun ortaya çıkması hali niteliğini taşıdığından belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasına imkan vermektedir⁷³. Belirli süreli iş sözleşmesinin kurulabileceği hallerde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin de kurulabileceğinin kabulü yerindedir.

İş Kanunu md.7/2-b. bendine göre mevsimlik tarım işlerinde de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir. Mevsimlik işlerin tamamı değil, yalnızca mevsimlik tarım işleriyle ilgili sınırlı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Mevsimlik tarım işlerinde kayıt dışı çalışma ne yazık ki ülkemizde oldukça yaygındır. Türkiye İstatistik Kurumunun verilerine göre 2015 yılında tarımda kayıt dışı çalışma oranı tahminen %81,2 düzeyindedir⁷⁴. Bu itibarla kayıt dışı çalışmanın çok yaygın olduğu bu sektörde özel istihdam büroları belirli ölçüde işçilerin kayıt altına alınmasına hizmet edebileceğinden⁷⁵, meslek edinilmiş

⁷² Yasada işçinin askerlik hizmetine gitmesi ile kastedilen husus, işçinin iş sözleşmesinin askerlik sebebiyle askıya alındığı haller şeklinde anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle askerlik hizmetini yapmak üzere iş sözleşmesini fesheden işçinin askerlik hizmeti sırasında o işçinin yerine çalıştırılmak üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında ödünç işçi çalıştırılabileceği kabul edilemez (*Çelik-Caniklioğlu-Canbolat*, 175). Aksi takdirde bu yöndeki kabul, yasanın iş sözleşmesinin askıya alındığı durumlarda işyerinde geçici bir süre için çalışmayan işçilerin yerine ödünç işçi çalıştırılabilmesine olanak sağlamaya yönelik yaklaşımıyla çelişecektir.

⁷³ *Doğan Yenisey*, 153.

⁷⁴ http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1007, 02.09.2016.

⁷⁵ *Doğan Yenisey*, 155.

ödünç iş ilişkisinin kurulması açısından mevsimlik tarım işlerinin başvuru nedeni olarak düzenlenmesi isabetli kabul edilebilir.

İş Kanunu md.7/2-c. bendi uyarınca ev hizmetlerinde de herhangi bir süre sınırı olmaksızın meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında işçi çalıştırılabilecektir. Ev hizmetlerinin görülmesinde de ödünç alan işverenlerin genellikle profesyonel bir üretim organizasyonuna sahip olmadığı öngörülebileceğinden, bu alanda çalışanların özel istihdam bürosu aracılığıyla istihdam edilmesi, bu kişilerin kayıt altına alınması açısından faydalı görülebilir⁷⁶.

Ev hizmetleri, evin gündelik işleyişine ilişkin faaliyetler olarak tanımlanabilir⁷⁷. Dolayısıyla ev hizmetlerinde çalışanlar, evin sahibi ya da kiracısı için iş görme edimlerini yerine getirmektedir⁷⁸. Ev hizmetlerinde çalışanlar, gerek hizmetçi, aşçı, şoför, çocuk bakıcısı gibi bedeni çalışmayı gerektiren gerek özel hastabakıcı, özel sekreter, özel ders verenler gibi fikri çalışmaya dayanan işleri yerine getiren kişiler olabilir⁷⁹. Yasanın gerekçesinde de ev hizmetleri kapsamında temizlik işleri, hasta, yaşlı ve çocuk bakım hizmetleri gibi faaliyetler sayılmıştır⁸⁰.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi ile ilgili olarak başvuru nedenleri arasında gösterilen gerek mevsimlik tarım işleri gerek ev hizmetleri açısından önemli bir sorun ise 50'den az işçi çalıştıran tarım işyerleri veya ev hizmetlerinin İş Kanununun kapsamı dışında tutulmuş olmasından kaynaklanabilir. Zira meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi İş Kanununda düzenlendiğinden, kural olarak kanunda getirilen güvencelerden de ancak İş Kanunu kapsamındaki işçiler yararlanabilecektir. İş Kanununun kapsamı dışında kalan mevsimlik tarım işçileri ile ev hizmetlerinde çalışan

⁷⁶ *Doğan Yenisey*, 154.

⁷⁷ *Süzek*, 237.

⁷⁸ *Domestic Workers*, https://www.labour.gov.on.ca/english/es/pubs/factsheets/fs_domestics.php, 02.09.2016.

⁷⁹ *Karadeniz*, 178.

⁸⁰ Öğretide bir görüşe göre ev hizmetlerinin kapsamına evde yapılan her türlü iş girmemektedir. Bu nedenle örneğin evde hastabakıcılık faaliyeti, ev hizmetlerinden sayılmaz (*Mollamahmutoğlu*, 229). Yargıtay da çeşitli kararlarında, evde hasta bakan hemşirenin ve çocuk eğiticisinin İş Kanununun kapsamına girdiğine ve dolayısıyla söz konusu kişilerin ev hizmeti yapmadığına işaret etmiştir (Y22HD, 02.09.2014, 17890/22670, Y9HD, 05.06.2014, 15697/18318, www.kazanci.com, 27.10.2016). Öğretideki görüşler ve Yargıtay kararlarından hareketle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulacağı halin daha açık bir şekilde kaleme alınması gerektiği ve evde yürütülen tüm bakım hizmetleri açısından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasının mümkün görülmesi ifade edilmelidir (*Doğan Yenisey*, 154).

işçilerin ne ölçüde İş Kanununun 7. maddesinde düzenlenen güvencelerden yararlanacağı ayrı bir tartışma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle söz konusu sorunun ortaya çıkmasını engellemek üzere Alman hukukunda olduğu gibi meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin, özel istihdam bürolarının izin alma süreci, bireysel ve toplu iş hukukunda doğuracağı sonuçları, kanuna aykırılık halinde uygulanacak yaptırımları başta olmak üzere tüm boyutlarıyla ayrı bir kanunda düzenlenmesi⁸¹ daha uygun olurdu. Yahut en azından İş Kanunu md.7'de ilgili düzenlemenin diğer iş kanunlarının kapsamına girenler için de uygulanacağına dair bir hükme yer verilmesi ortaya çıkabilecek çekinceleri engelleyebilirdi⁸². Değinen sorunla ilgili olarak öğretideki bir görüşe göre 50'den az işçi çalıştıran tarım işyerleri veya ev hizmetlerinde çalıştırılan ödünç işçilere İş Kanunu md.7'de öngörülen güvenceler uygulanmalı ancak İş Kanunu md.7'de öngörülen hususların dışında bir sorun ortaya çıktığında Borçlar Kanunu hükümlerine gidilmelidir⁸³. Söz konusu öğreti görüşünün uygulamada benimsenmesi, yaşanabilecek tartışmaların bir kısmının ortaya çıkmasını önleyecektir.

Üzerinde durulan sorunun dışında gerek mevsimlik tarım işleri gerek ev hizmetleri açısından kanunen açık bir süre sınırı öngörülmediğinden, yıllar içerisinde aynı işçilerin aynı işyerlerine özel istihdam bürosu tarafından gönderilmesi durumunda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin geçicilik unsurunun zedeleneceği çekincesi ileri sürülebilir. Bu bakımdan mevsimlik tarım işleri ve ev hizmetleri gibi bazı sektörlerde, hedeflenen kayıt dışı istihdamı azaltmak ve hukuki kurumları olduğu şekilde uygulamaksa, personel leasing uygulamasının sınırlı bir biçimde önünün açılması düşünülebilir.

bb) Süre sınırı bulunan haller

İş Kanunu md.7/2 uyarınca işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerde, iş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması hâlinde, işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması hâlinde ve mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları hâlinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir. Ancak bu hallerde kurulan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin süresi en fazla 4 ay olabilecektir. Mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları hâlinde 4 aylık ödünç

⁸¹ *Doğan Yenisey*, 143.

⁸² *Çelik-Caniklioğlu-Canbolat*, 171.

⁸³ *Süzek*, 308.

süresinin uzatılabilmesi olanaklı olmamakla birlikte, diğer başvuru nedenlerinin varlığı durumunda toplam sekiz ayı geçmemek üzere en fazla iki defa yenileme gerçekleştirilebilecektir (md.7/3).

Öğretide bir görüşe göre ilk seferde dört aylık bir sözleşme yapılacağından, iki defa yenilenmesi halinde ödünç süresinin üst sınırının 12 ay olması gerekmektedir. Ancak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi en fazla sekiz ay sürebileceğinden yenilemenin bir kez yapılabileceği anlaşılmaktadır⁸⁴. Başka bir deyişle söz konusu öğreti görüşü uyarınca meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin azami süre sınırı kanunda 8 ay olarak düzenlenmiştir. Öğretideki diğer bir görüşe göre de kanundaki ifade her ne kadar kötü bir şekilde kaleme alınmışsa da, ilk defa dört ay için geçici iş ilişkisi kurulup, ardından iki defa yenileme sonucunda toplamda 12 ay için ödünç iş ilişkisi kurulabileceği anlaşılmaktadır⁸⁵. Görüldüğü üzere meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin üst sınırının 8 ay olarak da, 12 ay olarak da yorumlanması olanaklı gibi görünmektedir. Öğretideki ikinci görüş kanaatimizce daha isabetlidir. Zira kanunda ‘toplam sekiz ayı geçmemek üzere’ ibaresi sadece yenilemelerin üst sınırına işaret etmektedir. Sekiz ay ifadesinin tüm ödünç süresini kapsadığı yönündeki yorum oldukça kısıtlayıcı bir nitelik taşıyacaktır. Ayrıca öğretideki ikinci görüşün benimsenmesi halinde ilk görüşte belirtilen yenilemenin bir kez yapılabileceği yönündeki çekince de kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Yapılan açıklamalar çerçevesinde süre sınırı öngörülen haller bakımından yenilemeler dahil azami ödünç süresinin 12 ay olduğu sonucuna varılmalıdır.

Süre sınırı öngörülen başvuru nedenleri bakımından ele alınması gereken diğer bir konu ise meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin ilk defa ne kadar için kurulabileceği, yenilemelerin de ilk kez kurulan ödünç süresiyle aynı süreyi kapsayıp kapsayamayacağı hususudur. İş Kanunu md.7/3 hükmü meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin ilk kez kurulurken 4 ay sürüyle kurulması zorunluluğunu getirmemektedir. Sadece azami sınırı öngörmektedir. Bu itibarla ilk kez kurulurken ödünç iş ilişkisi 4 aydan daha kısa bir süre için kurulabilir. Örneğin 2 ay veya 3 ay için hatta işin niteliğine göre 2 hafta için kurulabilmesi olanaklıdır. Yenilemenin ise kurulan ödünç süresiyle aynı süreyi kapsaması zorunlu değildir. Bu itibarla örneğin ilk sefer 2 ay için kurulan ödünç iş ilişkisi, daha sonra 4'er aylık dönemler halinde yahut bir yenileme dönemi 4 ay diğer yenileme dönemi 2 ay olacak şekilde yenilenebilir⁸⁶. Burada üzerinde durulması gereken diğer bir konu ise

⁸⁴ Doğan Yenisey, 156.

⁸⁵ Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, 176.

⁸⁶ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 351.

yenilemenin en fazla iki defa mı gerçekleştirilebileceğidir. Örneğin ilk sefer bir ay için kurulan ödünç iş ilişkisi diğer iki yenileme döneminde 4'er ay uzatılmış olursa toplam oniki aylık azami sınıra ulaşamamış olacaktır. Bu kapsamda iki defa yenilenebilme zorunluluğuna ilişkin getirilen ve 4 aylık ödünç ve iki defa yenileme ile 4 aydan kısa süreli ödünç ve onun uzatımı sonucunda ulaşılabilecek azami süreler arasında haklı olmayan bir ayırımın ortaya çıkacağı savunulabilir⁸⁷. Ancak kanaatimizce kanunun lafzı açık olup, oniki aya kadar en fazla iki defa yenileme gerçekleştirilebilmelidir. Diğer bir ifadeyle oniki aylık üst sınıra kadar, ödünç iş ilişkisinin istenildiği kadar yenilebileceği savunulamaz. Örneğin ödünç iş ilişkisi ilk kez bir aylık süre için kurulmuş ise, toplam oniki aya kadar 1'er aylık onbir yenileme yapılabileceği kabul edilmemelidir. Nitekim süre sınırı ve yenileme sayısı sınırının kurulan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin geçicilik niteliğini vurguladığı, ayrıca ödünç işçiye öngörülebilirlik sağlayarak dolaylı olarak ödünç işçinin korunmasına da hizmet ettiği düşünülebilir.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde süre sınırı öngörülen başvuru nedenleri değerlendirilecek olursa öncelikle İş Kanunu md.7/2-d. bendinde düzenlenen işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerden ne anlaşılması gerektiği hususu üzerinde durulmalıdır. Yasanın gerekçesine göre yeni bir yazılım geliştirilmesi, teknik bakım, onarım gibi ihtiyaçların ortaya çıkması, belirli süreli proje işleri gibi hususlar işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerdir. Yasanın gerekçesi kapsamında sayılan örnekler, daha ziyade belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için aranan objektif nedenlerle uyumaktadır. Salt yasanın gerekçesinden hareket edildiğinde, işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerden anlaşılacak olan belirli süreli işler veya belirli bir işin tamamlanması olarak algılanmalıdır. Ancak gerekçeyle hükmün lafzı birbirleriyle çelişmektedir. Gerekçeye göre daha geniş bir yorum yapılabilmesi olanaklı hale gelmektedir. Zira günlük iş ibaresinin ne şekilde anlaşılacağı net olmadığı gibi, üretimin yapısı gereği haftada bir ya da birkaç günde bir yapılan işlerin aralıklı iş olarak kabul edilebilip edilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Öğretide isabetli olarak belirtildiği üzere, düzenleme mevcut haliyle tartışmalı bir nitelik taşımakta olup, günlük işler deyiminden düzenli ve kısa aralıklarla yapılan işlerin anlaşılması gerekmektedir. İlgili başvuru nedeni bakımından yasada azami süre sınırının da düzenlendiği göz önüne alındığında, düzenli bir şekilde tekrar eden işlerde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulamayacağı yönünde bir yorum yapılması isabetli olacaktır⁸⁸.

⁸⁷ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 351.

⁸⁸ *Doğan Yenisey*, 156-157. *Süzek*, 308.

Bununla birlikte günlük işler ifadesinin yasadan çıkarılması yaşanabilecek muhtemel tartışmaları engelleyecektir. İşletmelerin yürüttükleri işler bakımından günlük iş, günlük olmayan iş ayrımı tutarlı olmayıp, işletmenin yürüttüğü her iş günlük iş olarak nitelendirilebilir⁸⁹.

İş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması hâli, İş Kanunu md.7/2-e. bendi uyarınca süre sınırı öngörülerek meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği diğer bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Yasanın gerekçesinde verilen örnekler göre çalışanların güvenliği açısından gerekli olan tamir ve tadilat işlerinde, sel, yangın ve benzeri doğal afet durumlarında veya terör olayları sırasında işletmenin gerekli üretimi yetiştirebilmesi amacıyla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir. Yasa tasarısını inceleyen komisyon tarafından hazırlanan raporda yer alan muhalefet şerhinde bu başvuru nedenine ilişkin yer alan çekinceler ise göz ardı edilemez. Muhalefet şerhinde belirtildiği üzere acil durumlar ölüm ve ciddi yaralanmaya neden olabilecek, fiziksel veya çevresel zararlara yol açabilecek olaylar olup, acil durumlarda can güvenliğinin ortadan kalkması muhtemeldir. Bu tür hallerde ödünç işçi çalıştırılmasına olanak sağlanması, Anayasa'da öngörülen sağlıklı bir ortamda çalışma hakkını zedelemektedir⁹⁰. Kaldı ki ödünç işçiler, iş sağlığı ve güvenliği açısından ileride daha ayrıntılı olarak değinileceği üzere özel risk grubuna girmektedir. Nitekim ödünç işçiler, ödünç alan işverenin daimi işçisine kıyasla işyerini daha az tanımakta, işyerinde riskleri ve tehlikeleri belirleyecek kadar uzun çalışmadıklarından deneyim kazanmamaktadır. Diğer bir deyişle ödünç işçilerin iş kazası geçirme ihtimalleri, ödünç alan işveren işyerinde çalışan daimi işçilere göre çok daha yüksektir⁹¹. Buradaki başvuru nedeniyle hedeflenen iş sağlığı ve güvenliği bakımından acil durumlarda uzmanlaşmış kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması olabilir. Ancak bu ihtiyacı giderecek hukuki kurum meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi değildir. İş sağlığı ve güvenliği bakımından acil durumlarda hizmet alınması için meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasına da gerek bulunmamaktadır. İş sağlığı ve güvenliği bakımından acil durumlara müdahale etme bakımından konusunda uzman kurum ve kuruluşlarla, bu yönde hizmet talep eden işveren arasında borçlar hukukuna tabi iki taraflı bir sözleşmenin yapılması yeterli olacaktır.

⁸⁹ *Çoşkun*, 46.

⁹⁰ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss170.pdf>, 30.08.2016.

⁹¹ *Sargeant*, http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/4433WP_09_101.pdf, 07.04.2016. *Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling*, 95- 97.

Üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması hâlinde de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulacağı belirtilmişse de, yasa gerekçesinde verilen örnekler daha ziyade belirli süreli iş sözleşmesinin kurulması bakımından aranan objektif nedenlerle uyumaktadır. Sel, yangın ve benzeri doğal afet durumlarında işletmenin gerekli üretimi yetiştirebilmesi amacıyla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulabileceği hallerde, aynı zamanda belirli bir olgunun ortaya çıkması gerekçesine dayanılarak belirli süreli iş sözleşmesi kurulabilmesi de olanaklıdır. Belir süreli iş sözleşmesi kurulmasına olanak sağlayan bu husus, aynı zamanda İş Kanunu md.7/2-f. bendinde belirtilen işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması hâlinin kapsamına da girmektedir. Dolayısıyla İş Kanunu md.7/2-f. bendinin kapsamına sokabildiğimiz bir durumu ayrıca kanunda düzenlemek tartışmaları ve karışıklıkları beraberinde getirebilecektir. Kısacası değindiğimiz çekinceler nedeniyle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvuru nedeni olarak düzenlenen İş Kanunu md.7/2-e. bendinin yasa değişikliğiyle kaldırılması daha isabetli olacaktır.

İş Kanunu md.7/2-f. bendi uyarınca işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması hâli, süre sınırı belirlenerek meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulması bakımından öngörülen diğer bir başvuru nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Yasa gerekçesine göre ihracat talebinin artması, iç piyasada öngörülemeyen talep artışı gibi durumlar, İş Kanunu md.7/2-f. bendinin kapsamına girmektedir. Söz konusu başvuru nedenine dayanılarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için geçici bir mal ve hizmet üretim talebinin ortaya çıkması gerekmektedir. Diğer bir deyişle işletmenin normal işleyişi içinde iş hacminin genişlemesi nedeniyle yeni işçi istihdamı ihtiyacının doğması ödünç işçi çalıştırılmasına olanak vermeyecektir⁹². Yasa tasarısının ilk halinde işletmenin iş hacminin öngörülemeyen ölçüde artması halinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği öngörülmüşken, genel kurulda kanun görüşülürken ilgili başvuru nedeni işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması şeklinde değiştirilmiştir. Bu yönde bir değişiklik yapılması kanaatimizce kanun tasarısındaki ifadeye göre meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasını zorlaştırmamaktadır. Aksine işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinden ne anlaşılacağı, nasıl belirleneceği gibi hukukçuların tek başına çözemeyeceği soruları ve aynı zamanda meslek edinilmiş ödünç iş

⁹² *Süzek*, 309. *Doğan Yenisey*, 157.

ilişkinin kurulmasında uygulama güçlüklerini de beraberinde getirmektedir. Aslında İş Kanunu md.7/2-f. bendi ile hedeflenenin, belirli süreli iş sözleşmesi yapmak için gerekli objektif koşullardan belirli bir olgunun ortaya çıkması nedenine dayanılarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulmasının önünü açmak olduğu anlaşılmaktadır.

İş Kanunu md.7/2-f. bendinde düzenlenen başvuru nedeninin, diğer başvuru nedenlerine kıyasla sakıncalı görüldüğü ve bu başvuru nedenine dayanılarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulmasının mümkün olduğu kadar önüne geçilmeye çalışıldığı, 6715 sayılı kanunun diğer hükümleri incelendiğinde tespit edilmektedir. Örneğin İş Kanunu md.7/6'ya göre, "İkinci fıkranın (f) bendi kapsamında geçici iş ilişkisi ile çalıştırılan işçi sayısı, işyerinde çalıştırılan işçi sayısının dörtte birini geçemez. Ancak, on ve daha az işçi çalıştırılan işyerlerinde beş işçiye kadar geçici iş ilişkisi kurulabilir. İşçi sayısının tespitinde, kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür". Ayrıca ödünç alan işverene, özel istihdam bürosu tarafından ödünç işçiye ücret ödendiğini kontrol etme yükümlülüğü genel bir yükümlülük olarak getirilmemiş ancak İş Kanunu md.7/2-f. bendine dayanılarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulmuşsa bu yönde bir yükümlülük getirilmiştir. İş Kanunu md.7/12 uyarınca, "İkinci fıkranın (f) bendi kapsamında kurulan geçici iş ilişkisinde, geçici işçi çalıştıran işveren işyerinde bir ayın üzerinde çalışan geçici işçilerin ücretlerinin ödenip ödenmediğini çalıştığı süre boyunca her ay kontrol etmekle, özel istihdam bürosu ise ücretin ödendiğini gösteren belgeleri aylık olarak geçici işçi çalıştıran işverene ibraz etmekle yükümlüdür. Geçici işçi çalıştıran işveren, ödenmeyen ücretler mevcut ise bunlar ödenene kadar özel istihdam bürosunun alacağını ödemeyerek, özel istihdam bürosunun alacağından mahsup etmek kaydıyla geçici işçilerin en çok üç aya kadar olan ücretlerini doğrudan işçilerin banka hesabına yatırır. Ücreti ödenmeyen işçiler ve ödenmeyen ücret tutarları geçici işçi çalıştıran işveren tarafından çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne bildirilir". İş Kanunu md.99 hükmü değiştirilerek son fıkrasında, "7 nci maddenin ikinci fıkrasının (f) bendine aykırı olarak davranan işveren veya işveren vekiline ise birinci fıkranın (b) bendinde belirtilen para cezası dört katı artırılarak uygulanır" ifadesine yer verilmiştir. Türkiye İş Kurumu Kanunu md.17/13'e göre de, "4857 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendi uyarınca Kuruma yapılan şikayet bildirimleri incelenmek üzere İş Teftiş Kurulu Başkanlığına iletilir. Bu durumda özel istihdam büroları, istenilen her türlü bilgiyi vermek ve bu bilgilerin doğruluğunu ispata yarayan defter, kayıt ve belgeleri ibraz etmek zorundadırlar".

İş Kanunu md.7/2-f. bendine göre meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulması haline özgü öngörülen düzenlemelerin yerinde olduğu ifade edilmelidir. Ödünç işçinin ücretinin ödenip ödenmediğini kontrol bakımından getirilen yükümlülük son derece isabetlidir. Ancak söz konusu düzenlemelerden özellikle ödünç işçinin ücretinin ödenip ödenmediğini kontrol etme yükümlülüğünün neden sadece İş Kanunu md.7/2-f. bendine dayanılarak kurulan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkilerine özgülendiği anlaşılamamaktadır. İlgili düzenlemelerin kapsamının, niteliğine uygun düştüğü oranda İş Kanunu md.7/2'de sayılan tüm başvuru nedenlerine dayanılarak kurulan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkilerini içerecek şekilde yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır. Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği md.11/3 uyarınca da özel istihdam büroları, ödünç işçilerin ücretinin ödendiğini gösteren belgeleri aylık olarak ödünç alan işverene ibraz etmekle yükümlü kılınmıştır. Her ne kadar söz konusu yükümlülük isabetliyse de, İş Kanunu md.7/2-f. bendi dışındaki başvuru nedenlerine dayanılarak kurulan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkileri açısından yaptırım da bulunmamaktadır.

İş Kanunumuzda düzenlenen ve süre sınırı öngörülerek meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulmasına olanak sağlayan son başvuru nedeni ise mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları hâlidir (md.7/2-g). Yasaya göre bu nedene dayanılarak kurulan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkileri en fazla dört ay süre ile kurulabilecek olup, ödünç iş ilişkisinin yenilenmesi imkanı da mevcut bulunmamaktadır (md.7/3). İfade edilmelidir ki, dönemsellik arz eden iş artışı ifadesini ortaya çıkan uyumsuzluklarda denetleyebilmek uygulamada tartışmaları da beraberinde getirebilecektir⁹³. Yasa tasarısında sadece dönemsellik arz eden iş artışı halleri başvuru nedeni olarak düzenlenmişken, 6715 sayılı yasa genel kurulda görüşülürken mevsimlik işler hariç ibaresi de kanun metnine işlenmiştir. Bu ibarenin işlenmesi isabetli olup, oteller, plajlar, eğlence yerleri gibi mevsimlik iş sözleşmesiyle işçi çalıştırmanın yaygın olduğu sektörler kapsam dışında bırakılmıştır. Yasa gerekçesi incelendiğinde de, ilgili başvuru nedenine dayanılarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasının, gerçekleşmesi önceden öngörülen bayram öncesi şeker üretimi veya paketlenmesi, seçim öncesi bayrak üretimi gibi iş hacminin arttığı durumlara özgülendiği anlaşılmaktadır. Yasanın gerekçesinden belirlendiği üzere önceden öngörülebilir iş artışı halleri açısından ilgili başvuru nedenine yer verilmiştir. İş Kanunu md.7/2-f. bendinde ise öngörülemeyen iş artışları kapsama alınmıştır. Bu şekilde çok sayıda başvuru nedenine yer vermektense, işletmelerde öngörülebilir yahut öngörülemeyen geçici nitelikteki iş artışı

⁹³ *Doğan Yenisey*, 157.

durumlarında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabileceğini kabul etmek daha isabetli olurdu. Ayrıca öngörülebilir iş artışı ifadesi, İş Kanunu md.7/2-d. bendinde geçen işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işler ifadesiyle de bir ölçüde uyumaktadır. İş Kanunu md.7/2-d. bendi ile İş Kanunu md.7/2-g. bendinin tek bir başvuru nedenine dönüştürülmesi de olanaklıdır. Yasanın gerekçesinde bayram öncesi şeker üretimi ve paketlenmesi, seçim öncesi bayrak üretimi gibi haller sayılmışsa da, İş Kanunu md.7/2-g. bendi inşaat iş kolunda gerçekleşen dönemsellik arz eden iş artışlarını da kapsayacak niteliktedir. İnşaat işlerinin büyük bir çoğunluğu İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği uyarınca çok tehlikeli ve tehlikeli işyerleri olarak görülmektedir. Bu itibarla inşaat sektörü gibi çok tehlikeli ve tehlikeli işlerin yapıldığı işyerlerinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasını önleyecek düzenlemelere yer verilmesi yerinde olacaktır.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesine olanak sağlayan başvuru nedenleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, genel olarak belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasına olanak sağlayan objektif koşullarla uyumlu oldukları ifade edilebilir⁹⁴. Ancak özellikle süre sınırı öngörülen haller bakımından uygulamada çeşitli güçlüklerle karşılaşılması ihtimali oldukça yüksektir. Zira ilgili başvuru nedenlerinde geçen 'işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı gördürülen işler', 'işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması', 'dönemsellik arz eden iş artışları' ibareleri belirsizlikler içermektedir⁹⁵. Ayrıca öğretide ifade edildiği üzere kanun metninde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasında sınırlı sayı prensibine dayanılmış olup, kanunda sayılan haller dışında kurulan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkileri kanuna aykırı olacaktır. Bu nedenle katı ifadeler içeren sınırlı sayıdaki başvuru nedenlerinin belirlenmesinden önce, başvuru nedenleri tespit edildikten sonra benzer geçici iş işgücü ihtiyacının ortaya çıktığı hallerde de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabileceğini

⁹⁴ Öğretide meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasına olanak sağlayacak başvuru nedenlerinin belirli süreli iş sözleşmesinin kurulabilmesi için öngörülen objektif nedenlerle örtüşmesinin isabetli olacağı hususu 6715 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önce de ifade edilmiştir (*Alpagut*, 364. *Kabakcı*, 80-82). Zira belirli süreli iş sözleşmesi ile meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi benzer işlemlerle sahip olduğundan, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından belirli süreli iş sözleşmesinin kurulabilmesi için gerekli olan objektif nedenlere benzer başvuru sebeplerinin öngörülmemesi, düşük ücretle, iş güvencesiz işçi çalıştırma amacıyla olan kötüniyetli işverenlerin, İş Kanunu md.11'i dolanmalarına olanak sağlayacaktır (*Kabakcı*, 92).

⁹⁵ *Doğan Yenisey*, 158.

düzenlemek daha isabetli olacaktır⁹⁶. İlk bakışta İş Kanunu md.7’de öngörülen başvuru nedenleri oldukça katı görünmekteyse de, aslında başvuru nedenleri incelendiğinde ve lafzı sadeleştirildiğinde İş Kanunu md.11’de belirtilen objektif nedenlerle büyük ölçüde örtüştüğü görülmektedir. Diğer bir deyişle belirli süreli işlerde, belirli bir işin tamamlanmasında yahut ödünç iş ilişkisi kurmak isteyen işverenin işyerinde belirli bir olgunun ortaya çıkması hallerinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir. Bu itibarla başvuru nedenlerinin sadeleştirilmesi, söz konusu öğreti görüşünde değinilen sakıncaları büyük ölçüde giderebilecektir.

b) Sayı sınırlaması

İş Kanunu md.7/6 hükmü gereğince, “İkinci fıkranın (f) bendi kapsamında geçici iş ilişkisi ile çalıştırılan işçi sayısı, işyerinde çalıştırılan işçi sayısının dörtte birini geçemez. Ancak, on ve daha az işçi çalıştırılan işyerlerinde beş işçiye kadar geçici iş ilişkisi kurulabilir. İşçi sayısının tespitinde, kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür”. Kanunda tüm başvuru halleri bakımından değil, sadece işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması hâlinde kurulan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkileri bakımından işçi sayısı sınırlaması getirilmiştir. Öngörülen sayı sınırının aşılmayıp aşılmadığının tespitinde, öğretide de isabetli olarak belirtildiği üzere sadece ödünç iş ilişkisi kurulan işyerindeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır. İşverenin başka işyerlerinin bulunup bulunmaması, varsa aynı iş kolunda olup olmaması önem taşımaz. Ödünç alan işveren işyerinde çalıştırılan işçi sayısının tespitinde belirli-belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar arasında ayırım yapılamaz. Ancak İş Kanununda değinildiği üzere açıkça ifade edildiğinden, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülerek işçi sayısına dahil edilecektir⁹⁷.

26.06.2009 tarihinde kabul edilmekle birlikte veto edilen kanun ve 18.01.2010 tarihli kanun tasarısında İş Kanununa meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini düzenleyen md.7/A eklenmek istenmiş olup, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında işyerinde çalıştırılabilecek ödünç işçi sayısına sınırlama getirilmiştir. 26.06.2009 tarihinde kabul edilen ancak veto edilen 5920 sayılı Kanun uyarınca geçici iş ilişkisi sözleşmesine dayalı olarak çalıştırılan işçi sayısı, işyerinde çalıştırılan işçi sayısının dörtte birini geçemeyecektir.

⁹⁶ *Caniklioğlu*, 57.

⁹⁷ *Çelik-Caniklioğlu-Canbolat*, 179.

18.01.2010 tarihli kanun tasarısına göre ise geçici iş ilişkisi sözleşmesine dayalı olarak çalıştırılan işçi sayısı, işyerinde çalıştırılan işçi sayısının beşte birini geçemeyecektir. Veto edilen kanun ve 2010 tarihli kanun tasarısında, işçi sayısı kısıtlaması genel bir sınırlama olarak öngörülmüşken, 6715 sayılı kanunla değişikliğe uğramış olan İş Kanununun 7. maddesinde işçi sayısı kısıtlaması sadece İş Kanunu md.7/2-f. bendine göre kurulan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkilerine özgülenmiştir.

Sayı sınırının getirilmesindeki temel düşünce ödünç iş ilişkisinin kötü niyetli olarak kullanılmasına engel olmak ve işçilerin istismar edilmesini engellemektir⁹⁸. Yasa gerekçesinde de özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin sürekli istihdamın yerini almaması amaçlandığından sayı sınırının getirildiği ifade edilmektedir. Ancak yasa gerekçesinden neden işçi sayısı kısıtlamasının sadece İş Kanunu md.7/2-f. bendine özgüldüğü anlaşılamamaktadır. Belki diğer başvuru nedenleri bakımından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulduğunda işyerinde çalıştırılacak ödünç işçi sayısının, ödünç alan işveren işyerindeki daimi işçilerin dörtte birini geçemeyeceği düşünülmüş olabilir. Ancak İş Kanunu md.7/2-b (mevsimlik tarım işleri), md.7/2-c (ev hizmetleri), md.7/2-g (mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları) hallerine göre kurulacak ödünç iş ilişkilerinde çalıştırılacak ödünç işçi sayısının ödünç alan işveren işyerindeki işçilerin dörtte birine ulaşması, aşması hatta işçilerin tamamının⁹⁹ özel istihdam bürosundan temin edilmesi olanaklıdır.

Bu itibarla amaç, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılmasının önüne geçilmekse, işçi sayısı sınırının sadece İş Kanunu md.7/2-f. bendine özgülenmesinin ötesinde genel bir sınırlama sebebi olarak düzenlenmesi dahi isabetli olurdu. Bununla birlikte ifade edelim ki, kanaatimizce başvuru nedenleri ve süre sınırı başlı başına meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılmasının önlenmesinde önemli denetim kriterleri olarak karşımıza çıkmakta olup, geçiciliği sağlayacak niteliktedirler. Ayrıca genel bir sınırlama olarak işçi sayısı kısıtlamasının getirilmesi meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasını oldukça güçleştirebilecektir. Diğer bir ifadeyle işyerinde çalıştırılacak işçi sayısı sınırının tümüyle kaldırılması da düşünülebilir.

⁹⁸ *Hekimler*, 61.

⁹⁹ *Çelik-Caniklioğlu-Canbolat*, 178.

c) Bekleme müddeti

İş Kanunu md.7/3 uyarınca, “Geçici işçi çalıştıran işveren, belirtilen sürenin (*işçi sağlama sözleşmesinde öngörülen sürenin*) sonunda aynı iş için altı ay geçmedikçe yeniden geçici işçi çalıştıramaz”. Bu itibarla kanun koyucu, ödünç alan işverenlerin, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurmaya olanak sağlayan başvuru nedenleri varlığını devam ettirse dahi, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin tekrar kurulmasının ve süresinin en baştan başlatılmasının önüne geçmiştir.

Bekleme müddeti dikkate alınırken aynı ödünç işçi yahut aynı özel istihdam bürosundan hizmet alınıp alınmaması dikkate alınmamıştır. Aksine ödünç alan işverenin işyerinde hangi iş için meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulmuşsa, söz konusu iş kıstas olarak benimsenmiştir. Diğer bir deyişle ödünç alan işverenin, örneğin en fazla oniki ay için ödünç iş ilişkisi kurduğu iş bakımından, oniki aylık sürenin bitiminden sonra başka bir özel istihdam bürosu ile meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurarak yahut ilk oniki aylık dönem için ödünç alan işveren yanında çalışan ödünç işçiyi değiştirerek bekleme süresinin işlemeden kurtulabilmesi olanaklı olmayacaktır¹⁰⁰. Bu itibarla yasanın, bekleme süresi açısından ödünç iş ilişkisinin konusu olan işi ölçüt alması, bekleme süresinin etkinliğine katkıda bulunduğu gibi, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin geçici karakterine de bir vurgu niteliğini kazanmaktadır.

Kanaatimizce bekleme süresi sadece süre sınırı bulunan başvuru hallerine dayanılarak kurulan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkilerini kapsamamaktadır. Aynı zamanda süre sınırı öngörülmeven başvuru nedenlerine örneğin mevsimlik tarım işleri için kurulan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkileri bakımından da, işçi sağlama sözleşmesinin sona ermesinden sonra ödünç iş ilişkisinin konusu olan iş için altı aylık bekleme süresinin geçmesi gerekmektedir. Zira bekleme süresi İş Kanununun 7. maddesinin 3. fıkrasında genel bir biçimde düzenlenmiş olup, süre sınırı bulunan ve süre sınırı bulunmayan başvuru nedenleri bakımından bir ayrıma gidilmediği ifade edilebilir.

Bekleme süresi bakımından üzerinde durulması gereken bir konu da, süre sınırı öngörülen başvuru nedenleri bakımından bekleme süresinin ancak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için kanunda öngörülen en üst süreye ulaşılmışından itibaren devreye girip girmeyeceğidir. Diğer bir

¹⁰⁰ *Kock*, BeckOK ArbR, AÜG §1, Rn.51c. Aynı yönde diğer bir görüş için bkz.: *Odaman*, Yeni Düzenlemeler, 48.

deyişle örneğin toplam oniki aya kadar kurulabilecek ödünç iş ilişkisi sadece 3 ay veya 2 ay için kurulmuşsa, aradan iki ay geçtikten sonra ortaya çıkan ihtiyaca göre meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin tekrar kurulup kurulamayacağıdır. Kanundan anlaşıldığı üzere bekleme süresinin devreye girmesi için ödünç iş ilişkisinin üst sınırına ulaşılması zorunlu değildir. Önemli olan yenileme dönemleri dahil işçi sağlama sözleşmesinde öngörülen sürenin dolup dolmadığıdır. Bu nedenle özel istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında sadece 2 aylık süre için meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulmuşsa, ödünç iş ilişkisine konu iş bakımından tekrar meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için altı aylık bekleme süresinin geçmesi gerekmektedir.

d) Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulamayacağı haller

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi hakkında 2008/104/EC no.lu Avrupa Birliği direktifi, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin hangi durumlarda yasaklanabileceğini 4. maddesinde düzenlemiştir. İlgili hüküm uyarınca kamu yararı söz konusuysa meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasaklanmasından veya sınırlanmasından söz edilebilecektir¹⁰¹. Buna göre sınırlama ve yasaklamalar, ödünç işçilerin korunması, iş sağlığı ve güvenliğinin gerektirdiği haller, iş piyasasının gerektiği şekilde işleminin sağlanması ve ödünç iş ilişkisine yönelik kötüye kullanımların engellenmesi gerekçelerine dayandığı takdirde kamu yararından söz edilecektir (md.4/1). 6715 sayılı yasa ile değişik İş Kanununun 7. maddesi incelendiğinde ise meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasına dair nispeten çok sayıda yasağa yer verildiği görülmektedir. Kanunumuzda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasına dair öngörülen yasaklar ve sınırlamalar açısından kamu yararının gözetildiği ve ülkemizin koşullarına uygun olduğu ifade edilmelidir.

İş Kanunumuz uyarınca toplu işçi çıkarılan işyerlerinde sekiz ay süreyle, kamu kurum ve kuruluşlarında ve yer altında maden çıkarılan işyerlerinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulamaz (md.7/4). Ayrıca ödünç alan işverenin işyerinde grev ve lokavt uygulanmaktaysa, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 65. maddesi hükümleri saklı kalmak üzere ödünç alan işveren işyerinde ödünç işçi çalıştıramayacaktır (md.7/5).

Kamu kurum ve kuruluşlarında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulması, yasanın gerekçesine göre kamu kurumlarında yürütülen işin devamlılık arz etmesi, kamu hizmetlerinin sürdürülebilirliğinin sağlanması ve kamu sektöründe meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi gerçekleştirilmesinin

¹⁰¹ *Hekimler*, Direktif, 50.

kötüye kullanıma açık olması sebebiyle yasaklanmıştır. Türkiye İş Kurumu Kanununda yapılan değişikliklerle kamu kurum ve kuruluşlarında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulması yasağı pekiştirilmiştir. Türkiye İş Kurumu Kanununun hükümleri gereğince, “Özel istihdam büroları kamu kurum ve kuruluşlarının kadro ve pozisyonları için aracılık faaliyeti yapamaz ve geçici iş ilişkisi kuramazlar” (md.17/7), “Kurum aracılığı olmaksızın sürekli işçi istihdam eden kamu kurum ve kuruluşlarına her bir işçi için yirmi bin Türk lirası, geçici işçi istihdam eden kamu kurum ve kuruluşlarına ise her bir işçi için on bin Türk lirası ... idari para cezası verilir” (md.20/1-n). Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yasağı öngörülen kamu kurum ve kuruluşlarından ne anlaşılacağı hususu ise açık değildir. Bu bağlamda İş Kanunu md.2/8’de kısmen tanımlayıcı bir ibare yer almaktadır. Buna göre kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklar, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasının yasak olduğu kamu kurum ve kuruluşları olarak algılanabilir. Ancak söz konusu tanım da oldukça geniş olarak algılanabileceğinden, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yasağının kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarının, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşları (ilgili kanun md.2) olarak yorumlanması çok daha isabetli olacaktır. 6552 sayılı yasayla İş Kanununda yapılan değişiklikler de, kamu kurum ve kuruluşlarının tanımlanmasında Kamu İhale Kanunundaki düzenlemelerin esas alınması yönünde varılan sonucu desteklemektedir.

Yeri gelmişken değinilmelidir ki, 10.09.2014 tarihli 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanunun 10. ve 11. maddeleriyle Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin 1. fıkrasının ‘e’ bendinde değişiklikler yapılmış ve bu yasaya ek 8. madde eklenmiştir. Kamu İhale Kanununda, hizmet alım ihalelerine sıkı usul koşullarının getirilmesi ile mevcut personelin nitelik ve sayı itibarıyla yeterli olmaması dışında, kurulan hukuki ilişkinin niteliğini tanımlayan özel bir hükme yer verilmemiştir. Bu itibarla kamu ihale kanunu ile getirilen düzenlemelerin iş hukuku mevzuatına göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda hizmet alım sözleşmeleriyle, kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetleri kapsamındaki bazı hizmetleri yerine getirebilmeleri için işçi temininin düzenlenmek istendiği görülmektedir¹⁰². Başka bir ifadeyle Kamu İhale Kanununda yapılan değişikliklerle kamu kurum ve kuruluşları açısından meslek edinilmiş ödünç

¹⁰² *Kabakcı*, Hizmet Alım Sözleşmeleri, 86.

iş ilişkisinin yasal temelini oluşturulması hedeflenmiştir¹⁰³. Henüz 6715 sayılı kanunla değişik İş Kanununun 7. maddesi yürürlüğe girmeden önce öğretilde isabetli olarak belirtildiği üzere Kamu İhale Kanununda yapılan değişikliklerle kamu kurum ve kuruluşları açısından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin geçerli ve yeterli bir hukuki zemine kavuşturulduğu ileri sürülemeyecektir. Zira Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin 1. fıkrasının 'e' bendinin 2. alt bendinde kamu kuruluşuna ait işyerinin asıl işinde hizmet alım ihalesi düzenlenirken, İş Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkraları dikkate alınmak suretiyle kamu kuruluşları tarafından hizmet alımı yapılabilecektir. Halbuki meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, Kamu İhale Kanununun atıfta bulunduğu İş Kanunu md.2/7 hükmüne aykırıdır ve bizatihi muvazaalı bir hukuki işlem niteliğini taşır. Nitekim İş Kanununun ilgili hükmü uyarınca asıl iş bölünemez, hem asıl işverenin hem de işçi temin eden şirketin işçilerinin işin bölümlerinde birlikte çalışması muvazaa oluşturur¹⁰⁴. İş Kanununun meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesinin yürürlüğe girmesiyle, Kamu İhale Kanununda yapılan değişikliğin, kamu kurum ve kuruluşlarının meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurmasına hukuki dayanak oluşturamayacağı görüşü daha da kuvvetlenmiştir. Zira değinildiği üzere gerek İş Kanununun 7. maddesinde gerek Türkiye İş Kurumu Kanununun çeşitli hükümlerinde kamu kurum ve kuruluşları bakımından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulamayacağı tekrarlanmış ve kamu kurum ve kuruluşlarında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulması yaptırıma bağlanmıştır.

İş Kanunu md.7/4'e göre yer altında maden çıkarılan işyerlerinde de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulamayacaktır. Görüldüğü üzere getirilen sınırlama tüm maden işyerlerini veya yer altında yapılan işleri kapsamamakta, sadece yer altında maden çıkarılan işyerlerini ilgilendirmektedir. Yasanın gerekçesine göre iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlike arz ettiğinden dolayı yer altında maden çıkarılan işyerleri açısından sektörel bir sınırlamaya gidilmiştir. İş sağlığı ve güvenliği gerekçesine dayanılarak yer altında maden çıkarılan işyerlerinde ödünç işçi çalıştırılmasının engellenmesi son derece isabetli ise de, yeterli değildir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yasağının, ciddi iş sağlığı ve güvenliği sorunları yaratacak çok tehlikeli ve tehlikeli diğer işyerleri açısından genişletilmesi yerinde olacaktır¹⁰⁵. Örneğin Fransa'da tehlikeli işler ödünç iş ilişkisi kurulamayacak haller arasında yer almakta olup, Belçika'da taşıma sektöründe, gemicilik, mobilya depolama

¹⁰³ *Doğan Yenisey*, 150.

¹⁰⁴ *Süzek*, 190, 192-193.

¹⁰⁵ *Doğan Yenisey*, 150.

sektöründe ve diğer tehlikeli nitelik taşıyan işlerde mavi yakalı işçiler bakımından yasaklamalar öngörülmüştür¹⁰⁶. Almanya'daki Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Yasanın '1b' maddesi gereği de inşaat sektöründe meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulması yasaklanmıştır¹⁰⁷. İnşaat sektörü açısından getirilen sınırlamanın temelinde, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine izin verilmesi halinde yaşanabilecek yasa dışı uygulamaların engellenmesi ile ödünç işçi çalıştıran inşaat firmaları ve daimi işçilerle çalışan inşaat firmaları açısından ortaya çıkabilecek haksız rekabet durumunun önüne geçme düşüncesi yatmaktadır. Mimari eserlerin inşası, onarımı, bakımı, yıkımı gibi faaliyetleri yerine getiren firmaların inşaat sektöründe yer aldığı kabul edilerek meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kuramayacakları benimsenmektedir. Diğer bir deyişle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yasağının kapsamına inşaat sektörüne giren her türlü faaliyeti yerine getiren firmalar girmektedir¹⁰⁸. Alman hukukunda tek düzenlenen yasak inşaat sektörüne ilişkindir. Yasaklama gerekçelerinden inşaat sektöründe var olan yasa dışı uygulamaların yaygınlığı hususunu, iş sağlığı ve güvenliği bağlamında yorumlayacak olursak ülkemiz açısından da ciddi sonuçlarla karşılaşmaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumunun 2014 yılı istatistikleri incelendiğinde bina inşaatı, bina dışı yapıların inşaatı ve özel inşaat faaliyetleri kapsamında meydana gelen iş kazası sayısının tüm iş kazalarına oranının %13'e, ölümlü iş kazalarının tüm ölümlü iş kazalarına oranının ise %30'a denk geldiği belirlenmektedir¹⁰⁹. Dolayısıyla yer altında maden çıkarılan işyerlerinin yanı sıra en azından inşaat sektörü bakımından da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yasağı getirilmesi isabetli olacaktır.

Genel anlamda öngörülen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yasaklarıyla birlikte İş Kanunu md.7/7 hükmünde, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik bir hükme daha yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, "Geçici işçi çalıştıran işveren, iş sözleşmesi feshedilen işçisini fesih tarihinden itibaren altı ay geçmeden geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştıramaz". Söz konusu düzenleme oldukça isabetli olup, yasanın gerekçesinde de belirtildiği üzere bu düzenleme ile hedeflenen, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan daimi işçilerin ödünç işçi olarak çalıştırılmak amacıyla işten çıkarılarak geçici işçi statüsünde işe alınması

¹⁰⁶ *Alpagut*, 366.

¹⁰⁷ *Junker*, §2, Rn.117. *Rolfs*, AÜG, §1, Rn.14.

¹⁰⁸ *Kock*, BeckOK ArbR, AÜG §1b, Rn.1, 9.

¹⁰⁹ http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/kurumsal/istatistik/sgk_istatistik_yilliklari, 05.09.2016.

yoluyla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılmasının engellenmesidir.

e) Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulmasına dair öngörülen koşul ve sınırlamalara aykırılık halinde uygulanacak yaptırım

İş Kanununun 7. maddesinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasına ilişkin yasak ve sınırlamalara geniş bir şekilde yer verilmiştir. Getirilen sınırlamaların temel amacı, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanımının önüne geçmek, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde geçiciliği sağlamak ve tabii ki ödünç işçilerin korunmasıdır. Bununla birlikte 6715 sayılı kanunda, genellikle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasına dair koşullara ve öngörülen sınırlamalara aykırılık halinde uygulanacak idari yaptırımlar düzenlenmiş olup, hukuki yaptırımlar birkaç durum dışında ele alınmamıştır. Ancak bu husus kanunda öngörülen sınırlamalara ve koşullara aykırılık halinde herhangi bir hukuki yaptırım uygulanmayacağı şeklinde de değerlendirilmemelidir. Bu nedenle kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa dahi uygulanacak hukuki yaptırım üzerinde durulması isabetli olacaktır.

aa) Başvuru nedenlerine aykırılık halinde uygulanacak yaptırım

Başvuru nedenleri bulunmaksızın meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulması halinde uygulanacak idari yaptırımlar kanunda düzenlenmiştir. İş Kanunu md.99/1-b. bendi uyarınca “7 nci maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı olarak geçici işçi çalıştıran işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için iki yüz elli Türk lirası” idari para cezası uygulanacaktır. Dolayısıyla başvuru nedenleri bulunmaksızın kurulan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sonucu idari para cezası uygulanacağı açıktır. Hatta kanunda, İş Kanunu md.7/2-f. bendine aykırı bir şekilde kurulan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkileri açısından daha da ağır bir idari yaptırım getirilmiştir. İş Kanunu md.99/son’a göre, “7 nci maddenin ikinci fıkrasının (f) bendine aykırı olarak davranan işveren veya işveren vekiline ise birinci fıkranın (b) bendinde belirtilen para cezası dört katı artırılarak uygulanır”.

Kanunda düzenlenen idari yaptırımların bir ölçüde caydırıcılık sağlayacağı ifade edilmelidir. Ancak başvuru nedenleri yokken varmış gibi gösterilerek meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulmasının yahut başvuru nedenlerinin varlığı konusunda hatalı değerlendirme yapılmasının meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin tarafları arasındaki hukuki ilişkiler üzerinde doğuracağı sonuçların tespiti, uygulama ve ödünç işçilerin koruma düzeyinin belirlenmesi açısından önem kazanmaktadır.

Başvuru nedenleri gerçekte yokken, varmış gibi gösterilerek özel istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında işçi sağlama sözleşmesinin kurulması ve ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında çalıştırılması muvazaalı bir hukuki ilişki olarak nitelendirilebilecektir¹¹⁰. Başvuru nedenleri yokken işçi sağlama sözleşmesi kurularak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurulduğu hallerde normalde ödünç alan işveren, iş sözleşmesiyle istihdam etmesi gereken bir işçiyi, özel istihdam bürosunca istihdam ediliyor gibi göstererek kendi işyerinde çalıştırma olanağına kavuşmaktadır. Diğer bir ifadeyle başvuru nedenleri mevcut değilken muvazaalı meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulduğu durumlarda görünüşte bir ilişki kurulmakla birlikte, tarafların gerçek amacı özel istihdam bürosu tarafından istihdam edilen ödünç işçi karşısında ödünç alan işverenin işveren sıfatını devam ettirmesidir¹¹¹. İş Kanunu md.7/2-f. bendinde düzenlenen işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması nedenine yahut md.7/2-d. bendine göre işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işler gerekçesine dayanılarak ödünç işçinin çalıştırıldığı, ancak gerçekte değinilen başvuru sebeplerinin varlığının bulunmadığı haller, bu duruma örnek gösterilebilir.

Başvuru nedenleri mevcut değilken varmış gibi gösterilerek meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulduğu durumlarda nisbi muvazaanın varlığından söz edilebilecektir. Nisbi muvazaanın; sözleşmenin niteliğinde muvazaa, kısmi muvazaa ve tarafta muvazaa olmak üzere üç çeşidi bulunmaktadır. Kanaatimizce bu gibi hallerde tarafta muvazaa vardır. Tarafta muvazaada sözleşme, taraf olarak gözükken kimseden başka bir kimse ile

¹¹⁰ Muvazaa, iki tarafın iradesiyle beyanları arasında istenerek meydana getirilen bir uygunsuzluk hali olup, tarafların gerçekte istemedikleri bir sözleşmeyi üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalarıdır (*Eren*, 350. *Kocayusufpaşaoğlu*, 345. *Oğuzman-Öz*, 108). Bu şekilde ortaya çıkan muvazaa, çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. 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 muvazaa denmektedir (*Kılıçoğlu*, 172. *Eren*, 353). Ancak görünüşteki işlemin arkasına başka bir sözleşme gizlenmişse, diğer bir deyişle taraflar gizli sözleşmenin hükümlerini doğurması konusunda anlaşmışlarsa bu durum nisbi muvazaa olarak adlandırılmaktadır (*Wiegand*, Basler Kommentar, Art. 18, N. 50. *Oğuzman-Öz*, 109. *Kılıçoğlu*, 172. *Akın*, 316).

¹¹¹ *Süzek*, 182.

yapılmaktadır¹¹². Muvazaanın bu çeşidinde her zaman için biri görünüşte, diğeri ise gizli iki hukuki işlem bulunmaktadır¹¹³. Bu bakımdan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmuş olarak gösterildiği ancak başvuru nedenlerinin gerçekte bulunmadığı varsayımında, görünürdeki işlem meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, gizli işlem ise ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında kurulan iş sözleşmesi olarak kabul edilmelidir.

Muvazaalı işlem olan görünüşteki meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde, 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 hüküm ve sonuç doğurmaz¹¹⁴. Görünüşteki meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin arkasına gizlenen ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesi ise tarafların gerçek iradelerine uygun olduğundan, kanunun öngördüğü şekil ve esas şartlarını (örneğin ahlaka, kişilik haklarına vs. aykırı olmamak) da taşımak şartıyla, muvazaadan etkilenmez ve geçerli bir sözleşme olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur¹¹⁵. Burada iş sözleşmesinin, en başından itibaren ödünç alan işverenle belirsiz süreli iş sözleşmesi şeklinde kurulduğu kabul edilmelidir¹¹⁶.

¹¹² *Antalya*, 204. *Eren*, 355. Tarafta muvazaada da muvazaa anlaşması bulunur. Muvazaa anlaşmasında niteliği gereği aldatma kastı bulunmalıdır. Tarafta muvazaada üç kişinin de muvazaa anlaşmasına dahil olması zorunlu değildir. Muvazaa anlaşması her zaman görünüşteki işlemi yapan kişiler arasında kurulmaktadır. Bu bakımdan görünüşteki meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasına özel istihdam bürosu ile ödünç alan işverenin sebep olduğu göz önüne alındığında, muvazaa anlaşması söz konusu işverenler arasında kurulmuştur. Ancak burada görünüşteki işlem olan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinden işçinin bilgisinin bulunmadığı söylenemez. Diğer bir ifadeyle işçinin de örtülü rızasının bulunduğu düşünülebilir. Ancak işçinin rızasının bulunması, hiçbir şekilde onu muvazaa anlaşmasının tarafı haline getirmez. Bir sözleşmesinin tarafı olmakla, o sözleşmenin başkalarının belirli bir maksatla yapılmasına onay vermek, birbiri ile karıştırılmaması gereken farklı kavramlardır (*Kocayusufpaşaoğlu*, 353). Haklı olarak aldatma kastının kime yöneldiği sorusu akla gelebilir. Burada öğretilerde de ifade edildiği üzere özel istihdam bürosu ile ödünç alan işveren tarafından kamunun aldatılmaya çalışıldığından söz edilebilecektir (*Civan-Çağlayan Aksoy*, 202, dn.49).

¹¹³ *Kocayusufpaşaoğlu*, 351. Öğretilerdeki bir görüşe göre tarafta muvazaa (şahısta muvazaa) şeklinde bir muvazaa türü yoktur. Tarafta muvazaa olarak nitelendirilen hallerde aslında mutlak muvazaa bulunmaktadır (*Oğuzman-Öz*, 109).

¹¹⁴ *Eren*, 356. *Kren Kostkiewicz*, OR Handkommentar, Art. 18, N.18. *Kut*, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art.18, N. 29.

¹¹⁵ *Kocayusufpaşaoğlu*, 355. *Oğuzman-Öz*, 111. *Eren*, 361. *Kılıçoğlu*, 173. *Akın*, 316. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Kut*, Art.18, N. 29. *Reisoğlu*, 108.

¹¹⁶ *Akın*, 349. *Alpagut*, Geçici İş İlişkisi, 582. *Çelik-Caniklioğlu-Canbolat*, 174.

Muvazaalı meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin hukuki açıdan temel yaptırımı yukarıdaki şekilde özetlenebilecekse de Yargıtayın, 6715 sayılı kanunla değişik İş Kanununun 7. maddesi yürürlüğe girmeden önce meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair verdiği kararlara ve bu kararların yeni kanun döneminde etkisinin ne yönde olacağına da değinilmelidir. 6715 sayılı yasanın yürürlüğünden önce verilen kararlar incelendiğinde Yargıtayın genellikle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini yasak olarak kabul ettiği tespit edilmektedir. Yargıtayın bir grup kararında¹¹⁷, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi iş bulmaya aracılık olarak nitelendirilmiş, ödünç veren işverenle işçi arasında bağımlılık ilişkisi bulunmadığından hareketle, davacı işçi ödünç alan işverenin işçisi olarak kabul edilmiştir. Başka bir kararda¹¹⁸ da, iş ve işçi temininin kamu düzeni gereği İş Kurumuna verildiği, bu sebeple alt işveren ve ödünç iş ilişkisi dışında hizmet temininin düzenlenmediği, ayrıca davacı işçinin çalışmasının alt işveren ve ödünç iş ilişkisi kurallarına da uymadığı ifade edilerek aksi yönde sonuca varan ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur. Aynı doğrultudaki diğer bir Yargıtay kararında¹¹⁹ da dava konusu olayda kurulan hukuki ilişkinin aslında işçi temini olduğu, muvazaanın bulunduğu, muvazaalı bir hukuki muamele ile üçüncü kişiye verilen zararın tazmininin haksız fiil sorumluluğuna dayanılarak haksız fiili gerçekleştiren taraftan talep edilebileceği belirtilmiştir.

Yargıtayın son yıllardaki kararlarından da görüldüğü üzere haksız fiil sorumluluğu da devreye sokularak ödünç işçinin alacakları bakımından özel istihdam bürosunun da ödünç alan işverenle müteselsilen sorumlu olduğunu benimsenmektedir. Diğer bir deyişle muvazaalı hukuki ilişkinin varlığı halinde ödünç işçinin karşısında alacakları için başvurabileceği iki işveren çıkmaktadır ki, bu durumun işçinin korunmasına hizmet ederek iş hukukunun amaçlarına uyumlu olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte her ne kadar Yargıtayın yorumu işçinin korunmasına hizmet etmekteyse de, bu durum borçlar hukukunun temel ve teknik kurum ve kavramlarının göz ardı edilmesini haklı kılmaz. Zira muvazaa, sözleşme hukukunda kendisine özgü yaptırım öngörölmüş olan hukuki bir kurumdur. Muvazaalı bir işlemle üçüncü kişiye zarar verilmesi, bir davranışı kendiliğinden ve sırf bu sebeple haksız fiil haline getirmez. Haksız fiilin söz konusu olması için, bir zararın meydana gelmiş olması dışında aranan başka şartlar da vardır. Buna göre, zararın,

¹¹⁷ Y9HD, 04.04.2005, 7774/11838, *Çankaya-Çil*, 168-169.

¹¹⁸ Y9HD, 25.10.2010, 37702/30363, *Alpagut*, Değerlendirme, 39.

¹¹⁹ Y7HD, 07.03.2013, 2572/2349, Çalışma ve Toplum – Ekonomi ve Hukuk Dergisi, (40) 2014/1, 398-403. Y22HD, 16.01.2014, 37248/247, Çalışma ve Toplum – Ekonomi ve Hukuk Dergisi, (41) 2014/2, 424-427.

hukuka aykırı bir fiilin sonucu olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Ancak kanaatimizce muvazaalı bir hukuki işlemle üçüncü kişiye zarar verilmesi, haksız fiile ilişkin temel norm olan TBK md. 49 anlamında ne hukuka aykırı ne de ahlaka aykırı bir fiil olarak yorumlanabilir¹²⁰. Zira muvazaalı meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde özel istihdam bürosu ile ödünç alan işverenin öncelikli amaçlarının ödünç işçiyi zarara uğratmak olduğunu söylemek oldukça güçtür. Dolayısıyla muvazaalı bir şekilde kurulmuş olan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin aynı zamanda TBK md.49 anlamında haksız fiil olarak kabul edilmesi, mevcut hukuk sistemimize çok da uygun düşmemektedir¹²¹.

Muvazaalı hukuki işlemlerle ilgili Yargıtay kararlarının bir uzantısı da üçlü iş ilişkilerinde işçiye alacaklarını ödeyen işverenle diğer işveren arasındaki iç ilişkide ortaya çıkmaktadır. Muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisi sonucu işçinin gerçek işvereni olduğu tespit edilen asıl işverenin, işçinin alacaklarını ödedikten sonra alt işverene açtığı rücu davasına ilişkin olarak Yargıtay son kararlarında¹²², asıl işveren olarak görünen işverenle, yükleniciler arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunmadığını ve muvazaalı olduğunu kabul etmektedir. Buradan hareketle, tacir olan işverenlerin çalıştırdıkları işçilerin fiili işçilik dışında tazminatlarından da sorumlu olacaklarını bilebilecek durumda olduklarına, asıl işverenin gerçek işveren sayıldığı gözetildiğinde ise işçilik alacaklarından tarafların yarı yarıya sorumlu tutulması gerektiğine hükmettiği görülmektedir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından Yargıtayın bu yönde bir kararına tarafımızca rastlanmamaktaysa da, asıl işveren alt işveren ilişkisiyle ilgili verilen bu doğrultudaki kararlardan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından ayrılmayı gerektiren bir durum da mevcut değildir. Diğer bir deyişle Yargıtayın bu yöndeki görüşünü devam ettirmesi halinde, muvazaalı meslek edinilmiş ödünç iş ilişkileri bakımından da özel istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasındaki iç ilişkide aynı yorumu yapacağı tahmin edilebilir. Yargıtay

¹²⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: *Civan-Çağlayan Aksoy*, 205-208.

¹²¹ *Civan-Çağlayan Aksoy*, 207-208. Öğretideki karşı görüşe göre ise muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisiyle ilgili olarak haksız fiil sorumluluğunun doğması için hukuka aykırı bir eylemle bir zarar verilmesi gerekmekte olup, burada bir mutlak hak ihlal edilmelidir. Ancak alt işverenlik ilişkisinde işçinin nispi hakları (sözleşmeden kaynaklanan) etkilenmektedir. Bununla birlikte kişinin mutlak hakları dışında kalan ekonomik menfaatlerinin ihlali halinde davranışın bir kuralı ihlal ettiği ve bu kuralın koruma amacının zarar görenin menfaatlerini korumak olduğu hallerde, muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işverenin davranışı haksız fiil olarak nitelendirilebilecektir. Bu itibarla Yargıtayın verdiği kararlar isabetlidir (*Doğan Yenisey*, Değerlendirme, 56-57).

¹²² Y13HD, 10.05.2012, 6314/12111, Y13HD, 24537/18698, Y13HD, 11.06.2012, 8729/15064, kazanci.com, 08.09.2016.

ilgili kararlarında muvazaalı hukuki ilişkiyi kuran tarafı cezalandırmayı hedeflemiş olabilir. Ancak yukarıda da değinildiği üzere borçlar hukukunun genel prensiplerinden hareket edildiğinde muvazaa zaten içerisinde yaptırım içeren hukuki bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu yaptırım görünüşteki işlemin geçersiz olmasıdır. Kaldı ki Yargıtayın bu yöndeki kararları, muvazaalı meslek edinilmiş ödünç iş ilişkilerinin kurulmasına teşvik niteliğini de taşıyacaktır. Zira muvazaalı ilişki kurmayan işveren, yaptığı ödemelere sadece kendisi katlanacakken, muvazaalı hukuki ilişki kuran işveren, yaptığı ödemelerin yarısını başka birine rücu etme olanağına kavuşmaktadır ki, bu durum hiç kuşkusuz haksız rekabete yol açacaktır.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde başvuru nedenlerine aykırılık her zaman için muvazaa oluşturamayabilecektir. Gerçekten daha önce de ifade edildiği üzere İş Kanununun 7. maddesinde başvuru nedenlerinin gerçekten var olup olmadığını tespit bakımından çeşitli güçlüklerle karşılaşılması olasıdır. Zira ilgili başvuru nedenlerinde geçen 'işletmenin günlük işçilerinden sayılmayan ve aralıklı gördürülen işler', 'işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması', 'dönemsellik arz eden iş artışları' ibareleri belirsizlikler içermektedir. Dolayısıyla ödünç alan işverenle özel istihdam bürosunun amacı, aslında ödünç alan işverenin ödünç işçiyi bizzat istihdam etmesi gereken bir durumun varlığında, bu durumu gizleyerek meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin arkasına gizlemek olmayabilir. Taraflar başvuru nedenlerinin varlığı konusunda yanlış bir değerlendirme sonucu, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi de kurmuş olabilirler. Bu gibi hallerde uygulanacak yaptırım açısından muvazaa yaptırımının aynen benimsenmesi somut olayın özelliğine uygun düşmeyebilecektir. Muvazaanın varlığı halinde kabul edilen yaptırım, işçinin en başından itibaren ödünç alan işverenin işçisi gibi sayılarak işlem görmesidir. Ancak kişilerin başvuru nedenlerinin varlığı konusunda yaptıkları yanlış değerlendirmeye, ödünç işçinin en başından itibaren ödünç alan işverenin işçisi sayılacağı sonucunun bağlanması, ödünç alan işverenin mağduriyetine yol açabilecektir. Aynı zamanda örneğin üniversitelerin tatil döneminde ödünç süresi içinde çalışma niyeti olan yahut kısa dönem için çalışma amacını taşıyan benzer konumdaki ödünç işçilerin menfaatine de hizmet etmeyebilecektir. Benzer bir tartışma kanuna aykırı kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisi açısından da yapılmıştır. Kanuna aykırı kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisine uygulanacak yaptırım açısından öğretide varılan sonucun¹²³, başvuru nedenlerine aykırı olarak kurulan meslek edinilmiş ödünç

¹²³ Kanuna aykırı olarak kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisine uygulanacak yaptırım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; *Süzek*, 175-176. *Ekonomi*, 32-33.

iş ilişkilerine de uygulanması yerinde olacaktır. Bu bakımdan somut olayın özelliğine göre meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin taraflarının, ödünç alan işverenin istihdam etmesi gereken bir işçiyi, özel istihdam bürosunun işçisi gibi gösterme niyetinin bulunmadığı tespit edilebildiği ölçüde, sadece işçi sağlama sözleşmesine ileriye dönük geçersizlik yaptırımını uygulanmalıdır. Buna karşılık özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin bundan etkilenmediğinin kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Bununla birlikte somut olayın özelliğine göre hukuka aykırı olarak kurulan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine de muvazaa yaptırımının uygulanması gerekebilir. Örneğin bir özel istihdam bürosu meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurmak için gerekli izne sahip değilse veya gerekli izni kaybetmiş olmasına rağmen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurmaktaysa, bu gibi durumlarda ortaya çıkan hukuka aykırılık halinde muvazaa yaptırımını uygulanmalıdır. Türkiye İş Kurumu Kanununda özel istihdam bürosuna meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin verilmesi iş aracılığı kurma yetkisi alma imkanına kıyasla katı şartlara tabi tutulmuş olup, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin iptali halinde daha önce kurulan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkilerinin ne yönde etkileneceği düzenlenmiştir. Buna göre işçi sağlama sözleşmesi, süresinin sonuna kadar devam edecekse de, işçi sağlama sözleşmesinin sona ermesinden sonra ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında çalışmaya devamı halinde ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında iş sözleşmesinin kurulduğunun varsayılacağı düzenlenmiştir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin iptalinden önce kurulan işçi sağlama sözleşmesi ve iş sözleşmesi açısından bu yönde bir düzenleme varken, hiç yetkinin var olmadığı durumlarda sadece meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin içerdiği hukuki ilişkilerin geçersizliği sonucuna ulaşmak ödünç işçileri korumayı hedeflediği gerekçesinden anlaşılan 6715 sayılı kanununun amacıyla bağdaşmayacaktır. Başka bir deyişle özel istihdam bürosunun veya başka kişi ve kuruluşların, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisine sahip olmaksızın bu faaliyeti yürütmesi halinde, Yargıtayın 6715 sayılı kanundan önce meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili verdiği kararlardan hareket edilmelidir. 6715 sayılı kanundan önceki dönemde verilen Yargıtay kararları da dikkate alındığında, ödünç işçilerin en başından itibaren ödünç alan işverenlerin işçisi sayılması en isabetli ve güvence sağlayan sonuç olacaktır.

bb) Süreye aykırılık halinde uygulanacak yaptırım

Özel istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında işçi sağlama sözleşmesi bağlanırken, mutlaka işçi sağlama sözleşmesinin başlangıç ve bitiş tarihinin belirtileceği kanunda düzenlenmiştir (md.7/11). Diğer bir

deyişle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ister süre sınırı öngörülmüş, ister süre sınırı öngörülmemiş olan başvuru nedenlerine dayanılarak kurulsun, her durumda geçici bir süre için kurulacaktır. Bu durum meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin geçici nitelikteki karakterinin de bir gereğidir. Süre sınırı öngörülen haller bakımından azami süre en fazla oniki ay iken, süre sınırı olmayan hallerde işin niteliğine göre işçi sağlama sözleşmesinin devam edeceği süre belirlenecektir. İşçi sağlama sözleşmesinde öngörülen sürenin dolmasına rağmen ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi halinde hiç kuşkusuz ki bir yaptırımın uygulanması gerekecektir. 6715 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu işçi sağlama sözleşmesinde öngörülen yahut kanunda belirlenen azami sürenin aşılmasına rağmen ödünç işçinin ödünç alan işveren işyerinde çalışması durumuna ilişkin olarak hem idari yaptırım hem hukuki yaptırım getirilmiştir.

Türkiye İş Kurumu Kanunu md.18/2 uyarınca meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesinde belirtilen sürelerle uyulmaması, özel istihdam bürosuna verilen geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin iptalinde dikkate alınabilmektedir. Özel istihdam bürosu, İş Kanunu md.7'deki sürelerle iki yıllık süre içinde üç kez uymayacak olursa, geçici iş ilişkisi kurma yetkisi iptal edilecektir. İki yıllık süre, İş Kanununda öngörülen süre sınırına uyulmayan son fiilin tespit tarihinden geriye doğru gidilerek belirlenecektir. Türkiye İş Kurumu Kanununda belirtilen bu durum, süre sınırı öngörülen başvuru nedenleri bakımından azami süre sınırının aşılması halinde uygulanabilecektir. Ayrıca İş Kanunu md.99/1-b. bendinde İş Kanununun 7. maddesindeki ilke ve yükümlülöklere aykırı olarak ödünç işçi çalıştıran işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için iki yüz elli Türk Lirası idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla işçi sağlama sözleşmesinde öngörülen süreye veya kanundaki süre sınırına aykırı davranılması halinde de değinilen idari para cezası uygulanabilecektir.

Süreye aykırılık halinde uygulanacak hukuki yaptırım ise İş Kanunu md.7/13'de düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca, "Sözleşmede belirtilen sürenin dolmasına rağmen geçici iş ilişkisinin devam etmesi hâlinde, geçici işçi çalıştıran işveren ile işçi arasında sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılır. Bu durumda özel istihdam bürosu işçinin geçici iş ilişkisinden kaynaklanan ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden sözleşme süresiyle sınırlı olmak üzere sorumludur". Düzenleme kapsamında, süre dolduktan sonra işçinin ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi halinde, işçi sağlama sözleşmesinin sona erme tarihinden itibaren ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulduğu kabul edilmiştir.

Ancak süre sınırı sona erdikten sonra işçinin ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi, geçici bir süre için meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmadığına¹²⁴ ve bu itibarla somut olayın özelliğine göre muvazaalı bir hukuki ilişkinin kurulduğuna işaret edebilir. Böyle bir durumda başvuru nedenlerine aykırılık başlığı altında da değinildiği üzere muvazaanın genel yaptırımının uygulanması ve işçinin en başından itibaren ödünç alan işverenin işçisi gibi kabul edileceğinin benimsenmesi daha uygun olurdu. Nitekim 18.01.2010 tarihinde ‘Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı’nın sekizinci maddesi ile İş Kanununa eklenmek istenen md.7/A, ödünç işçileri daha fazla koruyan hükümler içermekteydi. Söz konusu tasarıda ilgili maddenin beşinci fıkrasında, “Aynı işçi için, aynı işverenle yapılacak geçici iş ilişkisi sözleşmelerinin toplam süresi onsekiz ayı geçemez. Bu süreyi geçen çalıştırma, iş sözleşmesinin ve geçici iş ilişkisi sözleşmesinin yazılı olarak yapılmaması veya sözleşmede belirtilen sürenin dolmasına rağmen devam eden çalıştırma durumlarında, devredilen işverenle işçi arasında, başlangıçtan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş olur” ifadeleri geçmekteydi. Bu yönde bir düzenlemenin yapılması genel hükümlerimize daha uygun olacağı gibi, ödünç işçinin korunmasına hizmet edecektir. Bu itibarla İş Kanununun 7. maddesinin 13. fıkrasının bu doğrultuda yeniden düzenlenmesi isabetli olacaktır.

İş Kanunu md.7/13, mevcut haliyle çeşitli çekinceleri içermektedir. Öğretide de isabetli olarak belirtildiği üzere, işçi sağlama sözleşmesindeki sürenin dolduğu andan itibaren ödünç alan işverenle iş sözleşmesi kurulduğu kabul edildiğinden işçinin kıdemi parçalanmıştır¹²⁵. Somut olayın özelliğine göre muvazaa dahi oluşturabilecek bu durum açısından ödünç alan işverenin, deyim yerindeyse avantajlı konuma getirilmesine bir gerekçe bulmak oldukça güçtür. Ayrıca İş Kanununun ilgili hükmünde, ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında iş sözleşmesinin kurulduğu haller bakımından özel istihdam bürosunun ödünç işçinin alacaklarından sorumluluğunun ve ödünç işçiye yönelik tabi olduğu yükümlülüklerinin işçi sağlama sözleşmesinin süresiyle sınırlı olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm de hukuki açıdan sorunludur. Nitekim işçi sağlama sözleşmesi esnasında işçinin işvereni özel istihdam bürosu olduğundan, özel istihdam bürosunun sorumluluğunun işçi sağlama sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar devam edeceğinin düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır. Değinilen düzenleme ancak işçi sağlama sözleşmesinin süresi içinde ödünç işçinin alacaklarından ve ödünç işçiye

¹²⁴ *Kock*, BeckOK ArbR, AÜG §1, Rn.54.

¹²⁵ *Doğan Yenisey*, 156.

yönelik kanuni yükümlülüklerden ödünç alan işverenin özel istihdam bürosu ile birlikte sorumlu olacağı yönünde kaleme alındığı takdirde tutarlı ve hukuki açıdan kabul edilebilir hale gelecektir¹²⁶.

4. MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN BİREYSEL İŞ HUKUKU AÇISINDAN DOĞURDUĞU HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER

İş Kanununun 7. maddesinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin bireysel iş hukukunda doğurduğu etkilerin birçoğu düzenleme konusu yapılmıştır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasıyla birlikte ödünç işçinin, iş görme edimini ödünç alan işverene karşı yerine getireceği görülmektedir. Diğer bir deyişle ödünç işçi, iş görme edimini ödünç alan işveren nam ve hesabına ifa etmektedir¹²⁷. Nitekim İş Kanunu md.7/14'de yer alan "Geçici işçi, işyerine ve işe ilişkin olmak kaydıyla kusuru ile neden olduğu zarardan, geçici işçi çalıştıran işverene karşı sorumludur" ifadesi de, ödünç işçinin ödünç alan işveren adına iş görme edimini yerine getirdiğini doğrulamaktadır. Aynı zamanda değinilen düzenlemeden ödünç işçinin iş görme edimini özenle yerine getirme yükümlülüğünün devam ettiği de anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle ödünç işçinin ödünç alan işverene karşı özen borcu da varlığını korumaktadır¹²⁸.

Aynı zamanda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi üç taraflı bir ilişki olmakla birlikte ödünç işçinin hem işvereni özel istihdam bürosuna hem de yanında iş görme edimini yerine getirdiği ödünç alan işverene yönelik sadakat borcu ortaya çıkmaktadır. İşçinin özel istihdam bürosu yanında fiilen bir çalışması bulunmasa da özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında bir iş sözleşmesi vardır ve sadakat borcu işçinin iş sözleşmesinden doğan borçları arasında yer almaktadır¹²⁹. Bununla birlikte ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında iş sözleşmesi benzeri bir ilişki kurulmaktadır. Bu itibarla ödünç işçinin ödünç alan işverene karşı da sadakat borcu doğmaktadır. Dolayısıyla ödünç işçinin, hem özel istihdam bürosuna hem de ödünç alan işverene karşı sadakat borcu bulunduğundan, ödünç işçi açısından çifte sadakat borcunun varlığından söz edilebilir¹³⁰. Sadakat borcunun gereği olarak ödünç işçi, özel istihdam bürosunun ve ödünç alan işverenin çıkarlarını koruma, her iki işverene de ekonomik, ticari veya mesleki bakımdan zarar verebilecek

¹²⁶ *Doğan Yenisey*, 156-157.

¹²⁷ *Caniklioğlu*, Hukuki Sonuçlar, 130.

¹²⁸ *Süzek*, 315. *Akyiğit*, 127.

¹²⁹ *Odaman*, 113.

¹³⁰ *Akyiğit*, 131.

davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altına girmektedir¹³¹. Bu kapsamda ele alınması gereken bir konu da ödünç işçi ile özel istihdam bürosunun rekabet yasağı sözleşmesi bağitlayıp bağitlayamayacağıdır.

Avrupa Birliğinin Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi Hakkında 2008/104/EC No.lu Direktifinin 6. maddesi, ödünç işçilerin ödünç alan işverenlerin yanında belirsiz süreli iş sözleşmesine dayanan klasik istihdam biçimine geçmelerine yardımcı olmak üzere çeşitli hükümler içermektedir. Bu bağlamda direktife göre, ödünç alan işverenin işyerinde sürekli iş arayan diğer kişilerle aynı fırsattan yararlanmaları için ödünç işçiler, ödünç alan işverenin işyerindeki boş pozisyonlarla ilgili olarak bilgilendirileceklerdir (md.6/1). Ayrıca üye devletler, ödünç süresinin sona ermesinden sonra ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında, istihdam ilişkisi kurulmasını veya iş sözleşmesi bağitlanmasını önleyen veya yasaklayan herhangi bir sözleşme hükmünün, geçersiz ve hükümsüz olmasını sağlamak üzere gerekli olan önlemleri alacaklardır (md.6/2). Direktifteki düzenlemelerle aynı doğrultudaki hükümler, İş Kanunumuz ve Türkiye İş Kurumu Kanununda yer almaktadır. İş Kanunu md.7/9-b. bendi uyarınca ödünç alan işveren, işyerindeki açık pozisyonları ödünç işçiye bildirmekle yükümlüdür. Türkiye İş Kurumu Kanunu md.19/4-c. bendine göre de “Bir işverenin veya iş arayanın, iş yerleştirme faaliyeti için diğer özel istihdam bürolarından veya Kurumdan hizmet almalarını engelleyen anlaşmalar” geçersizdir. Dolayısıyla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin aynı zamanda kişilerin klasik istihdama geçişlerine yardımcı olma amacının var olduğu, gerek kanunumuzda gerek Avrupa Birliğinin konuya ilişkin direktifinde yer alan düzenlemelerden anlaşılmakta olup, ödünç işçi ile rekabet yasağı sözleşmesi bağitlanamayacağı sonucuna varılmaktadır. Nitekim meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından özel istihdam bürosu ile ödünç alan işverenler aynı işkolunda çalışmadığından ötürü bir rekabetin mevcudiyetinden söz edilemez ve dolayısıyla da rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmasında özel istihdam bürosunun haklı bir çıkarı da bulunmamaktadır¹³². Bu çerçevede özel istihdam bürosunun, bir zamanlar kendisinden ödünç işçi almış olan müşterisinin işletmesine rakip olduğu ileri sürülemez¹³³. Aynı şekilde direktifteki ve kanundaki hükümler dikkate alındığında ödünç işçinin iş arama olanağı kısıtlanamayacağından, özel istihdam bürosunun ödünç işçiyle başka özel istihdam bürolarının yanında çalışılmayacağı yönünde rekabet yasağı sözleşmesi bağitlaması da kabul edilebilir bir gerekçeye oturtulamayacaktır.

¹³¹ *Süzek*, 378.

¹³² *Odaman*, 132.

¹³³ *Akyiğit*, 135.

İş Kanunu md.7/9-a. bendi ile Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği md.9/1-a. hükmü uyarınca da işin gereği ve işçi sağlama sözleşmesine uygun olarak ödünç alan işverenin ödünç işçiye talimat verme yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Ödünç alan işverenin yönetim hakkı özellikle iş görme ediminin somutlaştırılmasına yönelik olacaktır. Bu kapsamda, ödünç işçinin işyerinin belli bir yerinde belli bir işle görevlendirilmesi, günlük çalışma sürelerinin ve ara dinlenmelerin belirlenmesi yer almaktadır. Aynı zamanda işyerindeki disiplin ve düzenin oturtulması kapsamında ödünç alan işveren ödünç işçinin işyerindeki davranışlarıyla da ilgili emir ve talimat verebilecektir¹³⁴. Bununla birlikte özel istihdam bürosunun da sınırlı durumlarla ilgili olarak emir ve talimat verme yetkisi devam etmektedir. Nitekim İş Kanunu md.7/9-a. bendi kapsamında da tüm yönetim hakkının ödünç alan işverene geçtiği anlamının çıkarılabileceği olanaklı değildir. Diğer bir deyişle işin görülmesiyle doğrudan bağlantılı olmayan hususlarla ilgili olarak, örneğin işçi sağlama sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa ödünç işçinin geri çağırılması ve başkasıyla değiştirmesi, yıllık iznin kullan(dır)ılması gibi konularda özel istihdam bürosunun yönetim hakkı varlığını koruyacaktır¹³⁵.

Kanunumuzdaki hükümlerden ücret ödeme borcunun ise özel istihdam bürosuna ait olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Türkiye İş Kurumu Kanunu md.18/2-b. bendine göre özel istihdam bürosu tarafından istihdam edilen ödünç işçilerin %10'unun ücretinin, ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmemesi, md.18/2-c. bendi uyarınca da bir yıl içinde en az bir işçinin ücretinin, en az üç defa sözleşme ile belirlenen ücretin altında ödenmesi veya süresinde ödenmemesi, özel istihdam bürosuna verilen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin iptal nedenleri arasında düzenlenmiştir. Bu doğrultudaki hükümler, ücret ödeme borcunun doğrudan muhatabının özel istihdam bürosu olduğuna işaret etmektedir¹³⁶. Aynı zamanda İş Kanunu md.7/8'de de "Geçici işçi, geçici işçi çalıştıran işverenden özel istihdam bürosunun hizmet bedeline mahsup edilmek üzere avans veya borç alamaz" ifadesi yer almaktadır. Bu hükümde, ödünç alan işverenin işçi sağlama sözleşmesi gereği ödeme yükümlülüğü altına girdiği ücreti sadece özel istihdam bürosuna ödeyerek borcundan kurtulabileceğini göstermektedir. Aksi takdirde ödünç işçiye yapmış olduğu ödemeler, ödünç alan işverenin özel istihdam bürosu karşısında sorumluluğunu hafifletmeyecektir. Diğer bir deyişle İş Kanunundaki düzenlemenin aksinden,

¹³⁴ *Süzek*, 316.

¹³⁵ *Akyiğit*, Sosyal, 18. *Çelik-Caniklioğlu-Canbolat*, 179. *Başmanav*, 147.

¹³⁶ *Odaman*, Yeni Düzenlemeler, 52.

ödünç işçiye ücret ödeme yükümlülüğünün özel istihdam bürosuna ait olduğu teyit edilmektedir.

Bununla birlikte kanunun bütününe hakim olan anlayış, ödünç işçinin ücret alacağı bakımından da karşımıza çıkmaktadır. 6715 sayılı kanunla getirilen düzenlemelerde ödünç işçinin ücret alacağı karşısında özel istihdam bürosu ile ödünç alan işverenin müteselsil sorumluluğundan kaçınıldığı belirlenmektedir. Sadece İş Kanunu md.7/2-f. bendi kapsamında kurulan ödünç iş ilişkileri bakımından ödünç alan işveren açısından da sorumluluk öngörülmüştür. İş Kanunu md.7/12 uyarınca “İkinci fıkranın (f) bendi kapsamında kurulan geçici iş ilişkisinde, geçici işçi çalıştıran işveren işyerinde bir ayın üzerinde çalışan geçici işçilerin ücretlerinin ödenip ödenmediğini çalıştığı süre boyunca her ay kontrol etmekle, özel istihdam bürosu ise ücretin ödendiğini gösteren belgeleri aylık olarak geçici işçi çalıştıran işverene ibraz etmekle yükümlüdür. Geçici işçi çalıştıran işveren, ödenmeyen ücretler mevcut ise bunlar ödenene kadar özel istihdam bürosunun alacağını ödemeyerek, özel istihdam bürosunun alacağından mahsup etmek kaydıyla geçici işçilerin en çok üç aya kadar olan ücretlerini doğrudan işçilerin banka hesabına yatırır”. Öngörülen sorumluluk yalnızca ödenmeyen ücretlerle sınırlanmıştır. Ancak burada ücretten anlaşılması gereken geniş anlamda ücret olmalıdır. Diğer bir deyişle sadece işçinin temel ücreti değil, fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, para ve para ile ölçülmesi mümkün ek ücretleri de ödenmediği takdirde ödünç alan işverenin sorumlu olduğu benimsenmelidir. İş Kanunu md.7/2-f. bendi kapsamında kurulan ödünç iş ilişkileri ile ilgili getirilen hüküm duraksamaya yol açacak niteliktedir. Zira ödünç alan işverenin sorumluluğu sadece ödünç işçilerin en çok üç aya kadar olan ücretleri ile sınırlandırılmıştır. Ödünç alan işverenlerin özel istihdam bürosu ile müteselsil sorumluluğu getirilmemiştir¹³⁷. Dolayısıyla kanun koyucunun bir yandan işçinin çalıştığı tüm süre için kontrol yükümlülüğü getirip, ardından sadece ödünç işçinin üç aylık ücretiyle sorumluluğu sınırlandırması tutarsız bir nitelik kazanmaktadır. Bu itibarla kanunda asıl işveren alt işveren ilişkisinde olduğu gibi (İş Kanunu md.36/son) ödünç alan işverene, işçinin kendisinde çalıştığı tüm süredeki ödenmeyen ücreti için özel istihdam bürosuna yapacağı ödemeden kesinti yapabilmesi imkanının tanınması çok daha yerinde olacaktır¹³⁸.

İş Kanunu md.7/son'da meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi kaleme alınmıştır. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair hükümde, “İşçisini

¹³⁷ *Süzek*, 430.

¹³⁸ *Çelik-Caniklioğlu-Canbolat*, 183-184.

geçici olarak devreden işverenin ücret ödeme yükümlülüğü devam eder. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden, devreden işveren ile birlikte sorumludur” ifadesi geçmektedir. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi bakımından ödünç işçi karşısında özellikle ücret, işçiyi gözetme borcu gibi önemli konularda ödünç veren işveren ile ödünç alan işverenin müteselsil sorumlu olduğunun kabul edilmesi doğrudur ve işçinin korunmasına hizmet eder. Ancak daha güvencesiz bir ilişki olarak görülen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair hükümlerde müteselsil sorumluluğun düzenlenmesinden kaçınılması ciddi bir çelişki olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi açısından öngörülen müteselsil sorumluluğun, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından da getirilerek, ödünç iş ilişkisinin hangi türüne göre ödünç alan işveren yanında çalışıklarına bakılmaksızın ödünç işçi sıfatını taşıyan tüm işçilerin aynı koruma şemsiyesi altına alınması tutarlılık sağlayacaktır. Aynı zamanda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanım ihtimalini de en aza indirecektir¹³⁹.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin bireysel iş hukuku bakımından etkilerini doğurduğu işverenin eşit işlem borcu ile işçiyi gözetme borcu konularının ise öneminden dolayı ayrı başlıklar altında incelenmesi uygun olacaktır.

a) Eşit işlem borcu bakımından

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında eşit işlem borcu en tartışmalı konulardan biri olmuştur. Nitekim eşit işlem borcunun kabul edilip edilmeyeceği yahut ne şekilde kabul edileceği tartışması nedeniyle Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi Hakkında 2008/104/EC No.lu Avrupa Birliği Direktifi ancak 2008 yılına kabul edilebilmiştir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik direktif hazırlama çabaları 1995 yılından itibaren başlamış olup, 2002 yılında hazırlanan direktif tasarısı ile bu yönde bir adım atılmıştı. Ancak 2002 yılından itibaren başta İngiltere olmak üzere birkaç Avrupa

¹³⁹ *Süzek*, 316. *Doğan Yenisey*, 165-166 . *Özdemir*, 29. Her ne kadar 6715 sayılı kanunla değişik 4857 sayılı İş Kanunu md.7’de ödünç işçinin ücret alacağı bakımından özel istihdam bürosu ile ödünç alan işverenin müteselsil sorumluluğundan kaçınıldığı izlenimi uyanmaktaysa da, sosyal sigorta primlerinden ötürü müteselsil sorumluluk devam etmektedir. Zira 5510 sayılı kanun uyarınca “4857 sayılı İş Kanununda tanımlanan geçici iş ilişkisi kurulan işveren, bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur” (md.12/2). İlgili hüküm sadece İş Kanunu md.7 kapsamında kurulan ödünç iş ilişkisine atıf yaptığından, kurulan ödünç iş ilişkisinin meslek edinilmiş nitelik taşıyıp taşıyımaması önemli değildir (*Çelik-Caniklioğlu-Canbolat*, 184).

Birliği üyesi ülke, eşit işlem ilkesinin düzenleme biçiminden ötürü hazırlanan direktif tasarısının direktif haline gelmesini engellemekteydi. Bununla birlikte Mayıs 2008'de İngiltere'de sosyal tarafların eşit işlem ilkesinin uygulama biçimi konusunda uzlaşmaya varması ve ardından Avrupa düzeyindeki sosyal taraflardan Eurociett ile Uni-Europa'nın uzlaşmaya varmasıyla eşit işlem ilkesinin ne şekilde düzenleneceği konusundaki engel ortadan kalkmıştır¹⁴⁰. Yaşanan gelişmeler neticesinde yıllardan beri deyim yerindeyse askıda bekletilen direktif tasarısı hızlı bir biçimde değiştirilerek 19 Kasım 2008 tarihinde oyçokluğuyla kabul edilmiş olup, direktifin en temel düzenlemesi olan eşit işlem ilkesine beşinci maddede yer verilmiştir.

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 olsaydılar uygulanacak olan koşullar şeklinde belirlenmiştir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde muhtemel kötüye kullanımın işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu özel istihdam bürosundan değil de, işçinin yanında iş görme edimini yerine getirdiği, emir ve talimatı altında çalıştığı ödünç alan işverenden kaynaklanması daha olasıdır. Bu itibarla eşit işlem borcu bakımından bağlama noktasını, özel istihdam bürosu değil, ödünç alan işveren ve işyeri oluşturur. Bu nedendir ki direktifte, ödünç işçiler bakımından eşit işlem borcunun uygulanmasında, ödünç alan işverenin işyerindeki temel istihdam ve çalışma koşullarının uygulanması gerektiği öngörülmüştür. Yapılan açıklamalar çerçevesinde ödünç işçinin, ödünç süresince tabi olacağı temel istihdam ve çalışma koşulları, ödünç alan işverenin işyerinde aynı işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçisine uyguladığı, ödünç alanın aynı işte çalışan işçisi mevcut bulunmaktaysa olsaydı uygulayacağı şartlar olacaktır¹⁴¹. Diğer bir deyişle ödünç alan işveren işyerinde aynı işte görevli bir işçinin olduğu durumlarda, ödünç işçinin temel istihdam ve çalışma koşulları bu işçi dikkate alınarak belirlenecektir. Ödünç alan işveren işyerinde emsal olarak dikkate alınabilecek birden çok işçi mevcutsa, ödünç işçinin temel istihdam ve çalışma

¹⁴⁰ *Mckay*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/11/articles/EU0811029I.htm>, 11.09.2016. 28 Mayıs 2008 tarihinde geçici istihdam bürolarını temsil eden Euro-CIETT ile Avrupa sendika hareketindeki baş aktörlerden biri olan UNI-Europa, direktif önerisine yönelik ortak bir bildiri üzerinde uzlaşarak, eşit işlem ilkesinin ödünç işçilere ilk günden itibaren uygulanması gerektiği konusunda mutabık kalmışlardır. Uzlaşma metninde bu ilkeye, ulusal düzeyde sosyal taraf temsilcilerinin anlaşmasıyla örneğin bekleme süresi gibi muhtemel bir takım istisnaların getirilebilmesi olanağının tanınması gerektiği de ifade edilmiştir (*Telljohann-Dazzi*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/06/articles/eu0806029i.htm>, 11.09.2016).

¹⁴¹ *Kabakcı*, 83, 102. *Doğan Yenisey*, 159, 161.

koşulları bakımından işe son giren emsal işçinin şartlarının dikkate alınması, bu kabulden ayrılmayı haklı kılan bir durum mevcut olmadığı sürece, isabetli olacaktır. Ödünç alan işveren işyerinde, ödünç işçinin çalıştırılacağı işte çalışan emsal bir işçinin bulunmaması halinde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer bir işi üstlenen işçi göz önüne alınarak ödünç işçinin tabi olacağı temel istihdam ve çalışma koşulları belirlenmelidir¹⁴². Görüldüğü üzere direktifte, mevcut ayırım yasaklarına dair düzenlemelerde yer alan karşılaştırma kriterlerinin çok ötesine geçilmiştir¹⁴³.

Direktifte öngörüldüğü anlamda eşit işlem ilkesi, sadece ödünç süresince devreye girecek ve uygulanacaktır. Bu itibarla ödünç işçinin özel istihdam bürosu tarafından belirsiz süreli iş sözleşmesiyle yahut ödünç süresiyle sınırlı olmamakla birlikte belirli süreli iş sözleşmesiyle istihdam edildiği hallerde, işçinin ödünç verilmediği dönemler bakımından ödünç verildiği dönemde uygulanan temel istihdam ve çalışma koşullarının devam edeceğinden söz edilemez. İşçinin ödünç verilmediği dönemlerde ücreti dahil çalışma koşulları, özel istihdam bürosu ile bağitlanan iş sözleşmesine göre belirlenecektir. Bu kapsamda örneğin ödünç işçinin, ödünç verilmediği dönemler için daha düşük ücret alacağı iş sözleşmesinde kararlaştırılabilecektir¹⁴⁴. Ancak ödünç işçinin sembolik bir ücret alacağını yahut ücretsiz izne çıkarılacağını öngören iş sözleşmesi hükümleri, TBK md.20-25’de düzenlenen genel işlem koşullarına yönelik getirilen denetimler, özellikle içerik denetimi çerçevesinde geçersiz sayılmalıdır. Zira iş sözleşmesinin belirleyici özelliklerinden biri, işverene bağımlı olarak çalışan, işverenin ortağı olmayan veya işverenle serbest meslek faaliyeti içerisinde bulunmayan işçinin, ücreti aşan kazanç şansından feragat etmesi, buna karşılık zarara ortak olma riskinden de kurtulmasıdır. Buna uygun olarak işçi belirli bir işin sonucunu üstlenmemekte, işverenin talimatına göre iş görme edimini yerine getirme yükümlülüğü altına girmektedir. Dolayısıyla işçiye gördürecek işin olmaması ya da işçinin çalışmasının ekonomik olarak bir katkısının olmaması riski işverene ait olmaktadır¹⁴⁵. İşverene ait olan işletme riski, işçinin üzerine bırakılamaz. Bu bakımdan ödünç işçiye, ödünç verilmediği dönemlerde de iş sözleşmesinin devam ettiği hallerde ülkede geçerli olan asgari ücretin altına düşmemek üzere ücret ödemesine devam edilmesi gerekmektedir¹⁴⁶.

¹⁴² *Kabakcı*, 85. *Kock*, BeckOK ArbR, AÜG §9, Rn.25. *Başmanav*, 163.

¹⁴³ *Doğan Yenisey*, 159.

¹⁴⁴ *Kock*, BeckOK ArbR, AÜG §9, Rn.26.

¹⁴⁵ *Alp*, 362-363. *Şen*, 175.

¹⁴⁶ *Kock*, BeckOK ArbR, AÜG §9, Rn.26.

Direktifte temel istihdam ve çalışma koşullarının tanımına md.3/1-f hükmünde yer verilmiştir. Direktifte çalışma koşulları konusunda tartışmaların önüne geçebilmek için, temel istihdam ve çalışma koşullarının nelerden ibaret olduğu sınırlı sayı prensibi kapsamında sayılmıştır¹⁴⁷. Ödünç alan işverenin işyerinde uygulanması gereken 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 hususlar temel istihdam ve çalışma koşulları olarak kabul edilmiştir (md.3/1-f).

Temel istihdam ve çalışma koşulları arasında ücrette sayıldığından ödünç alan işverenin işçisi ile ödünç işçiye aynı ücretin ödenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Ücretin ise geniş bir şekilde anlaşılması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle sadece temel ücret bakımından değil, ayni ve nakdi tüm ek ödemeler bakımından da ödünç işçi eşit işlem borcundan yararlanabilecektir¹⁴⁸. Ödünç alan işveren işyerinde ayni ödemeler de mevcutsa, örneğin barınma imkanı veriliyor yahut daimi işçiye kullanımı için cep telefonu tahsis ediliyorsa, ayni ödemenin ödünç işçiye fiilen sağlanmasının günlük yarattığı durumlarda ayni ödemenin nakdi değeri belirlenmeli ve ödünç işçi de bu ödemelerden yararlandırılmalıdır. Ödünç alan işveren işyerinde ek ödemelerden yararlanabilmesi ödünç alan işverenin işyerinde belirli bir süre çalışma koşuluna bağlanmışsa, ödünç işçinin de talep hakkına kavuşabilmesi için daimi işçiler gibi öngörülen koşulu, süreyi tamamlaması gerekecektir¹⁴⁹. Ücret açısından eşit işlem ilkesinin getirilmesinin temelinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılmasını engelleme düşüncesi yatmaktadır. Diğer bir ifadeyle ödünç alan işverenler tarafından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi yoluyla daha düşük ücretle işçi çalıştırılmasının önüne geçilmesi, ücret avantajı ortadan kaldırılarak ödünç alan işverenlerin gerçekten esneklik aracı olarak geçici işgücü ihtiyacını gidermek için stratejik amaçlarla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine başvurmalarının sağlanması hedeflenmektedir¹⁵⁰. Ayrıca ödünç alan işverenin kendi işçilerine sağlanan kantinden yararlanma, yemek servisi, ulaşım, kreş ve diğer benzeri kolektif imkanlardan ödünç işçiler de ayrımı haklı kılan objektif bir neden bulunmadıkça aynen yararlanacaktır (Direktif md.6/4)¹⁵¹. Başta ücret olmak üzere diğer istihdam ve çalışma koşulları

¹⁴⁷ *Kabakcı*, 84. *Doğan Yenisey*, 159-160.

¹⁴⁸ *Alpagut*, 360.

¹⁴⁹ *Kock*, BeckOK ArbR, AÜG §9, Rn.15b, 21.

¹⁵⁰ *Civan*, 598-599.

¹⁵¹ *Hekimler*, Direktif, 51.

bakımından eşit işlem ilkesinin uygulanmasında bekleme süresi öngörülmemiştir. Bunun anlamı ödünç işçinin, ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaya başladığı ilk günden itibaren eşit işlem ilkesinden yararlanacağıdır¹⁵².

Direktifin 5. maddesinin birinci fıkrası, eşit işlem ilkesinin uygulanmasına yönelik temel prensibi içermektedir. Bununla birlikte 5. maddenin devamında eşit işlem ilkesinin uygulanmasına çeşitli istisnalar getirilmiş fakat bu istisnaların uygulanması üye devletlerin takdirine bırakılmıştır. Direktif md.5/2 uyarınca sadece ödünç işçiye ödenecek ücret açısından üye ülkelerde öngörülebilecek bir istisna hükmüne yer verilmiştir. Buna göre üye devletler sosyal taraflara danıştıktan sonra, ödünç işçilerin özel istihdam bürosu ile ödünç verilmediği dönemlerde de ücretin ödenmeye devam ettiği belirsiz süreli iş sözleşmesine sahip olduğu durumlarda, birinci fıkrada belirtilmiş olan temel ilkeye istisna öngörebileceklerdir (md.5/2). Öngörülen istisnada belirsiz süreli iş sözleşmesinin getirdiği olanakların ödünç işçiye gerekli güvenceyi sağlayacağı düşüncesinden hareket edilmiştir¹⁵³. Örneğin Almanya’da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam edilen ödünç işçiler bakımından eşit işlem borcuyla ilgili düzenlemeler, Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Yasa md.3/1-3. no.lu bentte, md.9/1-2. no.lu bentte ve md.10/4’de yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeler kapsamında ödünç işçi, ödünç müddetince ödünç alan işverenin daimi işçisi gibi ödünç alan işveren tarafından istihdam edilseydi tabi olacağı ücret dahil temel istihdam ve çalışma koşulları çerçevesinde çalıştırılabilecektir. Bununla birlikte toplu iş sözleşmeleriyle, kanunda düzenlenen eşit işlem ilkesine istisnalar getirilebileceği öngörülmüştür (AÜG md.3/1-3 no.lu bent, md.9/1-2 no.lu bent).

Almanya’da toplu iş sözleşmeleriyle eşit işlem ilkesine aykırı düzenlemeler getirilmekte olup, uygulamanın genellikle bu yönde şekillendiği görülmektedir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi faaliyetini yerine getiren özel istihdam büroları federal birliği (Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister – BAP) ile Alman işçi sendikaları birliği (Deutsche Gewerkschaftsbund – DGB) 22 Temmuz 2003’den beri ödünç işçilerin ücretlerini belirleyen toplu iş sözleşmeleri bağitlanmaktadır. Bu kapsamda istihdam edilecek ödünç işçiler çeşitli gruplara ayrılmış olup, girdiği gruba

¹⁵² *Mckay*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/11/articles/EU0811029I.htm>, 11.09.2016. *Hekimler*, Direktif, 51. *Lücking*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/07/articles/EU0807049I.htm>, 11.09.2016.

¹⁵³ *Alpagut*, 358.

göre ödünç işçiye ödenecek asgari ücret miktarı belirlenmiştir¹⁵⁴. Almanya’da toplu iş sözleşmeleri ile özellikle ücret dahil temel istihdam ve çalışma koşulları bakımından eşit işlem borcuna istisnalar öngörüldüğünden, ödünç işçilerin ödünç alan işveren işyerindeki emsal işçilere kıyasla çok daha düşük ücret aldığı görülmektedir. Daimi işçilerin aylık brüt ücretlerinin ortalama 2960 Euro civarında olduğu Almanya’da ödünç işçilerin aylık brüt ücretlerinin 1700 Euro civarında olduğu, ödünç işçilerin üçte ikisinin oldukça düşük ücret aldığı, her 100 ödünç işçiden 6’sının ise çok düşük ücret almasından dolayı tamamlayıcı devlet yardımı aldığı ifade edilmektedir¹⁵⁵. Mevcut uygulama kapsamında Almanya’da ücret bakımından eşit işlem ilkesinin içinin boşaltıldığı, ödünç işçinin ücretinin toplu iş sözleşmelerindeki ücret skalasına göre belirlenmesinin kural, kanunda düzenlenen eşit işlem ilkesine göre belirlenmesinin ise istisna haline geldiği belirtilmektedir¹⁵⁶. Diğer deyişle kural istisna, istisna ise kural niteliğini kazanmıştır.

Direktifin beşinci maddesinin 3. ve 4. fıkralarında ise diğer istisna hükümleri yer almakta olup, bu hükümler kapsamında öngörülebilecek istisnalar sadece ücrete özgülenmemiştir. Diğer bir ifadeyle tüm istihdam ve çalışma koşulları açısından istisna getirilebileceği sonucuna varılması olanaklıdır. Her şeyden önce üye devletler, kendi belirledikleri koşullarda ve düzeyde, sosyal taraflara da danıştıktan sonra, sosyal taraflara 5. maddenin birinci fıkrasında öngörülen hükümden farklı olarak ödünç işçilerin istihdam ve çalışma koşullarını belirleyen toplu iş sözleşmeleri bağtlama imkanını verebileceklerdir. Bununla birlikte söz konusu toplu iş sözleşmelerinde ödünç işçilerin korunması göz önünde tutulmalıdır (md.5/3).

Bir üye devlette sosyal taraflara ulusal düzeyde toplu iş sözleşmesi bağtlama imkanı verilmemişse yahut bir toplu iş sözleşmesini bir bölgede veya sektördeki benzer işletmelere teşmil etme imkanını sağlayan bir sistem bulunmuyorsa; üye devletler, sosyal taraflara ulusal düzeyde danıştıktan sonra ve sosyal taraflarca bağtlanan toplu iş sözleşmesi temelinde beşinci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen temel ilkeye istisna öngören düzenlemeler getirebilecektir. Yapılacak düzenlemelerde ödünç işçiler

¹⁵⁴ Almanya’da ödünç işçilere ödenecek asgari ücreti belirleyen skala ve gruplandırma için bkz.; http://www.personaldienstleister.de/fileadmin/user_upload/04_Themen/Tarifvertraege/131018_Entgelttabellen.pdf, 11.09.2016. BAP ile DGB arasında bağtlanan toplu iş sözleşmesi örneği için bkz.; http://www.personaldienstleister.de/fileadmin/user_upload/04_Themen/Tarifvertraege/BAP_Basistarifwerk_Nov13.pdf, 11.09.2016.

¹⁵⁵ http://m.dw.com/de/leiharbeit-auf-rekordh%C3%B6hen/a-19536300?maca=de-newsletter_de_themen-2076-html-newsletter, 11.09.2016.

¹⁵⁶ *Rolfs*, AÜG, Vorbem. Nr.4. *Dütz-Thüsing*, §8, Nr.339.

açısından uygun bir korumanın gözetilmesi gerekmekte olup, istenildiği takdirde eşit işlem ilkesinin uygulanması bakımından bir bekleme süresinin dahi öngörülebilmesine imkan tanınmıştır (md.5/4). Bekleme süresi öngörülebilmesiyle ilgili olarak 28 Kasım 2002 tarihli direktif tasarısının eşit işlem ilkesine istisna getirilmesini öngören hükmü akla gelmektedir. İlgili direktif tasarısında üye devletlere ödünç işçinin, aynı ödünç alan işverenin işyerinde çalışmak üzere 6 haftayı geçmeyen bir dönem için gönderilmesi halinde eşit işlem ilkesinin uygulanmayacağını kararlaştırabilecekleri hükmüne yer verilmiştir¹⁵⁷. Kabul edilen direktifteki düzenleme ile 6 haftayı da aşan bir süre için eşit işlem ilkesinin uygulanmayacağı gerek sosyal taraflarca bağtlanacak toplu iş sözleşmelerinde gerek belli koşullarda üye devletlerin yapacakları düzenlemelerde öngörülebilecektir. Buradaki tek sınır, ödünç işçiler açısından uygun bir koruma düzeyinin sağlanıp sağlanmadığıdır. Eşit işlem ilkesine bağtlanacak toplu iş sözleşmeleri veya üye devletlerce yapılacak düzenlemelerle istisna getirilebileceğinden, bireysel iş sözleşmeleri ile direktifin beşinci maddesinde öngörülen genel ilkenin dışına çıkılması olarak dahilinde değildir¹⁵⁸.

Ülkemizdeki durum ele alınacak olursa öncelikle kanun tasarılarına değinilmesi isabetli olacaktır. 26.06.2009 tarihli ve 5920 sayılı ‘İş Kanunu, İşsizlik Sigortası Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’, Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmiştir. İlgili yasanın gerekçesinde Avrupa Birliğinin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik direktifine gönderme yapılmaktayken yasalaşan metinde istihdam ve çalışma şartlarında eşitlik esasının sağlanması ve dolayısıyla bu eşitliği bozacak uygulamaların yasaklanması yönünde hükümlere yer verilmemesi hususu temel veto gerekçesi olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵⁹. Bu durumun neticesinde 08.01.2010 tarihinde ‘Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı’nın sekizinci maddesinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine dair düzenleme tekrar kaleme alınırken açıkça, “Bu madde kapsamında çalıştırılan işçi ile özel istihdam bürosu ve işçi devri yapılan işveren arasındaki iş ilişkisinde de bu Kanunun 5 inci maddesi uygulanır. Ücret, iş sağlığı ve güvenliği ile işyerinde yapılacak mesleki eğitim ve diğer temel çalışma ve istihdam koşulları açısından geçici iş ilişkisine göre çalışan işçi ile aynı veya eşit değerdeki iş için işyerine yeni alınan işçi arasında ayırım

¹⁵⁷ *Broughton*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/03/feature/eu0303203f.htm>, 11.09.2016.

¹⁵⁸ *Hekimler*, Direktif, 51. *Özdemir*, 27.

¹⁵⁹ <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0731.pdf>, 11.09.2016.

yapılamaz” (md.7/A-3) ifadesine yer verilmiştir. Ancak söz konusu tasarı yasalaşamamış olmakla birlikte, 5920 sayılı kanunun veto gerekçesi ve devamında değinilen taslakta yapılan düzenleme önemlidir.

6715 sayılı kanun tasarısında ise “Geçici işçi çalıştıran işveren; çalışma koşulları açısından işçisiyle emsal iş yapan geçici işçi arasında esaslı bir neden olmadıkça ayırım yapamaz” (İş Kanunu md.7/9-d) ve “Geçici iş ilişkisinde işveren, özel istihdam bürosudur. Özel istihdam bürosu, iş sözleşmesinde yer alan ücretten az olmamak kaydıyla özel istihdam bürosu işçisine, geçici işçi çalıştıran işverenin aynı kıdemi haiz emsal işçisinin aldığı ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki istihkakı geçici çalıştığı dönemle sınırlı olarak ödemek zorundadır” (Türkiye İş Kurumu Kanunu md.19/2) hükümleri yer almaktaydı. Bununla birlikte tasarının yasalaşması esnasında komisyonda söz konusu hükümler tasarıdan çıkarılmış, yerine “Geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı halinde sağlanacak koşulların altında olamaz” (md.7/10) hükmüne yer verilmiştir¹⁶⁰. Genel kurulda da değişiklik olmaksızın eşit işlem borcunu düzenleyen ilgili hüküm aynen kabul edilmiştir.

6715 sayılı kanun tasarısında yer alan ifadeler daha açık bir nitelik taşımakta olup, kanaatimizce Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi Hakkında 2008/104/EC no.lu Avrupa Birliği Direktifi hükümlerine daha uygundur. Mevcut haliyle Türkiye İş Kurumu Kanununda ücret bakımından açıkça eşit işlem borcunu düzenleyen ifadeye yer verilmemiş olması, İş Kanunu md.7/10'da temel çalışma koşullarından ne anlaşılacağı konusunun açıklığa kavuşturulmaması, eşit işlem borcu gibi temel bir konuda tartışmaları da beraberinde getirebilir.

Yasanın genel gerekçesinde, “Özel istihdam büroları aracılığıyla geçici olarak çalışanların haklarını güvence altına almak amacıyla hazırlanan 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifinin temel ilkesi, güvenceli esnekliğin bir gereği olarak çalışanlara eşit muamele edilmesidir. Eşit muamele ilkesine göre, özel istihdam büroları çalışanlarının haklarının; çalışma süreleri, fazla çalışma, ara dinlenmeleri, gece çalışması ve tatilleri de dahil olmak üzere, çalışma koşullarının geçici işçi sağlama sözleşmesi kapsamında işçinin çalışacağı işyerindeki emsal çalışan dikkate alınarak düzenlenmesi esastır. ... Düzenleme, hem geçici olarak çalışanların

¹⁶⁰ Eşit işlem borcu ile ilgili hüküm, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinin 9. maddesinin 2. fıkrasında ‘geçici işçi çalıştıran işverenin hak ve yükümlülükleri’ kapsamında aynen tekrarlanmıştır.

korunması ve sistemin etkin işlemesi açısından hem de 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifine uyum sağlanması açısından önem arz etmektedir” ifadeleri yer almaktadır. Bu bağlamda İş Kanunu md.7/10’da geçen temel çalışma koşulları ibaresi yorumlanırken yasanın gerekçesiyle birlikte 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifinin birlikte ele alınması isabetli olacaktır. Gerek yasanın gerekçesi gerek ilgili AB Direktifi uyarınca genel tatiller, ücretli izin, gece çalışması, dinlenme dönemleri, ara dinlenmeleri, fazla çalışmalar ve çalışma süresinin müddeti temel çalışma koşulları kapsamında değerlendirilmelidir. Yasanın gerekçesinde açıkça genel tatiller, ücretli izin, dinlenme dönemleri ibaresi yer almamaktaysa da, gerekçedeki ‘tatilleri’ ifadesinin söz konusu hususları da içerdiği kabul edilmelidir. Ancak asıl üzerinde durulması gereken husus, ödünç işçiye ödenecek olan ücretin, temel çalışma koşulu olarak kabul edilerek İş Kanunu md.7/10 kapsamında ele alınıp alınmayacağıdır. Diğer bir deyişle özel istihdam bürosunun ödünç işçiye ödünç süresince ödünç alan işverenin emsal işçisine verilen yahut emsal işçinin bulunmaması halinde ilgili iş kolunda niteliklere uygun bir işyerinde istihdam edilen emsal işçinin alacağı ücreti ödeme zorunluluğunun kanunen mevcut olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Avrupa Birliğinin 2008/104/EC sayılı direktifinde temel çalışma koşulları arasında ücret de sayılmıştır (md.3/1-f). Ancak yasa tasarısında bu yönde zorunluluk mevcutken, yasalaşma esnasında ücret bakımından eşit işlem yükümlülüğünü öngören düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Yasanın genel gerekçesinde de temel çalışma koşulları arasında ücret sayılmamıştır. Bu itibarla kanun koyucunun iradesinin, ücret bakımından eşit işlem ilkesinin uygulanmaması yönünde belirlediği düşünülebilir¹⁶¹. Bununla birlikte 6715 sayılı yasanın temel gerekçesinde 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifine uyum sağlanmasının hedeflendiği ifade edilmiştir. Bu itibarla ücret açısından açık yasal hüküm bulunmamakla birlikte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanmasında ücretin, eşit işlem borcunun kapsamına girdiği ifade edilebilir¹⁶².

Yapılacak yorumda İş Kanunu md.7/10 ile hangi işverene yükümlülük yüklendiğinden hareket edilerek bir sonuca ulaşmak isabetli olacaktır. İş Kanunu md.7/10’da “Geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamaz” ifadesi yer almakta olup, eşit işlem yükümlülüğü ne sadece

¹⁶¹ *Süzek*, 313, 318.

¹⁶² *Çelik-Caniklioğlu-Canbolat*, 180.

ödünç alan işverene ne de sadece özel istihdam bürosuna yöneltilmiştir. İş Kanunu md.7/10'nun muhatabı sadece ödünç alan işveren olarak kabul edilecek olursa, bu takdirde ücretin eşit işlem borcu kapsamında yer almayacağı savunulabilecektir. Nitekim İş Kanunu md.7/10'da düzenlenen eşit işlem borcu, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinde 'geçici işçi çalıştıran işverenin (ödünç alan işverenin) hak ve yükümlülükleri' kapsamında ele alınmıştır (md.9/2). Bu itibarla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde eşit işlem borcunun asıl muhatabının ödünç alan işveren olarak uygulamada kabul edileceği söylenebilir. Bu yöndeki kabulün sonucunda ücretin eşit işlem yükümlülüğünün kapsamına girmeyeceği sonucuna ulaşılmalıdır. Zira meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ilke olarak ücret ödeme borcu özel istihdam bürosuna aittir. Ancak İş Kanunu md.7/10'un her iki işverene de yükümlülük getirdiği yönünde bir yorum yapılması halinde, ücretin de eşit işlem borcunun kapsamına alınan temel istihdam ve çalışma koşulları arasında sayılması gerektiği sonucuna varılması daha uygun olacaktır¹⁶³. Özel istihdam Büroları Yönetmeliğindeki ilgili hüküm her ne kadar eşit işlem borcunu ödünç alan işverenin yükümlülükleri arasında saymışsa da, kanunda böyle bir ayırım yapılmadığından ve yönetmelik kanuna aykırı olamayacağından eşit işlem borcunun sadece özel istihdam bürosuna veya ödünç alan işverene özgülenmediği savunulabilecektir. Yapılan açıklamalar çerçevesinde İş Kanunu md.7/10'da düzenlenen eşit işlem yükümlülüğü, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde yer alan işverenlerden sadece birine yöneltilmediğinden ve 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifinde temel istihdam ve çalışma koşulları arasında ücret de sayıldığından, hukukumuz açısından ücret temel çalışma koşulları kapsamında kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle ödünç süresince ödünç işçiye ödenecek ücret, ödünç işçinin ödünç alan işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde ödenecek ücretin altında olmamalıdır.

Bununla birlikte ücretin temel çalışma koşulları arasında yer almadığı görüşü öğretide ve yargıda kabul görecektir. 6715 sayılı yasanın gerekçesinde ifade edildiği üzere 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi kanunun hazırlanmasında temel alındığından, ilgili direktifte ücrete yönelik istisna getirilebilmeye yönelik öngörülen sınırlamaların özünün de dikkate alınması uygun olacaktır. Direktif md.5/2 uyarınca üye devletler sosyal

¹⁶³ Belirtilen tartışma, 09 Kasım 2016 tarihinde Sayın Hocamız Prof. Dr. Sarper Süzek tarafından başlatılan ve şahsım adına çok faydalandığım meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisiyle ilgili görüş alışverişi yaptığımız sohbette yaşanmıştır. İş Kanunu md.7/10'un kime yönelildiğinden hareketle temel istihdam ve çalışma koşullarının kapsamının belirlenmesi gerektiği doğrultusundaki görüş, kürsü arkadaşım Ar. Gör. Çağla Erdoğan tarafından ifade edilmiştir.

tarafına danıştıktan sonra, ödünç işçilerin özel istihdam bürosu ile ödünç verilmediği dönemlerde de ücretin ödenmeye devam ettiği belirsiz süreli iş sözleşmesine sahip olduğu durumlarda, ücret bakımından eşit işlem borcuna istisna getirebileceklerdir. Söz konusu direktif hükmü kapsamında özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesinin kural olarak belirsiz süreli yapılacağı benimsendiği hallerde, ücret bakımından eşit işlem borcuna istisna öngörüldüğünü kabul etmek daha tutarlı bir sonuç olacaktır.

Özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında yapılacak iş sözleşmesinin türü ele alınırken, mevcut düzenlemelerimiz kapsamında iş sözleşmesinin temel olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi şeklinde kurulması gerektiği, belirli süreli iş sözleşmesinin istisnai durumlarda söz konusu olabileceği sonucuna ulaşılmıştı. Bu itibarla özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesi kanaatimize göre belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak bağtlanacağından, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ücret bakımından eşit işlem borcuna istisna öngörüldüğünün kabulü, Avrupa Birliğinin ilgili direktifinde olanak tanınan sınırlamaya uygun olacaktır. Bir yandan ödünç süresiyle sınırlı olarak ödünç işçi ile özel istihdam bürosu arasında belirli süreli iş sözleşmesi kurulabileceğini savunmak, bir yandan da ücret açısından eşit işlem borcunun uygulanmayacağını belirtmek, 6715 sayılı yasanın ödünç işçiyi koruma amacıyla, Anayasanın 55. maddesinde yer alan ücrette adaletin sağlanması hükmüyle ve yasa gerekçesinden anlaşıldığı üzere uyum sağlama gayretinde olduğumuz 2008/104/EC sayılı AB direktifi hükümleriyle bağdaşmayacaktır. Zira ödünç işçinin ödünç süresiyle sınırlı olarak devredildiği durumlar bakımından başta ücret olmak üzere çalışma koşulları bakımından ödünç alan işveren işyerinin dikkate alınarak eşit işlem yükümlülüğünün getirilmesi bir zorunluluk niteliğini taşımaktadır. Bu gibi ödünç iş ilişkilerinde ödünç veren özel istihdam bürosu, aracı ve ödeme makamı fonksiyonunu yerine getirmektedir. Ödünç süresiyle sınırlı olarak ödünç işçinin özel istihdam bürosu tarafından istihdamı ve ödünç alan işverene gönderilmesi, ödünç alan işverenin tarafı olduğu belirli süreli iş sözleşmesi ile aynı niteliğe sahip bir seçenektir¹⁶⁴.

6715 sayılı kanunla değişik Türkiye İş Kurumu Kanunu md.18/2-f. bendi uyarınca iş ilişkisinde 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen eşit işlem ilkesine aykırı davranılması, özel istihdam bürolarına verilen ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin iptal nedenleri arasında sayılmıştır. İş sözleşmesinin tarafı olarak işveren sıfatını taşıyan özel istihdam bürosu, ödünç işçi olarak gönderdiği işçiler dâhil istihdam ettiği tüm işçiler

¹⁶⁴ *Kabakcı*, 86.

bakımından zaten İş Kanunu md.5'e uygun davranmak zorundadır. Bu bağlamda özel istihdam bürosunun iş ilişkisinde İş Kanunu md.5'i gözeteceği yönündeki düzenlenme, özel istihdam bürosu tarafından istihdam edilen işçilere uygulanan çalışma koşulları açısından eşit işlem borcunun uygulanmasını güvence altına alan bir hüküm olarak anlaşılmalıdır¹⁶⁵. Bu vesileyle şu husus açıklığa kavuşturulmalıdır ki, özel istihdam bürosu İş Kanunu md.5'e uygun davranmak zorunda olduğundan, ödünç döneminde yahut iki ödünç arasında işçilerin ödünç verilemediği dönemlerde istihdam ettiği aynı konumda ve benzer vasıfta işçileri varsa, farklı işlemde bulunmayı gerektiren nedenler mevcut bulunmadığı sürece ilgili işçilere aynı düzeyde ücret ödemekle yükümlü kabul edilmelidir. Benzer şekilde özel istihdam bürosunun eşit işlem borcunun, ödünç alan işverenlere gönderilecek işçilerin seçiminde de rol oynayacağı söylenebilecektir. Bu hususun özellikle işçilere, ödünç verilmediği dönemlerde daha düşük ücret, ödünç verildiği dönemlerde ise daha yüksek ücret ödeneceğinin taraflar arasında yapılmış iş sözleşmesinde kararlaştırılması halinde önem taşıyacağı düşünülebilir. Özel istihdam bürosu, ödünç verilecek işçiyi seçerken aynı durumda bulunanlar açısından eşit işlem borcuna uygun davranmalıdır¹⁶⁶.

6715 sayılı kanunda eşit işlem borcuyla ilgili getirilen düzenlemelerin aynı zamanda Alman hukukundaki bir hükümlerle tamamlanması, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde eşit işlem borcunun işlerliğini güvence altına alacak ve eşit işlem borcunu tamamlayacaktır. Almanya'daki Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Yasanın 13. maddesi ile ödünç işçilere, ödünç alan işveren işyerinde emsal işçilerle aynı temel istihdam ve çalışma koşullarının sağlanıp sağlanmadığını denetleyebilmesi için, ödünç alan işverenden bilgi alma hakkı tanınmıştır. Ödünç işçinin bilgi alma hakkı, sözleşmeden değil kanundan kaynaklanan bir imkan olarak düzenlenmiştir. Ödünç işçinin talebi üzerine ödünç alan işveren emsal işçisine uyguladığı temel istihdam ve çalışma koşullarını, işyerinde emsal işçinin mevcut olmaması halinde ödünç işçi almak yerine söz konusu iş için işçi istihdam etme yoluna gitseydi sağlayacağı temel istihdam ve çalışma koşullarını ödünç işçiye bildirme yükümlülüğü altına girmektedir. Ödünç işçiye ödünç alan işverenin talep konusuyla bağdaşmayan ya da gerçeğe aykırı yahut geç cevap vermesi nedeniyle ödünç işçi, somut olayın özelliğine göre ödünç alan işverenden tazminat talep edebilecektir¹⁶⁷. Belirtilen yönde düzenlemelere hukukumuzda da yer verilmesi, ödünç işçiler açısından öngörülebilirlik

¹⁶⁵ *Kabakcı*, 103.

¹⁶⁶ *Civan*, 597.

¹⁶⁷ *Kock*, BeckOK ArbR, AÜG §13, Rn.1, 6, 14.

sağlayacağı gibi, özel istihdam bürosu tarafından kendisine iletilen bilgileri kıyaslama ve gerektiğinde hukuki açıdan hak arama yollarına daha erken başlama olanağını da verecektir. Bu çerçevede belirtilmelidir ki, İş Kanunu md.7/10'a aykırı davranılması halinde uygulanacak hukuki yaptırım İş Kanununda yer almamaktadır. Öğretideki bir görüşe göre ödünç alan işverenin eşit işlem borcuna aykırı davranması halinde İş Kanunu md.5 kıyasen uygulanmalı ve ödünç işçi hem yoksun kaldığı hakları hem de ayrımcılık tazminatını talep edebilmelidir¹⁶⁸. Kanaatimizce İş Kanunu md.7/10'un ihlali sadece ödünç alan işvereni değil, aynı zamanda özel istihdam bürosunu da ilgilendirmektedir. Eşit işlem yükümlülüğünün ihlali daha karmaşık bir yapıda meydana gelmiş olduğundan, başlı başına ayırım yasağının ihlali olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda tereddütlerimiz bulunmaktadır. Bu itibarla eşit işlem borcunun uygulanmasını temin etmek üzere ödünç işçilere ayrımcılık tazminatının ötesinde daha fazla koruma sağlayacak ayrı bir yaptırıma kanunda özel olarak yer verilmesi yerinde olacaktır.

b) İşçiyi gözetme borcu bakımından

Ödünç işçiler kısa dönem için işyerine gittiklerinden daha deneyimsiz olmakta, yerine getirdikleri göreve alışkın olmadıkları gibi, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hakkında da tam bir bilgi sahibi olamamaktadırlar. Yapılan araştırmalarda ödünç işçilerin emsal işçilere oranla daha fazla işyeri kaynaklı kaza geçirdikleri ve kaza geçirme ihtimallerinin emsal işçilere göre iki kat daha yüksek olduğu tespit edilmiştir¹⁶⁹. Dolayısıyla ödünç işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve buna yönelik düzenlemelerin yapılması ayrı bir önem kazanmaktadır.

İş Kanununa göre ödünç alan işveren ödünç işçinin iş kazası ve meslek hastalığı hâllerini özel istihdam bürosuna derhâl, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 13. ve 14. maddelerine göre ilgili mercilere bildirmekle (md.7/9-c)¹⁷⁰, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 17. maddesi kapsamında iş sağlığı ve

¹⁶⁸ *Çelik-Caniklioğlu-Canbolat*, 181.

¹⁶⁹ *Sargeant*, http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/4433WP_09_101.pdf, 03.09.2016. *Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling*, 95, 97.

¹⁷⁰ İş Kanunu md.7/9-c. bendinde yer alan hükümden Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirim yükümlüsünün değiştirildiğinin, diğer bir ifadeyle bu yükümlülüğünün sadece ödünç alan işverene ait olduğunun anlaşıldığı belirtilmektedir (*Çelik-Caniklioğlu-Canbolat*, 182). Bu yöndeki yorumun kabul edilmesi halinde özel istihdam bürosunun iş kazası veya meslek hastalığının gerçekleştiğinden haberdar edilmesi üzerine ayrıca Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirimde bulunması gerekmeyecektir.

güvenliği eğitimlerini vermekle ve iş sağlığı ve güvenliği açısından gereken tedbirleri almakla, geçici işçi de bu eğitimlere katılmakla (md.7/9-f) yükümlü tutulmuştur. Ayrıca Türkiye İş Kurumu Kanunu md.19/2'de de, ödünç işçiye ilişkin 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 4447 sayılı Kanundan doğan yükümlülüklerin kural olarak özel istihdam bürosu tarafından yerine getirileceği ifade edilmiştir. Ancak getirilen düzenlemeler, iş sağlığı ve güvenliği açısından İş Kanununun 7. maddesinin değiştirilmeden önceki hali ve artık İş Kanunu md.7/son'da düzenlenen meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair hükümlere göre daha tartışmalı ve nispeten güvencesiz bir nitelik taşımaktadır.

İş Kanununun 7. maddesi 6715 sayılı kanunla değiştirilmeden önce işçiyi gözetme borcundan dolayı ödünç alan ve ödünç veren işverenler ödünç işçiye karşı birlikte sorumlu tutulmuşlardı (md.7/3). Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair yeni düzenlemede de aynı ifade varlığı korumaktadır (6715 sayılı kanunla değişik md.7/son). Bununla birlikte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununun ilgili hükümlerinden işçiyi gözetme borcunun *asıl muhatabının* ödünç alan işveren olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır (İş Kanunu md.7/9-f – Türkiye İş Kurumu Kanunu md.19/2)¹⁷¹. Ödünç işçinin çalıştığı dönemde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin ödünç alan işveren tarafından alınması isabetli kabul edilebilir, zira özel istihdam bürosunun doğrudan ödünç alan işverenin işyerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma olanağı bulunmamaktadır¹⁷². Bu bağlamda özel istihdam bürosunun, ödünç alan işveren tarafından gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasını temin etme üzere kontrol yükümlülüğü söz konusu olmalıdır¹⁷³. Ancak kanunumuzdaki düzenlemelerden özel istihdam bürosu ile ödünç alan işverenin, işçiyi gözetme borcundan dolayı birlikte sorumlu olacağına dair açık bir hükme yer verilmediği görülmektedir¹⁷⁴. Diğer bir deyişle bir iş kazasının gerçekleşmesi yahut meslek hastalığının ortaya çıkması durumunda her bir işverenin sorumluluğunun ayrı ayrı belirlenmesinin hedeflendiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisindeki hükümle (md.7/son) kıyaslandığında meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam edilen ödünç işçinin, iş kazasına uğraması yahut meslek

¹⁷¹ *Odaman*, Yeni Düzenlemeler, 54. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi açısından işçiyi gözetme borcunun hangi işverene ait olduğu konusunda öğretide ileri sürülen görüşlerle ilgili daha detaylı bilgi için bkz.: *Civan*, 457-458.

¹⁷² *Erdoğan*, 119.

¹⁷³ *Motz*, BeckOK ArbR, AÜG §11, Rn.24.

¹⁷⁴ *Süzek*, 318.

hastalığına yakalanması nedeniyle maruz kaldığı zararların tazmini için özel istihdam bürosu ile ödünç alan işverene müteselsilen başvuramayacağı ileri sürülebilecektir. Bu durum ise ödünç alan ve ödünç veren işverenlerin işçiyi gözetme borcundan dolayı birlikte sorumlu tutulduğu meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair hükmün (md.7/son), iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik sağladığı etkinin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ortaya çıkmasını engelleyecektir. Nitekim meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde işçiyi gözetme borcundan dolayı birlikte sorumluluğun öngörülmesi, ödünç veren işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmayan işyerlerine işçilerini ödünç vermektен kaçınmalarını sağlama, işçinin veya ölümü halinde destekten yoksun kalanların iş kazasından yahut meslek hastalığından doğan tazminat haklarını da güvence altına alma amacına hizmet etmektedir¹⁷⁵. İşçiyi gözetme borcu bakımından asıl sorumluluk ödünç alan işverene ait olduğundan, müteselsil sorumluluk kapsamında ödünç veren işveren işçiye veya yakınlarına ödeme yapması halinde, kusuru oranında yapılan ödemeyi ödünç alan işverene rücu edebilecektir¹⁷⁶. Yapılan açıklamalar çerçevesinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından da, meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili getirilen düzenlemenin benimsenmesi, yasa değişikliğinin bu çerçevede yapılması, ödünç işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına daha fazla katkıda bulunacaktır.

Yeri gelmişken değinilmelidir ki, iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel istihdam bürosunun herhangi bir yükümlülüğünün bulunmadığı düşünülmemelidir. Nitekim daha önce de belirtildiği üzere Türkiye İş Kurumu Kanunu md.19/2'ye göre “Özel istihdam bürosu işçisine ilişkin 20/6/2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu(dan) ... doğan yükümlülükler, 4857 sayılı Kanunun 7 nci maddesi saklı kalmak kaydıyla, özel istihdam bürosu tarafından yerine getirilir”. Bu çerçevede bilgilendirme yükümlülüğü, sağlık gözetiminin yerine getirilmesi gibi hususlar açısından özel istihdam bürosunun da yükümlülüğü devam etmektedir. Özel istihdam bürosunun söz konusu yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmasının ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında çalışırken kaza geçirmesine katkıda bulunması halinde, somut olayın özelliğine göre özel istihdam bürosu da kusurlu sayılacaktır¹⁷⁷. Bir iş kazasının meydana gelmesinde hem ödünç alan işverenin hem özel istihdam bürosunun kusurunun bulunduğu haller, birden çok kişinin bir zarara birlikte sebebiyet vermesi olarak kabul

¹⁷⁵ *Süzek*, 11. Bs., 307.

¹⁷⁶ *Süzek*, 11. Bs., 307.

¹⁷⁷ *Erdoğan*, 122.

edilebileceğinden 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uyarınca müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır (md.61). Ödünç işçinin geçirdiği iş kazasında her iki işverene de kusur verebildiğimiz durumlarda müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanacağından hareketle ödünç işçiye yeterli korumanın sağlandığı kabul edilemez. Zira özel istihdam bürosunun kusuru bulunmadığı durumlarda ödünç işçi sadece ödünç alan işverene zararının giderilmesi için başvurabilecektir. Diğer bir ifadeyle işçiyi gözetme borcundan ötürü özel istihdam bürosu ve ödünç alan işverenin müteselsil sorumluluğunun öngörülmesi gerekliliği bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

6715 sayılı kanundan önce yürürlükte bulunan ve mevzuatımızda meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi ile ilgili önlemleri içeren Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik¹⁷⁸ hükümleri, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik kanundaki hükümlere kıyasla daha isabetli düzenlemeler içermektedir. İlgili yönetmelik incelendiğinde özellikle eğitim verme ve bilgilendirme yükümlülüklerinin üzerinde durulduğu belirlenmektedir. İşveren, 6331 sayılı kanun md.16'da belirtilen bilgilendirme yükümlülüğüne ek olarak belirli süreli iş sözleşmesi veya geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilere, işe başlamadan önce yapacakları işin ne olduğu ve bu işte karşılaşılabilecekleri riskler hakkında gerekli bilgilerin verilmesini sağlamakla yükümlü tutulmuştur (md.6). Ayrıca sadece geçici iş ilişkisine özgü olarak da ayrı bir bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Ödünç alan işveren, ödünç veren işverene yapılacak işin gerektirdiği mesleki bilgi, yetenek ve işin özellikleri hakkında gerekli bilgiyi vermelidir, verilen bu bilgileri de ödünç veren işveren ödünç işçiye iletacaktır. Geçici (ödünç) iş ilişkisinin kurulması durumunda ek olarak ödünç veren işveren geçici iş ilişkisi süresince işin yapılması ile ilgili koşullardan (iş sağlığı ve güvenliği – iş hijyeni) ödünç alan işverenle birlikte sorumlu tutulmuştur (md.11/1-2). Ödünç alan işverenin ödünç veren işverene bilgi verme yükümlülüğünün getirilmesiyle hedeflenen husus, iş sağlığı ve güvenliği açısından işin özelliğine uygun niteliklere sahip işçinin gönderilmesini temin etmektir¹⁷⁹.

Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik kapsamında belirli süreli iş sözleşmesiyle yahut geçici iş ilişkisi kapsamında işçi çalıştıran işveren, işçilerin bilgi ve tecrübelerini de dikkate alarak, yapacakları işin niteliğine uygun yeterli eğitim almalarını da sağlamakla yükümlü kılınmıştır (md.7). Geçici iş ilişkisi ile ilgili bu husus

¹⁷⁸ İlgili yönetmelik 23.08.2013 tarih ve 28744 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁷⁹ *Caniklioğlu*, Hukuki Sonuçlar, 137.

zaten 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md.17/6'da vurgulanmıştır. Değınilen yönetmelikte son olarak sağlık gözetimi ile ilgili bir düzenlemenin yer aldığı görölmektedir. Sağlık ve güvenlik yönünden özel sağlık gözetimi gerektiren işlerde işveren, belirli süreli veya geçici süreli iş sözleşmeleri ile istihdam ettiği çalışanları, işin gerektirdiği özel sağlık gözetimine tabi tutmalı, işten kaynaklanan gereklilik devam ettiği sürece de sağlık gözetimini çalışanın sözleşme süresinin sona ermesinden sonra da sürdürmelidir (md.8). İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik kapsamında da işyeri hekiminin işyerine geçici olarak gönderilen çalışanların yapacakları işe uygun olduğunu gösteren sağlık raporlarının süresinin dolup dolmadığını kontrol etme görevi olduğu belirtilmiştir (md.9/2-c-10). İşyeri hekimlerinin görevleri arasında belirtilen son yükümlölük belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçilere değil, geçici iş ilişkisi kapsamında istihdam edilen işçilere yöneliktir.

Mevcut yönetmelik, 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 direktif esas alınarak hazırlanmış olup, Avrupa Birliğinin ilgili direktifinde geçici iş ilişkisiyle kastedilen de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisidir. Bu nedenle mevcut yönetmelikle, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri açısından zaten meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik güvencelere mevzuatımızda yer verilmiştir. Ancak 6715 sayılı kanunla getirilen hükümler kapsamında özellikle birlikte sorumluluğun açıkça düzenlenmemiş olması, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi gibi iş sağlığı ve güvenliğine özel olarak önem verilmesi gereken bir alanda mevzuatımızdaki mevcut koruma düzeyinin gerilemesi sonucunu doğurabilecektir.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam edilen ödünç işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasıyla ilgili üzerinde durulması gereken başka bir husus ise ödünç işçilerin iş sağlığı ve güvenliği eğitimleriyle ilgilidir. Ödünç alan işveren tarafından ödünç işçilere iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri verileceği kanunda öngörölmüştür. Ödünç işçi, her bir ödünç iş ilişkisinde aynı işi yerine getirse dahi, farklı işkollarına giren işyerlerine çalışmak zorunda kalabilecektir. Bu durum her bir işyerine özgü ayrı risklerle karşılaşması anlamına gelecektir. İşçi her yeni görevlendirilmesinde ayrı eğitim alacaksa da, işçinin aldığı eğitimlere dair geçmiş bilgilere ulaşmak kolay olmayacaktır. Bu itibarla ödünç işçinin aldığı iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini, bu eğitimlerdeki durumunu kronolojik olarak içeren bir belgenin tutulması zorunluluğu özel istihdam bürolarına getirilebilir. Bu sayede ödünç işçiyi çalıştıracak olan ödünç alan işveren, ödünç işçinin hangi alanlarda ilave eğitim almasının daha yararlı olacağını ve işçinin ihtiyaçlarını

belirleyebilecektir¹⁸⁰. Bu yönde bir yükümlülüğün özel istihdam bürolarına getirilmesi durumunda iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinden daha fazla katkı beklenebilecektir.

5. MESLEK EDİNİLMİŞ ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN TOPLU İŞ HUKUKU AÇISINDAN DOĞURDUĞU HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde toplu iş hukukuyla ilgili ele alınması gereken ilk husus ödünç işçinin sendika üyeliği ve özel istihdam bürolarının gireceği iş kolu konusudur. Ödünç işçi iş görme edimini ödünç alan işverenin yanında yerine getirmesine karşın, gerçek işvereni özel istihdam bürosu olduğundan ve ödünç esnasında da iş sözleşmesi varlığını devam ettirdiğinden, ödünç işçi özel istihdam bürosunun işyerinin girdiği iş kolunda bir sendikaya kurucu olabileceği gibi kurulmuş olan bir sendikaya da üye olabilecektir¹⁸¹. Aynı nedenle ödünç işçi, ödünç alan işverenin işyerinde örgütlenen bir sendikaya da üye olmayacaktır¹⁸². Yapılan açıklamalar çerçevesinde ödünç işçinin özel istihdam bürosunun işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır¹⁸³.

Ödünç işçinin sendika üyeliği ile ilgili diğer bir konuda özel istihdam bürosu işyerinin hangi işkoluna girdiği sorusudur. Bu konuda öğretilerde aynı doğrultuda ortak bir kanının oluştuğu görülmektedir. Özel istihdam büroları işyerinin isabetli olarak '10 no.lu Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar' veya '20 no.lu Genel İşler' işkoluna girdiğinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁸⁴.

Ödünç işçinin, ödünç alan işverenin işyerindeki bir toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi kural olarak söz konusu değildir. Bununla birlikte ödünç işçilerin, ödünç alan işveren işyerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinden yararlanmasını sağlayacak yasal düzenlemenin getirilmesi gerektiği ileri sürülebilir. 6715 sayılı kanunun yasalaşma sürecinde genel kurulda yapılan görüşmelerde 4857 sayılı kanunun 7. maddesine onuncu fıkradan sonra gelmek üzere "Geçici işçi, kullanıcı işverenin işyerindeki yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden sendika üyesi olmak veya dayanışma

¹⁸⁰ *Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling*, 100.

¹⁸¹ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 369. *Hendrickx-Sengers*, 103. *Ekmekçi*, 378. *Odaman*, 62. *Caniklioğlu*, Hukuki Sonuçlar, 143. *Çelik-Caniklioğlu-Canbolat*, 190.

¹⁸² *Çil*, 29. *Odaman*, 63.

¹⁸³ *Süzek*, 11. Bs., 310. *Çelik-Caniklioğlu-Canbolat*, 190.

¹⁸⁴ *Akyiğit*, 159. *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 369. *Odaman*, 62. *Çil*, 29.

aidatı ödemek suretiyle yararlandırılır” hükmünün eklenmesi teklif edilmişse de, bu teklif kabul görmemiştir. Yasada önerilen teklif doğrultusunda bir değişiklik yapılması halinde, ödünç işçilerin ödünç alan işveren işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmelerinden yararlanmaları sağlanacaktır. Ancak ödünç işçilerin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin niteliği gereği hizmet verdikleri işyerleri kısa aralıklar geçiştirince, bu yönde bir düzenlemenin getirilmesi dahi gerçek anlamda bir güvence oluşturmayacaktır¹⁸⁵. Bu yönde bir düzenleme mevcut olmasa dahi, ödünç işçiler mevcut hukuk sistemimiz gereğince toplu iş sözleşmesinde yer alan ücret dışında kalan düzenlemelerden ve koruyucu hükümlerden yararlandırılmalıdır. STİSK md.25/2 uyarınca toplu iş sözleşmesinde ücretle ilgili hükümler dışında yer alan düzenlemelerden işyerinde çalışan tüm işçiler yararlanacaktır. Bu kapsama ödünç işçinin de girdiği ifade edilmelidir. 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 etkileyecektir¹⁸⁶. 6356 sayılı kanun md.25/2 hükmü mevzuatımızda yer almasaydı dahi İş Kanunu md.7/10’da yer alan eşit işlem borcu gereği aynı sonuca ulaşılabilirdi. Diğer bir deyişle eşit işlem borcu gereği de ödünç işçiler, ödünç alan işveren işyerinde geçerli olan toplu iş sözleşmesinin ücret dışında yer alan hükümlerinden meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin niteliğiyle bağdaştığı ölçüde yararlandırılmalıdır.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere toplu iş sözleşmesinin yapılmasında aranan yetki koşullarından biri olan işyerindeki yarından fazla çoğunluğun sağlanması yahut işletme toplu iş sözleşmesinde işletmede çalışan işçilerin en az %40’ının üye kaydedilmiş olması şartının tespitinde ise ödünç işçinin özel istihdam bürosunun işyerindeki işçi sayısına dâhil edilmesi gereği ortaya çıkmaktadır¹⁸⁷.

Toplu iş hukuku bakımından ele alınması gereken diğer bir konu, ödünç işçinin hangi işverenin işyerinde gerçekleştirilen greve katılabileceği hususudur. STİSK md.2/1-h hükmü gereğince toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmelerini düzenlemek amacıyla akdedildiğinden, ödünç işçinin de taraf olduğu iş sözleşmesini etkileyecek toplu iş sözleşmesine ulaşmak için özel

¹⁸⁵ *Kabakcı*, 94-95.

¹⁸⁶ *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 373. *Hendrickx-Sengers*, 103. *Odaman*, 66. *Caniklioğlu*, Hukuki Sonuçlar, 143. *Çelik-Caniklioğlu-Canbolat*, 190.

¹⁸⁷ *Caniklioğlu*, Hukuki Sonuçlar, 143. *Akyiğit*, 164. *Odaman*, 65-66. *Odaman*, Yeni Düzenlemeler, 58.

istihdam bürosunun işyerinde yapılan kanuni greve katılması mümkün olmalıdır. Zira ödünç işçinin, ödünç alan işveren yanında yerine getirdiği iş, özel istihdam bürosuyla yaptığı iş sözleşmesinde taahhüt ettiği iş olup, ödünç alan işveren yanındaki işi bırakarak özel istihdam bürosunun işyerindeki greve katılmasına bir engel bulunmadığı kabul edilmelidir¹⁸⁸.

Ödünç işçinin ödünç veren özel istihdam bürosu işyerindeki bir greve katılamayacağı, greve katılmasının ödünç alan işverene karşı üstlendiği iş görme borcunun ihlali anlamına geleceği ileri sürülebilir¹⁸⁹. Bu çerçevede STİSK md.39/8 ve md.65 hükümlerinin kıyasen uygulanması yoluna gidilmesi ve ödünç işçinin, kanuni grev ve lokavta katılamayacak işçi kadrosunda bulunduğu sonucuna ulaşılarak, grev sonunda imzalanan toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği kanaatine varılması gerektiği düşünülebilir¹⁹⁰. Bu yöndeki görüş ilk bakışta meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından geçerli kabul edilebilir. Ne de olsa işçiler sırf başkasına ödünç verilmek üzere işe alınmakta ve işçilerin ödünç alan işveren yanındaki işi bırakması ödünç iş ilişkisi kurumunun anlamını ortadan kaldıracak gibi görünmektedir.

Bununla birlikte ödünç işçinin özel istihdam bürosu ile yaptığı iş sözleşmesi devam etmekte ve ödünç müddetince de ödünç işçi, özel 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 özel istihdam bürosunun kendisine ait olan işçi sağlama borcunu ihlal ettiği söylenebilecektir¹⁹¹. Özel istihdam bürosu, ödünç alan işverenlerle yaptığı işçi sağlama sözleşmesi gereğince sözleşmeyi ifa etmemenin sonuçlarına katlanmalıdır¹⁹².

Ödünç işçilerin greve katılamayacağı yönündeki görüş kabul edilecek olursa, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektöründe etkili bir şekilde grev yapılması olağan üstü derecede sınırlanmış olacaktır. Nitekim işçilerin büyük bir çoğunluğu ödünç alan işverenlerin işyerinde iş görme edimlerini ifa edeceklerdir. İlgili görüş gereğince ödünç işçiler greve katılamayacak işçi kadrosunda kabul edileceklerinden, geriye kalan ve o dönem için başka bir

¹⁸⁸ *Süzek*, 11. Bs., 311. *Çelik-Caniklioğlu-Canbolat*, 190, dn. 306.

¹⁸⁹ *Odaman*, 71.

¹⁹⁰ *Odaman*, 72.

¹⁹¹ *Arslanoğlu*, 71.

¹⁹² *Akyiğit*, 171, dn.640.

işverene ödünç verilmemiş işçiler etkili bir grev gerçekleştiremeyebilecektir. Böyle bir durum grev hakkının gereğinden fazla sınırlanmasına yol açacağından, ödünç işçilerin özel istihdam bürosunun işyerinde yapılan bir greve katılmayacağı ileri sürülmesi bu yönden de uygun olmayacaktır¹⁹³.

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 düşünce ödünç işçiyi grev hakkından yoksun bırakan görüşe kıyasla daha adil bir çözüm olacaktır¹⁹⁴. Ödünç işçilerin ödünç alan işveren yanındaki iş görme edimini yerine getirmekten kaçınarak greve katılmaları, özel istihdam bürolarını toplu iş sözleşmesi imzalamaya sevk edebilecektir. Ancak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi sektöründe ödünç işçilerin bu şekilde çalışmayı genellikle geçici olarak yapmak üzere seçmeleri örgütlenme zorluklarına yol açabileceği gibi, toplu iş sözleşmesinin yapılması için aranan yetki koşullarının sağlanması açısından da güçlükler doğabilecektir. Tüm bunlara rağmen kanuni şartların sağlanması ve özel istihdam bürosunun işyerinde bir grevin yapılması halinde ödünç işçilerin buna katılmaları Anayasal ve yasal düzenlemelerin gereği olarak görülmelidir¹⁹⁵.

İş Kanunu md.7/5'e göre, "Geçici işçi çalıştıran işveren, grev ve lokavtın uygulanması sırasında 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 65 inci maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla geçici iş ilişkisiyle işçi çalıştıramaz". İş Kanunu md.7/5'de getirilen düzenlemeyle amaçlanan grev kısırlılığını önlemektir. Bu suretle ödünç alan işverenin, grevci işçilerin yerine ödünç işçi çalıştırmak suretiyle grevi etkisiz hale getirmesinin önüne geçilebilecektir¹⁹⁶. Ödünç alan işverenin işyerinde yapılan grev ve lokavt durumunda ödünç işçilerin durumunun ne olacağı düşünülebilir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında özel istihdam bürosunun istihdam ettiği ödünç işçiyi fiilen çalıştıracak bir işyeri mevcut bulunmamaktadır. Bu durum ise grev ve lokavt esnasında ödünç işçinin ücrete hak kazanıp kazanmayacağı sorusunu gündeme getirebilir. Ödünç işçi iş görme edimini yerine getirmeye hazırken, ödünç işçinin iş görme edimi işveren tarafından kabul edilmemektedir. Bu nedenle ödünç işçinin kusuru olmaksızın ücretinden yoksun kalması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağından, özel istihdam bürosu tarafından iş sözleşmesinde yer alan

¹⁹³ Civan, 616-617.

¹⁹⁴ Akyiğit, 170-171.

¹⁹⁵ Civan, 617.

¹⁹⁶ Süzek, 11. Bs., 312. Ekmekçi, 380.

düzenlemeler kapsamında en azından işçinin ödünç verilmediği dönemler için ödeneceği öngörülen ücretin ödenmesi gerekmektedir. Ancak muhtemel tartışmaların ve uygulamada ortaya çıkacak ihtilafların engellenmesi adına, 18.01.2010 tarihli kanun tasarısında yer alan “Devredilen işyerinde grev ve lokavt olması ve özel istihdam bürosunun işçiyi bu süre içerisinde başka bir işyerinde istihdam edememesi halinde, özel istihdam bürosu işçinin asgari ücretten az olmamak üzere sözleşmede belirtilen ücretinin yarısını ödemek zorundadır” ifadesinin, İş Kanununun meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesine eklenmesi isabetli olacaktır.

6. SONUÇ

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi hukukumuzda ilk defa 6715 sayılı yasa ile İş Kanunu ve Türkiye İş Kurumu Kanununda yapılan değişikliklerle düzenlenmiştir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi üç taraflı bir hukuki ilişki niteliğini taşımakta olup, özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesi, özel istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında işçi sağlama sözleşmesi kurulmaktadır. Ayrıca ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında ise iş sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişkinin var olduğu kabul edilmektedir.

Özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında kurulan iş sözleşmesinin türüyle ilgili olarak kanunda özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu itibarla genel hükümler ve 6715 sayılı kanunun ödünç işçileri koruma amacı çerçevesinde konunun ele alınması gerekmektedir. Hukukumuzda iş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olmaları ise istisnadır. İş sözleşmesinin belirli süreli olarak bağitlanabilmesi için İş Kanunu md.11’de yer alan objektif koşulların bulunması gerekmektedir. Ödünç alan işverenin duyduğu geçici iş gücü ihtiyacı, özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında yapılacak iş sözleşmesi bakımından objektif neden oluşturmaz. Dolayısıyla hukukumuzda özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında yapılacak olan iş sözleşmesi kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi şeklinde bağitlanabilmelidir.

Özel istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında kurulan işçi sağlama sözleşmesi ise İş Kanunu md.7/11 gereği yazılı şekil koşuluna tabi tutulmuştur. İşçi sağlama sözleşmesinde bulunacak bir takım zorunlu unsurlar da İş Kanununda düzenlenmiştir. Ancak kanaatimizce bu unsurlar yetersiz olup, ilgili hükmün yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır. Kanunda örneğin işin niteliğinin belirtilmesi gerektiği ifade edilmişse de, söz konusu ibare açık değildir. Ayrıca İş Kanununda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında eşit işlem borcu da getirilmiştir. Bununla birlikte bu yükümlülüğün uygulanmasını temin etmek üzere özel istihdam bürosuna bir araştırma

yükümlülüğü veya ödünç alan işverene bilgi verme zorunluluğu getirilmemiştir. Bu itibarla işin niteliği ibaresinden anlaşılan hususun daha açık bir şekilde düzenlenmesi, eşit işlem borcunun uygulanmasını güvence altına almak amacıyla ödünç alan işveren işyerinde ödünç süresince geçerli olacak olan temel istihdam ve çalışma koşullarına yer verme zorunluluğunun getirilmesi isabetli olacaktır. Son olarak özel istihdam bürolarının meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisine dair bilgilerin de işçi sağlama sözleşmesinde yer alacağı düzenlenmelidir.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında ayrıca ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında iş sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişki kurulduğu kabul edilmektedir. Bu ilişki sonucu ödünç alan işverenin ödünç işçiye talimat verebileceği, işçiyi gözetme borcu altına girdiği, ödünç işçinin de talimatlara uyma yükümlülüğünün ve sadakat borcu gibi borçlarının doğduğu benimsenmektedir.

6715 sayılı yasayla değişik İş Kanununun 7. maddesinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulması başvuru nedenleri ve süre sınırı öngörülerek sınırlanmıştır. Bunun yanı sıra meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulamayacağı haller, ödünç işçilerin tekrar aynı işyerinde aynı iş için istihdamına yönelik süre kısıtlaması gibi ek düzenlemelere de yer verilmiştir. Getirilen koşul ve sınırlamaların temel hedefi, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında çalıştırılan işçilerin, ödünç alan işveren işyerinde daimi işçilerin yerini almasını engellemek, bu ilişkinin geçici karakterini ön plana çıkarmak ve meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılmasını önlemektir.

İş Kanununun 7. maddesinin 2. fıkrası incelendiğinde toplam yedi tane başvuru nedeninin yer aldığı görülmektedir. Başvuru nedenlerinin bir kısmı için süre sınırı öngörülmüşken, bir kısmı için öngörülmemiştir. Ancak bu durum süre sınırı öngörülme başvuru nedenleri açısından herhangi bir sınır bulunmadığı anlamına gelmez. Süre sınırı öngörülme hallerde de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında çalıştırılan işçinin yıldan yıla ödünç alan işverenin daimi işçi gibi çalıştırıldığının belirlendiği hallerde, iş aracılığının bulunduğu kabul edilerek ödünç işçinin en başından itibaren ödünç alan işverenin işçisi gibi kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Süre sınırı öngörülen hallerde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi en fazla 4 ay için kurulabilecektir. Mevsimlik işler hariç dönemsel arz eden iş artışları hâli dışında diğer başvuru nedenlerine dayanılarak kurulan meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, toplam sekiz ayı geçmemek üzere en fazla iki defa yenilenebilecektir. Diğer bir ifadeyle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin

azami süresi oniki ay olarak düzenlenmiştir. Süre sınırı öngörülen başvuru nedenleri, İş Kanunu md.11’de öngörülen belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasına olanak sağlayan objektif nedenlerle bağdaşmaktadır. Bununla birlikte süre sınırı var olan başvuru nedenleri belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasına olanak sağlayan objektif nedenlere kıyasla çok daha karmaşık bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu itibarla süre sınırı öngörülen başvuru nedenlerinin tekrar kaleme alınarak İş Kanunu md.11’deki objektif nedenlerle uyumlu hale getirilmesi çok daha isabetli olacaktır.

Başvuru nedenlerine aykırılık halinde uygulanacak idari yaptırımlar kanunda düzenlenmiştir. Ancak hukuki yaptırımların üzerinde durulmamıştır. Başvuru nedenlerinin bulunmadığı bilinerek meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulması ile başvuru nedenlerinin varlığı konusunda hataya düşülerek meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulması sonucu uygulanacak hukuki yaptırımlar arasında ayrıma gidilmelidir. Başvuru nedenlerinin bulunmadığı bilinerek meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulması hali muvazaa olarak nitelendirilmelidir. Muvazaanın varlığı halinde ödünç işçi, en başından itibaren ödünç alan işverenin işçisi olarak işlem görmelidir.

Başvuru nedenlerinin varlığı konusunda hataya düşülmesi halinde ise meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin hukuka aykırı bir şekilde kurulduğundan söz edilebilecektir. Ancak aldatma kastının bulunmaması halinde, bu durum muvazaa olarak da nitelendirilemez. Somut olayın özelliğine göre tarafların gerçek amacının, ödünç alan işverenin istihdam etmesi gereken bir işçiyi, özel istihdam bürosunun işçisi gibi gösterme niyetinin bulunmadığı tespit edilebildiği ölçüde, sadece işçi sağlama sözleşmesine ileriye dönük geçersizlik yaptırımının uygulanması isabetli olacaktır.

Süre sınırına aykırılık halinde uygulanacak hukuki yaptırım ise kanunda açıkça düzenlenmiştir. Kanundaki düzenlemeye göre süre sınırı aşıldığı durumda, işçi sağlama sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında iş sözleşmesi kurulmuş sayılmaktadır. Ancak bu düzenleme işçiyi korumaktan uzak olduğundan, süre sınırının aşıldığı durumlarda da ödünç işçinin en başından itibaren ödünç alan işverenin işçisi gibi kabul edilmesi daha isabetli olacaktır.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde eşit işlem borcu ayrı bir önem kazanmaktadır. 6715 sayılı yasayla değişik İş Kanunu md.7’de “Geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamaz” ifadesine yer verilerek meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde eşit işlem borcu

düzenlenmiştir. Kanunda temel istihdam ve çalışma koşullarından ne anlaşılacağı konusunda bir açıklama mevcut değildir. Yasanın gerekçesi ve 2008/104/EC no.lu Avrupa Birliği direktifi hükümleri uyarınca genel tatiller, ücretli izin, gece çalışması, dinlenme dönemleri, ara dinlenmeleri, fazla çalışmalar ve çalışma süresinin müddeti, temel çalışma koşulları kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak asıl üzerinde durulması gereken husus, ödünç işçiye ödenecek olan ücretin temel çalışma koşulu olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Kanaatimizce eşit işlem borcunun muhatabının kim olduğundan hareketle bu sorunun yanıtlanması isabetli olacaktır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından eşit işlem borcunun düzenlendiği İş Kanunu md.7/10, ne sadece özel istihdam bürosuna ne de sadece ödünç alan işverene hitaben kaleme alınmıştır. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin işveren tarafında yer alan her iki işverende söz konusu yükümlülüğünün yerine getirilmesiyle yükümlü kılınmıştır. Ayrıca 2008/104/EC no.lu Avrupa Birliği direktifi kapsamında ücret temel çalışma koşulları arasında sayıldığından ve yasa gerekçesinde de Avrupa Birliğinin ilgili direktifi temel alınarak kanunun hazırlandığı ibaresi yer aldığından eşit işlem yükümlülüğünün kapsamına ücretin de girdiği sonucuna varılmalıdır. Diğer bir ifadeyle ödünç süresince ödünç işçiye ödenecek ücret, ödünç işçinin ödünç alan işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde ödenecek ücretin altında olmamalıdır.

İş sağlığı ve güvenliği açısından ise ödünç işçiler dezavantajlı bir grup niteliğini taşımaktadır. Bu itibarla ödünç işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ayrı bir önem kazanmaktadır. İş Kanununun ilgili hükümleri incelendiğinde işçiyi gözetme borcunun asıl yükümlüsü olarak ödünç alan işverenin kabul edildiği görülmektedir. Kanunun bu yöndeki yaklaşımı isabetlidir. Bununla birlikte özel istihdam bürosunun da ödünç alan işverenle birlikte işçiyi gözetme borcundan dolayı sorumlu tutulması, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması açısından daha uygun olacaktır.

Son olarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin toplu iş hukuku kapsamında doğurduğu sonuçlar üzerinde durulmalıdır. Ödünç işçinin işvereni özel istihdam bürosu olduğundan, ödünç işçi ancak özel istihdam bürosu işyerinin girdiği işkolunda faaliyette bulunan bir sendikaya üye olabilmelidir. Aynı şekilde ödünç işçi, ancak özel istihdam bürosunun taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanabilir. Ödünç alan işverenin işyerinde grev yapılması halinde ödünç işçi, grev veya lokavt süresince ödünç alan işveren yanında kural olarak çalıştırılmaz. Ödünç işçinin grev veya lokavt süresince ödünç alan işveren işyerinde çalıştırılmadığı sürede, ödünç işçiye özel istihdam bürosu tarafından iş sözleşmesinde yer alan düzenlemeler kapsamında işçinin ödünç verilmediği dönemler için ödeneceği öngörülen ücretin ödenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA ***

- AKIN, Levent: İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik, Ankara 2013.
- AKINTÜRK TÜRKMEN, Hülya: “İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiye Devri: Ödünç İş İlişkisi”, Yargıtay Dergisi, Cilt:25, Sayı:1-2, Ocak-Nisan 1999, 130-149.
- AKYİĞİT, Ercan: 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2006. (İş Kanunu Şerhi)
- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995.
- 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 Hukuk Sistemleri)
- AKYİĞİT, Ercan: “Ödünç İşçinin Sosyal Güvenliği”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:13, Sayı:5, Mayıs 1995, 12-37. (Sosyal)
- ALP, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005.
- ALPAGUT, Gülsevil: “Geçici İş İlişkisini Düzenleyen Avrupa Birliği Yönergesi’nin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt:I, İstanbul 2011, 353-367.
- ALPAGUT, Gülsevil: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012, 3-81. (Değerlendirme)
- 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. (Geçici İş İlişkisi)
- ANTALYA, O. Gökhan: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.
- ARSLANOĞLU, Mehmet Anıl: İş Hukukunda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler-Geçici İş İlişkisi-Asıl İşveren-Alt işveren İlişkisi, İstanbul 2005.

*** Birden fazla yayınına gönderme yapılan yazarlarda parantez içindeki kısaltmalar kullanılmış, bu yazarların atıf yapılan ilk yayını için kısaltma yapılmadan sadece yazarın adı verilmiştir.

- BAŞMANAV, Yasemin: “Ödünç İş İlişkisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, Cilt-I, Sayı: Özel Sayı, Cilt: LXXIV, Yıl:2016, 139-169.
- BAŞTERZİ, Süleyman – ŞUĞLE, Mehmet Ali: İstihdam ve Danışmanlık Hizmetlerinin Hukuksal ve Toplumsal Yönleri, Ankara 1999.
- BELIN, Alice – ZAMPARUTTI, Tony – TULL, Kerina – HERNANDEZ, Guillermo – GRAVELING, Richard: Occupational Health and Safety for the most Vulnerable Workers, European Parliament, August 2011.
- BISSELS, Alexander: Arbeitsrecht Handbuch (Tschöpe), 9. Auflage, 2015, 6. Teil, D. Arbeitnehmerüberlassungsrecht.
- BLANPAIN, Roger: “Introductory Remarks: The Evolving Attitude Towards Temporary Agency Work”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 1-5.
- BROUGHTON, Andrea: “March Employment Council Discusses Temporary Agency Work Proposal”, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/03/feature/eu0303203f.htm>, 11.09.2016.
- BROX, Hans – RÜTHERS, Bernd – HENSSLER, Martin: Arbeitsrecht, 18. Auflage, Stuttgart 2011.
- 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 Vefa Toplantıları (II) - Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı - Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Mart 2008 İstanbul, 121-155. (Hukuki Sonuçlar)
- CANİKLİOĞLU, Nurşen: “İş Kanununda Değişiklik Öngören Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Esnek Çalışma Biçimlerine İlişkin Tasarıların Genel Olarak Değerlendirilmesi”, İşveren Dergisi, Ocak-Şubat 2012, 56-61.
- 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.

- CİVAN, Orhan Ersun: “Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, Cilt:15, Sayı:1, 2016, 781-824. (Değişiklik Kayıtları)
- CİVAN, Orhan Ersun: Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.
- CİVAN, Orhan Ersun – ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar: “Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi ile İlgili Yargıtay Kararının İncelenmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:12, Sayı:45, Yıl:2015, 185-216.
- ÇANKAYA, Osman Güven – ÇİL, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006.
- ÇELİK, Nuri – CANIKLIOĞLU, Nurşen – CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 29. Bası, İstanbul 2016.
- ÇİL, Şahin: “4857 Sayılı İş Kanunu’ndaki Yeni Düzenlemelerin Toplu İş Hukukuna Etkileri”, Sicil, Yıl:3, Sayı:9, Mart 2008, 27-45.
- ÇOŞKUN, D. Solmaz: “Esnek Çalışma, Geçici Çalışma ve Özel İstihdam Büroları Kanun Taslakları Ne Getirecek? Ne Götürecek?”, İşveren Dergisi, Ocak-Şubat 2012, 44-47.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2015, 9-145. (Değerlendirme)
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: “Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi”, Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı, I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2016, 133-171.
- DÜTZ, Wilhelm – THÜSİNG, Gregor: Arbeitsrecht, 16. Auflage, München 2011.
- 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.
- EKONOMİ, Münir: “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2007 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, İstanbul 2009, 1-64.

- 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.
- ERDOĞAN, Çağla: İşveren ve İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu, Ankara 2016.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.
- FERBECK, Arne – ELERT, Nicole - KAISER, Frank – CICHON, Manfred: Praxishandbuch Flexible Einsatzformen von Arbeitnehmern, 1. Auflage, 2012, Teil 3, Kapitel 3, Arbeitnehmerüberlassung.
- GÜZEL Ali: “Tebliğ: Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, 9-71.
- HEKİMLER, Alpay: “Avrupa Birliği’nin Kabul Ettiği Ödünç Çalışmaya İlişkin Direktif ile Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, İşveren, Cilt:47 Sayı:4 Ocak 2009, 49-52. (Direktif)
- HEKİMLER, Alpay: “Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkinde İlişkin Mevzuat ve Taslakların Genel Değerlendirmesi”, Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi Semineri, Tebliğler ve Görüşler, Ankara 2013, 49-70.
- HENDRICKX, Frank: “Belgium - A General Overview”, Temporary Agency Work and The Information Society, The Hague 2004, 47-61.
- HENDRICKX, Frank – SENGERS, Karin: “The Implementation of Flexible Work Provisions in The Labour Act”, Flexibilisation and Modernisation of The Turkish Labour Market, 2006, 81-118.
- HROMADKA, Wolfgang – MASCHMANN, Frank: Arbeitsrecht Band 1 – Individualarbeitsrecht, 4. Auflage, Berlin Heidelberg 2008.
- JUNKER, Abbo: Grundkurs Arbeitsrecht, 10. Auflage, München 2011.
- KABAKCI, Mahmut: “5920 Sayılı Kanununun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükmünün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/4, 73-111.
- KABAKCI, Mahmut: “Kamu Hizmet Alım Sözleşmelerinin İş Hukuku Uygulaması Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt: I, İstanbul 2011, 83-124. (Hizmet Alım Sözleşmeleri)

- KARADENİZ, Oğuz: “Ev Hizmetlerinde Çalışanlar ve Sosyal Koruma Sorunu”, İş Müfettişleri Derneği II. Çalışma Yaşamı Kongresi, Ankara 2008, 177-204.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku – Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008.
- KOCK, Martin: Beck’scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (Rofls/Giesen/Kreikenbohm/Udsching), 40. Edition, München 2016, AÜG.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta: OR Handkommentar - Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 2009, Art. 18 OR.
- KUT, Ahmet: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Zürich 2012, Art. 18 OR.
- LÜCKING, Stefan: “Political Agreement Reached on Working Time and Temporary Work Directives”, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/07/articles/EU0807049I.htm>, 11.09.2016.
- MCKAY, Sonia: “Temporary Agency Work Directive Approved”, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/11/articles/EU0811029I.htm>, 11.09.2016.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008.
- MOTZ, Guido: Beck’scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (Rofls/Giesen/Kreikenbohm/Udsching), 40. Edition, München 2016, AÜG.
- ODAMAN, Serkan: Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007.
- ODAMAN, Serkan: “Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması”, Sicil - İş Hukuku Dergisi, Sayı: 36, Yıl: 2016, 41-61. (Yeni Düzenlemeler)
- OĞUZMAN, M. Kemal – ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010.
- ÖZDEMİR, Erdem: “Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?”, Sicil - İş Hukuku Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 18, Haziran 2010, 20-32.

- REISERER, Kerstin – CHRIST, Florian: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht (Moll), 3. Auflage, München 2012, §66.
- ROLFS, Christian: Arbeitsrecht – Studienkommentar, München 2010.
- SARGEANT, Malcolm: “Health and Safety of Vulnerable Workers in a Changing World of Work”, Working Paper Adapt, 27 Novembre 2009, n.101, http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/4433WP_09_101.pdf, 03.09.2016.
- SERİN, İlhan: “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici(Ödünç) İş İlişkisi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:7, 2005, 1055-1090.
- SÜZEK, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989. (Askı)
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008. (4. Bs.)
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015. (11. Bs.)
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2016.
- ŞAHİN, Barış: “6663 Sayılı Kanun’da Analık Haline Özgü Öngörülen Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Çimento İşveren, Cilt:30, Sayı:3, Mayıs 2016, 34-49.
- ŞEN, Murat: İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005.
- TELLJOHANN Volker – DAZZI, Davide: “Social Partners Issue Joint Declaration on Draft EU Directive for Temporary Agency Workers”, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/06/articles/eu0806029i.htm>, 11.09.2016.
- TUNCAY, A. Can – EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 18. Bası, İstanbul 2016.
- UŞEN, Şelale: Avrupa Birliği’nde Ödünç İş İlişkisi ve Ödünç Emek Büroları: İtalya Uygulaması ve Türkiye, İstanbul 2006.
- WANK, Rolf: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Müller/Glöge-Preis-Schmidt), 16. Auflage, München 2016, AÜG.
- WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar – Band Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 18 OR.
- YÜCEL, Mehtap: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mevsimlik İş, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012.

