

5920 Sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükmünün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi

Mahmut KABAĞCI*

Özet: Bir istihdam türü olarak Türkiye’de 1990’lı yıllardan itibaren uygulanan, 4857 sayılı Kanun m.90’nın kabulünden sonra daha da yaygın hale gelen ödünç iş ilişkisi, Türk İş Hukukunun yasal değil ancak maddi bir gerçekliktir. 2009 yılında 5920 sayılı Kanun ile mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin düzenlenmek istenmesi isabetli olmakla birlikte, Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmesi de, o derece yerinde olmuştur. Bugün itibarıyla konunun yasa ile düzenlenmemesi işçi aleyhindedir. Ödünç iş ilişkisi mevzuat ile sınırlandırılmadığı sürece, düşük ücretle, iş güvencesiz ve sendikasız işçi çalıştırma aracı haline gelir ve belirli süreli sözleşmenin objektif nedenlerle sınırlandırılması işlevini kaybeder. Ödünç iş ilişkisinin yasa ile sınırlandırılmasında hareket noktası, bu istihdam şeklinin belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmanın yerini almasının önlenmesidir. Bu hedefe, buna başvurulmasının ancak işyerindeki arzi işgücü ihtiyacıyla sınırlandırılması ile ulaşılabilir. 5920 sayılı Kanunda getirilen azami süre ve diğer sınırlamalar ise, bu amacı temin için yeterli değildir. AB’nin konuyla ilgili 2008/104/EG sayılı Yönergesi, ülkemizde yapılacak bir yasal düzenleme için yol gösterici nitelikte esasları içermektedir. Bu çalışmada, Cumhurbaşkanı tarafından veto edilen 5920 sayılı Yasa düzenlemesi ile veto ertesinde hükme eklenen fıkraların, ödünç işçilerin korunması amacı bakımından yeterliliği incelenecektir.

Anahtar kelimeler: Ödünç iş ilişkisi, 2008/104/EG sayılı Yönerge, geçici iş gücü ihtiyacı, ödünç işçinin esaslı iş koşulları, ödünç iş ilişkisinde emsal işçi

Abstract: The temporary agency work which is as an employment type has been practising from the beginning years of 1990 and following adaptation of the Law numbered 4857 become prevalent. However, the temporary agency work exists as physical reality in

* Yrd. Doç. Dr. Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Turkish Labour Law but it is not subject of any legal legislation. It was very appropriate to aim regulating the temporary agency work with the Law numbered 5920 at the year of 2009, in conjunction with that it was accurate as much as to be vetoed by the President of the Republic.

Currently, the subject of temporary agency work is not regulated by any legislation and this fact is against to the employee. Unless the temporary agency work has not been restricted by the legal provisions, it will become a tool of employment with low wage, non-unionized and without job security. Furthermore the essential restriction function of an employment contract for a definitive term which is based on emergence of the objective conditions would be vanished. The purpose of the legal restriction regarding on the temporary agency work as an employment type should be preventing from supersede the employment for an indefinite term. In order to reach this aim, the temporary agency work should be permitted when the temporary employee necessity occurs at the entertainment. However, the Law numbered 5920 which had brought maximum period and other restrictions but it was not enough to reach the aforementioned purpose.

The Directive 2008/104/EC includes guiding rules for the legislation which will be adopted in our country in the future. Following to be voted by the President of the Republic, some new articles added to the Law numbered 5920 and this study will examine the competency of these new added articles in connection with the protection purpose for the temporary agency workers.

Keywords: The Temporary agency work, Directive 2008/104/EC, temporary employee necessity, essential working condition of a temporary agency worker, comparable worker for temporary agency worker.

I. GİRİŞ

Hukukun görevi, toplumsal yaşamla ilgili farazi sorunlara ideal çözümler üretmek değildir. Toplumsal yaşamdaki mevcut şartlardan soyut bir hukuk düşünülemez. Mevcut hukuk düzenlemeleri ile karşılanamayan her değişim, akabinde hukuk dünyasında bir uyarılama, yeniden düzenleme gereğini ortaya çıkarır. Örneğin iş hukukunun doğuşu, sanayi devriminin işçi aleyhine ortaya çıkardığı çalışma şartlarının, borçlar hukuku çerçevesinde karşılanamamasının bir sonucudur. Kısaca, hukukun gelişimi, toplumsal değişimin gereği, zorunlu tamamlayıcısıdır.

Türk İş Hukukunda özellikle 2003 yılından beridir önemli bir tartışmanın konusu olan ödünç iş ilişkisine^{1,2} tespit edilen açıdan bakıldığında, artık bunun endüstri ilişkileri bakımından önemi ve dolayısıyla hukuken cevaz verilip verilmeyeceğinin değil, işçilerin etkin biçimde korunması için hukuki şartlarının ne şekilde düzenlenmesi gerektiği tartışılmalıdır. Kurum olarak ödünç iş ilişkisi, çalışma yaşamımızda 80'li, 90'lı yıllardan itibaren uygulanmaktadır (Ekonomi, 2008: 234; Tuncay ve Savaş, 2007, 67); bunun yasa ile açıkça düzenlenmemiş olması, var olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Mevcut uygulamanın görmezden gelinmesi, devletin işçiyi koruyucu mevzuat hazırlama görevinin ihlalidir. Çünkü bu surette, ödünç işçi uygulaması, işçiyi koruyucu hukuki sınırlamalar olmaksızın cereyan etmekte, dolayısıyla emek sömürsünün önü açılmış olmaktadır³. Geline nokta itibariyle bunun açıkça yasaklanması şeklinde bir düzenleme de gerçekçi olmayacak, hatta işçi aleyhine sonuçları ortaya çıkaracaktır. Ödünç iş ilişkisini yasalarla kabul eden ülkelerin deneyimlerine bakıldığında, birçok ülkede ilk önce yasalarla yasaklanan bu uygulamanın, yasağa rağmen fiilen devam etmesi, zamanla yasağın

¹ Bu kurum, kavram olarak “ödünç iş ilişkisi” (Leiharbeitverhaeltnis) yanında, “geçici iş ilişkisi” (temporary work, travail temporaire) olarak da isimlendirilmektedir. Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan İş Kanunu Tasarısında ödünç iş ilişkisi terimi kullanılmışsa da, TBMM’deki görüşmelerde getirilen eleştiriler üzerine, geçici iş ilişkisi tercih edilmiştir. Cumhurbaşkanı tarafından veto edilen 5920 sayılı Kanun düzenlemesinde ve veto ertesinde yapılan değişikliklerde, İş Kanunu m.7’deki gibi geçici iş ilişkisi ifadesine yer verilmiş olmakla, olası bir düzenlemenin bu isimle yapılacağını söylemek hatalı olmayacaktır. Ancak “mesleki anlamda geçici iş ilişkisi” başlığına yer veren 5920 sayılı Kanunun madde gerekçesinde dahi, “mesleki anlamda ödünç ilişkisinin yasallaşması”ndan, Cumhurbaşkanının vetosunda da, “bir işyerinde ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan işçi”den söz edilmektedir.

² Türk İş Hukuku uygulamasında, kamu sektöründe vizeye tabi istihdam edilen işçiler, geçici işçi olarak isimlendirilmektedir. Yine Yargıtay kararlarında, belirli süreli ve mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışan işçiler için de geçici işçi olarak nitelendirildiği görülmektedir (örneğin Yarg.9.HD, 18.01.2010, E.2008/14602, K.2010/312 (Çalışma ve Toplum, 2010/2 (25), 333-335); Yarg.9. HD, 14.09.2005, 21940/29885, (Çalışma ve Toplum, 2006/4 (11)). Her iki terim arasındaki fark, ödünç iş ilişkisinde işçi istihdam edip üçüncü kişilere geçici olarak devir faaliyeti ve geçici iş ilişkisinde de, ödünç alan işverenin geçici işçi ihtiyacı ön plana çıkarılmış olmaktadır. İş hukuku açısından kurumun ön plana çıkan yönü, başkasına devretmek üzere işçi istihdamı olduğundan, ödünç iş ilişkisi teriminin daha isabetli olduğunu düşünüyoruz. Konu hakkında bkz. Ekonomi, 2008: 232, 236; Süzek, 2008: 255; Alpogut, 2005: 262-263; Akyiğit, 1995: 25-32; Dereli, 2005; Usen, 2010: 170-171.

³ Bu gerçek, yasa koyucu tarafından 5920 sayılı Kanunun Cumhurbaşkanı tarafından Veto edilen maddenin gerekçesinde, açıkça belirtilmiştir: “Ayrıca, mesleki anlamda ödünç ilişkisinin yasallaşması, Türkiye’de yıllardır danışmanlık hizmetleri adı altında geçici iş ilişkisi sözleşmesi düzenleyen kuruluşların yasadışı uygulamalarına son verecektir. Özellikle kayıt dışı istihdamın önlenmesi, bu sektörde çalışanların sosyal güvence altına alınabilmeleri ve devletin bu alanda düzenleyici olması açısından da büyük katkı sağlayacaktır”.

ortadan kaldırılarak işçi lehine koruyucu düzenlemelerin kabulü sonucunu ortaya çıkarmıştır⁴. Ülkemizde işçi sendikalarınca dile getirilen ödünç işçi uygulamasının modern kölelik olduğu vurgusu⁵, bunu yasal düzenlemeler ile kabul eden AB üyesi ülkelerde de ileri sürülmüştü (Steuer, 2009: 21; Hekimler, 2009/b: 127)

Konuyla ilgili hukuki tartışmaların yoğun olarak 4857 sayılı İş Kanununun kabulü sürecinde, Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan Tasarının 93. maddesi çerçevesinde başladığı kabul edilirse, bugüne kadar bir somut bir düzenleme yapılamamış olması olağan görülmelidir. Çünkü ödünç iş ilişkisi fiilen 1950’li yıllarda uygulanmaya başlandığı halde, AB üyesi ülkelerde yasalaşması 1970’lerde başlamış, birçok ülkede 1990’lı ve 2000’li yıllarda gerçekleşmiştir⁶. AB konuyla ilgili Birlik düzeyinde bir düzenleme hedefini daha 1980 yılında ortaya koyduğu ve bu konuda birçok yönerge taslağı hazırladığı halde (Fuchs, 2009: 57; Schüren ve Wank, 2011: 1-2; Steuer, 2009: 132 vd; Alpagut, 2005: 268-270; Süral, 2010: 26-27; Hekimler, 2009/a, Usen, 2010: 171 vd; Aktekin, 2009: 124), yaklaşık 30 yıl sonra 19.11.2008 tarih ve 2008/104/EG sayılı Yönerge⁷ ile bu hedefini gerçekleştirebilmiştir. Bu, konunun ideolojik boyutu nedeniyle, hukuk dışında aynı zamanda siyasi bir tartışmanın konusu olmasından kaynaklanmaktadır (Özdemir, 2010: 20; Süral, 2010: 25).

Ülkemizde mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi hakkında yasal düzenleme, ilk olarak 2003 yılında 4857 sayılı İş Kanununun kabulünde gündeme gelmiştir. Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan Tasarısının 93. maddesinde bu konu düzenlenmişken⁸, işçi kesiminden gelen yoğun tepkiler üzerine (Dereli, 2005; Türk İş, Kiralık İşçi Raporu, 2-3) taslak madde yasalaşan metinde yer almamıştır. Bundan 6 yıl 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 m.1 ile İş Kanununa “mesleki anlamda geçici iş ilişkisi” başlıklı m.7/A hükmü eklenmek istenmişse de (m.1), yine işçi kesiminden gelen yoğun tepkiler

⁴ Ödünç iş ilişkisi, örneğin İsveç’te 1930 yılında kabul edilen yasak 1993 tarihli kanunla (Wanselow ve Weinkopf, 2009: 41), İspanya’da 1980’de getirilen yasak 1994’de (Steuer, 2009: 274), Almanya’da 1927’de kabul edilen yasak 1972’de (Hekimler, A. (2004), “Federal Almanya’da Profesyonel Ödünç İş İlişkisinin Yasal Çerçevesi”, İşveren, Nisan, www.tisk.org.tr) kaldırılmıştır. Ayrıca bkz. Tuncay, 2003: 63; Alpagut, 2005: 265-266.

⁵ Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu Türk-İş, “İnsana Saygı, İnsan Onuruna Yakışır İş İstiyoruz, Yeni Kölelik Düzeni Olan Kiralık İşçilik Kabul Edilemez” (Kiralık İşçi Raporu), Ağustos 2009.

⁶ AB üyesi 27 ülkede ödünç iş ilişkisinin yasa ile kabul edilme tarihleri hakkında bkz. Zeitarbeit in der EU, Ein Länderüberblick,

<http://www.kabak.power.de/downloads/zeitarbeitelaenderstand2006.pdf>

⁷ Amtsblatt 05.12.2008, L 327/9 vd.

⁸ İş Kanunu Tasarı m.93’ün değerlendirmesi için bkz. Tuncay, 2003: 73 vd.

üzerine, bu düzenleme Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmiştir⁹. Bu Kanun, veto edilen hüküm çıkartılarak 5921 sayılı Kanun olarak yürürlüğe girmiştir. Ödünç iş ilişkisi hakkındaki veto edilen hükme, veto gerekçelerini karşılayan eklemeler yapılmış ve 13.02.2011 tarih ve 6111 sayılı “Torba” Kanununun¹⁰ TBMM görüşmelerinde, bu hükmün de yasalaştırılması gündeme gelmiş ancak daha sonra Çalışma Bakanı bu düzenlemenin tasarıdan çıkarıldığını açıklamıştır (Özdemir, 2010: 20). 5920 sayılı Kanun ile atılan somut adım ve akabinde yaşanan gelişmeler dikkate alındığında, önümüzdeki günlerde konu hakkında somut gelişmelerin olacağını söylemek hatalı olmayacaktır.

Bu yazıda, 5920 sayılı Kanunun Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmesi ertesinde hazırlanan taslak düzenlemenin, bu tip çalışmalarda işçi haklarının korunması bakımından olası etkinliği değerlendirilecektir. Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi hakkında bir düzenlemenin, iki yönde güvence oluşturması gerekir (Özdemir, 2010: 24-25): Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin, geçici işçiler ile ikame edilerek işgücünün ucuzlatılması ve dolayısıyla emek sömürsünün önlenmesi, ikincisi de, örneğin bu uygulamaya sınırsız olarak başvuru yolunun açılarak, belirli süreli sözleşmelere ilişkin İş Kanunu m.11’de getirilen sınırlandırmanın anlamsızlaştırılması gibi, iş hukuku sisteminin bütünlüğünün bozulmaması. Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin, iş dünyasının değişen şartları karşısında önemi ve vazgeçilmezliği dikkate alındığında, öyle bir düzenleme yapılmalıdır ki, bu hem işçi haklarını temin etsin hem de iş dünyasının ihtiyaçlarına cevap versin.

Konuyla ilgili değerlendirmede referans noktası olarak, Cumhurbaşkanının 5920 sayılı Kanuna ilişkin vetoda haklı olarak vurguladığı AB’nin 2008/104/EG sayılı Yönergesi esas alınacaktır. Bu Yönerge AB düzeyinde bir sistem öngörmekle, ödünç iş ilişkisi hakkında olmazsa olmaz asgari şartları içerdiğini söylemek hatalı olmayacaktır¹¹. Bu nedenle konuyla ilgili kabul edilecek bir düzenlemenin

⁹ İlgili kanun, ödünç iş ilişkisi hakkındaki veto edilen hüküm çıkartılarak 5921 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun olarak yeniden kabul edilmiştir (RG. 18.08.2009, 27323). Veto edilen Veto süreci, gerekçeleri ve hakkında bkz. Aktekin, 2009: 121 vd; Türk İş, Kiralık İşçi Raporu.

¹⁰ RG. 25.02.2011, 27857 Mükerrer.

¹¹ Yönergenin giriş bölümünde, ödünç iş ilişkisi uygulamaları ve ödünç işçinin çalışma koşulları bakımından, AB ülkelerinde çok farklı hukuki düzenlemelerin bulunduğu tespit edildikten sonra (10), ödünç çalışmanın sadece işverenlerin esnek istihdam ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik bir çalışma biçimi olmadığı, bunun ötesinde çalışanlar için de aile yaşamı ile iş hayatını daha dengeli biçimde uyumlaştırma olanağı tanıdığı (11), bu nedenle Yönergenin bir yandan ödünç çalışanların çalışma koşullarının iyileştirilmesi için ayrımcılığa set çeken, şeffaf ve orantılı bir çerçevenin tespiti ve diğer yandan da etkin bir istihdam

Yönergede öngörülenleri karşılaması, sistemin amaca uygunluğu bakımından önemlidir. Aşağıda 2008/104/EG sayılı Yönergenin öne çıkan yönleri tespit edildikten sonra, veto edilen 5920 sayılı Yasa düzenlemesinin ve veto ertesinde eklenen firkalann, Yönergede öngörülen şartları ne derecede karşıladığı ele alınacaktır.

II. AB YÖNERGESİNDE ÖNGÜRLEN SİSTEM

Ödünç iş ilişkisi, belirli süreli ve kısmi süreli iş sözleşmelerinin yanında, temel atıpk istihdam yöntemlerinden biridir (Schüren ve Wank, 2011: 1; Ekonomi, 2008: 233; Süral, 2010: 25). Her üç istihdam şekli de, iş hukukundaki belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesiyle çalışma genel esasından ayrılan, işlevleri itibariyle işveren ancak aynı zamanda işçiden kaynaklanan esneklik ihtiyacını karşılayan önemli çalışma biçimleridir. AB, 1980’li yıllarda bu atıpk üç istihdam şeklini birlikte düzenlemek için Yönerge taslakları hazırlamışsa da, bunları yürürlüğe koyamamıştır¹². 1991’de kabul edilen 91/383/EWG sayılı Yönerge, konunun sadece iş sağlığı ve güvenliği boyutunu kapsamaktadır. 15.12.1997’de kısmi süreli çalışmaya ilişkin 97/81/EG sayılı Yönerge ve 28.06.1999 tarihinde de belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin 99/70/EG sayılı Yönerge kabul edilmiştir. AB Komisyonu ödünç iş ilişkisinin düzenlenmesi için sosyal taraflarla görüşmüşse de, 21.05.2001 tarihinde ortak bir sonuca ulaşamadığını açıklamıştır (Dereli, 2005). 2002 yılında hazırlanan yönerge taslağı ile düzeltilmiş yönerge önergesinin geçirilememesinden sonra, ödünç iş ilişkisini düzenleyen Yönerge yaklaşık 6 yıl sonra 22.11.2008 tarihinde 2008/104/EG sayı ile kabul edilebilmiştir.

Yönergenin öne çıkan yönü, eşitlik ilkesidir. Bu ilke, amaç başlıklı m.2’de ödünç işçilerin korunması ve ödünç iş ilişkisinin standartlarının iyileştirilmesi için olmazsa olmaz unsur olarak vurgulanmıştır (m.2). Eşitlik ilkesine, ödünç işçiler için genel bir koruma düzeyinin güvence altına alınması şartı ile istisna getirilebilir. Ödünç iş ilişkisine başvuruyu sınırlandırma veya yasaklama şeklindeki istisnalar ise, ödünç işçilerin korunması, sorunsuz işleyen bir iş piyasasının temin edilmesi ve kötüye kullanmalarının önlenmesi gereklerine dayanabilir (m.4/1) (Hekimler, 2009/a; Hirdina, 2011: 326). Bunda ölçüt, atıpk bir istihdam türü olarak ödünç iş ilişkisi uygulamasını ortaya çıkaran, işyerindeki arızı iş gücü ihtiyacının karşılanmasıdır (m.1/1; 3/1, e).

yaratmayı amaçladığı (12) vurgulanmıştır. Yönergenin amaçları hakkında bkz. Hirdina, 2011: 326; Hamann, 2011: 71; Süral, 2010: 27-28; Hekimler (2009/a).

¹² 2008/104/EG sayılı Yönergenin kabulüne kadar olan süreçteki gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schüren ve Wank, 2011: 1; Tuncay, 2003: 62 vd; Alpagut, 2005: 268; Hekimler, 2009/a; Usen, 2010: 171 vd.

1. “Sürekli” ödünç iş ilişkisi yasağı

Ödünç iş ilişkisinin sınırlandırılması gereği, bunun geçici bir yöntem olmasından anlaşılır. Bir sınırlandırmanın olmadığı ihtimalde, bu uygulamanın belirsiz süreli iş sözleşmelerinin yerini alması ve dolayısıyla düşük ücretle iş güvencesiz işçi çalıştırmanın yolunun açılması sonucunu doğurur. Ödünç iş ilişkisini yasalarla düzenleyen AB üyesi 27 ülkeden 9’unda süre yönünden 6-24 ay değişen sürelerde bir sınırlandırma öngörülmüş iken, kalan 14 ülkede bir azami süre kısıtı yoktur (Wanselow ve Weinkopf, 2009: 13). Ancak azami süre sınırlandırmasının olmaması, bu ülkelerde uzun süreli ve hatta kalıcı ödünç iş ilişkisi kurulmasının yolunun açıldığı anlamına gelmez¹³. Böyle bir imkan işverenler açısından personel giderlerinde bir indirim ve daha fazla esneklik! anlamına gelse de, Türkiye’nin de dahil olduğu Avrupa İş Hukuku sisteminde, belirsiz süreli sözleşme ile işçi istihdamı esas olduğundan, böyle bir yolun kapatılması gerekir.

2008/104/EG sayılı Yönergenin kapsama ilişkin 1. maddesinde, ödünç işçinin *geçici* süre ile devredilmesinden söz edilmiştir. Yine devir, ödünç işçinin geçici işverene ait işyerinde, onun emir ve talimatı altında *geçici* olarak çalıştığı zaman aralığı şeklinde tanımlanarak (m.3/1, e), ödünç iş ilişkisinin geçici niteliği vurgulanmıştır (Leuchten, 2011: 609).

Bir devir, ne zaman geçicidir? Kelime anlamı ile geçici, süre bakımından sınırlı değildir ya da tersinden tespit ile sürekli, ebedi olmamadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, ödünç iş ilişkisi, nitelik itibarıyla belirli ve kısmi süreli iş sözleşmeleri aynı temelde bulunduğu için, ödünç iş ilişkisinin geçiciliğine, belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin bakış açısıyla yaklaşmak mümkündür (Alpagut, 2005, 273; Hamann, 2011: 72). Buna göre ilk ihtimal, ödünç iş ilişkisi uygulaması için herhangi bir neden olmaksızın, sadece ay ya da yıl olarak tespit edilen bir süre için devrin mümkün olduğu kabul edilebilir (Kalendermäßige Befristung). Bu ihtimalde, devrin geçici olması açısından bir üst sınır getirilmesi zorunluluğu vardır. İkinci ihtimal ise, ödünç iş ilişkisi kapsamında devrin, bu uygulamayı haklı gösteren objektif bir nedenin, amacın varlığı ile sınırlandırılmasıdır (Zweckbefristung). Bu durumda devrin süresi, her somut olayda bunu gerektiren objektif nedene göre tespit edilir.

Daha önceden 20.03.2002 tarihli Yönerge Taslağında, geçicilik konusunda bir açıklık bulunmamaktaydı. Bu hususta açık bir vurgu, ilk olarak 23.10.2002 tarihli Yönerge Önerisinde yer almıştır. Bu öneride ödünç veren ve ödünç alan işveren tanımlarında, ödünç işçinin sınırlı bir süre devri vurgulanmıştır. Öneri gerekçesinde ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanımına neden olabilecek yanlış anlamaların önlenmesinin amaçlandığı belirtilmişse de, geçicilik konusunda bir ayrıntıya yer

¹³ Bu konuda kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Herrmann, Tanja (2009), Schaffung von Arbeitsplätzen durch Leiharbeit? Die Änderungen im Arbeitnehmerüberlassung und ihre Auswirkungen, Verlag Kovač, Hamburg.

verilmemiştir. Bu öneri üzerine hazırlanan 28.11.2002 tarihli Değiştirilmiş Yönerge Taslağında, sadece “sürelî” ifadesi yer almış, açıkça geçicilikten söz edilmemiştir.

Tespit edilenler ışığında, 2008/104/EG sayılı Yönergede geçicilik hususunda açık bir sınırlandırmaya yer verilmeyerek, Yönergenin iç hukuka uyarlanmasında, geçiciliğin belirli bir azami süre sınırlandırması ile mi, yoksa buna başvurulmasının objektif nedenlerle sınırlandırılması suretiyle sağlanacağı, üye ülkelerin takdirine bırakılmıştır (Hamann, 2011: 69; Leuchten, 2011: 609)¹⁴. Yönerge açısından önemli olan, ödünç alan işverenin belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle istihdam ettiği sürekli işçilerini, ödünç işçiler ile ikame etmesinin önlenmesidir.

Objektif nedenle sınırlandırmanın olmadığı ihtimalde, bir azami süre sınırlandırması, her zaman için yeterli güvence sağlayamayacaktır¹⁵. Bu nedenle ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılmasının önlenmesi açısından geçiciliği, salt azami bir süre ile sınırlandırma yerine, buna başvurulmasının objektif nedenlerin varlığına bağlanması ön plana çıkarmaktadır. Acaba böyle bir sınırlandırma hangi içerikte olursa, ödünç iş ilişkisi kurumunun özelliklerine uygun düşer? İçinde bulunduğumuz Avrupa İş Hukuku sisteminde belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesi ile istidam esas olduğundan, bunun dışındaki istihdam yöntemlerine, istisnai niteliklerine uygun sınırlandırmalar getirilmelidir (Özdemir, 2010: 21-22). Bu sınırlandırmaların söz konusu istihdam türünün amacına göre şekillendirilmesi gerekir. Ödünç iş ilişkisinin geçici olması gereği, bunun belirsiz ve tam süreli işçi istihdamının yerini almasının önlenmesi amacından kaynaklandığından¹⁶, belirli süreli iş sözleşmeleriyle ilgili objektif / esaslı nedenlerle, ödünç iş ilişkisinin geçiciliği arasında bağlantı kurmak mümkündür (Alpagut, 2005: 273-274; Özdemir, 2010: 25-26; Hamann, 2011: 73).

¹⁴ Bu konuda Alman kanun koyucu, objektif nedenle sınırlı çözümü tercih etmiştir. Almanya’da 2008/104/EG sayılı Yönergeye uyumu öngören yasa değişikliği, 29.04.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yasanın gerekçesinde, ödünç alan işverenlerin sürekli işlerde çalışan işçilerinin yerine, ödünç işçilerin ikame edilmesinin önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Bu amaca karşın, devrin azami bir süre ile sınırlandırılması açıkça reddedilerek, ödünç iş ilişkisinin geçiciliği, devri gerektiren objektif nedenle ilişkilendirilmiştir. Almanya’da ödünç iş ilişkisini düzenleyen Ödünç İşçi Devri Yasasında (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG) değişiklikler öngören yasa, Ödünç İşçilerin Kötüye Kullanılmasının Önlenmesi Hakkında Kanun adı ile kabul edilmiştir (BGBI I 2011, 642). En önemli değişiklik, “mesleki faaliyet” ibaresinin çıkarılarak, Kanunun tüm ödünç iş ilişkisi uygulamaları kapsar hale getirilmesidir. Değişikliklerin değerlendirilmesi için bkz. Leuchten, 2011: 608 vd.

¹⁵ Bkz. aşağıda III, 2, a.

¹⁶ Fransız İş Kanununun ödünç iş ilişkisini düzenleyen ilk maddesine göre, “Geçici süreli iş sözleşmesi, bir işletmenin normal ve devamlılık arz eden iş ilişkilerinin yerini alma konusunda ve bu etkiye sahip olacak şekilde kullanılmaz” (L.124/2) (Özdemir, 2010: 25).

Belirli süreli sözleşme yapmayı haklı kılan objektif nedenler, genel olarak işin (vasıflı olup olmama gibi) ya da işçinin niteliği ile ilgili olmayıp¹⁷, işçinin görevlendirileceği somut işin süre yönünden sınırlı olup olmadığıyla bağlantılıdır. Buna göre, işin belirli süreli olduğu, belirli bir işin tamamlanmasına yönelik bulunduğu ya da belirli bir olgunun ortaya çıkmasına bağlı olarak yapılan belirli süreli sözleşmeler, objektif nedene dayanır. İşyerindeki mal ve hizmet üretimiyle bağlantılı kesintisiz olarak ifası gereken işlerde, İş Kanunu m.11 anlamında bir objektif neden ortaya çıkmadığı sürece, belirli süreli sözleşme yapılamaz¹⁸. Buna göre, ödünç iş ilişkisinin geçiciliği belirli süreli sözleşmelere ilişkin objektif neden yaklaşımı ile ele alındığında, ödünç alan işverene ait işyerinde bireysel veya toplu geçici iş gücü ihtiyacının bulunduğu her durumda, amacına uygun ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir. Geçici iş gücü ihtiyacını doğuran olgu, işyerindeki sürekli işlerle ilgili olabileceği gibi, iş organizasyonu itibarıyla istisnai nitelikte de olabilir. Örneğin sürekli bir işte görevli işçinin doğum izni ertesinde ücretsiz izin alması (İş Kanunu m.74) ya da yılda bir gerçekleştirilen fuar organizasyonunda görevlendirilerek pazarlama elemanı ihtiyaç duyulması gibi.

Ancak tespit etmek isteriz ki, ödünç iş ilişkisi hakkında İş Kanunu m.11'deki gibi dar bir bakış açısı, bu kurumun çok sınırlı olarak kullanımını ve dolayısıyla amacını aşan bir sonucu ortaya çıkarır. Bu çerçevede öğretilerdeki İş Kanunu m.11'de değişiklik ile sınırlandırmanın yumuşatılması önerilerine bizde iştirak ediyoruz¹⁹. Ödünç iş ilişkisinin kurulması şartlarını, bire bir belirli süreli sözleşmelerdeki objektif nedenlerle sınırlandırmak, 2008/104/EG sayılı Yönergede ödünç iş ilişkisiyle ilgili vurgulanan istihdam yaratmak ve yeni esnek çalışma biçimleri oluşturma hedefinden uzaklaşılması sonucunu doğurabileceği söylenebilir. İşçinin de iradesine uygun olarak kararlaştırılacak bir belirli sürenin, ekonomik yönden işçiyi sınırlı süre de olsa güvence altına alacağı açıktır. Çünkü bu surette işçi açısından kararlaştırılan süre, öngörülebilir ve planlanabilir hale gelmektedir (Hamann, 2011: 73 dn. 32). Ödünç iş ilişkisinin sınırlandırılmasında amaç, bu yolun kötüye kullanılmasının önüne geçilmesidir, yoksa tamamıyla yasaklanması değil.

Diğer yandan ödünç iş ilişkisi için objektif nedenler aranmaması, bu kurumu düşük ücret ile iş güvencesiz işçi istihdamı aracı kılar. Bu noktada, belirli süreli iş

¹⁷ Süzek, 227. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 18.02.2010 tarih ve E.2008/22539, K.2010/7180 sayılı kararına göre, "Sözü edilen normatif dayanaklara göre işçinin niteliğine göre sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi imkanı ortadan kalkmıştır. Buna karşın yapılan işin niteliği belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için önemlidir. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir."

¹⁸ Süzek, 2008: 224.

¹⁹ Taşkent, S. (2006), "Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi", Legal İHD, 9, 36-37; Aynı Yazar (2008), "Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı", Sicil, 9, 19 vd; Süzek, 2008: 841-842.

sözleşmesi yapma hakkını objektif nedenlerle sınırlandırılması zorunluluğunu doğuran nedenler, ödünç iş ilişkileri bakımından da aynen geçerlidir. Ödünç iş ilişkisinin iş bulamayanların çalışma hayatına dahil olmaları ve bu surette elde edecekleri deneyimlerle belirsiz süreli sözleşmelerle çalışacakları iş bulmalarında önemli bir katkı sağlayacağı ileri sürülmüşse de (Tuncay, 2003: 69; Tuncay ve Savaş, 2007: 68-69; Süral, 2005; Hekimler, 2009/b: 128), uygulamada aksine işçilerin çoğunluğunun geçici iş ilişkisinin sonunda işsiz kaldıkları gözlenmiştir (Özdemir, 2010: 23). Objektif nedenler olmadan kurulan belirli süreli bir ödünç iş ilişkisi, ayrımcılık aracı olarak kolaylıkla kötüye kullanılabilir. Zira ödünç işçiler, objektif nedenlere dayanmayan ödünç iş ilişkisi ile örneğin iş güvencesi, hamilelik ve doğumla ilgili haklar gibi, tüm olanakları kaybetmektedirler (Schüren ve Wank, 2011: 11). Bu nedenle, belirli süreli ödünç iş ilişkisi bakımından kendisine özgü objektif nedenlerin tespiti önem kazanmaktadır. Ödünç alan işverenin geçici iş gücü ihtiyacı ile ödünç iş ilişkisinin bir defa ve belirli bir süre için kurulması arasında paralellik sağlandığı takdirde, ödünç ilişkisi hukuka uygun görülmelidir.

Ödünç iş ilişkisini haklı gösteren bir geçici iş gücü ihtiyacı, ödünç iş ilişkisinin kurulduğu anda mevcut olan fiili koşullara göre değerlendirilir. Mevcut şartlar dikkate alındığında, öngörülen belirli sürenin sonunda, ilave işgücü ihtiyacının ortadan kalkacağı sonucu çıkarılabiliyorsa, geçici işgücü ihtiyacından söz edebiliriz²⁰. Gelecekte yaşanacak gelişmelere ilişkin salt bir belirsizlik, ödünç iş ilişkisi için objektif neden oluşturmaz. Örneğin yeniden yapılanmaya gidilmesi gibi, işçinin hizmetine olan ihtiyacı ortadan kaldıran işverenlik risklerinin, belirli süreli sözleşmeler ya da ödünç iş ilişkisi suretiyle işçilere devri düşünülemez. Buna karşın, işverenin olağandan fazla işgücüne ihtiyaç duyduğu ve ancak bu durumun ne kadar süre ile devam edeceğini kestiremediği hallerde, ödünç iş ilişkisi bakımından geçicilik unsurunun gerçekleştiği kabul etmek gerekir. Bu durumda iş gücüne olan ihtiyaç ortadan kaldığı zaman, ödünç iş ilişkisi de sona erer.

2. Alternatif Yöntem: Kötüye kullanımın denetimi

Yönergede geçen geçicilik kavramı, alternatif olarak ödünç iş ilişkisinin kuruluşu aşamasında değil ancak sonradan kötüye kullanımının denetiminde ölçüt olarak nazara alınabilir. Buna göre, somut ödünç ilişkisinin şartları itibarıyla bu yola başvurulmasını haklı gösteren objektif, makul bir neden olmadan, örneğin düşük ücretle işçi istihdamı amacıyla keyfi biçimde başvurulduğunun kabul edildiği ihtimalde, artık geçici ödünç iş ilişkisinden söz edilemez. Bu görüşü savunan yazarlara göre (Hamann, 2011: 74 dn. 35-36'da anılan yazarlar), sürekli olarak kaç işçi istihdam edileceğini belirleme yetkisi, işverenin Anayasa ile güvence altına alınan işletme özgürlüğü kapsamındadır. Bu nedenle işveren, işletmesiyle ilgili

²⁰ Fransız hukukunda, baştan kararlaştırılan devir süresinin sonradan uzatılıp ya da kısaltılabilmesi kabul edilmiştir (Odaman, 2010: 90).

amaçlarını gerçekleştirmede, amaca uygun ve en az masrafla hareket edebilmelidir. Ancak işverenin organizasyon özgürlüğü, ödünç işçi kullanımı salt personel giderlerinde bir indirim amacıyla kullanıldığı takdirde, sınırlandırılabilir. Anayasa ile korunan bir hakka müdahale, sınırlandırma gerekleriyle orantılı olmalı, ölçsüz olarak müdahale edilmemelidir. İşsizliğin önlenmesi, iş piyasasının esnekleştirilmesi ve aktif istihdam politikalarının uygulanmasında yerindeliği genel kabul görmüş bulunan ödünç iş ilişkisi kullanımının bir kanun ile sınırlandırılmasında amaç, bunun amacı dışında kötüye kullanımının önlenmesidir. Bu nedenle de geçicilik unsuru bakımından salt bir muvazaa denetimi yeterlidir (Hamann, 2011: 75; Hirdina, 2011: 329). Buna göre, işyerinde ilave bir işgücüne ihtiyaç duyulduğu ancak bunun ne kadar devam edeceğinin belirsiz olduğu hallerde, artık geçicilik unsurunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Bu bakış açısında, işyerindeki sürekli işlerde nitelikli işçiye ihtiyaç bulunduğu ancak o an itibarıyla piyasada böyle bir işçiye ulaşılmadığı hallerde de geçicilik unsurunun varlığı kabul edilebilir. Yine, işverenin içinde bulunduğu olumsuz ekonomik durumdan kurtulması için, personel giderlerinde yeniden yapılandırma çerçevesinde bir tasarruf ihtiyacının bulunduğu hallerde de kabul edilebilir. Ancak biz, asıl işveren alt işveren ve belirli süreli iş sözleşmeleri konusunda 1472 sayılı Kanun dönemi uygulamaları nazara alarak, ödünç iş ilişkisine böyle bir yaklaşımın isabetli olmadığını düşünüyoruz.

3. Ödünç iş ilişkisinde eşitlik ilkesi

a) İlke ve esaslı çalışma koşulları

2008/104/EG sayılı Yönergenin hiç kuşkusuz en önemli düzenlemesi, ödünç iş ilişkisinde eşitlik ilkesi öngören 5. maddesidir (Fuchs, 2009: 60-61; Hirdina, 2011: 326; Özdemir, 2010: 26; Hekimler, 2009/a; Aktekin, 2009: 126). Hatta Yönergenin getirdiği ödünç iş ilişkisi sisteminin, esas itibarıyla eşitlik ilkesine dayandığını söylemek hatalı olmayacaktır²¹. İlk fıkraya göre, “Ödünç işçinin devrin devam ettiği süredeki esaslı çalışma koşulları, aynı işe ödünç alan işverenin işçisi olarak alınsaydı uygulanacak koşullara uygun olmalıdır”. Bu tanımın özelliği, eşitliğin değerlendirilmesinde bir faraziyeye gidilmiş olmasıdır (Lembke, 2011: 324).

Buna göre, ödünç işçinin ücret dahil esaslı çalışma koşulları, görevlendirildiği işyerinde, ödünç alan işverenin aynı işte belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçisine uyguladığı, çalışan işçisi yoksa, olsaydı uygulayacağı şartlardır. İşçi, işçi aynı işe işyerinin sahibi işveren tarafından alınsa idi, hangi iş şartları uygulanacak idiye; bunların esaslı iş şartları olarak dikkate alınması ve ödünç veren özel istihdam bürosunun bunları karşılaması gerekir (bkz. Yönergenin giriş bölümü, b. 14).

²¹ Bu hususu, Yönergenin amaç başlıklı 2. maddesi teyit etmektedir. Hükümde, Yönergenin 5. maddesinde öngörülen eşitlik esasına uyulmasını güvence altına almak suretiyle, ödünç işçinin korunmasının ve çalışma şartlarının iyileştirilmesinin amaçladığı belirtilmiştir (Ayrıca bkz. Yönerge, giriş bölümü, b. 12).

Genel olarak çalışma koşulu denilince, kanun, tüzük, yönetmelik gibi genel hukuk kaynaklarının dışında, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iç yönetmelik, işyeri uygulaması gibi iş hukukuna özgü kaynaklarda öngörülen ve çalışma süreleri, izinler, tatiller, sosyal haklar gibi iş ilişkisinde geçerli şartların tamamı anlaşılır (İşK m.22). Yönergenin dikkati çeken yönü, “çalışma koşulları”ndan değil, “*esaslı* çalışma koşulları”ndan söz etmesidir. Çalışma koşulları tanımında bir tartışma yoksa da, bunlardan hangilerinin esaslı olduğu tartışmaya açıktır. Yönerge bu konuda tartışmaların önüne geçmek için, esaslı iş koşullarının nelerden ibaret olduğunu, sınırlı sayı prensibine tabi olarak saymıştır. Buna göre, dikkate alınması gereken esaslı çalışma koşulları, ödünç alan işverene ait işyerinde geçerli olan ve

ücreti, çalışma süresini, fazla mesaiyi, ara dinlenmesini, gece çalışmasını, izinleri, tatil günlerini (m.3/1, f), gebe ve emziren anneler ile çocuk ve gençlerin korunmasını (m.5/1, a), kadın erkek eşitliğini ve cinsiyet, cinsel tercih, etnik köken, din, dünya görüşü, özürlülük veya yaşlılık nedenleriyle yapılacak ayrımcılığın önlenmesi tedbirlerini (m.5/1, b)

ilgilendiren çalışma koşullarıdır.

b) Emsal çalışma koşulları

İş hukukunda eşit işlem borcu ya da ayrımcılık yasağı öngören tüm düzenlemelerde karşımıza çıkan en temel sorun, emsal çalışma koşullarının tespitidir. Genel olarak emsal çalışma koşullarının (emsal işçi) tanımlamasındaki güçlüğü, ödünç iş ilişkisinin kendine has özellikleri eklenince, konu daha da çetrefil hale gelmektedir (Özdemir, 2010: 27 ve dn. 40’da işaret edilen Necdet Okcan’ın beyanı). AB’nin 2002 tarihli Yönerge Taslağının kabul edilememesinde, emsal çalışma koşullarına ilişkin farklı görüşler arasında ortak bir noktaya ulaşılamaması etkili olmuştur (Fuchs, 2009: 58-59; Süral, 2010: 27; Hekimler, 2009/a). Farklı görüşlerin kaynağı, ödünç iş ilişkisinde emsal çalışma koşulları konusunda Birlik üyesi ülkelerde değişik uygulamaların bulunmasıdır. Ancak bu konuda esas itibarıyla iki modelden söz etmek mümkündür. Ödünç alan geçici işveren işyerini esas alan model ve ödünç veren işveren işyerini esas alan model.

2008/104/EG sayılı Yönerge m.5’de, Fransız Modeli olarak da isimlendirilen ve ödünç alan işveren işyerini esas alan sistem benimsenmiştir. Buna göre, ödünç işçiye uygulanması gereken esaslı iş koşulları, onun fiilen görev yaptığı ödünç alan işyerinde uygulanmakta olan şartlardır. Yönergede, dikkate alınacak esaslı iş koşullarının tespitinde şahıs değil, iş baz alınmıştır. Yönergede, kısmi süreli iş sözleşmelerine ilişkin 1997/81/EG sayılı Yönergeden ve belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin 1999/70/EG sayılı Yönergeden²² farklı olarak emsal işçi değil, aynı iş (gleichen Arbeitsplatz) ifadesine yer verilmiştir. Buna rağmen, her iki Yönerge bakımından da, fiiliyatta ilgili pozisyondaki mevcut kişinin şahsı değil, deyim yerindeyse ilgili kadro esas alınmak durumundadır.

²² Karşılaştırınız İş Kanunu m.12/3 ve 13/3.

AB'nin eşitlik ilkesiyle ilgili 29.06.2000 tarih ve 2000/43/EG ile 27.11.2000 tarih ve 2000/78/EG sayılı Yönergelerinde, hem hali hazırda mevcut emsal işçiden hem de fiilin bulunmamasıyla birlikte varsayılan işçiden söz edilerek, bu konuda çıkabilecek tereddütler önlenmek istenmiştir (Schüren ve Wank, 2011: 4; Fuchs, 2009: 57, 60). 2008/104/EG sayılı Yönerge, 2000/43/EG ve 2000/78/EG sayılı Yönergelerdeki yaklaşımı benimseyerek, ödünç işçinin büro tarafından görevlendirilmeyip, aynı işe doğrudan ödünç alan işveren tarafından alınması varsayımına gitmiştir.

Yönergede, esaslı iş koşullarıyla ilgili varsayılan çalışma koşullarına dayanılması, ödünç alan işverenin hali hazırda aynı işte görevli bir işçinin olduğu durumda, bunun dikkate alınamayacağı anlamına gelmez. Bu ihtimalde, farazi iş koşullarının tespiti gerekmez. Farazi iş koşullarının tespitinde, İş Kanununda belirli süreli iş sözleşmeleri için m.12/3 ve kısmi süreli iş sözleşmeleri için de m.13/3 hükmü yol gösterici niteliktedir. Buna göre, işyerinde o işyerinde aynı veya benzeri bir işte çalışan işçi bulunmadığı durumda, “o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzeri bir işi üstlenen...işçi” dikkate alınır. Bu surette, farazi iş koşulları görece de olsa somutlaştırılmış olmaktadır.

Ödünç alan geçici işveren işyerinde emsal olarak dikkate alınabilecek birden fazla işçinin bulunduğu ihtimalde, ödünç işçinin iş şartları olarak, bunlardan ne en az lehe olanın ne de son girenin çalışma koşullarının esas alınması gerektiği söylenebilir (Schüren ve Wank, 2011: 4). Çünkü Yönergede kişi değil, iş baz alınmıştır. En iyi iş koşullarına haiz olan işçinin, bunda şahsıyla ilgili özelliklerinin belirleyici olduğu, ayrımı haklı kılan nedenlerin bulunduğu durumda, artık ödünç işçinin lehine olan bu şartları talep hakkından söz edemeyiz (Lembke, 2011: 324). Ancak farazi iş koşullarının somutlaştırması bakımından, ödünç işçinin çalışma koşulları olarak son giren emsal işçinin şartlarının dikkate alınması amaca uygun olacaktır.

Yönergenin 5. maddesi, eşitlik esası ile ayrımcılık yasağını iç içe düzenlemiştir (m.5/1, c.2). Hükümde yasağın içeriği konusunda, kadın erkek eşitliği ve cinsiyet, cinsel tercih, etnik köken, din, dünya görüşü, özürllülük veya yaşlılık nedenleriyle yapılacak ayrımcılıktan söz edilmişse de, bunun ne şekilde somutlaştırılacağını baştan söylemek mümkün değildir. Ancak Yönergede yasağın somutlaştırıldığı bir düzenleme, m.6/4'de yer almaktadır. Buna göre, geçici işveren ödünç işçiye, kendi işçilerine sağladığı yemek, ulaşım, kantin, kreş ve benzeri ortak hizmetlerden yararlandırmak zorundadır. Bu yükümlülüğe, ayrımı haklı gösteren objektif nedenler olmaksızın uyulmaması, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği anlamına gelir (Schüren ve Wank, 2011: 5, Leuchten, 2011: 611; Lembke, 2011: 323).

c) Eşitlik ilkesinin istisnaları

Yönergede, ödünç işçinin esaslı çalışma koşulları bakımından dikkate alınması gereken eşitlik ilkesine iki istisna getirilmiştir.

İlk istisna, esaslı çalışma koşullarından sadece ücret ile ilgilidir. Buna göre, üye devletler sosyal tarafların görüşünü almak suretiyle, ödünç işçinin özel istihdam bürosu ile olan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması ve iki devir arasındaki sürede de ücretin aynen ödenmeye devam edilmesi şartıyla, ilk fıkrada öngörülen eşitlik ilkesinin ücret konusunda uygulanmayacağını kararlaştırabilirler. Bu istisna hakkında, Yönergenin giriş bölümünde, iş ilişkilerinde belirsiz süreli iş sözleşmelerinin esas olduğu, büro işvereni ile belirsiz süreli iş sözleşmesi imzalayan ödünç işçi için, bu sözleşmenin yeteri korumayı sağlayacağı (Fuchs, 2009: 62) ve bu nedenle Yönergede ödünç alan işveren işyerinde geçerli olan kuralların uygulanmasına dönük koruyucu düzenlemeden vazgeçilebileceği bildirilmiştir (b. 15).

Öğretide Fransız Modeli olarak isimlendirilen, işçinin sadece bir defalık ve belirli bir süre için devredildiği ödünç iş ilişkilerinde, başta ücret gelmek üzere çalışma koşullarının ödünç alan işveren esas alınarak belirlenmesi, dolayısıyla eşitlik esaslı bir zorunluluktur. Çünkü bu şekildeki ödünç iş ilişkilerinde ödünç veren, fiilen bir aracı ve ödeme makamı işlevi görmektedir (Schüren ve Wank, 2011: 8). Bir defalık kurulan ödünç iş ilişkisi, ödünç alan işverenin tarafı olduğu belirli süreli bir iş sözleşmesi ile aynı işleve sahip bir alternatiftir (Odaman, 2010: 84). Ödünç iş ilişkisi ile ödünç alan işveren işyerindeki çalışma, eşitlik esasıyla bağdaştırılmaktadır. Bu noktada belirli süreli ve kısmi süreli iş sözleşmelerinde eşitlik esasına ilişkin İş Kanunu m.12 ve 13 hükümlerine dikkat çekmek isteriz. Bu nedenle kabul edilecek bir düzenlemede, belirli süreli ödünç iş ilişkisi ile eşitlik esasının birlikte yer alması bir zorunluluktur.

İkinci istisna ise, toplu iş sözleşmesiyle bağlantılı olup, ödünç işçinin tüm esaslı iş koşullarını ilgilendirmektedir. Buna göre, üye devletler sosyal tarafların görüşünü almak suretiyle, ödünç işçileri koruyucu şartların, mevcut sisteme uygun şekilde yürürlüğe konulacak toplu iş sözleşmeleri ile güvence altına alınması kaydıyla, eşitlik ilkesine bazı istisnaların toplu sözleşmeler yoluyla düzenlenebilmesi olanağı bulunmaktadır (benzer şekilde Giriş, b. 17). Bu surette 2008/104/EG sayılı Yönerge, üye ülkelere eşitlik ilkesi ile ödünç işçilere özel toplu iş sözleşmeleri arasında bir seçim hakkı tanımaktadır (geçici işveren işyerini baz alan model ve ödünç veren işyerini baz alan model, bkz. Schüren ve Wank, 2011: 5). Ancak ödünç veren işyerini baz alan modeli tercih eden ülkelerin, ödünç işçiler için genel bir koruma düzeyini güvence altına almakla yükümlüdürler (m.5/3).

Yönerge hükmü tam açık olmamakla birlikte, Alman öğretisinde, m.5/4 (2. cümle) hükmü ile üye ülkelerin eşitlik ilkesini, sadece belirli bir süreden fazla devam eden devirlerde uygulayabilmesinin mümkün olduğu bildirilmiştir (Schüren ve Wank, 2009: 5; Fuchs, 2009: 59). Bu çerçevede, örneğin devir süresi 3 aydan fazla olan ödünç iş ilişkilerinde eşitlik esasının geçerli olacağı kabul edilebilir. Almanya'da 2004 yılında ödünç iş ilişkisinde azami sürenin kaldırılmasından sonra yaşanan gelişmeler, böyle bir istisnaya kuşku ile yaklaşılması sonucunu doğurmaktadır.

Alman iş hukuku uygulamasında Schlecker Sistemi²³ olarak anılmaya başlayan ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanımı, hükümeti Nisan 2011'de yasalaşan önlemleri almaya sevk etmiştir²⁴.

Ödünç işçilerle ilgili toplu iş sözleşmelerinin kötüye kullanılması, buna karşı bazı öneriler ileri sürülmesine neden olmuştur. Örneğin Schüren ve Wank, toplu iş sözleşmesi kapsamında olan bir işçinin, bir defalık ödünç verildiği hallerde, geçici işveren işyerindeki iş şartlarının uygulanması gerektiğini, işçinin işten kendisinin ayrılması ve işverence sözleşmesinin deneme süresinde ya da davranışları veya yeterliliği gibi nedenlerle feshedilmediği durumlarda, aynı geçici işveren işyerinde, toplam çalışma süresinin %25'ini aşmayan fasıllı çalışmaların da, bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür (2011: 9).

4. Ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanımı ve yaptırımlar

İşçi kesimince ödünç iş ilişkisine olumsuz bakılması, bunun düşük ücretle iş güvencesiz işçi çalıştırma aracı olarak kötüye kullanımından kaynaklanmaktadır. Bu kaygı hiç de yersiz değildir. Ödünç iş ilişkisinin 1972'den beridir uygulandığı Almanya'da dahi, bunun kötüye kullanımı tamamıyla engellenememiştir. Kırk yılı aşan bir uygulamaya sahip olan bu ülkede, halen ödünç iş ilişkisinin önemli derece sınırlandırılmasını, hatta yasaklanmasını ileri sürenler vardır²⁵.

2008/104/EG sayılı AB Yönergesinde, ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanımının önlenmesi bakımından geçicilik unsuru vurgulanmış ve eşitlik esası getirilmişse de, bunların fiiliyatta hayata geçebilmelerinin güvence altına alınması gerekir. Gerçekten ödünç iş ilişkisi düşük ücretle işçi istihdamı aracı olmamalı, esneklige hizmet etmelidir. İş hukukunda esas olan güvenceli esneklik (Flexicurity) olup (Fuchs, 2009: 61; Hekimler, 2009/b: 131; Süral, 2010: 27), bu da geçici işçiler açısından genel bir koruma düzeyinin güvence altına alınmasını gerektirir (Yönerge, giriş bölümü, b. 16, 17). Bu nedenle öğretilerde ödünç iş ilişkisi hakkında getirilen yasal sınırlandırmaların ancak etkin bir yaptırım sistemi ile işlevsel olabileceği haklı olarak ileri sürülmüştür (Schüren ve Wank, 2011: 8; Hamann, 2011: 74-75).

²³ Perakende marketler zinciri işleticisi Schlecker şirketi, 2008-2009 yıllarında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile istihdam ettiği işçilerinin sözleşmelerini feshetmiş, akabinde aynı işçiler geçici istihdam bürosu işçisi olarak aynı işyerinde ve aynı işte, ancak bu defa daha düşük ücret ile çalışmaya devam etmişlerdir (Wolfgang Böhm (2010): Lohndumping durch konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung? Der Betrieb, 672 vd). Kötüye kullanma şekli olarak benzer bir uygulamaya, Ulucan tarafından işaret edilmiştir (2004: 152).

²⁴ Bkz. dn. 14.

²⁵ Henssler ve Preis tarafından hazırlanan 2007 tarihli İş Sözleşmesi Kanunu Taslağında, ödünç iş ilişkisine önemli sınırlandırmalar getiren düzenlemelere yer verildiği gibi (§ 91-95); Daeubler ise, 2003 yılında ödünç iş ilişkisinin azami süresinin kaldırılması üzerine, tepki olarak yasaklanması gerektiği görüşünü ileri sürmüştür. Ayrıca 2008/104/EG sayılı AB Yönergesine uyumlu ilgili tartışmalarda Sol Parti (Die Linke) ve Birlik 90 / Yeşiller Partisi (Bündnis 90 / Die Grünen) bunun sınırlandırılması talebinde bulunmuşlardır (Konu hakkında bkz. Schüren ve Wank, 2011: 7, dn. 75-80).

Yönergenin giriş bölümünde ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılmasının önlenmesi amacı ortaya konulduktan sonra (b. 18), yaptırımlar başlıklı 10. maddesinde de, ödünç veren bürolar ile ödünç alan işverenlerce Yönergede öngörülen şartlara uyulmasını sağlamak için üye devletler tarafından uygun nitelikte önlemlerin alınması gerektiği, üye devletler tarafından bu kapsamda yapılacak düzenlemeleri 05.12.2011 tarihine kadar gerçekleştirmesi gerektiği ve akabinde bunların etkinliğinin 05.12.2013 tarihine kadar denetleneceği hükmüne yer verilmiştir (Hamann, 2011, 74; Lembke, 2011, 322; Hekimler, 2009/a).

Bu konuda ne gibi yaptırımların söz konusu olabilecektir? Konuyla ilgili mukayeseli hukuka bakıldığında, Almanya'da işçinin devredildiği ancak ödünç veren işverenin olağan işveren yükümlülüklerini yerine getirmediği ve işveren risklerini üstlenmediği hallerin, bu ilişkinin iş aracılığı amaçlı olduğu kurulduğu yolunda yasal karine oluşturacağı düzenlenmemesine yer verilmiştir (§ 1/2 AÜG)²⁶,²⁷. Aynı Kanunda sayılan, ödünç veren istihdam bürosunun faaliyet izninin iptali ile yenilenmemesi nedenleri arasında (§ 3),

- İş, sosyal güvenlik ve vergi hukukuyla ilgili yükümlülüklerini ihlal etmesi, iş aracılığı faaliyetinde bulunması (§1/2 AÜG), iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili yükümlülükleri ihlal etmesi,

- Olağan işveren yükümlülüklerini yerine getirmesi için iş organizasyonunun yetersiz olması,

- Devrin devam ettiği sürede, ödünç alan işveren işyerinde emsal işçiye uygulanan ücret dahil esaslı iş koşullarının geçici işçiye sağlamaması²⁸,

bulunmaktadır. Bir istihdam bürosu açısından en ağır yaptırımın faaliyet izninin iptali olduğu nazara alındığında, bizde de ödünç iş ilişkisi hakkında bir düzenlemede, öngörülen şartlara uyulmamasının yaptırımının baştan açıkça öngörülmesi, hem kötüye kullanmaların önüne geçecek hem de uygulanacak yaptırımlar konusunda tereddütleri engelleyecektir.

Yine geçersizlik başlıklı §9 AÜG hükmünde, geçerli bir izni bulunmayan istihdam bürosunun işçi ve ödünç alan işverenle yaptığı sözleşmelerin, ödünç alan işveren işyerinde emsal işçiye uygulanan ücret dahil esaslı iş koşullarından daha kötü şartları öngören sözleşmelerin, ödünç işçinin geçici işveren işyerindeki yemek,

²⁶ Moll, 2009: § 62, Rn. 61-63. İş aracılığında geçicilik unsuru bulunmadığından, ödünç ilişkisi oluşturmaz (Leuchten, 2011: 609).

²⁷ Yargıtay, fiili şartları itibarıyla ödünç iş ilişkisi oluşturan bir olay hakkında verdiği kararında, bunu haklı olarak iş aracılığı olarak nitelendirmiş ve işçiyi baştan itibaren fiilen hizmet verdiği işverenin işçisi olarak kabul etmiştir (Yarg.9.HD, 04.04.2005, 774/11838. Karar ve incelemesi için bkz. Alpagut, 2006: 569 vd).

²⁸ Eşitlik bağlamında bu esas 2008/104/EG sayılı AB Yönergesinde yer almadan önce, benzeri düzenlemelere Avusturya, Danimarka, Hollanda, Belçika, Fransa, İtalya, Portekiz, İspanya, Lüksemburg ve Yunanistan hukuklarında yer verilmişti (bkz. Moll, 2009: § 62, Rn. 29 dn. 33).

servis, kreş gibi sağlanan imkanlardan faydalanmasını sınırlandıran kararlaştırmaların, ödünç iş ilişkisinin sona ermesinden sonra ödünç işçinin geçici işveren ile belirsiz süreli sözleşme imzalayarak çalışmasını sürdürmesini yasaklayan ya da böyle bir durumda işçinin istihdam bürosuna bir cezai şart ödeyeceğini öngören kararlaştırmalar geçersizdir (Moll, 2009: §62 Rn. 48-49; Leuchten, 2011: 612).

III. 5920 SAYILI YASA HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÖNERİLER

1. Yasa ile düzenleme gereği

Girişte belirtildiği üzere, ödünç iş ilişkisinde gelineen noktada bunun yasa ile düzenlenmemesi işçi lehine değil, aleyhinedir. İş hukuku uygulamamızda diğer ülkelerde olduğu üzere ilkin hukuki değil ancak fiili olarak hayat bulan bu istihdam türü, işçileri koruyucu sınırlamaları içeren özel bir düzenlemeye tabi tutulmadığı sürece, düşük ücretle iş güvencesiz işçi çalıştırma aracı olarak uygulanmaya devam edilecektir. Bu konuda yasal düzenleme ihtiyacına işaret eden öğreti görüşlerine katılmamak mümkün değildir²⁹.

Öğretide Ekonomi tarafından ileri sürülen, konuyla ilgili açık bir yasaklamanın bulunmadığı ve İş Kanunu m.7'nin mesleki anlamda ödünç iş ilişkisine cevaz verdiği şeklindeki görüş ayrık olmak üzere (2008: 255), mevcut mevzuat itibarıyla mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin yasak olduğu noktasında öğretilerde görüş birliği vardır (Süzek, 2008: 856; Ulucan, 2004: 151; Ekmekçi, 2004 369; Alpagut, 2005: 276-277; aynı yazar, 2006: 577-578; Tuncay ve Savaş, 2007: 72; Özdemir, 2010: 23-24; Hekimler, 2009/b: 130; Usen, 2010: 180-181).

Yargıtay'ın konuyla ilgili kararlarında işçiyi koruyucu isabetli sonuçlara ulaşılmışsa da^{30, 31}, ödünç iş ilişkisi, uygulamada çoğu zaman asıl işveren alt işveren

²⁹ Süzek, 2008: 855-856; Tuncay, 2003: 72; Tuncay ve Savaş, 2007: 66 vd; Alpagut, 2005, 277-278; aynı yazar, 2006: 583-584; Özdemir, 2010: 24; Dereli (2005); Nurhan Süral (2005) "Özel İstihdam Büroları", İşveren, Eylül (<http://www.tisk.org.tr/>); aynı yazar, 2010: 28-29; Hekimler, 2009/b: 130-131.

³⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 04.04.2005 tarihli ve 774/11838 sayılı kararında, fiili şartları itibarıyla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini iş bulmaya aracılık olarak nitelendirmiş ve geçici işverenin, baştan itibaren gerçek işveren olduğunu tespit etmiştir: "...4857 sayılı İş Kanunu'nun 90. maddesi uyarınca Türkiye İş Kurumu'ndan 16.8.2004-16.08.2007 tarihleri arasında çalışmak üzere özel istihdam bürosu olarak faaliyette bulunmak üzere izin alan dava dışı Adecco istihdam Hizmetleri Ltd.Şti.nden ve yasanın yürürlük başlangıç tarihinden önce davalı Adecco Hizmet ve Danışmanlık AŞ.nin davacıyı istihdam edecek bir işyeri olmaksızın yaptığı sözleşme iş bulmaya aracılık sözleşmesinde olup, davacı ile aralarında iş sözleşmesinin temel unsuru olan bağımlı olarak iş görme söz konusu değildir. Böyle olunca belirli süreli olarak düzenlenen iş sözleşmesine itibar edilemez. Öte yandan diğer davalı IBM Türk Ltd. Şirketi ile davacının arasında fiili iş sözleşmesi geçerli bir neden

görünümü altında muvazaalı olarak yoğun bir biçimde devam etmektedir³². Türkiye İş Kurumundan özel istihdam bürosu olarak ruhsat alan işletme sayısı Aralık 2010 itibarıyla 445'dir. Haziran 2004 ile Eylül 2010 tarihleri arasında istihdam büroları tarafından işe yerleştirildiği bildirilen işçi sayısı 205.815'dir. Bunun ne kadarlık kısmının gerçekten işçi bulmaya aracılık ve ne kadının da mesleki anlamda ödünç iş ilişkisine ilişkin olduğu hakkında bir bilgi yoktur. Ancak uygulama dikkate alındığında büyük kısmının ödünç iş ilişkisine dair bulunduğu açıktır. 2011 yılı için özel istihdam bürosu ruhsatı başvuru masrafı 1.700,00 TL ve yatırılması gereken teminat 22.350,00 TL'dir³³ (www.iskur.gov.tr). Mevzuatımızda özel istihdam bürolarının ödünç iş ilişkisi faaliyetlerine ilişkin yaptırımlar hakkında özel bir düzenleme bulunmadığından ve diğer yandan olası yargılamada bu işçiler ödünç alan geçici işverenin işçisi olarak işlem gördüğünden, İş Kanunu Taslağı m.93'ün yasada yer almamasının, yasaklama anlamında hiçbir caydırıcılığı olmamıştır.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile belirli süreli sözleşmelerinin uygulamada yoğun bir biçimde kötüye kullanılması, Yargıtay'ın muvazaa ve hakkın kötüye kullanılması bağlamında geliştirdiği yerinde içtihatlarla rağmen önlenememiştir. Bu durum her iki konunun 4857 sayılı İş Kanunu m.2 ve 11-12 hükümleri olarak ayrıntılı düzenlenmesi, işçi lehine

bulunmaksızın feshedilmiş bulunmaktadır" Kararın tam metni ve incelemesi için bkz. Alpogut, 2006: 569 vd). Benzer yönde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 08.10.2010, E.2009/28763, K.2010/28314 (İstanbul Barosu Dergisi, 2011/4, 221).

³¹ Yargıtay, genelde konuya asıl işveren alt işveren ilişkisinde muvazaa bağlamında yaklaşmakta, bu ilişki ile amacın bir işin devri olmayıp işçi temini olduğu yolunda somut delillerin olduğu durumda, asıl işveren alt işveren ilişkisini baştan itibaren geçersiz kabul etmektedir (Ulucan, 2004: 149). Yargıtay'ın geçmişten bugüne kadar mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi hakkındaki uygulaması hakkında bkz. Ekonomi, 2008: 237 vd

³² İstihdam büroları, internet sayfalarında verdikleri hizmetler arasında "dış kaynak kullanımı (outsourcing)" da sayarak, mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi faaliyetlerini kabul etmektedirler Örneğin <http://www.adecco.com.tr/tr/services.asp>, <http://www.manpower.com.tr/isverenler/default.asp>

³³ Temmuz-Aralık 2011 döneminde asgari ücretli bir işçinin işverene aylık maliyetinin 1.016,95 TL olduğu nazara alındığında, 22.350,00 TL teminatın gerçekçi olmadığı anlaşılmaktadır. Bu teminat, asgari ücretle çalışan iki işçinin yaklaşık bir yıllık ya da 22 işçinin bir aylık maliyeti tutarındadır. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, izin başvurusunda bulunabilmek için vergi ya da sosyal sigorta prim borcunun bulunmaması şartından başka, belirli bir düzeyde sermayeye sahip olma ya da teminat yatırma şartı aranmaktadır. Örneğin Temmuz 2010 itibarıyla Belçika'da 30.987 Euro, Almanya'da 10.000 Eurodan az olmamak üzere işçi başına 2.000 Euro, Yunanistan'da 176.083 Euro, İtalya'da 600.000 Euro sermaye aranırken, İspanya'da bir yıllık brüt asgari ücretin 25 katı (2010 yılında 154.770 Euro) teminat yatırılması istenmektedir (<http://www.ig-zeitarbeit.de/infos-zur-zeitarbeit/zeitarbeit-europa/zeitarbeit-europa>). Bu yöndeki ülke uygulamaları hakkında bkz. Wanselow ve Weinkopf, 2009: 16 vd; Steuer, 2009: 270 vd; Tuncay, 2003: 63 vd.

sınırlandırılması sonucunu doğurmuştur. Aynı durum ödünç iş ilişkisi bakımından da geçerlidir. Bu çerçevede 5920 sayılı Kanun ile mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin düzenlenmek istenmesi isabetli olmakla birlikte, Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmesi de, o derece yerinde olmuştur. Cumhurbaşkanlığının temel veto gerekçesi olarak tespit ettiği, kanunun genel gerekçesinde ödünç iş ilişkisi hakkında 2008/104/EG sayılı AB Yönergesine atıfta bulunulduğu halde, öngörülen hükümde Yönergenin özünü oluşturan eşitlik esasına yer verilmemiştir (Aktekin, 2009: 126). Vetodan sonra hükme eşitlik esası hakkında bir fıkra eklenmişse de, bu fıkra ödünç alan işveren işyerinde dikkate alınacak esaslı çalışma koşullarının tespitinde ciddi tereddütlere nede olacaktır. Ancak 5920 sayılı Kanun veto edilen hükmünde, eşitlik ilkesinden daha önce ödünç ilişkisine başvurulmasının sınırlandırılması ve kötüye kullanılmasının önlenmesi konusunda diğer düzenlemelerin yeterli olduğu söylenemez.

2. Yasal Düzenlemede Dikkate Alınması Gereken Genel Esaslar

2008/104/EG sayılı Yönergede vurgulandığı üzere ödünç iş ilişkisinin amacı, bir yandan ödünç işçilerin çalışma koşullarının iyileştirilmesini ve diğer yandan ödünç ilişkisi ile istihdam yaratılması ve esnek çalışma biçimlerinin geliştirilmesini temindir (m.2), (Hirdina, 2011: 326; Hekimler, 2009/a). Buna göre ödünç iş ilişkisi, esnekliğe hizmet eder, yoksa düşük ücret ile işçi istihdamına değil (Schüren ve Wank, 2011: 7; Özdemir, 2010: 23-23). Ancak mevcut ödünç iş ilişkisi uygulamamız nazara alındığında, ödünç işçilerin çalışma koşullarının iyileştirilmesi amacı ile esneklik ve istihdam yaratılması amaçlarının çeliştiğini söylemek hatalı olmayacaktır. Çünkü istisnalar hariç bu ilişkiye düşük ücret ile sendikasız ve iş güvencesiz işçi çalıştırma aracı olarak başvurulmaktadır. Dolayısıyla ödünç iş ilişkisi ile sağlanan esneklik ve istihdam, işçi giderlerinde indirim anlamına gelmektedir.

Öğretide Özdemir tarafından haklı olarak vurgulandığı üzere, iş hukuku sistemimizde, belirsiz ve tam süreli iş sözleşmeleri istihdam esas olup, bundan ayrılan atipik çalışma usulleri istisnadır (2010: 21-22; aynı yönde Ulucan, 2004: 149). Bu husus, 2008/104/EG sayılı Yönergede de dolaylı da olsa vurgulanmıştır. Yönergede, ödünç işçinin istihdam bürosu tarafından belirsiz süreli iş sözleşmesi işe alınması durumunda ücrette eşitlik ilkesine istisna getirilebileceğinin düzenlenmesi (m.5/2), ödünç işçinin çalıştığı geçici işveren tarafından, işyerindeki belirsiz süreli boş işçi kadroları konusunda bilgilendirileceği, işçi ile büro arasındaki sözleşmede böyle bir geçici yasaklayan ya da belli bir cezai şart ödenmesine bağlayan kararlaştırmaların geçersiz olduğu (m.6) hükümlerine yer verilmiştir. Bu surette belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile çalışmanın esas olduğu ve bunun işçi için yeterli korumayı sağlayacağı kabul edilmiş olmaktadır (Lembke, 2011, 320-321).

Buna göre, ödünç iş ilişkisi hakkında öyle bir düzenleme kabul edilsin ki, buna ancak "geçici iş gücü ihtiyacı" hallerinde başvurulabilsin ve böylelikle ödünç iş ilişkisi, belirsiz süreli sözleşmeyle istihdamın yerini almasın. Bununla bağlantılı

tamamlayıcı unsur ise, ödünç işçilerin iş koşulları, aynı işte ödünç alan işverenin işçisi olarak belirsiz süreli sözleşmeyle çalışsaydı elde edeceği haklardan düşük olmasın, dolayısıyla bu uygulama emek sömürüsüne neden olmasın. Bu yaklaşım, iş hukuku sisteminin bütünlüğü açısından olmazsa olmaz niteliktedir. Bu konuda bir örnek vermek gerekirse, ödünç iş ilişkisine başvurulmasını, geçici iş gücü ihtiyacı doğuran objektif nedenlerle sınırlandırmayıp, bu konuda sadece azami süre sınırı ile yetinilirse, belirli süreli sözleşme hakkını sınırlandıran düzenlemeler işlevsizleşecek, kağıt üzerinde kalacaktır. Önemli olan ödünç iş ilişkisini doğuran esneklik ihtiyacı ile ödünç işçilerin korunmasındaki menfaat arasında makul ölçüde bir denge kurulmasıdır.

Ödünç iş ilişkisi hakkında bu işlevlere sahip bir düzenleme başarabilmek için, göz önünde tutulması gereken bazı önemli hususlar bulunmaktadır:

a) Ödünç iş ilişkisinde geçiciliğinin güvencesi: Objektif nedenler

Belirsiz süreli iş sözleşmeleri, feshine bağlanan hukuki sonuçlar ve iş güvencesinden yararlanma imkanı vermeleri nedeniyle işçi lehinedir (Süzek, 2008: 224)³⁴; belirsiz süreli olmayan istihdam şekillerinin tamamı, işçi açısından daha az koruma ve güvence anlamına gelir (Özdemir, 2010: 21-22). Bu çerçevede ödünç işçi kullanımının, işyerinde geçici işgücü ihtiyacı doğuran objektif nedenlerle sınırlandırılması, Alpagut tarafından haklı olarak vurgulandığı üzere, işletmenin sürekli işlerinin belirsiz ve tam süreli iş sözleşmeleri ile çalışan daimi işçilerce yerine getirilmesi düşüncesinden kaynaklanır (2005: 272). Böyle bir sınırlandırma gereği, amaç itibarıyla belirli süreli iş sözleşmelerinin sınırlandırılması ile paralellik gösterir.

Buna göre, ödünç iş ilişkisi kurma hakkının belirli süreli sözleşmelerde geçerli olan objektif nedenlerle benzer şekilde sınırlandırılmaması, 99/70/EG sayılı Yönerge uyarınca İş Kanunu m.11’de getirilen sınırlandırmayı işlevsiz bırakacaktır. Çünkü düşük ücretle, iş güvencesiz işçi çalıştırma amacıyla olan kötüniyetli işverenler, belirli süreli sözleşme yapma hakkının işlevine uygun biçimde sınırlandırılması karşısında, bu amaca aynı işlevi haiz ödünç iş ilişkisi ile ulaşabilecektir. Ödünç iş ilişkisinin bir azami süre ile sınırlandırılması, kötüye kullanmanın önlenmesinde gerçek bir engel oluşturmaz. Çünkü ödünç iş ilişkisi ile istihdamın büyük bir kısmı, belirli bir eğitimi gerektirmeyen niteliksiz işlerde söz konusu olduğundan³⁵, azami süresi dolan işçinin yerine bir başkasının ikamesi ile ödünç iş ilişkisinin sürekliliği sağlanmış olur. Ya da azami süresi dolan işçi, kısa bir aradan sonra aynı işyerine yerleştirilerek, ikinci, üçüncü dönem azami süre

³⁴ İş Kanunu m.11’in gerekçesine göre, “Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin sosyal yönden, daha fazla korundukları bir gerçektir”.

³⁵ Haziran 2004-Eylül 2010 tarihleri arasında özel istihdam büroları tarafından iş yerleştirildiği (ödünç verildiği) bildirilen toplam 205.815 işçiden 119.775’i lise ve altı eğitim düzeyindedir (www.iskur.gov.tr). Eğitim düzeyinin, iş gücünün niteliği açısından bir gösterge oluşturduğu açıktır.

işletilmesi³⁶, alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin aynı asıl işveren işyerinde kesintisiz olarak çalıştırılması uygulaması dikkate alındığında, hiç de düşük olasılık değildir.

Ödünç iş ilişkisinde geçiciliğin güvencesi olarak azami bir süre sınırlandırılması, işçiyi baz alan sübjektif bir nitelik taşıdığından, dolanılabilir bir kayıttır. Bu nedenle, devir konusu işi esas alan objektif bir sınırlandırma daha isabetlidir³⁷. Ancak bu surette ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılmasının önlenmesi amacı ile orantılı bir çerçeve başlanabilir.

Ödünç iş ilişkisi hakkında, objektif nedenlerin varlığı aranmaksızın getirilecek tüm sınırlamalar, bu kapsamda azami süresi sınırlaması, sektörel sınırlama ya da sayısal sınırlama, bunun kötüye kullanılmasını önleme bakımından tam bir güvence sağlamaz. Buna göre, ödünç iş ilişkisinin yasaklanmadığı bir sektörde, öngörülen azami sürede, işyerinde belirli sayıda bir işçinin iş güvencesiz ve daha düşük ücret ile çalıştırılmasına cevaz verilmiş olur. Bu sakınca, düşük ücretli işçi çalıştırma amacı bakımından, eşitlik ilkesi çerçevesinde kısmen bertaraf edilebilir. Buna rağmen eşitlik ilkesi, iş sözleşmesinin sona ermesinde hak kazanılan tazminatlar ve iş güvencesi açısından kötüye kullanmaya set çekmez. Diğer yandan böyle bir güvenceyi temin etmek, yasal açıdan olmasa bile, uygulama açısından ciddi zorlukları taşımaktadır.

Ödünç iş ilişkisinin işyerinde arazi iş gücü ihtiyacı olmaksızın kurulduğu her durumda, hukuka uygun olmayan amaç güdüldüğü söylenebilir. Ödünç iş ilişkisi kurulmasını haklı gösteren arazi işçi ihtiyacını doğuran nedenler ise, yukarıda vurgulandığı üzere, belirli süreli sözleşmeler ile paralellik gösterir. Ancak aşağıda veto edilen 5920 sayılı Yasa hükmü ele alırken üzerinde durulacağı gibi, 1475 sayılı Kanundaki kötüye kullanmalar nedeniyle adeta tepki niteliğindeki mevcut İş Kanunu m.11, objektif nedenler konusunda çok katı bir bakış açısını yansıttığından, bunun ödünç iş ilişkisinde objektif nedenlerin belirlenmesinde bire bir esas alınması amacını aşar nitelikte olacaktır. AB üyesi ülkelerin belirli süreli iş sözleşmesinde ve ödünç iş ilişkisinde objektif nedenlere ilişkin düzenlemeleri ve bu kurumun kendisine özgü nitelikleri dikkate alınarak, bu konuya görece geniş bir perspektiften yaklaşılması isabetli olacaktır.

b) Toplu iş sözleşmesi sistemimizin ödünç işçiler için güvence oluşturmaması

2008/104/EG sayılı AB Yönergesinin öne çıkan bir yönü, ödünç işçiler korunması açısından toplu iş sözleşmelerinin yeterli güvence sağlayacağı

³⁶ Alman hukukunda döner kapı uygulaması “Drehtüreffekt” olarak isimlendirilen böyle bir kötüye kullanma ile ödünç işçilerin korunması işin getirilen başta eşitlik ilkesi ve diğer önlemlerin işlevsiz bırakacağı ifade edilmektedir (Lembke, 2011: 320; Hamann, 2011: 75-76).

³⁷ Belçika, Fransa, İspanya, Portekiz, İtalya, Lüksemburg, ödünç iş ilişkisi kurulmasını objektif nedenlerin varlığı şartına bağlayan ülkelerdendir (Alpagut, 2005: 273-274; Özdemir, 2010: 25-26).

yaklaşımıdır. Yönergede, üye devletlerin sosyal tarafların görüşlerini almak suretiyle ödünç işçileri koruyucu şartların toplu iş sözleşmeleri ile güvence altına alınması şartı ile bu toplu sözleşmelerde eşitlik esasının istisnaların getirilebileceği öngörülmüştür. Önemli olan, toplu iş sözleşmesi içerdiği şartlar ile ödünç işçilerin iş koşulları bakımından genel bir koruma düzeyi için elverişli olmalıdır (m.5/3)³⁸.

Aynı bakış açısı, Almanya'da Ödünç İşçi Devri Yasasında 2003 yılında yapılan değişikliklere de yansımıştır (§ 3/1,3; 9/2 AÜG). Bu düzenlemelerde, istihdam bürosu tarafından ödünç işçiye devrin devam ettiği sürede uygulanacak esaslı iş koşullarının, geçici işveren işyerinde emsal işçiye sağlanan koşulların altında olamayacağı genel esas olarak tespit edildikten sonra, Çalışma Bakanlığı tarafından § 3a / 2 hükmü çerçevesinde ödünç iş ilişkileri hakkında kararlaştırılacak asgari ücretin altında kalmaması şartı ile toplu iş sözleşmeleri ile daha düşük ücret düzeyinin kararlaştırılabileceği istisnasına yer verilmiştir (Moll, 2009: §63, Rn. 32). Ancak Almanya gibi etkili bir toplu iş hukuku sistemine sahip, tüm iş kollarında iş kolu düzeyinde toplu iş sözleşmelerin geçerli olduğu bir ülkede dahi, ödünç iş ilişkisi vasıtasıyla düşük ücretli işçi çalıştırma yolunu açan toplu iş sözleşmelerinden şikayet edilmektedir (Schüren ve Wank, 2011: 8)^{39, 40}.

Türk iş hukuku uygulamasında toplu iş sözleşmelerinin ödünç iş ilişkisinde istihdam edilecek işçiler için güvence oluşturmayacağı açıktır⁴¹. 2821 ve 2822 sayılı Kanunlardaki sistemin özünü, iş kolunda sendikalaşma esasları ile sendikaların ehliyet ve yetki koşulları oluşturmaktadır. Bu sistemin işkolu bazında toplu iş sözleşmelerine olanak vermemesi, ödünç iş işçilerin toplu iş sözleşmesi özerkliği dışında kalması sonucunu doğuracaktır. Ödünç işçinin işvereni istihdam bürosu olmakla, farklı işyerlerinde görevlendirilmiş büro işçilerinin bir araya gelerek işkolunda kurulu bir sendikada örgütlenmeleri ve 2822 sayılı Kanundaki yetki koşullarını karşılamaları neredeyse imkansızdır. Bu konuda bir düzenleme ile ödünç işçilerin, fiilen hizmet verdikleri işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmelerinden

³⁸ Yönergedeki bu istisnanın, İsveç, Danimarka ve Finlandiya için getirildiği, bu ülkelerde ödünç iş ilişkisinin toplu iş sözleşmeleriyle düzenlendiği belirtilmiştir (Usen, 2010: 177).

³⁹ Schüren ve Wank, ödünç iş ilişkilerinde toplu iş sözleşmelerinin kötüye kullanımının önlenmesi amacı bakımından toplu sözleşme taraflarının sınırlandırılması yerine, sarı sendikalarca toplu sözleşme yapılmasının engellenmesi gerektiğini belirtmiştir (2011: 8).

⁴⁰ Ödünç İşçi Devri Yasasında (AÜG) 2003 yılında yapılan değişiklik ile 01.01.2004'den itibaren azami süre sınırlandırması kaldırıldıktan sonra, başta Schlecker örneği gelmek üzere uygulamada ödünç işçilere ilişkin toplu sözleşmelerin kötüye kullanılması ve düşük ücretlerin kararlaştırılması, Alman Çalışma Bakanlığını hareket geçirmiş ve § 3a/2 AÜG hükmünde öngörülen ödünç işçiler için asgari ücret belirleme yetkisi, ilk olarak 01.05.2011 tarihinden geçerli olmak üzere kullanılmıştır. Buna göre, ödünç işçilerin asgari ücreti batıda 7,79 Euro/saat ve doğuda 6,89 Euro/saat olarak uygulanacaktır (Leuchten, 2011: 610; <http://www.faz.net/artikel/C30770/7-79-euro-im-westen-bundestag-beschliesst-mindestlohn-fuer-leiharbeiter-30331522.html>).

⁴¹ Özdemir, 2010: 23, 30; Türk-İş, Kiralık İşçi Raporu, 6-7.

yararlanmaları sağlanabileceksede, genel sistemden uzaklaşan böyle istisnaya kuşku ile yaklaşılmalıdır. Yine ödünç işçilerin fiilen hizmet verdikleri işyerleri, bu istihdam türünün niteliği gereği görece kısa aralıklarla değişeceğinden, belirtilen nitelikte bir istisna dahi gerçek anlamda güvence sağlamayacaktır.

Bu nedenlerle, ülkemizde ödünç iş ilişkisi konusunda yapılacak yasal bir düzenlemenin, toplu iş hukukunun bu işçiler için koruma sağlamayacağı göz önünde bulundurularak hazırlanması ve bireysel iş hukuku bazında yeterli güvence mekanizmalarına yer verilmesi gerekir. Bu açıdan 2008/104/EG sayılı Yönergede, ödünç iş ilişkisinde eşitlik ilkesi hakkında, toplu iş sözleşmelerinin koruma sağlayacağı kabulünden hareketle yer verilen istisnanın uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

c) Ödünç iş ilişkisi ile asıl işveren-alt işveren ilişkisinin işlevleri itibarıyla kısmen çakışması

Tür iş hukukunun işyerinde dış kaynak kullanımı bakımından diğer ülkelerden farkı, işverenlerin asıl işveren alt işveren ilişkisi çerçevesinde işyerindeki yardımcı işleri ve sınırlı da olsa asıl işleri, sürekli olarak alt işverene devredebilmesidir. Asıl işveren alt işveren ilişkisi ile ödünç iş ilişkisi, dış kaynak kullanımı işlevi itibarıyla kısmen de olsa çakışmaktadır⁴².

Asıl işveren alt işveren ilişkisi, işverenler açısından önemli bir esneklik sağlamaktadır. Alt işveren işçilerinin ücret ve diğer esaslı iş koşulları bakımından, 2008/104/EG sayılı Yönergedeki eşitlik esasları gibi koruyucu özel düzenlemeler bulunmadığından ve diğer yandan bu işçilerin hemen hemen tamamı, sendikalarla örgütlenme ile toplu iş sözleşmesi düzeninde çalışmadıklarından, bu uygulama işverenlere parasal açıdan görmezden gelinemez bir katkı sağlamaktadır.

Buna göre, işyerindeki arzı işçi ihtiyacı doğduğu hallerde, İş Kanunu m.2'deki koşulların gerçekleşmesi şartı ile bu ihtiyaç, asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında (işçi temini değil) işin devri suretiyle karşılanabilecektir. Bu nedenle Türk iş hukuku uygulamasında ödünç iş ilişkisinin, bireysel nitelik arz eden geçici işçi ihtiyacı hallerinde önem arz edeceğini söylemek hatalı olmayacaktır. Örneğin doğum izni nedeniyle ücretsiz izne ayrılan işçinin yerine.

Tespit edilen nedenlerle, Türk İş Hukukunda ödünç iş ilişkisini, işyerlerinin arzı ve bireysel işçi ihtiyaçları ile sınırlandıracak düzenlemelerin kabulü şarttır. Bu

⁴² Bu iki kurum arasında, üç yönden farklılık olduğu söylenebilir. İlki, asıl işveren alt işveren ilişkisinin işin devri bağlamında (birden fazla işçiyi ilgilendiren) çoğul nitelik taşımaya karşın, ödünç iş ilişkisinin bireysel işçi temini işlevidir. İkinci olarak, alt işveren işçileri, asıl işveren işyerinde kendi işverenlerinin emir ve talimatı altında çalıştığı halde, ödünç işçi, kendi işverenin değil, işin sahibi geçici işverenin emir ve talimatı altında çalışır. Son olarak asıl işveren alt işveren ilişkisi kısa süreli ya da sürekli kurulabileceği halde, ödünç iş ilişkisinin arzı işçi ihtiyacını doğuran nedenin devam ettiği müddetle sınırlıdır. Asıl işveren alt işveren ilişkisi ile ödünç iş ilişkisinin benzer ve farklı yönleri hakkında bkz. Ekmekçi, 2004: 368-369; Alpagut, 2006: 572 vd.

husus gözetilmediği takdirde, işverenlere, işyerindeki işlerini kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olmayan ve dolayısıyla işverenlik riskleri üstlenilmeyen, iş güvencesiz düşük ücretli işçilere gördürme yolu açılmış olur.

3. Ödünç İş İlişkisinin Kötüye Kullanılmanın Önlenmesi Amacı ve 5920 Sayılı Kanun

4857 sayılı Kanun ile getirilen önemli sınırlandırmalara rağmen, muvazaa temelli asıl işveren alt işveren uygulamalarının halen yoğun bir biçimde devam ettiği, Yargıtay kararlarına yansımaktadır. Yine bugüne kadar yasal zemini olmaksızın uygulanan ödünç iş ilişkilerinde, özellikle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması ve düşük ücretle işçi istihdamı amaçlarının ön planda olduğu görülmektedir. Bu iki husus, ülkemizde ödünç iş ilişkisi hakkında yapılacak yasal düzenlemenin, amaca uygun sınırlandırmaları ve yaptırımları içermesi zorunluluğunu göstermektedir.

Veto edilen 5920 sayılı Kanun ile İş Kanununa m.7/A olarak eklenmek istenen mesleki anlamda geçici iş ilişkisi başlıklı hüküm, bu kurumun işlevini ortaya koyan isabetli bir tanıma yer vermiştir: “Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi...*geçici işgücü talebini karşılamak amacıyla* ...özel istihdam büroları tarafından yerine getirilir”. Ödünç iş ilişkisinin olması gereken işlevini ortaya koyan bu tanım, dolayısıyla ödünç iş ilişkisinin sınırlarının belirlenmesinde hareket noktasını oluşturmaktadır. Buna göre, konuyla ilgili öyle yasal şartlar öngörülmelidir ki, ödünç iş ilişkisine ancak işyerinde geçici iş gücü ihtiyacı olduğu hallerde başvurulabilsin.

Böyle bir bakış açısında hükmün ödünç iş ilişkisinin *kurulmasıyla* ilgili yer verilen şartlar,

- ödünç alan işveren işyerindeki ödünç işçi sayısının, kendi işçilerinin dörtte birini⁴³ aşmaması,
- aynı işçi için, aynı işverenle yapılacak geçici iş ilişkisi sözleşmelerinin toplam süresinin on sekiz ayı geçmemesi,
- 5335 sayılı Kanun m. 30/2 kapsamına giren kurum ve kuruluşlara ait işyerlerinde ödünç iş ilişkisi kurulamaması,
- ve İş Kanunu m.7'nin ilk iki fıkrası dışında öngörülen sınırlarmalar (Bunlar, grev ve lokavut uygulanması sırasında ve toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde toplu işçi çıkarma konusu işlerde ödünç işçi çalıştırılmamasıdır)

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi tanımında geçen “geçici işgücü talebini karşılama amacı” göz önünde bulundurulduğunda, tespit edilen bu sınırlandırmaların hiçbiri amacı karşılamak için tam anlamıyla elverişli değildir.

⁴³ Cumhurbaşkanı tarafından veto edilen hükümde 1/4 oranına yer verilmişken, vetodan sonraki değişikliklerde bu oran, sınırlandırma ile 1/5 şeklinde değiştirilmiştir (Özdemir, 2010: 26).

Bunlardan belirli kamu ve kuruluşlarına ait işyerleri için getirilen yasak⁴⁴, istisna niteliğindedir, genel uygulama bakımından sınırlayıcı bir etkisi yoktur. Böyle bir yasak, 2008/104/EG sayılı Yönergenin 4. maddesi kapsamında amaca uygun görülmelidir.

İş Kanunu m.7'ye atıf ile getirilen iki sınırlandırma, grev ve lokavt uygulanan işyerleri ile toplu işçi çıkarma uygulaması yapılan işyerlerinde ödünç iş ilişkisi kurulamaması⁴⁵, kötüye kullanmanın önlenmesi için çok isabetli olmakla birlikte, bunlar özel niteliktedir. Başka deyişle bu iki sınırlandırma, ödünç iş ilişkisi kurulmasını salt geçici iş gücü ihtiyacının karşılanması amacıyla kısıtlamak için elverişli değildir. Grev ve lokavt uygulaması sırasında, işyerinde geçici iş gücü ihtiyacının doğduğu açıktır. Ancak böyle bir durumda kurulacak ödünç iş ilişkisi, iş mücadelesi araçlarında denklik ilkesi gereği hukuken meşru değildir (Hekimler, 2009/a). Diğer yandan toplu işçi çıkarma uygulamasına, işyeri gereklerinden kaynaklanan işçi fazlalığının ortaya çıktığı hallerde gidildiğinden, bu uygulamaya giden işyerinin geçici iş gücü ihtiyacından söz edilemez, dolayısıyla bu durumda ödünç iş ilişkisi meşru değildir. Toplu işçi çıkarılan bir işyerinde, gerçekten geçici işgücü ihtiyacının doğduğu bir durumda, işverenin toplu iş çıkarma gerekçelerinde samimi olmadığı söylenebilir.

5920 sayılı Kanun hükmündeki sayı sınırlaması da, ödünç iş ilişkisinin sadece geçici iş gücü ihtiyacının karşılanması amacıyla kurulabilmesini temin genel amacı için yeterli değildir. Böyle bir sınırlandırmanın, ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılması bağlamında, grev ve lokavt hali gibi özel bir hali yasaklayan yönü yoktur. Sayı sınırlandırması, ödünç iş ilişkisine geçici iş gücü ihtiyacının bulunmadığı hallerde de başvurulabilmesine cevaz verildiği bir ihtimalde, ödünç işçilerin, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle iş güvencesi kapsamında çalışan işçilerin yerini bütünüyle almaması için bir sınır işlevi görür. Oysa, 5920 sayılı Kanunun “mesleki anlamda geçici iş ilişkisi tanımında”, bu uygulama isabetli olarak geçici işgücü talebinin karşılanması amacıyla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla hükmün kendi içinde tutarsız olduğundan söz edilebilecektir. Hüküm, “ödünç iş ilişkisi geçici işgücü talebinin karşılanması amacıyla kurulsada dahi, ödünç işçi sayısı her halükarda işyerindeki işyeri sayısının belli bir oranını aşamaz, bu oranı aşan işgücü ihtiyacı geçici nitelikte değildir” şeklinde yorumlandığı takdirde tutarlı hale gelir. Bu nedenle hükümde ödünç iş ilişkisine başvuruyu, işyerindeki geçici iş gücü ihtiyacının karşılanması amacıyla sınırlayacak bir değişikliğin yapılması şartı ile bu istisnanın korunması yararlıdır.

Veto edilen düzenlemede, ödünç iş ilişkisinin kurulmasıyla ilgili son ve esaslı sınırlandırma, öngörülen 18 aylık azami süre sınırlandırmasıdır. Azami süre

⁴⁴ Kamu işyerleri ile ilgili benzeri yasak ve sınırlandırmalar Fransa, Belçika ve İspanya hukuklarında da yer almaktadır (Alpagut, 2005: 274).

⁴⁵ İş Kanunu m.7'deki bu iki sınırlandırmanın isabetli olduğu hakkında bkz. Süzek, 2008: 265; Tuncay, 2003: 73-74; Ekmekçi, 2004: 380-381; Özdemir, 2010: 28.

sınırlaması, İş Kanunu m.7 ile paraleldir. Aralarındaki fark, İş Kanunu m.7’de azami süre bakımından ikili bir ayrıma gidilmiş olmasıdır. Buna göre, ödünç iş ilişkisi azami 6 aylık bir süre için kurulabilecek ve süre sonunda iki defa yenilenebilecektir. Mesleki alanda ödünç iş ilişkisinde ise, doğrudan toplam 18 aylık sürenin aşamayacağından söz edilerek, karşılaştırılan sürenin dolması üzerine yenileme sayısında bir sınırlanmaya gidilmemiş olmasıdır.

Azami süre sınırlaması, ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılmasının önlenmesi bağlamında İş Kanunu m.7’de düzenlenen mesleki olmayan ödünç iş ilişkisi bakımından yerinde ise de, mesleki anlamda ödünç iş ilişkileri açısından gerçek bir güvence sayılamaz. Çünkü İş Kanunu m.7’de mesleki olmayan ödünç iş ilişkisi, geçici iş gücü ihtiyacı halleriyle sınırlandırılmamıştır (m.7/1). Buna göre, mesleki olmayan ödünç iş ilişkisi, gerçekten ödünç alan işverenin geçici iş gücü ihtiyacı nedeniyle kurulabileceği gibi, m.7’nin gerekçesinde vurgulandığı üzere, geçici iş gücü ihtiyacı olmadığı halde, ödünç veren işverenin içinde bulunduğu olumsuz ekonomik durum nedeniyle, işçisini işten çıkarmak yerine bu şekilde ara bir çözüm ile iş sözleşmesini ayakta tutmak amacından da kaynaklanabilir (Ekonomi, 2008: 248 dn. 48; Süzek, 2008: 256; Ekmekçi, 2004: 371). Bu nedenle mesleki olmayan ödünç iş ilişkisinde, İş Kanunu m.7’deki gibi bir azami süre sınırlaması ve bunun yanında, grev ve lokavt ile toplu işçi çıkarma hallerinde olduğu gibi, karine olarak kötüye kullanmadan söz edilebilecek bazı hallerde yasaklanmış olması, bunun geçiciliğini temin ve kötüye kullanımının önlenmesi için yeterlidir.

Buna karşın mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinde, İş Kanunu m.7’deki gibi salt süre olarak geçici olma, bunun işyerindeki geçici iş gücü ihtiyacını karşılama amacı ile uyumlu değildir. Veto edilen hüküm yasalassa idi, geçici iş gücü ihtiyacının karşılanması amacı olmadan da ödünç iş ilişkisi kurulabilecekti. Yasa koyucu, işverenlere esneklik! sağlamak amacıyla, geçici iş gücü ihtiyacının karşılanması amacı olmadan bu ilişkiye olanak verebilir. Bu durumda ödünç iş ilişkisi ile esneklik, düşük ücretle ve iş güvencesiz işçi istihdamı işlevi görür. Böyle bir uygulamada ödünç işçiler, ücret ve diğer esaslı iş şartları bakımından aşağıda ele alınacak eşitlik esasları ile korunabilirlerse de, özellikle iş güvencesinden, toplu iş hukukuna ilişkin haklardan ve iş sözleşmenin sona ermesinde hak kazanılan tazminatlardan, hukuken haklı görülebilir bir menfaat bulunmaksızın mahrum bırakılmış olurlar.

Tespit edilen nedenlerle, veto edilen 5920 sayılı Kanun hükmü kendi içinde tutarlı değildir.

Hüküm bu şekli ile yasalassa idi, mesleki anlamda ödünç iş ilişkisine ancak işyerindeki arzi işçi ihtiyacı doğuran hallerde başvurulması ve dolayısıyla kötüye kullanımının önlenmesi, yargı denetimine tabi tutulabilecekti. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde yoğun bir şekilde kötüye kullanılan asıl işveren alt işveren ilişkisi, 4857 sayılı Kanun m.2’deki gibi ayrıntılı sınırlamalara tabi tutulmadığı halde, konu hakkında Yargıtay muvazaadan hareketle kötüye kullanımın önlenmesinde isabetli içtihatlarla imza atmıştı. Benzeri bir yargısal denetim, ödünç iş ilişkisi için de söz

konusu olabilecektir. Ancak yasal bir sınırlamanın olmadığı durumda, genel hükümlerden hareketle yapılacak bir yargı denetimin yetersizliği, 1475 sayılı Kanun dönemindeki Yargıtay içtihatlarının 4857 sayılı Kanun ile yasa hükmüne dönüştürülerek, bizzat kanun koyucu tarafından kabul edilmiş olmaktadır.

Bu çerçevede yasalaştırılması öngörülen düzenleme kendi içinde tutarlı hale getirilmeli ve ilk fıkradaki tanımda yer alan geçici işgücü talebinin karşılanması amacı ile uyumlu bir sınırlandırmaya yer verilmelidir. Bu ise, yukarıda tespit edildiği üzere, mesleki anlamda geçici iş ilişkisine başvurunun, belirli süreli iş sözleşmeleri ile paralel biçimde, geçici iş gücü ihtiyacı doğuran objektif nedenlerin varlığı şartına bağlanması ile mümkündür.

Konuyla ilgili karşılaştırmalı hukuktaki bazı örnekler dikkati çekmektedir. Buna göre, Fransız İş Kanununun L. 124/2 hükmüne göre, “Geçici süreli iş sözleşmesi, bir işletmenin normal ve devamlılık arz eden iş ilişkilerinin yerini alma konusunda ve bu etkiye sahip olacak biçimde düzenlemez” (Özdemir, 2010: 25). Kanunda bu genel esas ortaya konduktan sonra, ödünç iş ilişkisinin mümkün olduğu üç ihtimalden söz edilmiştir: ilave bir geçici iş gücüne ihtiyaç duyulması, mevsimlik işler ya da belirli süreli sözleşme uygulamasının mutad olmadığı otel, tatil kulübü gibi işyerlerinde ve iş organizasyonundan çıkarılması planlanan bir işte, işten ayrılan bir işçinin yerine (Odaman, 2010: 83-85; Steuer, 2009: 289; Wanselow ve Weinkopf, 2009: 17). Bu ülkede, grev uygulaması sırasında, işyeri hekimi ihtiyacıyla ilgili, tehlikeli işlerde, toplu işçi çıkarımından sonraki 6 aylık süre içinde (6 aylık dönemde 3 aydan kısa süreli bir ödünç iş ilişkisi mümkündür) ve sürekli işlerde kesintisiz biçimde ödünç iş ilişkisi kurulması yasaktır (Odaman, 2010: 86-87). Fransa’da ödünç iş ilişkisi arızı iş gücü ihtiyacı ile sınırlandırıldığı halde, ilaveten 18 aylık bir azami süre sınırlamasına yer verilmiştir. Bu surette, 18 aydan uzun süren işgücü ihtiyacının arızı olmadığı kabul edilmiş olmaktadır.

İspanya’da azami süre sınırlaması bulunmamaktaysa da, ödünç iş ilişkisine başvurulması geçici iş gücü şartına bağlanmıştır. Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisini düzenleyen Kanunda⁴⁶, bu kapsamda dört ihtimale yer verilmiştir (m.6/2): geçici bir işin yerine getirilmesi, olağanın üstünde geçici bir işgücüne ihtiyaç duyulması, yasal bir yükümlülüğü yerine getirmek için işyerinden geçici süre ile ayrılan işçinin yerine ve işten ayrılan bir işçinin yerine ya da yeni oluşturulan bir iş için işçi alımı aşamasında, işçi bulunana kadarki ara dönemde (Steuer, 2009: 278).

Diğer bazı ülkelerde de ödünç iş ilişkisini arızı işçi ihtiyacı ile sınırlandıran düzenlemeler bulunmaktadır⁴⁷. Buna göre, ödünç iş ilişkisi hakkında kabul edilecek bir düzenlemede, veto edilen 5920 sayılı Kanun düzenlemesindeki gibi, bunun işyerindeki geçici işgücü talebinin karşılanması amacıyla sınırlı olduğu mutlaka

⁴⁶ Ley 14/1994, de 1 de junio por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

⁴⁷ AB üyesi 27 ülkedeki düzenlemeler hakkında bkz. Informationen über die Arbeitnehmerüberlassung der EU – Staaten (http://personalorder.de/index.php?load=3,9&art_id=22086).

vurgulanmalıdır. Geçici işçi ihtiyacı doğuran haller bakımından, İş Kanunu m.11'deki objektif neden tanımı, ödünç iş ilişkisi hakkında da dikkate alınabilir niteliktedir. Bu hükümde geçen “Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullar”, işyerinde genel olarak bireysel ya da toplu nitelikte arızı işçi ihtiyacı doğuran hallerdir. Bu nedenle, söz konusu esasın ödünç iş ilişkisi için de dikkate alınması mümkündür. Ancak İş Kanunu m.11'deki objektif neden tanımında belirli süreli iş sözleşmeleri esas alındığından, bunun ödünç iş ilişkisinin işlevini ön plana çıkarır biçimde yeniden ancak İş Kanunu m.11'deki gibi katı düzenlenmemesi gerekir.

Ödünç iş ilişkisinin temel işlevi, işyerindeki geçici işgücü talebinin karşılanması olmakla, bu ilişkiye ancak işyerinde geçici iş gücüne ihtiyaç duyulduğu hallerde başvurulabileceği en başta genel esas olarak tespit edilmelidir⁴⁸. Bu nedenle 5920 sayılı Kanun düzenlemesinin ilk fıkrasındaki mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin isabetli tanımı korunmalı ancak akabinde Fransız İş Kanunundaki gibi, ödünç iş ilişkisinin, bir işletmenin normal ve devamlılık arz eden iş ilişkilerinin yerini alacak biçimde düzenlenemeyeceği açıkça vurgulanmalıdır. Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere, 5920 sayılı Kanun düzenlemesindeki azami süre ve sayı sınırlaması korunarak, toplamda 18 ayı ya da işyerindeki toplam işçi sayısının belirli bir oranını aşan ödünç iş ilişkisi uygulamasında, ödünç alan işverenin iş gücü ihtiyacının geçici olmadığı, aksi ispatlanabilir kriterler olarak kabul edilmelidir.

Bu genel esasın dışında, kanun koyucu tarafından çeşitli nedenlerle ödünç iş ilişkisi uygulamasının bazı sektörlerde yasaklanması ve bazı haller için de istisnalar takdir edilebilmesi mümkündür. 2008/104/EG sayılı Yönerge uyarınca sınırlandırma veya yasaklama şeklindeki istisnalar, ödünç işçilerin korunması, sorunsuz işleyen bir iş piyasasının temin edilmesi ve kötüye kullanmalarının önlenmesi gereklerine uygun olmak kaydı ile mümkündür (m.4/1). Bu kapsamda, 5920 sayılı Kanun hükmündeki kamu işverenleri, grev ve lokavt hali ile toplu işçi çıkarma uygulamaları hakkında öngörülen yasakların korunması yerinde olacaktır. Bunun dışında örneğin inşaat ya da ağır sanayi gibi, iş sağlığı ve güvenliği şartlarının ön plana çıktığı sektörlerde yasaklanması düşünülebilir. Buna karşın, örneğin daha önceden hiç iş deneyimi olmayan ya da uzun süredir işsiz olanlar veya sosyal uyum desteği alanlarla ilgili geçici iş gücü ihtiyacının olması genel esastan ayrılmakta makul yarar bulunmaktadır (Aktekin, 2009: 125).

Ödünç iş ilişkisinin işyerinde geçici iş gücü ihtiyacının karşılanması amacı ile belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin İş Kanunu m.11'deki objektif nedenler, nitelik itibarıyla aynı temele oturmaktadır. Bu nedenle 5920 sayılı Kanun hükmünde yer

⁴⁸ Ödünç iş ilişkisini geçici iş gücü ihtiyacı ile sınırlandıran ülkelerde, istisnai bir işin ya da olağan iş yükünde bir artışın ortaya çıkması, mevsimlik işler gibi geçici iş gücü doğuran haller hakkında somut sayımlara yer verilmişse de (Alpagut, 2005: 273-274), bu yöntemin sınırlandırıcı olduğunu ve yasal düzenlemede İş Kanunu m.11 gibi genel esasın ortaya konulması ile yetinilmesinin daha isabetli olduğunu düşünüyoruz.

verilen “Özel istihdam bürolarının bu faaliyet için istihdam edecekleri işçilerle yapacakları belirli süreli iş sözleşmeleri, esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmesi niteliğini taşırlar” şeklindeki hükmün, ispat yönüyle işçiler aleyhine olabilecek bir tekrar olduğunu düşünüyoruz. Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinde, özel istihdam bürosunun, *geçici işgücü talebini karşılamak amacıyla iş sözleşmesi düzenlediği işçisini*, iş görme edimini yerine getirmek üzere bir başka işverene devri söz konusudur (m.1/1). Amacına uygun bir devirde istihdam konusu iş, ödünç alan işverenin geçici iş gücü talebinin devam ettiği ve her halükarda yasada öngörülecek azami bir süre ile sınırlı olduğundan, istihdam bürosunun bu işte çalışmak üzere devredeceği işçisi ile yapacağı sözleşme İş Kanunu m.11 anlamında objektif nedenlere dayanacaktır. İstihdam bürosu ile işçi arasında, büro faaliyetinin gereği ardı ardına belirli süreli sözleşmeler yapılmasının kötüniyetli olduğu söylenemeyecektir. Çünkü burada zincirleme belirli süreli sözleşmeler, büro faaliyetinin doğası gereğidir. Bu nedenle istihdam bürosunun devredeceği işçisi ile yapacağı zincirleme belirli süreli iş sözleşmelerinin değerlendirilmesinde, İş Kanunu m.11 hükmü yeterlidir, ödünç iş ilişkisi hakkındaki bir düzenlemede ayrıca bir kurala yer verilmesi gerekmez.

İstihdam bürosunun işçi istihdamı, geçici iş gücü ihtiyacı olan üçüncü kişilerden gelecek taleplere bağlı olduğundan, ödünç iş ilişkisi uygulamasında belirsiz süreli iş sözleşmeleri tercih edilmeyecektir. İstihdam bürosunun, işçiyi çalıştırabileceği kendisine ait bir işyeri yoktur ve bu nedenle belirli süreli iş sözleşmesiyle istidam ettiği işçiyi bir kişiye devredemediği durumda, işçi çalışmadığı halde işverenin alacaklı temerrüdü çerçevesinde ücret ödeme yükümlülüğü aynen devam edecektir⁴⁹. Çünkü bu ihtimalde alacaklı temerrüdüne yol açan neden, İş Kanunu m.24/III, 25/III ve 40 anlamında bir zorlayıcı sebep oluşturmaz^{50, 51}.

⁴⁹ Yukarıda tespit edildiği üzere, belirsiz süreli iş sözleşmeleri işçi açısından yeteri koruma sağladığından, 2008/104/EG sayılı AB Yönergesinde, özel istihdam bürosunun belirsiz süreli iş sözleşmesi yaptığı işçiler hakkında, eşitlik esasının uygulanmayabileceği istisnasına yer verilmiştir.

⁵⁰ Konuyla ilgili olarak Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan İş Kanunu Tasarısı m.93/d hükmündeki, “Belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve işçi ödünç iş ilişkisi uyanınca başka işverene verilmediği sürece işyerinde çalıştırılmasa dahi asgari ücretten az olmamak üzere ücretinin yarısı kadar bir ücrete hak kazanır” düzenlemesi yer almıştı. Veto edilen 5920 sayılı Kanun düzenlemesinde ise, benzeri şekilde “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” Tuncay, İş Kanunu Tasarısı m.93/d hükmü hakkında “Bu maliyet arttırıcı bir hüküm olup, geçici istihdam bürolarının faaliyetini ve geçici işçilere çalışma olanağı sağlanmasını baltalar” görüşünü ifade etmiştir (2003: 74).

⁵¹ İş Kanunu Tasarısı ile 5920 sayılı Kanunda, ödünç iş ilişkisinde işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin bu şekilde genel esastan ayrılan ve istihdam bürosunu koruyucu düzenlemelerin isabetli olmadığını düşünüyoruz. İstihdam bürosu ile üçüncü kişilere

Buna rağmen, bazı ülkelerde aynı özel istihdam bürosu nezdinde belirli bir süreyi aşan çalışmaların, belirsiz süreli ilişkiye dönüşeceği kabul edilmiştir⁵².

4. Ödünç işçilerin korunması ve eşitlik ilkesi

Yukarıda vurgulandığı üzere, 2008/104/EG sayılı AB Yönergesinin özü, eşitlik ilkesidir. Bu ilkenin gözetilmesi, ödünç iş ilişkisinin ücretlerde indirim ve dolayısıyla emek sömürüsü aracı olmasının önlenmesi için olmazsa olmaz niteliktedir. Bu nedenle 5920 sayılı Kanunun Cumhurbaşkanı tarafından vetosu, konuyla ilgili çok önemli bir adımdır. Vetodan sonra ilgili hükme ikinci fıkra olarak eklenen düzenleme ile ödünç iş ilişkisinde eşitlik esası öngörülmüştür.

Ödünç iş ilişkisi kurulabilecek geçici işgücü ihtiyacı hallerinde, işverenin belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi istihdamı mümkündür, hukuka uygundur. Ancak işveren belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi istihdam ederek işverenlik riskleri yüklenmek yerine, ödünç iş ilişkisi yoluyla dış kaynak kullanabilecektir. İşvereni dış kaynak kullanımını tercih etmesinde daha düşük işçi maliyetinin ön plana çıkması, bu sistemde ödünç iş ilişkisinin gerçek işlevini haiz olmadığının bir göstergesidir. Ödünç iş ilişkisinde eşitlik ilkesi, bunun kötüye kullanımının önlenmesinde ikinci önemli mekanizmayı oluşturmaktadır.

Ödünç iş ilişkisinde eşitlik ilkesinin öne çıkan yönü, kötüye kullanımın işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu istihdam bürosunda değil, işçinin emir ve talimatı altında çalıştığı ödünç alan işveren şahsında gerçekleşmesidir. Bu nedenle eşitlik ilkesinde bağlama noktası, ödünç veren istihdam bürosu değil, ödünç alan geçici işveren ve işyeridir. Bu nedenle AB Yönergesinde, eşitlik ilkesi açısından ödünç işçi hakkında, ödünç alan geçici işverene ait işyerindeki esaslı çalışma koşullarının uygulanması gerektiği öngörülmüştür.

Veto ertesinde öngörülen hükümde ise, “Bu madde kapsamında çalıştırılan işçi ile özel istihdam bürosu ve işçi devri yapılan işveren arasındaki iş ilişkisinde de, bu Kanunun beşinci maddesi uygulanır. İşçinin ücret, iş sağlığı ve güvenliği,

devredilmek üzere işe alınan işçi arasındaki iş ilişkisinde, işçi ile işveren arasındaki bağ ne kadar zayıf olursa olsun, işçinin korunması gereği istihdam bürosunun işverenlik risklerine katlanması gerekir. Bu nedenle, ödünç iş ilişkisi hakkında bir yasal düzenlemede, işçinin ödünç alan işverenden kaynaklanan nedenlerle çalışmadığı ya da istihdam bürosunun belirsiz süreli iş sözleşmesi yaptığı ancak talep olmaması nedeniyle iki devir arasında boşluk bulunduğu durumlarda ücrete hak kazanma konusunun ya hiç düzenlenmemesi ya da işverenin alacaklı temerrüdü hükümleri çerçevesinde işçinin ücretine hak kazanacağı hükme bağlanmalıdır. Konu hakkında bir düzenlemeye yer verilmediği durumda, genel hükümlere göre hareket edilecektir (BK m.325, TBK m.408).

⁵² Dereli, Hollanda ve İtalya’da bu yönde hükümlerin olduğunu ifade etmiş ve hazırladığı taslak düzenlemede, “İşçi aynı devreden işveren (özel istihdam bürosu) tarafından yirmi dört aydan fazla süreyle istihdam edildiği takdirde iş sözleşmesi belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür” hükmüne yer vermiştir (2005).

mesleki eğitim ile diğer temel çalışma ve istihdam koşulları⁵³, aynı veya eşit değerdeki iş için işyerine yeni alınan işçilerinkinden az olamaz”.

Fıkranın ilk cümlesinde atıfta bulunulan İş Kanununun “eşit davranma ilkesi” başlıklı 5. maddesinde, esas itibarıyla iş ilişkisinde ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir⁵⁴. Madde, iş ilişkisinin tarafı işçi ile işveren baz alınarak kurgulanmıştır. Ödünç işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu ve dolayısıyla İş Kanunu m.5’deki ayrımcılık yasaklarına uyması gereken işveren, özel istihdam bürosudur. Bu durumda, öngörülen hükümden hareket edildiğinde, istihdam bürosunun işveren olarak uygulayacağı iş şartları, istihdam ettiği diğer ödünç işçilere uyguladığı koşullardır. Hükümde “işçi ile özel istihdam bürosu ve işçi devri yapılan işveren arasındaki iş ilişkisinden” söz edilmişse de, iş ilişkisinin iki tarafı vardır. Ödünç işçi ile ödünç alan geçici işveren arasında bir iş sözleşmesi ilişkisinden değil, iş sözleşmesi ilişkisine benzeyen sonuçlar yaratan bir hukuki ilişkidir söz edilebilir⁵⁵. İşçinin iş görme borcunu ödünç alan işveren işyerinde, onun emir ve talimatı altında yürütmesi, aralarında iş ilişkisi bulunduğu anlamına gelmez. Bu fiili duruma rağmen, istihdam bürosu işveren sıfatını korur, dolayısıyla esaslı iş koşullarını uygulamakla yükümlü olan, işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu istihdam bürosudur. Salt İş Kanunu m.5’den hareket edildiğinde istihdam bürosunun uygulamakla yükümlü olduğu şartlar, bizzat kendi işyerinde diğer işçilerine uyguladığı koşullardır.

AB Yönergesinde Fransız modeli esas alınarak, ödünç işçiye uygulanması gereken esaslı iş şartları bakımından işçinin fiilen hizmet verdiği geçici işveren işyeri dikkate alındığından, hükmün daha açık hale getirilmesi gerekir. Bu nedenle fıkranın İş Kanunu m.5’e atıf yapılan ilk cümlesi aynen korunsa dahi, ikinci cümlede ödünç işçi hakkında dikkate alınması gereken esaslı çalışma koşullarının, işçinin fiilen hizmet verdiği ödünç alan işverenin, işyerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile istihdam ettiği işçilere uyguladığı şartlar olarak açıkça vurgulanması gerekir.

Veto edilen hükme eşitlik ilkesinin kabulü bağlamında eklenen fıkranın bir diğer eksikliği, ödünç işçiye uygulanacak esaslı iş koşullarının tespitinde tereddütlere

⁵³ Tasarı hükümde, 2008/104/EG sayılı Yönerge m.5’deki ifade bire bir çevrilererek “temel çalışma ve istihdam koşulları”ndan söz edilmişse de, İş Kanununun kendi içinde tutarlılığı bakımından İş Kanunu m.22 ile paralellik sağlanmalı ve “esaslı çalışma koşulları” ifadesine yer verilmelidir. Diğer yandan, çalışma ve istihdam koşulları birbirinden farklı şeyler değillerdir. Yönergede, aynı anlama gelen iki kelimenin yersiz olarak yan yana kullanıldığı belirtilmiştir (Schüren ve Wank, 2011: 4).

⁵⁴ Süzek, 2008: 398; Doğan Yenisey, K. (2006) “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, 2006/4, 64-65.

⁵⁵ Ödünç iş ilişkisinin hukuki niteliği hakkında bkz. Süzek, 2008: Tuncay, 2003: 57-58; Tuncay ve Savaş, 2007: 67; Akyiğit, 1995: 12-23, 117; Başbuğ, A. (2003), “İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki”, Tühis, Mayıs-Ağustos, 3 vd.

neden olabilecek içeriğidir. İlk olarak, esaslı çalışma koşullarından olarak sadece ücret, iş sağlığı ve güvenliği ve mesleki eğitim anılmış ve akabinde diğerleri denilerek tüm esaslı çalışma koşulları kapsanmak istenmiştir. Ancak bu konuda ya İş Kanunu m.22'deki gibi hiçbir örneğe yer verilmemesi ya da verilecekse, AB Yönergesindeki gibi kapsamlı bir sayıma gidilmesi gerekir. AB Yönergesi, ödünç işçinin iş ilişkisinde çalışma süresini, fazla mesaiyi, ara dinlenmesini, gece çalışmasını, izinleri, tatil günlerini, ücreti (m.3/1, f), gebe ve emziren anneler ile çocuk ve gençlerin korunmasını (m.5/1, a), kadın erkek eşitliğini ve cinsiyet, cinsel tercih, etnik köken, din, dünya görüşü, özürllülük veya yaşlılık nedenleriyle yapılacak ayrımcılığın önlenmesi tedbirlerini (m.5/1, b) ilgilendiren tüm şartların esaslı çalışma koşulu oluşturduğunu, sınırlı sayı prensibine tabi olarak saymıştır. Yönergedeki gibi sınırlı sayı prensibine tabi bir sayımın isabetli olmadığını, kabul edilecek hükümde, “İşçinin ücret, iş sağlığı ve güvenliği, mesleki eğitim, çalışma süresi, fazla mesai, ara dinlenmesi, gece çalışması, izinler, tatil günleri ile diğer esaslı çalışma koşulları”ndan söz edilerek kapsayıcı bir içeriğe yer verilmesinin yerinde olduğunu düşünüyoruz.

İkinci husus, istihdam bürosunun ödünç verdiği işçisi hakkında uygulaması gereken somut koşulların tespitiyle ilgilidir. Tespit, ödünç alan geçici işveren işyeri esas alınarak yapılacaksa da, bu hangi usulde cereyan edecektir. Veto üzerine yapılan değişiklikte, “aynı veya eşit değerdeki iş için işyerine yeni alınan işçilerinkinden az olamaz” ifadesine yer verilmiştir. Bu, ifadenin önemli tartışmalara neden olacağı açıktır (Özdemir, 2010: 27 ve dn. 40'da işaret edilen Necdet Okcan'ın beyanı).

“Aynı veya eşit değerde bir iş” ifadesinin İş Kanunu m.5/4'den alındığı anlaşılmaktadır. “...aynı veya eşit değerdeki iş için işyerine yeni alınan işçilerinkinden az olamaz” ifadesi, emsal çalışma koşulları konusunda bugüne kadar mevzuatımızda geçen düzenlemelerle görece benzerlik göstermektedir. Belirli süreli iş sözleşmeleriyle ilgili İş Kanunu m.12/3'de, “Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır” ve kısmi süreli iş sözleşmeleriyle ilgili m.13/3'de de, “Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır”.

Görüldüğü üzere, hem İş Kanunu m.12/3 ve 13/3'de hem de çıkarılması öngörülen hükümde, emsal kişi baz alınmıştır. Oysa ki, 2008/104/EG sayılı Yönerge m.5'de kişi değil, ödünç iş ilişkisinin şartları dikkate alınarak işçinin çalıştığı iş baz alınmıştır. Belirli ve kısmi süreli iş sözleşmelerinde, uygulanması gereken çalışma şartlarının belirlenmesinde karşılaştırma ölçütü olarak, aynı işyerinde belirsiz ve tam süreli çalışan işçinin dikkate alınması amaca uygundur.

Ancak ödünç iş ilişkisinde dikkate alınması gereken şartlar, işçinin sözleşmeyle bağlı olduğu işverenince uygulananlar değil, fiilen hizmet verdiği geçici işveren işyerindeki koşullardır. Ödünç iş ilişkisinin arızı işçi ihtiyacının karşılanması amacıyla kurulabileceği göz önünde tutulduğunda, işyerine aynı veya eşit değerdeki iş için yeni alınan bir işçi bulmanın zor ve her zaman mümkün olmadığı anlaşılır. Çünkü ödünç iş ilişkisinin, işyerindeki olağan iş sürecinin dışında, arızı bir iş için kurulduğu durumda, geçici işverenin aynı ve eşit değerdeki bir işçisi olduğundan söz etmek güçtür. Bu ilişkinin, örneğin kadın işçinin doğum nedeniyle bir yıl ücretsiz izne gitmesi gibi somut bir işçinin geçici süreyle ikamesi amacıyla kurulduğu ihtimallerde ise, geçici işverenin aynı veya eşit değerdeki bir işte çalışan işçisi vardır. Ancak bu işçinin, hayatın olağan akışı gereği yeni alınan bir işçi olması çok düşük ihtimaldir.

Bu nedenle, dikkate alınması çalışma koşullarının tespitinde kişinin değil, işin baz alınması gerekir. Hükme vetodan sonra hükmüne eklenen fıkrada, bu husus “aynı veya eşit değerde bir iş” ifadesi ile vurgulanmak istenmişse de, hemen akabinde “...için işyerine yeni alınan işçilerinkinden az olamaz” denilerek, ölçüte subjektif bir nitelik verilmiştir. Bunun değiştirilerek, 2008/104/EG sayılı AB Yönergesindeki ölçüt ile paralel hale getirilmesi, uygulamada yargıyı meşgul edecek önemli bir tartışmanın baştan sona erdirecektir. Buna göre, ödünç işçinin esaslı çalışma koşullarının, aynı işte ödünç iş ilişkisi çerçevesinde değil de, ödünç alan işveren tarafından belirsiz süreli iş sözleşmesi ile işe alınmak suretiyle çalışsaydı uygulanacak şartlardan daha az olamayacağının vurgulanması gerekir⁵⁶. İşçinin fiilen görev yapacağı işi baz alan bu ölçüt objektiftir, kapsayıcıdır, amaca uygundur ve uygulamada daha çekişmeye neden olacaktır. Ölçütün bu şekilde tespit edildiği ihtimalde de, ilk aşamada ödünç alan geçici işverenin aynı veya eşit değerdeki iş için işyerine yeni aldığı bir işçinin olup olmadığını bakılacaktır. Böyle bir işçi yoksa ya da var ancak kendisine sağlanan başta ücret gelmek üzere esaslı çalışma koşulları, somut iş ile uyumlu değilse, ilgili meslek kuruluşlarından emsal ücret (esaslı iş koşulları) araştırması yapılabilecektir. Öngörülen “...aynı veya eşit değerdeki iş için işyerine yeni alınan işçilerinkinden az olamaz” ölçütü, emsal ücret araştırmasının önünü kapatmaktadır.

Tüm bu tespit ve değerlendirmeler ışığında, ödünç iş ilişkisinde eşitlik ilkesinin şu şekilde düzenlenmesinin isabetli olduğunu düşünüyoruz: “Bu madde kapsamında çalıştırılan işçi ile özel istihdam bürosu arasındaki iş ilişkisinde ve işçi ile hizmet verdiği geçici işveren arasındaki ilişkide, bu Kanunun beşinci maddesi uygulanır. Özel istihdam bürosu, geçici işverenin beşinci maddeyi ihlal eden

⁵⁶ Cumhurbaşkanının 5920 sayılı Kanun ile ilgili veto gerekçesinde, Yönergeye atf ile bu husus vurgulanmıştır: “... Bir işyerinde ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan işçi hakkında, o işyerinde normal çalışma şekli olan istihdam ilişkisi çerçevesinde emeğini sunan sürekli işçi gibi istihdam edileseydi uygulanacak ücret, çalışma süresi, fazla çalışma, ara dinlenmesi, gece çalışması ve tatil gibi temel istihdam ve çalışma şartlarının aynısı uygulanacaktır”.

eylemlerinden sorumludur. İşçinin ücret, çalışma süresi, fazla mesai, ara dinlenmesi, gece çalışması, izinler, tatil günleri, iş sağlığı ve güvenliği, mesleki eğitim ile diğer esaslı çalışma koşulları, aynı işe geçici işveren tarafından belirsiz süreli iş sözleşmesi ile alınsaydı sağlanacak koşullarından daha az olamaz”. 2008/104/EG sayılı Yönergede olduğu üzere, özel istihdam bürosunun ödünç işçiyi belirsiz süreli iş sözleşmesi ile işe alması hallerinde eşitlik esasına bir istisna tanınması makul görülebilirse de, ödünç iş ilişkisi uygulamasında fiilen hayat bulması hemen hemen imkansız bulunan toplu iş sözleşmeleriyle ilgili bir istisnanın isabetli olmadığını düşünüyoruz.

5. Yaptırımların iki taraflı olması

Yukarıda tespit edildiği üzere (II, 3), ödünç iş ilişkisi hakkında getirilecek sınırlandırmalar ve eşitlik ilkesi etkili yaptırımlar ile desteklenmediği sürece, bunun kötüye kullanılmasının önlenerek işçilerin korunması amacıyla yetersiz kalacaktır. 2008/104/EG sayılı Yönergenin yaptırımlar başlıklı 10. maddesinde, üye devletlerin ödünç veren bürolar ile ödünç alan işverenlerin Yönergede öngörülen şartlara uymasını sağlamak için uygun nitelikte önlemler almakla yükümlü olduğu bildirilmiştir.

5920 sayılı Kanun düzenlenmemesinde, veto öncesinde sadece azami sürenin aşılması ve ödünç işçinin iş sözleşmesinin yazılı yapılmaması hakkında bir yaptırım öngörülmüştü. Vetodan sonra, aynı yerde eşitlik ilkesine uyulmaması da yaptırıma bağlanmıştır. Bu yaptırımların ödünç iş ilişkisinde kötüye kullanmanın önlenmesi için öngörülecek kuralların etkinliğini sağlamada yeterli olacağını söylemek güçtür. Çünkü bunlar, ödünç iş ilişkisi taraflarınca uyulması zorunlu olan tüm ihtimalleri kapsamadığı gibi, yaptırımlar tek taraflı olarak ödünç alan işveren hakkında öngörülmüştür. İstihdam bürosuyla ilgili yaptırımların da öngörülmesi, bunların faaliyetlerini disipline etmek noktasında olmazsa olmaz niteliktedir. Bu nedenle ödünç iş ilişkisi hakkındaki yaptırımları, istihdam bürosu ve ödünç alan işverenler açısından ayrı ayrı düzenlenmesi gerekir.

Öncelikle istihdam bürosuyla ilgili olası yaptırımlar üzerinde durmak istiyoruz. Bu konuda sağlıklı bir düzenleme için göz önünde bulundurulması gereken, istihdam bürolarının faaliyetleri olarak iş aracılığı ile mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin farklı olduğudur. İş aracılığında büro işveren sıfatını ve iş arayan da işçi sıfatını edinmez. Ödünç iş ilişkisinde ise, ödünç veren büro ile işçi arasında bir iş sözleşmesi ilişkisi zorunludur⁵⁷. Bu nedenle istihdam bürosu açılışıyla ilgili yasal şartlar belirlenirken, ödünç iş ilişkisi faaliyetinin gerekleri de dikkate

⁵⁷ İş aracılığında büro sadece işçi temini faaliyeti yerine getirir ve bir kerelik aracılık söz konusudur. Ödünç iş ilişkisinde ise, büro ile işçi arasında sürekli bir ilişki kurulur, büro ücret ve diğer işveren yükümlülüklerini yerine getirir ve belirsiz süreli sözleşme yapıldığı ihtimalde devir sonunda işçi büroya döner. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 2008: 855; Ekmekçi, 2004: 368-369; Alpagut, 2006: 573; Aktekin, 2009: 122.

alınmalıdır. Türkiye İş Kurumu Kanununda⁵⁸ özel istihdam bürolarının açılması ve işleyişi hakkındaki şartlar, iş aracılığı faaliyeti dikkate düzenlenmiştir (m.17-20). Bu şartların, ödünç iş ilişkisi bakımından yeterli güvence oluşturacağını söylemek güçtür. Bu nedenle ödünç iş ilişkisi hakkında yapılacak bir yasal düzenlemenin olmazsa olmaz tamamlayıcı, özel istihdam bürolarıyla ilgili mevzuatın, iş aracılığının dışında ödünç iş ilişkisi faaliyetinin şartlarına uygun hale getirilmesi gerekir (Usen, 2010: 184). Bu kapsamda örneğin mukayeseli hukukta olduğu üzere, özel istihdam bürolarının özel güvenlik faaliyetinde olduğu gibi münhasıran kurulması, belli bir sermaye ve teminat şartlarının aranması isabetli olacaktır⁵⁹.

İkinci olarak, özel istihdam bürolarının mevzuata uygun faaliyette bulunmalarını temin için yaptırımların öngörülmesi gerekir. Bürolar için olası yaptırım, idari para cezaları ve bundan da önemli olarak bazı hallerde faaliyet izinlerinin iptali ya da yenilenmemesi şeklinde olabilecektir. Örneğin Alman mevzuatında özel istihdam bürosunun iş ve sosyal güvenlik hukuku ile vergi hukukuyla ilgili yükümlülükleri yerine getirmemesi, iş sağlığı ve güvenliği şartlarını ihlal etmesi, ödünç iş ilişkisi görünümünde iş aracılığı faaliyetinde bulunması⁶⁰, işyeri organizasyonunun işveren yükümlülüklerini yerine getirmek için yeterli olmaması ve ödünç işçiye derin devam ettiği sürede, fiilen çalıştığı geçici işveren işyerindeki ücret dahil esaslı iş koşullarını sağlamaması (eşitlik ilkesini ihlal etmesi) özel istihdam bürosu izninin yenilenmemesi nedenleri arasında sayılmıştır (Moll, 2009: § 63 Rn. 20-21). Bizde de, başta eşitlik ilkesinin ihlali gelmek üzere benzeri nedenlerin, özel istihdam bürosunun faaliyet izninin iptali ve yenilenmemesi sebepleri olarak kabulü şarttır⁶¹. Bu surette, bu bürolar mevzuata uygun hareket etme noktasında azami dikkati göstereceklerdir. Ruhsatın iptali ve yenilenmemesinin, özel istihdam büroları için hayati önemi haiz olduğunu unutmamak gerekir.

Ödünç iş ilişkisinde yaptırımların diğer boyutu, ödünç alan geçici işverenle ilgili yaptırımlardır⁶². Alman mevzuatında geçersizliği düzenleyen § 9 AÜG

⁵⁸ RG. 05.07.2003, 25159.

⁵⁹ Büro kuruluşunun kolaylaştırılması gerektiği hakkında bkz. Tuncay ve Savaş, 2007: 73. Büroların açılış şartları hakkında bkz. Başterzi, F. (2005), “Özel İstihdam Büroları ve İtalya Örneği,” İşveren, Eylül, www.tsk.org.tr

⁶⁰ İşçinin çalışmak üzere üçüncü kişilere devredildiği ancak devredenin olağan işveren yükümlülüklerini ya da işveren riskleri üstlenilmediği bir durumda, ödünç iş ilişkisi değil iş aracılığının kabulü gerekir (§1/2 AÜG). Böyle bir durumda, işçinin işyerinde emir ve talimatı altında çalıştığı işveren, gerçek işverendir. Dolayısıyla iş aracılığında, geçicilik unsuru bulunmadığından, ödünç iş ilişkisi oluşturduğundan söz edilemez (Leuchten, 2011: 609)

⁶¹ Öğretide Dereli tarafından hazırlanan Taslak önerisinde, benzeri iptal ve yenileneme gerekçelerine yer verilmiştir (2005).

⁶² Ödünç iş ilişkisinde yaptırımlar hakkında bkz. Ekonomi, 2008: 245-247; Ekmekçi, 204: 381; Alpagut, 2006: 578-580; Odaman, 2010: 95 vd.

hükmüne göre, özel istihdam bürosu ruhsatı olmaksızın yapılan büro ile işçi ve büro ile ödünç alan arasındaki sözleşmeler (1), ödünç iş ilişkisinde eşitlik ilkesini ihlal eden kararlaştırma ve uygulamalar (2), ödünç işçinin geçici işveren işyerindeki yemekhane, servis, kreş gibi imkanlardan yararlanmasını sınırlandıran kararlaştırmalar (2a), ödünç iş ilişkisinin sonunda işçinin geçici işveren işçisi olarak çalışmaya başlamasını yasaklayan (3, 4) ya da cezai şart ödenmesi koşuluna bağlayan (5) anlaşmalar geçersizdir (Leuchten, 2011: 612). İlk bentteki geçersizlik halinde işçi, devir tarihinden itibaren ödünç alan işverenin işçisi olarak işlem görür (Moll, 2009: § 63 Rn. 67 vd).

5920 sayılı Kanun hükmünde ve veto ertesinde hazırlanan metinde bazı yaptırımlara yer verilmiştir. Bunlar isabetli olmakla birlikte yeterli değildir. Bu kapsamda hem veto öncesi hem de sonrası metinde yaptırım öngörülen ihtimaller, 18 aylık azami süreyi aşan çalıştırma, devir sözleşmesinde öngörülen sürenin dolmasına rağmen devam eden çalıştırmadır. Bu iki ihtimalin de yaptırıma bağlanması isabetlidir. Buna karşın, veto öncesi hükümde geçen geçici iş ilişkisi sözleşmesinin yazılı yapılmamış olmasının, vetodan sonraki metinde yaptırıma tabi eylemler arasında sayılmamış olması isabetsizdir. Mukayeseli hukukta, özel istihdam bürosunun hem işçi ile hem de ödünç alan işverenle olan sözleşmeyi yazılı yapması ve aksi takdirde geçersizliği kabul edilmektedir (Odaman, 2010: 93, 95).

Veto sonrasında ise, kabul edilen eşitlik ilkesi ile paralel biçimde, bu ilkenin ihlali yaptırma bağlanmıştır. Eşitlik ilkesine uyulmamasının hem özel istihdam bürosu hem de geçici işveren açısından yaptırımı gerektiren bir eylem olarak düzenlenmesi, ödünç iş ilişkisinin ucuz iş gücü aracı haline gelmemesi bakımından hayati öneme sahiptir.

Bunların dışında, istihdam bürosunun ruhsat olmadan kurduğu ödünç iş ilişkilerinin geçersiz olduğunun açıkça tespiti ile yaptırıma bağlanması isabetli olacaktır.

5920 sayılı Kanun hükmünde öngörülen yaptırım, devredilen işverenle işçi arasında belirsiz süreli iş sözleşmesinin kurulmuş olmasıdır. Veto sonrasında bu yaptırıma isabetli olarak “başlangıçtan itibaren”⁶³ ifadesi eklenmiştir. İşçinin başlangıçtan itibaren ödünç alan işverenin işçisi olarak işlem görmesi yaptırımı, kanun hükmünde sayılacak hallerle sınırlı olmamalı ve asıl işveren alt işveren ilişkisinde muvazaayı düzenleyen İş Kanunu m.2/8’de olduğu üzere, “...çalıştırma durumlarında ve genel olarak kanuna karşı hile ve muvazaâ oluşturan diğer hallerde devredilen işverenle işçi arasında, başlangıçtan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş olur” şeklinde kapsayıcı bir düzenlemeye gidilmesi isabetli olacaktır.

⁶³ İş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren kurulduğunun açıkça vurgulanmasının isabetli olduğu hakkında bkz. Ekonomi, 2008: 246.

IV. SONUÇ

Ödünç iş ilişkisi hakkında 5920 sayılı Kanun, hali hazırda hiçbir koruyucu sınırlandırma olmaksızın uygulanan ödünç iş ilişkisinin, düşük ücretle iş güvencesiz işçi istihdamı aracı olarak kötüye kullanımın önlenmesi için olumlu bir adımdır. Ancak içerdiği şartların, ödünç işçilerin korunmasını temin amacı için yeterli sınırlandırma ve yaptırımları öngördüğünü söylemek mümkün değildir. Bu nedenle bu yasanın Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmesi, konuyla ilgili uygun bir yasal çerçevenin başlanması için önemli bir imkan sağlamıştır. Ödünç iş ilişkisi hakkında 2008/104/EG sayılı AB Yönergesi nazara alındığında, bu konuda bir yasal düzenlemenin olmazsa olmaz üç unsuru vardır. Bunlardan ilki, ödünç iş ilişkisinin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin yerini alacak şekilde kullanımının önlenmesi, dolayısıyla işyerindeki arzi işgücü ihtiyacıyla sınırlandırılmasıdır. İkinci olarak, ödünç iş ilişkisinde eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesidir. Ödünç iş ilişkisinin kendisine has niteliği, bu ilişkide işçinin esaslı çalışma koşullarının, ödünç alan işveren baz alınarak belirlenmesini gerektirir. Buna göre, ödünç işçi devredildiği işe istihdam bürosu tarafından değil de, geçici işveren tarafından belirsiz süreli iş sözleşmesi ile alınsaydı hangi haklar sağlanacaktı, istihdam bürosu tarafından bu hakların sağlanması gerekir. Üçüncü ve son olarak, ödünç iş ilişkisinde yaptırımların sadece geçici işveren hakkında değil, özel istihdam bürosu için de olması gerekir. Bu konuda, örneğin özel istihdam bürosunun işveren olarak yükümlülüklerini ihlal etmesi ve özellikle de eşitlik ilkesini ihlal etmesi halinde, büro ruhsatının iptali ya da yenilenmemesi, gerçekten etkili bir yaptırım olacaktır.

Son olarak, böyle çekişmeli bir konuda yasal düzenlemeye gidilirken, 4857 sayılı İş Kanununda olduğu üzere, sosyal tarafların eşit olarak temsil edileceği, işçi ve işveren örgütleri ile Bakanlık tarafından seçilecek öğretim üyelerinden oluşacak bir bilim komisyonuna, konu hakkında bir Taslak hazırlanmasının yerinde bir uygulama olacağını düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

Aktekin, Ş. (2009) “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Gelişme Yok”, Mercek, Ekim 2009, 121-127.

Akyiğit, E. (1995) İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara, Kamu İş Yayınları.

Alpagut, G. (2006), “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, Legal İHD, 10, 569-584.

Alpagut, G. (2005) “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlamadan Teşvike”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul, Legal Yayınevi, 261-278.

Dereli, T. (2005) “Batı Avrupa’daki Uygulamalar Işığında Dönemsel (Geçici) Çalışma ve Türkiye Üzerine Düşünceler”, İşveren, Eylül, “www.tisk.org.tr”.

Ekmekeçi, Ö. (2004), “4857 sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi”, Legal İHD, 2, 367-382.

Ekonomi, M. (2008) “Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul, Legal Yayınevi, 231-266.

Fuchs, M. (2009) “Das Gleichbehandlungsgebot in der Leiharbeit nach der neuen Leiharbeitsrichtlinie”, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 57-64.

Hamann, W. (2011) “Kurswechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung”, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 70-77.

Hekimler, A. (2009/a) “Avrupa Birliğinin Kabul Ettiği Ödünç Çalışmaya İlişkin Direktif İle Getirdiği Düzenlemeler”, İşveren, Ocak, “www.tisk.org.tr”.

Hekimler, A. (2009/b) “Profesyonel Ödünç İş İlişkisine Geçilmesinin Zamanı Hala Gelmedi mi? Uluslararası Deneyimler Işığında Türkiye İçin Gözlemler”, Mercek, Ocak, 124-131.

Hirdina, R. (2011) “Die Arbeitnehmerüberlassung – Eine verfassungswidrige Überregulierung”, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 325 vd.

Lembke, M. (2011) “Neue Rechte von Leiharbeitnehmern gegenüber Entleihern”, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 319 vd.

Leuchten, A. (2011) “Das neue Recht der Leiharbeit, Die wesentlichen Neuerungen im AÜG”, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 608-612.

Moll, W. (2009) Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2. Auflage, München, Beck Verlag.

Odaman, S. (2010) “Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 67 vd.

Özdemir, E. (2010) Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?”, Sicil, 18, 20-32.

Schüren P. ve Wank R. (2011) “Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht”, Recht der Arbeit, 1-12.

Steuer, Markus (2009): Die Arbeitnehmerüberlassung als Mittel zur Förderung des Arbeitsmarktes in Deutschland, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.

- Süral, N. (2010) “Dönemsel Tartışma: Daha Kaç Yıl Tartışacağız?” Mercek, Nisan 2010, 25-30.
- Süzek, S. (2008) İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Tuncay, A.C. (2003) “İş Kanunu Tasarısı’ndaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi”, Mercek, Nisan 2003, 56-75.
- Tuncay, A.C. ve Savaş, F.B. (2007) “Özel İstihdam Büroları Gerçek ve Çağdaş Fonksiyonlarına Artık Kavuşmalıdırlar”, Mercek, Ekim 2007, 66-77.
- Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu - Türk-İş (2009) “İnsana Saygı, İnsan Onuruna Yakışır İş İstiyoruz, Yeni Kölelik Düzeni Olan Kiralık İşçilik Kabul Edilemez”, Kiralık İşçi Raporu, Ağustos, www.turkis.org.tr
- Ulucan, D. (2004), “Karar İncelemesi”, Çalışma ve Toplum, 2004/3, 145-153.
- Usen, Ş. (2010) “2008/104/EC Sayılı Ödünç İş İlişkisine İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Getirdiği Yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2010/3, 26, 169-189.
- Wanselow, A. ve Weinkopf, C. (2009) “Zeitarbeit in europäischen Länder - Lehren für Deutschland?”, Hans Böckler Stiftung, Arbeitspapier 182, August, http://www.boeckler.de/pdf/p_arbp_182.pdf

