



**4857 SAYILI İŞ KANUNU KAPSAMINDA
ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI ARACILIĞIYLA
ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ**

Özkan EDEMİR

**Yüksek Lisans Tezi
Çalışma İktisadı Anabilim Dalı
Danışman: Prof. Dr. Alpay HEKİMLER**

2019

T.C.
TEKİRDAĞ NAMIK KEMAL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÇALIŞMA İKTİSADI ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

4857 SAYILI İŞ KANUNU KAPSAMINDA
ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI ARACILIĞIYLA
ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ

Özkan EDEMİR

ÇALIŞMA İKTİSADI ANABİLİM DALI
DANIŞMAN: PROF. DR. ALPAY HEKİMLER

TEKİRDAĞ-2019
Her hakkı saklıdır.

BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ

Hazırladığım Yüksek Lisans Tezinin bütün aşamalarında bilimsel etiğe ve akademik kurallara riayet ettiğimi, çalışmada doğrudan veya dolaylı olarak kullandığım her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, yazımda enstitü yazım kılavuzuna uygun davranıldığını taahhüt ederim.

10/06/2019

Özkan EDEMİR

TEZ ONAY SAYFASI

T.C.
TEKİRDAĞ NAMIK KEMAL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÇALIŞMA İKTİSADI ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

Özkan Edemir tarafından hazırlanan “4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisi” konulu YÜKSEK LİSANS Tezinin Sınavı, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim Yönetmeliği uyarınca ..10.06.2019.. günü saat ..10.00..’da yapılmış olup, tezin ..Kabulüne..... OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

Jüri Başkanı:	Prof. Dr. Alpay Hekimler	Kanaat: <i>Bel</i>	İmza: <i>[Signature]</i>
Üye:	Prof. Dr. Ahmet Selamoğlu	Kanaat: <i>Olumlu</i>	İmza: <i>[Signature]</i>
Üye:	Dr. Öğrt. Üyesi Davuthan Gülnaydın	Kanaat: <i>Beşerh</i>	İmza: <i>[Signature]</i>

Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulu adına

...../...../20.....

Prof. Dr. Rasim YILMAZ

Enstitü Müdürü

ÖZET

Kurum, Enstitü	:Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü
ABD	:Çalışma İktisadı Ana Bilim Dalı
Tez Başlığı	:4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisi
Tez Yazarı	:Özkan Edemir
Tez Danışmanı	:Prof. Dr. Alpay Hekimler
Tez Türü, Yılı	:Yüksek Lisans, 2019
Sayfa Sayısı	:192

Özel istihdam büroları (ÖİB) aracılığıyla ödünç iş ilişkisi üç farklı tarafın bir arada bulunmasıyla meydana gelen esnek çalışma biçimlerinden birisidir. Bu çalışma biçiminde işçi ile ÖİB arasında iş sözleşmesi bulunmaktadır. ÖİB aralarında iş sözleşmesi bulunan işçisini, ödünç işçi sağlama sözleşmesiyle ödünç alan işverene devretmektedir. Ülkemizde bu çalışma biçimi 20 Mayıs 2016 tarih ve 6715 sayılı kanun ile 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde yapılan değişiklikle çalışma hayatına girmiştir.

4857 sayılı kanunun 7. maddesinde yapılan değişiklikle, ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin hangi hallerde ve sürelerde kurulacağı ve kurulamayacağı düzenlenmiş ancak bazı yönler eksik bırakılmıştır. Ayrıca, ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde uygulanacak olan sürelerin net olmadığı ve söz konusu çalışma biçimin sona ermesine ilişkin kanunda bir düzenlemenin bulunmadığı da görülmektedir. Bu çalışmada bahsi geçen yönlerin 4857 Sayılı İş Kanunu kapsamında incelenmesi ve değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Sözcükler: İş Kanunu, Ödünç İş İlişkisi, Özel İstihdam Büroları

ABSTRACT

Institution, Institute	:Tekirdağ Namık Kemal University, Institute of Social Sciences
Department	:Department of Labor Economics
Title	:Temporary Employment Relationship Through Private Employment Agencies Within the Scope Labor Law No. 4857
Author	:Özkan Edemir
Adviser	:Prof. Dr. Alpay Hekimler
Type of Thesis, Year	:Ma Thesis, 2019
Total Number of Pages	:192

Temporary relationship through Private Employment Agencies (PEA) is one of the flexible forms of work that occurs when three different parties are together. In this form of work, there is a contract of employment between PEA and the employee. PEA transfers the employee who has a contract of employment to employers who have borrowed them. In our country, the temporary employment relationship through PEA has entered into business life with the amendment made in law number 6715 dated May 20, 2016 and the article 7 of the Labor Law No. 4857.

With alteration made in the article 7 of the Law number 4857, it has been regulated that under which circumstances and periods a temporary employment relationship through PEA will be established and cannot be established, but some aspects are left incomplete. Moreover, it is seen that the time limits for the implementation of the temporary employment relationship through PEA are not clear and there is no regulation in the law regarding the termination of the said working style. In this study, it is aimed to examine and evaluate these aspects within the scope of Labor Law No. 4857.

Keywords: Labor Law, Private Employment Agency, Temporary Employment Relationship

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın hazırlanması aşamasında desteğini esirgemeyen danışman hocam Prof. Dr. Alpay HEKİMLER' e; sorduğum bütün soruları sabırla dinleyerek yol gösteren değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Davuthan GÜNEYDİN' a; çalışmanın düzenlemeleri konusunda desteğini esirgemeyen Kemal Atay Lisesi Türk Dili ve Edebiyatı Öğretmeni Vahap YILDIZ' a; kardeşlerim Özcan ve Önder EDEMİR'e ve hayattaki en büyük destekçim babam Rıza EDEMİR'e sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Yüksek Lisans eğitimime başlamam konusunda beni cesaretlendiren, maddi ve manevi desteğini hiçbir zaman esirgemeyen Devlet Su İşleri Ziraat Mühendisi Songül KÖROĞLU' na teşekkürlerimi sunmayı borç bilirim.

Bu çalışma rahmetli Annem İsmi naz EDEMİR'e ithaf edilmiştir.

Özkan EDEMİR

Tekirdağ - 2019

İÇİNDEKİLER

Sayfa

BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ.....	i
TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
TABLolar	xi
EKLER.....	xii
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	6
ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ, ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI VE TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ.....	6
1.1. Ödünç İş İlişkisi	6
1.1.1. Ödünç İş İlişkisinin Gelişim Süreci.....	9
1.1.2. Ödünç İş İlişkisinin Türleri	11
1.1.2.1. Basit Ödünç İş İlişkisi.....	13
1.1.2.2. Mesleki Ödünç İş İlişkisi	15
1.1.3. Benzer Üçlü Sözleşmelerle Karşılaştırılması	17
1.1.3.1. Alt İşverenlikle Karşılaştırılması	17
1.1.3.2. İş Aracılığıyla Karşılaştırılması	22
1.1.3.3. Takım Sözleşmesiyle Karşılaştırılması.....	24
1.2. Özel İstihdam Büro Kavramı	25
1.2.1. Uluslararası Düzenlemelerde Özel İstihdam Büroları ve Ödünç İş İlişkisi .	28
1.2.1.1. ILO Sözleşmelerinde Özel İstihdam Büroları ve Ödünç İş İlişkisi	29
1.2.1.1.1. 1919 Tarih ve 2 Sayılı İşsizlik Sözleşmesi	31
1.2.1.1.2. 1933 Tarih ve 34 Sayılı Ücretli İş Bulma Büroları Sözleşmesi.....	32
1.2.1.1.3. 1948 Tarih ve 88 Sayılı İş ve İşçi Bulma Servisi Kurulması Sözleşmesi.....	33
1.2.1.1.4. 1949 Tarih ve 96 Sayılı Ücretli İş Bulma Büroları Sözleşmesi	34
1.2.1.1.5. 1997 Tarih ve 181 Sayılı Özel İstihdam Büroları Sözleşmesi	35
1.2.1.1.5.1. Yeni Bir Sözleşme Gereksinimi	35

1.2.1.1.5.2. 181 Sayılı Sözleşmenin Getirdiği Yenilikler.....	37
1.2.1.1.6. 1997 Tarih ve 188 Sayılı Özel İstihdam Bürolarına İlişkin Tavsiye Kararı.....	40
1.2.1.1.6.1. İşçilerin Korunmalarına Dair Düzenlemeler	40
1.2.1.1.6.2. Kamu ve Özel İstihdam Hizmetleri Arasındaki İlişkiye Dair Düzenlemeler.....	41
1.2.1.2. Avrupa Birliği Direktiflerinde Özel İstihdam Büroları ve Ödünç İş İlişkisi	42
1.2.1.2.1. 1991 Tarih ve 91/383 EC Sayılı Direktif	46
1.2.1.2.2. 1996 Tarih ve 96/71 EC Sayılı Direktif	47
1.2.1.2.3. 2008 Tarih ve 2008/104 EC Sayılı Direktif	49
İKİNCİ BÖLÜM	54
TÜRKİYE'DE İŞ ARACILIĞINDAN ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARINA GELİŞİM SÜRECİ VE ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI ARACILIĞIYLA ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ.....	54
2.1. Türkiye'de İş Aracılığından Özel İstihdam Bürolarına Yönelik Gelişim Süreci	54
2.2. Türkiye'de Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisine Yönelik Yapılan Düzenlemeler	59
2.2.1. 4857 Sayılı İş Kanunu Yasa Tasarısında Yer Alan Düzenleme.....	60
2.2.2. 5920 Sayılı Kanunun Veto Edilen 1. Maddesinde Yer Alan Düzenleme	62
2.2.3. 6111 Sayılı Kanunun Tasarı Metninde Yer Alan Düzenleme.....	64
2.2.4. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisine Yönelik Yapılan Bazı Tasarı Taslaklarında Yer Alan Düzenleme.....	64
2.2.5. 6715 Sayılı Kanunda Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisine Yönelik Yapılan Düzenleme.....	68
2.2.5.1. Ödünç İş İlişkisi Kurmaya Yetkili Özel İstihdam Bürolarının Açılması, Faaliyet İzni, Mali Sorumluluğu ve İznin İptali	69
2.2.5.1.1. Ödünç İş İlişkisi Kurmaya Yetkili Özel İstihdam Bürolarının Açılması ve Faaliyet İzni	69
2.2.5.1.2. Ödünç İş İlişkisi Kurmaya Yetkili Özel İstihdam Bürolarının Mali Sorumluluğu.....	71
2.2.5.1.3. Ödünç İş İlişkisi Kurmaya Yetkili Özel İstihdam Bürolarına Verilen İznin İptali	73
2.3. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinin Kurulabileceği Haller ve Kurulamayacağı Haller	74
2.3.1. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinin Kurulabileceği Haller.....	74

2.3.1.1. Hamilelik, Ebeveynlerin Kısmi Çalışması, Askerlik ve Diğer Askı Halleri	76
2.3.1.2. Mevsimlik Tarım İşlerinde	80
2.3.1.3. Ev Hizmetlerinde	81
2.3.1.4. İşletmenin Günlük İşlerinden Sayılmayan ve Aralıklı Olarak Görülen İşlerde	81
2.3.1.5. İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Acil İşler veya Zorlayıcı Nedenlerin Varlığında	83
2.3.1.6. İşletmenin İş Hacminin Öngörülme Şekilde Arttığı Hallerde	85
2.3.1.7. Mevsimlik İşler Hariç Dönemsellik Arz Eden İş Artışlarında	90
2.3.2. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinin Yasak Olduğu Haller.....	91
2.3.2.1. Daha Önce Ödünç İşçi Çalıştırılan İşlerde	92
2.3.2.2. Toplu İşçi Çıkarılan İşyerlerinde	93
2.3.2.3. Grev ve Lokavt Yapılan İşyerlerinde	94
2.3.2.4. Kamu Kurum ve Kuruluşlarında	95
2.3.2.5. Yer Altında Maden Çıkarılan İşyerlerinde	96
2.3.2.6. Eski İşçinin Ödünç İşçi Olarak Çalıştırılması	98
2.4. 6715 Sayılı Yasada Belirtilen Durumlara Aykırılık Halinde Uygulanacak Yaptırımlar	100
2.4.1. Başvuru Nedenlerine Aykırılık	100
2.4.2. Süre Sınırlamasına Aykırılık	102
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	104
ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI ARACILIĞIYLA ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNDE TARAFLAR VE TARAFLAR ARASINDA MEYDANA GELEN HUKUKİ İLİŞKİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	104
3.1. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinde Taraflar.....	104
3.1.1. İşveren Olarak Özel İstihdam Bürosu Kavramı	106
3.1.2. Ödünç Alan İşveren Kavramı	108
3.1.3. Ödünç İşçi Kavramı.....	109
3.2. Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiler	111
3.2.1. Özel İstihdam Bürosu ile Ödünç İşçi Arasındaki Hukuki İlişki.....	112
3.2.2. Özel İstihdam Bürosu ile Ödünç Alan İşveren Arasındaki Hukuki İlişki ..	114
3.2.3. Ödünç İşçi ile Ödünç Alan İşveren Arasındaki Hukuki İlişki.....	116

3.3. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinde Meydana Gelen Yükümlülükler.....	118
3.3.1. Bireysel İş Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.....	118
3.3.1.1. Ödünç İşçinin Borçları.....	118
3.3.1.1.1. İş Görme Borcu	118
3.3.1.1.2. Sadakat Borcu	121
3.3.1.2. Özel İstihdam Bürosu ile Ödünç Alan İşverenin Hak ve Borçları	123
3.3.1.2.1. Ücret Ödeme Borcu.....	123
3.3.1.2.2. Gözetme ve Eşit Davranma Borcu	128
3.3.1.2.3. Emir ve Talimat Verme Hakkı	130
3.3.2. Toplu İş Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.....	131
3.3.2.1. Ödünç İşçinin Sendika Üyeliği	132
3.3.2.2. Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma	134
3.3.2.3. Grev ve Lokavt Uygulamaları Sırasında İşçinin Durumu	136
3.3.3. Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi	138
3.3.4. İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Açısından Değerlendirilmesi	141
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	145
ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI ARACILIĞIYLA ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ.....	145
4.1. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi.....	145
4.1.1. İkale ile Sona Erme	146
4.1.1.1. İş Sözleşmesinin İkale ile Sona Ermesi	146
4.1.1.2. Ödünç İşçi Sağlama Sözleşmesinin İkale ile Sona Ermesi.....	147
4.1.2. Fesih ile Sona Erme.....	148
4.1.2.1. İş Sözleşmesinin Feshi ile Sona Erme	148
4.1.2.2. Ödünç İşçi Sağlama Sözleşmesinin Feshi ile Sona Erme.....	150
4.1.3. Belirlenen Sürenin Dolması ile Sona Erme.....	150
4.1.4. Sözleşmelerin Geçersizliği ile Sona Erme	151
4.1.4.1. İş Sözleşmesinin Geçersizliği	152
4.1.4.2. Ödünç İşçi Sağlama Sözleşmesinin Geçersizliği.....	152
4.1.5. İş Yerlerinin Kapanması ile Sona Erme	153
4.1.5.1. Ödünç Alanın İş Yerinin Kapanması ile Sona Erme	154
4.1.5.2. Özel İstihdam Bürosunun Kapanması ile Sona Erme.....	155

4.1.6. Ölüm ile Sona Erme	156
4.1.6.1. Ödünç İşçinin Ölümü ile Sona Erme	156
4.1.6.2. Özel İstihdam Bürosu İşverenin Ölümü ile Sona Erme	157
4.1.6.3. Ödünç Alan İşverenin Ölümü ile Sona Erme	157
SONUÇ.....	158
KAYNAKÇA	164
EKLER.....	173



TABLÖLAR

Tablo 2.1: Yasal Olan Haller, Süreler ve İşçi Sayıları.....76

Tablo 2.2: Yasak Olan Haller.....92



EKLER

Türkiye İş Kurumu Tarafından Ödünç İş İlişkisine İzin Verilen Bürolar.....	173
--	-----



KISALTMALAR

a.g.e.	:Adı Geçen Eser
a.g.m.	:Adı Geçen Makale
AÇSHB	: Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı
AY	:Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
BK	:Borçlar Kanunu
Bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
ÇSGB	:Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
DİSK	:Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu
DPT	:Devlet Planlama Teşkilatı
E.	:Emsal
EC	:European Commission (Avrupa Komisyonu)
Ed.	:Editör(ler)
EUROCIETT	: Ödünç İstihdam Büroları Avrupa Konfederasyonu
GEAD	:Emek Araştırma Dergisi
Hak-İş	:Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu
HD	:Hukuk Dairesi
IAAOJ	:International Anatolia Academic Online Journal
IBANESS	:International Balkan and Near Eastern Social Sciencescongress Series (Uluslararası Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Kongreler Serisi)
ILO	:International Labour Organisation (Uluslararası Çalışma Örgütü)
İSG	:İş Sağlığı ve Güvenliği
İşK.	:İş Kanunu
İşKur	:Türkiye İş Kurum
K.	:Karar
Kamu-İş	:Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası
KEİG	:Kadın Emeği ve İstihdamı Girişimi

KHK	:Kanun Hükmünde Kararname
md.	:madde
MÖHUK	:Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hakkında Kanun
MÜHFD	:Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ÖİB	:Özel İstihdam Büroları
ÖİBY	: Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği
RG	:Resmi Gazete
s.	:Sayfa
S.	:Sayı
SGK	:Sosyal Güvenlik Kurumu
SSGSSK	:Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
STİSK	:Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
TİSK	:Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TTK	:Türk Ticaret Kanunu
TÜHİS	:Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
Türk-İş	:Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu
UNI-Europa	:Hizmet ve İletişim Sektörü Çalışanları Avrupa Federasyonu
vb.	:ve benzeri
vd.	:ve devamı
YBHD	:Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

GİRİŞ

Küreselleşme; sermayenin, üretim tekniklerinin, yeni üretim yönetimi tekniklerinin dünyanın çeşitli bölgelerine yayılmasını, küresel ticaretin önündeki engellerin kaldırılmasını ve ülkelerin koruyucu politikalarının terk edilmesini gündeme getirmiştir. Ayrıca küreselleşme işletmeler arasındaki rekabetin sertleşmesini, bu nedenle teknolojinin hızla geliştirilerek üretime entegre edilmesini zorunlu kılmıştır¹. Uluslararası piyasalarda üstünlük kurmak ve bunu sürdürmek isteyen işletmeler ilk zamanlar yatırımlarını gelişmiş ülkelere yöneltirken, 1980’li yıllardan itibaren yatırımlarını ağırlıklı olarak sosyal hakların gelişmediği, sendikal örgütlenmelerin zayıf olduğu ve ücretlerin düşük olduğu ülkelere yönlendirmişlerdir. Aynı zamanda bu işletmeler üretim maliyetlerini düşürmek için çalışma hayatında esneklik sağlayacak uygulamaların öncülüğünü yapmışlardır².

Küreselleşmenin istihdam ve çalışma hayatı üzerindeki etkilerini göz ardı etmek mümkün değildir³. Küreselleşmeye bağlı olarak artan uluslararası rekabet, teknolojiye yaşanan gelişmeler ve istihdamın dışsallaştırılması gibi faktörler çalışma hayatında esneklik kavramını tartışılır hale getirmiştir. Dolayısıyla çalışma hayatında esneklik, küreselleşmenin piyasalara getirdiği rekabetle birlikte, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ortaya atılmış ve hızlı bir şekilde gelişmeye başlamıştır⁴. Esneklik, klasik çalışma biçimlerinden farklı olarak düzenlenen esnek çalışma biçimlerinin çalışma hayatında ve ülke mevzuatlarında yer almasına neden olmuştur. Küreselleşmenin bir sonucu olarak meydana gelen esneklik anlayışı, işçi-işveren ilişkilerini etkilemiş ve istihdam ilişkilerinde devletin etkinliğini geri plana iterek, özel sektörün ağırlığının ön plana çıkmasına ve ayrıca istihdam yapısında köklü değişimlere neden olmuştur.

¹ Gülten Kutal, “Türkiye’de Çalışma Hayatında Esneklik Uygulamaları”, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, S. 1, C. 55, 2005, s.24.

² Gülten Kutal, *a.g.m.*, s. 24.

³ Ahmet Selamoğlu, “Gelişmiş Ülkelerde İstihdam Politikaları, Esneklik Arayışı ve Etkileri”, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2002, S. 2, C. 4, s. 33.

⁴ Alpay Hekimler, “Sosyal Politika Boyutunda Federal Almanya’da Esnek Çalışma Modelleri”, *TİSK Yayınları*, İstanbul 2006, s. 11.

Çalışma hayatında esnekliğin, iç ve dış esneklik olmak üzere iki farklı görünüme sahip olduğu kabul edilmektedir⁵. İş gücünün, çalışma saatlerinin ve işin düzenlenmesi aracılığıyla işletme içinde değişen teknoloji ve üretim sürecine uyum gösterebilecek biçimde kullanılması iç veya fonksiyonel esneklik olarak tanımlanmaktadır. İç esneklik işin düzenlenmesi yoluyla işgücü arzının talebe göre ayarlanması ve iş gücünün yer ve konu bakımından daha değişken şekilde kullanılmasını amaçlamaktadır. İç esneklik esas olarak işletmenin sabit giderlerinin payının değişken giderler lehine azaltılmasına yöneliktir⁶. Bu anlamda çalışma süreleri, işçilere işletme içinde beceri kazandırma programları ve işin düzenlenmesi, iç esnekliğin araçlarından olmaktadır⁷. İç esneklik hem işçiler açısından hem de işletme açısından olumlu yönleri bulunmaktadır. İç esnekliğin işçiler açısından olumlu yönü istihdam şansını arttırırken, işletme açısından olumlu yönü ise işten çıkarmaya bağlı olarak ortaya çıkan sosyal maliyetlerin azaltılmasıdır. Buna karşılık dış esneklik ise işgücünün işletmenin gereksinimlerine göre değişkenlik gösteren ve süreklilik arz etmeyen şekillerde çalıştırılması veya işgücünün geçici (ödünç) ve alt işverenlik gibi uygulamalarla işletme dışına taşırılmasıdır⁸. Daha basit bir şekilde ifade etmek gerekirse, dış esneklik ile istihdamın dışsallaştırılması amaçlanmaktadır. İstihdamın dışsallaştırılması ile birlikte işverenler çalışanlarla doğrudan iş ilişkisi kurmak yerine, başka bir işletmede istihdam edilen işçileri kendi iş organizasyonlarında çalıştırmayı amaçlamaktadırlar. Çalışma hayatındaki esneklik ihtiyacı sonucunda ortaya çıkan ödünç iş ilişkisi de, istihdamın dışsallaştırılması politikasının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ödünç iş ilişkisi esnek çalışma biçimlerinin sonuncusu olarak kabul edilmekle birlikte, dünya üzerinde yaklaşık 200 yıllık uygulama alanına sahiptir. Ödünç iş ilişkisi genel olarak bir işverenin yanında iş sözleşmesiyle bağlı olarak çalışan işçisini, belirli ve geçici bir süre için iş görme borcunu yerine getirmesi için işçinin de yazılı onayını alarak başka bir işverenin emrine vermesiyle meydana

⁵ A. Murat Demircioğlu-Murat Engin, “*Dünyada ve Türkiye’de Esnek Çalışma*”, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul 2002, s. 13.

⁶ A. Murat Demircioğlu-Murat Engin, *a.g.e.* , s. 14-15.

⁷ Sabahattin Şen, “*Esnek Üretim-Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkileri*”, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 120.

⁸ A. Murat Demircioğlu-Murat Engin, *a.g.e.* , s. 14.

gelmektedir. Ödünç iş ilişkisi üç farklı tarafın aynı anda bir arada bulunması sonucunda kurulmaktadır. Dolayısıyla bu durum taraflar arasındaki ilişkilerin farklılık göstermesine neden olmaktadır. Aynı zamanda söz konusu çalışma biçiminde üç farklı tarafın bulunması, bu çalışma biçiminin karmaşık bir yapıya sahip olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla ortaya çıkan hukuki sonuçların farklılığı, söz konusu ilişkilerin dikkatli şekilde incelenmesini gerektirmektedir.

Ödünç iş ilişkisi üç farklı kişinin bir arada bulunması ile uygulama alanı bulmuş olmasına rağmen ikili bir sınıflandırmaya gidildiği görülmektedir. Söz konusu çalışma biçiminin özellikle Alman Hukukunda gerçek ödünç iş ilişkisi ve gerçek olmayan ödünç iş ilişkisi şeklinde sınıflandırılmış olmasına rağmen, günümüzde basit ödünç iş ilişkisi ve mesleki ödünç iş ilişkisi şeklinde sınıflandırıldığı görülmektedir. Bu ikili sınıflandırmanın altında yatan temel düşünce ise işçinin bir işveren tarafından hangi amaçla işe alındığı düşüncesi yatmaktadır. Basit ödünç iş ilişkisi olarak ifade ettiğimiz türünde işveren bir işçiyi esas itibarıyla kendi işletmesinde istihdam etmek üzere işe almakta ve bazı durumların varlığında işçinin de yazılı onayını almak suretiyle üçüncü kişilere geçici bir süreliğine ödünç olarak vermektedir. Diğer türü olarak karşımıza çıkan mesleki ödünç iş ilişkisinde ise durum biraz farklıdır. Mesleki ödünç iş ilişkisinde işveren, bir işçiyi başka işverenlere genellikle geçici bir süreliğine ödünç vermek üzere işe almakta ve bu durumu ticari bir faaliyet olarak yapmaktadır. Mesleki ödünç iş ilişkisinin genellikle bu alanda faaliyet göstermek amacıyla kurulmuş olan özel istihdam büroları (ÖİB) tarafından yerine getirildiği görülmektedir.

Ülkemizde esnek çalışma biçimleri 4857 sayılı İşK ile yasal zemine kavuşmuştur⁹. Bu anlamda esnek çalışma biçimlerinden biri olan ödünç iş ilişkisi de ilk olarak 2003 yılında kabul edilen 4857 sayılı İşK ile çalışma hayatında uygulama alanı bulmuş olmasına rağmen, özellikle 1960'lı yıllardan itibaren holdinglerin çalışma hayatında yer almasıyla birlikte yaygın bir girişim olarak uygulandığını belirtebiliriz. Ayrıca dönem itibarıyla ödünç iş ilişkisine yönelik mesleki faaliyette bulunarak, gelir sağlamayı amaçlayan girişimcilerin olduğu ve sayılarının dönem

⁹ Gülten Kutal, *a.g.m.*, s. 26.

itibariyle giderek artış gösterdiği de tespit edilmiştir¹⁰. Dönem itibariyle söz konusu çalışma biçimiyle ilgili herhangi bir yasal düzenlemenin olmaması, beraberinde yasal boşluktan kaynaklanan sorunların yaşanmasına neden olmuştur. Bu süreçte yargı kararları ve öğreti söz konusu yasal boşlukların gidererek sorunları çözülmesine yardımcı olmuş ve Avrupa Birliğine (AB) uyum süreci doğrultusunda hazırlanan 4857 sayılı İşK’ da ödünç iş ilişkisi kısmen düzenleme bulmuştur. Kısmen düzenleme bulmuş dememizin sebebi 2003 yılında kabul edilen 4857 Sayılı İşK’da sadece basit ödünç iş ilişkisi olarak ifade ettiğimiz türü yasalaşmış ve fakat mesleki ödünç iş ilişkisi olarak ifade ettiğimiz ikinci türüne yasanın taslak metninde yer verilmiş olmasına rağmen yasalaşamamıştır. Mesleki ödünç iş ilişkisi 4857 sayılı Kanun’un kabul edildiği 2003 yılından 2016 yılına kadar geçen süre içerisinde çok tartışılan bir konu olmuş ve çoğu defa kanun taslaklarında yer almış olmasına rağmen kanunlaşması yönünde somut bir adım atılamamıştır. Nitekim 2016 yılında kabul edilen 6715 Sayılı “İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile düzenlenmiştir. 6715 sayılı kanunun 1. maddesi ile 4857 sayılı İşK’ nın 7. maddesi değiştirilmiş ve ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi hukuki anlamda çalışma hayatında yer almıştır.

Mesleki ödünç iş ilişkisi veya kanun metninde yazıldığı şekliyle ÖİB aracılığıyla ödünç (geçici) iş ilişkisi, bu alanda faaliyet göstermek amacıyla kurulmuş olan ve ilgili kuruluşlardan izin alan ÖİB’ler tarafından yerine getirilmektedir. ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde işçi başka işverenlere ödünç verilmek üzere işe alınmakta ve bu süre boyunca söz konusu işveren yanında çalışmaktadır. Dolayısıyla, işçi kendisiyle iş sözleşmesi yapan ÖİB yanında hiç çalışmamaktadır. Zaten olaylarında çoğunda asıl işveren konumunda olan ÖİB’nin ödünç verilmek üzere iş sözleşmesiyle işe aldığı işçisini çalıştıracığı bir işyeri de mevcut değildir.

Çalışmanın “Ödünç İş İlişkisi, Özel İstihdam Büroları ve Tarihsel Gelişim Süreci” başlıklı birinci bölümünde ödünç iş ilişkisi kavramı, tarihsel gelişimi türleri ve benzer kavramlarla karşılaştırılması yapılacaktır. Bu bölümde ayrıca özel istihdam bürolarının dünyadaki gelişimi ve özel istihdam bürolarına yönelik hazırlanan

¹⁰ TİSK, “4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekeşi”, Yenilenmiş 4. Bası, TİSK Yayınları No: 293, Ankara 2009, s. 82.

Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organisation-ILO)’nın sözleşmeleri ile AB’nin konuya ilişki direktifleri üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde Türkiye’de işe aracılık faaliyetlerinden özel istihdam bürolarına yönelik gelişim süreci üzerinde durulmaktadır. Daha sonrasında ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisine yönelik yapılan düzenlemeler etraflıca incelenmiştir. Ayrıca bu bölümde 6715 sayılı kanunla yasal bir zemine kavuşturulan ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin hangi hallerde ve sürelerle uygulanacağı, hangi hallerde uygulanamayacağının üzerinde durulmakla birlikte kanunda belirtilen durumların aksi davranılması durumunda nasıl bir yaptırımın uygulanacağı üzerinde durulmaktadır.

Çalışmanın üçüncü bölümü ise “Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinde Taraflar ve Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkilerin Değerlendirilmesi” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde bulunan tarafların tanımlanması yapılarak söz konusu taraflar arasında medyana gelen ilişkiler, hak ve yükümlülükler ayrıntılı olarak incelenmiştir. Ayrıca bu bölümde taraflar arasındaki hak ve yükümlülüklerin Bireysel İş Hukuku, Toplu İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku açısından değerlendirilmesi yapılmıştır.

Çalışmanın dördüncü ve son bölümü ise “Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi”, başlığını taşımaktadır. Bu başlık altında kurulmuş bulunan bir ödünç iş ilişkisinin sona erme nedenleri; tarafların anlaşmasıyla (ikale) sona erme, fesih ile sona erme, belirlenen sürenin dolması ile sona erme, sözleşmelerin geçersizliği ile sona erme, iş yerlerinin kapanması ile sona erme ve ölüm ile sona erme yönlerinden incelemiştir.

Çalışmanın sonuç bölümü genel bir değerlendirme niteliğinde olup, varılan sonuçlar, çalışmanın yapılması aşamasında karşılaşılan zorluklar ve Türkiye’nin içinde bulunduğu ekonomik ve hukuki durumların genel bir değerlendirilmesi yapılarak çalışma tamamlanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ, ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI VE TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ

1.1. Ödünç İş İlişkisi

Teknolojide ve ekonomide meydana gelen gelişmeler çalışma hayatını önemli şekilde etkilemektedir. Bu durum çalışma hayatında esnek çalışmanın yaygınlık kazanmasına ve buna bağlı olarak yeni esnek çalışma biçimlerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur¹¹. Esneklik ihtiyacının meydana getirdiği istihdam biçimlerinden biri de ödünç iş ilişkisidir. Ödünç iş ilişkisi küreselleşme, artan uluslararası rekabet, ekonomide ve teknolojide yaşanan gelişmelerin etkisiyle ortaya çıkmış esnek çalışma biçimi olmasının yanı sıra özellikle batılı ülkelerde yaklaşık olarak 200 yıllık bir uygulama alanı bulmuştur. Buna rağmen ülkemizde ise yaklaşık olarak 50 yıllık bir geçmişi bulunmaktadır.

Ödünç iş ilişkisi, işverenin personel ihtiyacını yalnızca kendi bünyesinde istihdam ettiği işçilerle değil, bazen ve bazı durumlarda başka işverenlerden geçici olarak temin ettiği işçilerle karşılaşması, işçilerin ise iş sözleşmesi bağtladığı işverenin yanında değil başka bir işveren yanında çalışması şeklinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olarak tanımlanabilir. Bu sayede işletmeler işyerinde ortaya çıkan personel ihtiyacı karşılanabilmekte, ayrıca işyerlerinde geçici bir süre için iş gücü fazlası ortaya çıktığında işverenin, işçisinin iş sözleşmesini sona erdirmek yerine işçisinin de yazılı onayını alarak başka işverene ödünç olarak verebilmesini sağlamaktadır¹².

Uygulamada ve doktrinde söz konusu çalışma biçiminin çeşitli kavramlarla ifade edildiği görülmektedir. Keza AB'nin ilk direktiflerinde bu çalışma biçimi için geçici çalışma olarak kullanılan “temporary work” kavramı kullanırken, 2000’li yıllardan itibaren direktif taslaklarında ödünç iş ilişkisi anlamına gelen “temporary

¹¹ Abdurrahman Benli-Yusuf Yiğit, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları”, *Kamu-İş*, Cilt: 8 Sayı: 4, 2006, s. 6/a.

¹² Rıza Demir-Onur H. Özgün, “Geçici İş İlişkisine ve Özel İstihdam Bürolarına İlişkin Çalışanların Tutumlarının Belirlenmesine Yönelik Bir Araştırma”, *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 16, S. 2, 2015, s. 129.

agency work” kavramını kullanmaya başladığı görülmektedir¹³. Geçici veya dönemsel çalışma olarak kullanılan “temporary work” kavramı anlam itibariyle belirli süreli çalışma biçimlerini kapsayacak şekilde geniş olması ve ödünç iş ilişkisinin unsurlarından olan dönemsellik veya geçicilik unsurunu içerisinde bulundurmasına rağmen ödünç iş ilişkisine ait üçlü ilişkiyi tam olarak açıklamamaktadır¹⁴. Geçici çalışma tanımına getirilecek bir başka eleştiri ise geçici bir süre kurulacak olan bir iş ilişkisinde, işçinin her durumda iş görme borcunu üçüncü bir işverenin yanında yerine getiremeyeceğidir¹⁵. Zira belirli süreli iş ilişkilerinde durum bundan ibaret olup, işçinin işvereni değişmemekte ancak iş sözleşmesini bağtladığı işvereniyle belirlenen süre boyunca devam etmektedir. Ayrıca ödünç iş ilişkisi çalışma biçiminin geçici iş ilişkisi olarak tanımlanması çalışanlar tarafından birkaç gün veya birkaç ay süresince işe alınacakları ve bu sürelerin sonunda işten çıkartılacakları biçiminde algılanabilecektir¹⁶.

Ülkemizde bu çalışma biçimi 2003 yılında kabul edilen 4857 sayılı İşK 7. maddesinde geçici iş ilişkisi başlığı altında düzenleme bulmuştur. Ancak 4857 sayılı İşK’nın hazırlanış aşamasında ödünç iş ilişkisi şeklinde düzenlenen bu kurum, Avrupa Birliği (AB) direktiflerinden esinlenilerek ve meclis görüşmeleri sırasında ödünç kelimesinin işçinin kişiliğini zedeleyeceği yönünde yapılan eleştiriler nedeniyle bu hukuki kurumun adı geçici iş ilişkisi olarak kanunun 7. maddesinde düzenlenmiştir¹⁷. Ancak dönem itibariyle geçici çalışmanın klasik anlamda ödünç çalışmadan farklı olmadığı doktrinde ifade edilmiştir¹⁸. Yapmış olduğumuz bu açıklamalar ışığında üçlü ilişkiyi en iyi tanımlayabilecek kavram olması ve geçici iş sözleşmesi kavramıyla anlamsal bir karmaşa yaşanmaması için çalışmanın tamamında ödünç iş ilişkisi kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

¹³ Mehmet Günay, *İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 25.

¹⁴ Şelale Uşen, “2008/104/EC Sayılı Ödünç İş İlişkisine İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Getirdiği Yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum*; Sayı: 26, 2010/3, s.170.

¹⁵ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi*, KAMU-İŞ, Ankara 1995 s. 28.

¹⁶ Alpay Hekimler, “Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisine İlişkin Mevzuat ve Taslakların Genel Değerlendirilmesi”, *Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi Semineri*, TİSK Yayın No, 331, Ankara 2013, s. 50.

¹⁷ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, 11. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 166.

¹⁸ Alpay Hekimler, “Avrupa Hukuku Işığında Türkiye’de Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin Yeni Hükümler”, *Çimento İşveren Dergisi*, S. 2, C. 18, 2004, s. 24.

Ülkelere göre farklı terimlerle ifade edilse de ödünç iş ilişkisi istisnasız uygulandığı tüm ülkelerde üç taraflı veya üçlü iş ilişkisi şeklinde ifade edilmektedir. Dolayısıyla ödünç iş ilişkisi, klasik anlamda kurulan iş sözleşmesinden üçüncü bir tarafın eklenmesi sonucu ayrılmakta olup, aynı zamanda birden çok hukuki ilişkiden meydana gelen karmaşık bir yapıya sahiptir¹⁹. Bu çalışma biçiminde üç ayrı kişinin bir arada bulunmasının yanı sıra, bu kişiler arasında üç farklı hukuki ilişki bulunmaktadır. Bunlardan ilki ödünç işçi ile ödünç veren işveren arasındaki hukuki ilişki olup bu ilişki iş sözleşmesi ilişkisidir. Ancak normal bir iş sözleşmesinden farklı olarak işçi, iş sözleşmesi yapılırken veya sözleşmenin devamı sırasında, kendi işverenine karşı olan iş görme borcunu her zaman veya kimi zaman bir üçüncü kişinin yanında ve onun yönetimi altında yerine getirmesi için, bir başka işverenin emrine vermesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. İlk bakışta işçinin böyle bir teklifi kabul zorunluluğu bulunmasa dahi, bu teklifin işçi tarafından kabul edilmesi durumunda ödünç iş ilişkisi meydana gelmektedir. Ödünç iş ilişkisi, klasik iş sözleşmesinden farklı olarak düzenlendiğinden işçi, iş görme borcunu ödünç alan işverene karşı yerine getirmektedir. Zaten işçinin bir başka işverene ait işyerinde çalışmakla birlikte bu çalışmayı kendi işvereni nam ve hesabına yapması halinde ödünç iş ilişkisinden söz edilemeyecektir²⁰.

Diğer hukuki ilişki ise ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasında meydana gelmektedir. Burada ödünç veren işverenin bir bedel karşılığında veya karşılıksız olarak çeşitli nedenlerle işçi ihtiyacı içinde olan işverene onun istediği niteliklere uygun olarak kendi işçisini geçici bir süreliğine vermesiyle ortaya çıkan bir hukuki durum söz konusudur. Bu iki işveren arasında ki hukuki ilişki ödünç işçi sağlama sözleşmesi ile kurulmaktadır.

Sonuncusu ise ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında meydana gelen hukuki ilişkidir. Bu iki taraf arasında iş sözleşmesinin olmadığı ve fakat iş hukuku karakterli bir sözleşmesel ilişkinin olduğu kabul edilmektedir. Kabul edilen bu sözleşmesel ilişki uyarınca ödünç işçinin, ödünç iş ilişkisinin devamı süresince ödünç alan işveren karşı hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. İş sözleşmesi benzeri bu

¹⁹ Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...*, s.12.

²⁰ Osman Güven Çankaya-Şahin Çil (2009), *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 305.

ilişki kapsamında ödünç alan işveren, salt iş sözleşmesinden doğan işin görülmesi aşamasında, işin yürütümüne diğer bir ifade ile işin somutlaştırılmasına yönelik olarak işçiye emir ve talimat verme haklarına sahip olmaktadır²¹. Ancak bu yetki ödünç verilen süreyle sınırlı ve işin yürütümüne yönelik olarak, yönetim hakkı sınırları içinde kullanılabilecektir²². Bu durum da ödünç işçi ise ödünç alan işverenin emir ve talimatlarına uymakla yükümlü olmaktadır. Ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesi olmadığından ödünç işçiye ücret ödeme yükümlülüğü asıl işverenine aittir. Taraflar arasında meydana gelen hak ve yükümlülükler söz konusu üçlü ilişki devam ettiği sürece tarafları bağlayacaktır.

1.1.1. Ödünç İş İlişkisinin Gelişim Süreci

Ödünç iş ilişkisinin ne zaman ortaya çıktığı konusunda kesin bir tarih olmamakla birlikte doktrinde, ilk kez 19. Yüzyılın ortalarında uygulama bulduğu yönündedir. Bu kuruma verilen ilk örnek 1837 yılında Almanya’da Berlin Makine Fabrikasında yaşanan bir olaydır²³. İşçi ödünç vermeye benzediği söylenen bu olaydan sonra dahi, kesin bir tarihi olmamakla birlikte bazı işverenlerin bu tür ödünç iş ilişkisini uyguladığı görülmeye başlanmış ve gerek mahkeme kararlarında gerekse doktrinde sıkça rastlanılan bir durum olarak varlığını sürdürmüştür. Özellikle II. Dünya Savaş’ında sonra Almanya’ da meydana gelen yıkımı onarmak için büyük bir işgücü açığı ortaya çıkmıştır. Bu durumu fırsat olarak gören bazı işverenlerin işçileri çalıştıracak bir işyerleri bulunmamasına rağmen sırf başkalarına vermek üzere iş sözleşmeleri imzalayarak işe aldıkları görülmeye başlanmıştır²⁴. ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi olarak kabul ettiğimiz bu durumda işçileri çalıştıracakları iş yerleri olmayan girişimcilerin bu faaliyeti mesleki faaliyet olarak yerine getirmeye başladıkları şeklinde görülmektedir. Nitekim William Russell Kelly’ in 1946

²¹ Aydın Başbuğ, “İş Sözleşmesinde Üçlü İlişkiler”, *TÜHİS*, C, 18, 2-3, Yıl, 2003, s. 13.

²² Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, 26. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 112.

²³ “Prusya İmparatorluğu sırasında August-Borsig adlı bir işveren, kendisine ait makine fabrikasındaki işleri yine kendi yanında çalışan daimi işçilerle bitiremediğinde (iş yükünü karşılayacak yeterli personeli olmadığı durumlarda) Prusya ordusuna başvurarak, kura yoluyla kışladan asker gönderilmesini istemekteydi. Kışladan gönderilen askerler, gerekli çalışmaları ve işleri bitirdikten sonra herhangi bir fesih beyanına ihtiyaç duyulmaksızın kışlaya geri gönderiliyorlardı. Böylece işyerine yeni bir işçi alınmadan işletmedeki geçici personel eksikliği gideriliyordu. Ancak bu olayın günümüzde yaşanan ödünç iş ilişkisinden farklı olduğu açıktır” Bkz. (Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, 1995, s. 13-14).

²⁴ Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...*, s.14.

yılından kurmuş olduğu istihdam bürosu günümüzde hala varlığını sürdürmekle birlikte, ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin ne kadar önemli bir istihdam biçimi olacağının sinyallerini önceden vermiştir. Dolayısıyla ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi günümüzde de en yaygın işçi ödünç verme türü olarak varlığını sürdürmektedir²⁵.

Bu anlamda ÖİB Avrupa Konfederasyonu (Eurociett) 2011 verilerine göre, 2011 yılında 46 milyon kişi ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kapsamında ödünç olarak çalışmıştır. Bu veriler ışığında Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nde ödünç olarak çalışan işçi sayısı 12,9 milyon kişi iken, bunu, 12,3 milyon kişi ile Brezilya, 2,6 milyon kişi ile Japonya ve 14,6 milyon kişi AB üye ülkeleri izlemektedir. Ayrıca 1997-2007 yılları arasında ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışanların sayısının iki katına çıktığı görülmüş, ancak 2008 yılında yaşanan finansal ve ekonomik krizle birlikte çalışan sayısında azalma gözlenmiştir. Bu azalma 2010 yılının ikinci yarısına kadar da sürmüştür. Avrupa'da ÖİB aracılığıyla çalışanların yaygınlık oranı yüzde 1,6 iken, bu oran ABD'de yüzde 1,8; Japonya'da ise yüzde 1,5'dir²⁶. Bu veriler ışığında bu çalışma biçiminin ilerleyen zamanlarda da devam edeceği kanaatindeyiz.

Ödünç iş ilişkisinin ülkemizdeki gelişimine baktığımızda çalışma hayatında holdinglerin yaygın bir girişim olarak faaliyete geçtiği 1960'lı yıllardan itibaren uygulanmış hatta işe aracılık faaliyetinde bulunan bazı firmaların işe aracılık faaliyetinden ziyade işverenlerin hizmetine verilmek üzere işçi istihdam etmeleri şeklinde görülmüştür²⁷. Hatta bu dönemde ödünç iş ilişkisini mesleki faaliyet olarak yürütüp kazanç sağlamayı amaçlayan girişimcilerin sayılarında artış olduğu da tespit edilmiştir²⁸. Söz konusu artışın altında yatan temel etken kanaatimizce iş ve işçi bulma kurumunun faaliyetlerini etkin bir şekilde yerine getirememesi, işçi ödünç vermenin ekonomik açıdan getirisinin yüksek olması ve işçi ödünç vermeyi mesleki

²⁵ Orhan Ersun Civan, “*Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi*”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Ankara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s. 11.

²⁶ ÇSGB, “Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi” *Çalışma Meclisi Hazırlık Toplantısı*, Ankara 2013, s. 14.

²⁷ Denizcan Kutlu, “Geçici Çalışmanın Süreklileşmesi ve Güvencesizleşme: Özel İstihdam Bürolarının Değişen Rolü”, *Türk Tabipler Birliği Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi*, Ocak-Şubat-Mart 2010, s. 43.

²⁸ TİSK Gerekçe, *a.g.e.*, s. 86-87.

faaliyet olarak yerine getiren girişimcilerin herhangi bir kanuni yaptırımla karşılaşmamış olmasıdır. Ayrıca bu durumun 2003 yılında kabul edilen 4857 sayılı İşK. 7. maddesinin gerekçesinde “*madde, ekonominin ve mevcut uygulamalara uyumlu hale getirilerek.*” şeklindeki ifadesinden de anlaşılacağı üzere yasal dayanaktan yoksun olarak fiili durumun 2003 yılına kadar devam ettiği anlaşılmaktadır. Bu şekilde işçilerin haklarının suiistimal edildiği bu fiili durumun yasallaştırılması gerektiği önem arz etmiş ve ödünç iş ilişkisinin ülkemizde yasal hale getirilmesi yönünde bazı çalışmalar yapılmıştır. Türk hukukunda yasal hale getirilmesi yönünde ki çalışmaların içeriğine ve ödünç iş ilişkisinin türlerine ilerleyen bölümlerde incelenecek olmakla beraber ülkemizde ödünç iş ilişkisine yönelik, ilk kanun çalışmaları 2003 yılında kabul edilen 4857 sayılı İşK tasarısının 8. maddesi ve 93. maddesinde düzenlenmek istenmiştir. 4857 sayılı İşK’nın 7. maddesinde sadece basit (mesleki olmayan) ödünç iş ilişkisi düzenlenmiş olup mesleki faaliyet olarak ifade edilen ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisini düzenleyen 93. maddesine tasarıda yer verilmesine rağmen, yasalaşan kanun metninde yer verilmemiştir. Kanunda düzenlenmeyen ÖİB’lerin ödünç iş ilişkisi bulunma faaliyeti, 2008 ve 2013 yıllarında çıkarılan ÖİB yönetmelikleriyle tamamen yasaklanmıştır²⁹. Ancak 4857 sayılı İşK’nın 90. maddesinde ÖİB’lerin sadece işe aracılık faaliyetinde bulunabilecekleri düzenlenmiş ve işe aracılık faaliyetinde bulunabilmeleri için Türkiye İş Kurumu’ndan izin alma şartı getirilmiştir.

1.1.2. Ödünç İş İlişkisinin Türleri

Ödünç iş ilişkisi kendi içinde üçlü bir yapıya sahip olarak uygulandığı ülkelerin mevzuatlarında farklı şekillerde düzenlenmiş olsa da, esas itibarıyla iki farklı şekilde düzenlendiği görülmektedir. Özellikle Alman hukukunda beliren bu ikili ayrımın varlığı ilk kez, Alman Hukukçu Richard BEİNE tarafından ortaya atılmıştır³⁰. Şöyle ki Alman hukukuna baktığımızda temelde ödünç iş ilişkisinin echte (gerçek) / “echtes Leiharbeitsverhaeltnis (gerçek ödünç iş ilişkisi)” ve unechtes (gerçek dışı) / “unechtes Leiharbeitsverhaeltnis (gerçek olmayan ödünç iş ilişkisi)”

²⁹ Ali Güzel-Hande Heper, “Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama... : Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi”, *Çalışma ve Toplum*, C. 52, S. 1, 2017, s. 25.

³⁰ Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...*, s. 33.

şeklinde ifade edildiği görülmektedir³¹. Ancak günümüzde ise Alman hukukunda bu ayrımın yerine “meslek edinilmiş ve meslek edinilmemiş biçimde işçi ödünç verme” şeklinde ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir³².

Ödünç iş ilişkisi kavramı çatı bir kavram olarak yukarıda değinildiği gibi hem *basit/gerçek/meslek edinilmemiş* hem de *ÖİB aracılığıyla/gerçek olmayan/mesleki ödünç iş ilişkisi* olarak ifade edilen türlerini kapsamaktadır. Ülkemizde her iki ödünç iş ilişkisi türü 2016 yılında kabul edilen 6715 sayılı kanunla yeniden düzenlenerek 4857 sayılı İşK’nın 7. maddesi ile 4909 sayılı İşKur kanunun ilgili maddelerinde düzenlenmiştir. Zira Türk iş hukuku öğretisinde Süzek tarafından bu iki tür için “*meslek edinilmiş ve meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi*” kavramları kullanılmaktadır³³. Akyiğit ise ilk türü için *basit/alelade ödünç iş ilişkisi* kavramını kullanırken ikinci türü için ise, bugün Türk hukukunda uygulama bulmuş olan *ÖİB kanalıyla geçici iş ilişkisi* kavramını kullandığı görülmektedir³⁴. Hekimler ise ilk türü için “*gerçek ödünç iş ilişkisi*”, kavramını kullanmaktadır, ikinci türü için ise “*profesyonel ödünç ilişkisi*” kavramını kullanırken, 6715 sayılı yasayla getirilen düzenleme karşısında “*ÖİB aracılığıyla geçici iş ilişkisi*” kavramını tercih ettiği görülmektedir³⁵. Bizde çalışmamızın tamamında birinci türü için basit ödünç iş ilişkisi ve ikinci türü için mesleki ödünç iş ilişkisi kavramını kullanmakla birlikte, zaman zaman mesleki ödünç iş ilişkisi kavramı yerine 6715 sayılı kanundan esinlenerek ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

Bu ikili ayrımın temelinde işçinin ödünç veren tarafından istisnai olarak mı yoksa kural olarak mı bir başka işverene ödünç verilmek üzere işe aldığı düşüncesi yatmaktadır³⁶. Basit ödünç iş ilişkisi olarak ifade ettiğimiz ilk türünde, işçinin ödünç veren işveren tarafından kendi iş organizasyonunda çalıştırılmak üzere işe alınması ve bazı durumların varlığı sebebiyle başkasına verilmesidir. Buna örnek olarak

³¹ Alpay Hekimler, *Avrupa Hukuku Açısından...*, s. 24.

³² Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...*, s. 36.

³³ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 12. Baskı, Beta Yayıncılık İstanbul-2016, s. 303-304.

³⁴ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 172.

³⁵ Alpay Hekimler, “Avrupa Birliği Hukukunda Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi”, *İşveren Dergisi*, Temmuz-Ağustos, 2013, s. 77.

³⁶ Yasemin Başmanav, “Ödünç İş İlişkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 74, 2016, s. 154; Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...*, s. 32-33.

işverenin iş hacminde meydana gelen düşüş sebebiyle işverenin işçiyi işten çıkarmak yerine işlerini toparlayana kadar işçinin de iznini alarak başka bir işverene vermesi şeklindedir. Diğer türü olan mesleki ödünç iş ilişkisinde ise durum biraz farklıdır. Bu türünde işçinin işe alınmasındaki öncelikli amaç, işçinin başka bir işverene ödünç verilmek üzere işe alınmış olmasıdır. Bunu daha basit bir şekilde ifade etmek gerekirse işveren veya ÖİB’ in herhangi bir iş organizasyonu olmamasına rağmen sadece kar elde etmek amacıyla kendisiyle iş sözleşmesi bulunan işçisini, genelde geçici bir süre için başka bir işverene ödünç verilmesidir. Zaten işverenin veya ÖİB’in işçisine istese dahi fiilen iş verebileceği bir işyeri veya bir işyeri bölümü de bulunmamaktadır³⁷.

1.1.2.1. Basit Ödünç İş İlişkisi

Basit ödünç iş ilişkisi; işverenin kendi yanında iş sözleşmesi ile çalışan işçisini, devir sırasında yazılı onayını alması şartıyla belirli durumlarda ve genellikle belirli süreyle başka bir işverenin yanında iş görme borcunu yerine getirmesi için göndermesi ile ortaya çıkmaktadır. Belirlenen sürenin sonunda işçi, iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverenin yanına geri dönmekte ve çalışmasına devam etmektedir. İşçi işe alınırken, başka bir işverene ödünç verileceği düşüncesiyle işe alınmamakta, esas itibarıyla iş sözleşmesi yaptığı kendi işvereni yanında çalıştırılmak üzere işe alınmaktadır. Yani işverenin iş sözleşmesi ile işe aldığı işçisine iş verebileceği bir işletmesinin varlığı şarttır. Nitekim Yargıtay 2006 yılında vermiş olduğu bir kararında³⁸ ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işverenin işçi çalıştırabileceği bir işyerinin olması gerektiğini, işçi temin eden işletme tarafından kısa bir süre sigorta primi ödenmiş olmasının yeterli olmadığı sonucuna varmıştır³⁹.

Ülkemizde basit ödünç ilişkisi 4857 sayılı İŞK’da “*holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak (çalışması için gönderilmesi) suretiyle kurulabilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Düzenleme ile devir sırasında işçinin yazılı onayının alınması şartı aranmış ve hangi süreyle gönderileceği belirtilmiştir. Basit ödünç iş ilişkisinin her işletme tarafından

³⁷ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 172.

³⁸ Yargıtay 9. HD. 30.10.2006 Tarih, E. 2006/7795 ve K. 2006/28437

³⁹ Osman Güven Çankaya-Şahin Çil, *a.g.e.*, s. 310.

değil yalnızca kanunda bahsi geçen holding bünyesi içinde ve aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde kurulabileceği, belirli bir süre sınırının olduğu ve bu ilişki kurulurken işçinin onayının devir sırasında alınması gerektiği yasal bir zorunluluk olarak belirtilmiştir.

Kanunun aradığı yazılı onay şartının geçerlilik şartı olarak kabul edileceği düşüncesinden hareketle işçinin sözlü olarak verdiği rızası geçersiz kabul edilecektir. Kanunun gerekçesinde işçinin onayının yazılı olarak alınması gerektiği ve bu yazılı şartın işçi açısından hukuki güvence niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Yazılı şart mutlak emredici hukuk kuralı sayıldığından iş sözleşmesi kurulurken işçinin ödünç iş ilişkisine peşinen onay vermesinin ve toplu iş sözleşmeleri ile ödünç iş ilişkisine yönelik genel bir yetki alınmasının önüne geçilmiş olmaktadır. Yargıtay bir kararında (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2006) “... İşçinin holding bünyesinden veya aynı guruba ait şirketlerin birinden diğerine geçici olarak gönderilmesi, ancak devir anında işçinin rızasının alınması ile mümkün olabilir...” şeklinde verdiği kararında işçinin onayının devir anında alınması gerektiğine vurgu yapmıştır⁴⁰.

Ancak işsizlik oranlarının yüksek olduğu ve işçiye işe başlamadan önce boş ibraname imzalatıldığı bir dönemde işçinin ödünç iş ilişkisine yazılı onay vermemesi zor görülmektedir. Dolayısıyla iş sözleşmesi kurulurken işçinin ödünç iş ilişkisine peşinen onay vermesiyle sonuçlanacak bazı durumlar yaşanabilecektir. Bu durum bazı yazarlar tarafından bu ilişkinin sözlü rıza ile kurulması veya daha önceden izin alınmaksızın kurulmuş olması halinde sonradan alınacak yazılı izin (icazet) ile baştan itibaren bu ilişkinin kurulduğu şeklinde kabul edilmektedir⁴¹. Ancak böylesi bir durumda işverenin tek taraflı olarak karar verdiği ve bunun yeterli olmadığı, söz konusu ilişkinin kurulması için mutlaka işçinin yazılı onay vermesi gerekecektir. Aksi halin işçinin bu duruma zorlandığı kabul edilecek ve işçinin yazılı onayı

⁴⁰ Muzaffer Koç, “Geçici İş İlişkisi”, *Mali Çözümler Dergisi*, İSMMM Yayın Organı, S. 92. 2009, s. 262. <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/92malicozum/19%20muzaffer%20koc.pdf> (Erişim, 13.12.2017); Yargıtay 9. HD. 26.12.2006 Tarih, E. 2006/30168 ve K. 2006/34624

⁴¹ Osman Güven Çankaya-Şahin Çil, *a.g.e.*, s. 306.

alınmaksınız gerçekleşen basit ödünç iş ilişkisi işçi tarafından bağlayıcı olmayacak ve bu durumda işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını doğuracaktır⁴².

İşverenler tarafından basit ödünç iş ilişkisine başvurulmasında bazı nedenler bulunmaktadır. Bunların başlıcaları; işletmeler arasında personel arz ve talep dengesini sağlamak, piyasalardaki değişimlere göre üretim sürecini dengelemek ve personellere farklı işletmelerdeki bilgi ve deneyimleri aktarmaktır⁴³. Ayrıca işverenlerin, geçici işçi ihtiyaçları halinde, ihtiyaç duyulan işçilerin temini, aranması ve eğitilmesi gibi zahmetlere katlanılmadan istenilen kalitede işçi çalıştırılmaktadır. Bunun yanı sıra şirketlerin geçici bir süre ortaya çıkan vasıflı işgücü ihtiyaçlarını karşıladığından dolayı önemli bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁴. Basit ödünç iş ilişkisi geçici bir ihtiyacı karşılamak olduğundan yasayla belirlenen ve genellikle geçici bir süre için kurulması öngörülmektedir. Nitekim bu çalışma biçiminin genel özelliği geçici bir süre ile kurulabileceği olduğundan, kurulan bu ilişkinin geçici bir süre devam etmesi gerekmektedir. İŞK'da holding veya aynı şirketler topluluğu içine kurulacak olan basit ödünç iş ilişkisinin altı ay süreyle kurulabileceği ve en fazla iki defa yenilenmesi suretiyle on sekiz ayı geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır. İşçinin yazılı onayının her yenilemede ayrı ayrı alınması gerekmektedir. Süre sınırının belirlenmesi ile işçinin uzun yıllarca geçici işçi görüntüsü altında ödünç işçi olarak çalıştırılmasının önüne geçilmek istenmiştir⁴⁵.

1.1.2.2. Mesleki Ödünç İş İlişkisi

İşçi ödünç vermenin ikinci türü olarak karşımıza çıkan mesleki ödünç iş ilişkisi, işçi ödünç vermeyi mesleki faaliyet olarak yerine getiren ÖİB'ler tarafından yerine getirmektedir. Dolayısıyla ödünç iş ilişkisinin tipik özelliği olan üçlü ilişki, mesleki ödünç iş ilişkisinde; ÖİB, ödünç alan işveren ve ödünç işçi arasında

⁴² Muzaffer Koç, “4857 Sayılı İş Kanunundaki Esneklik Düzenlemeleri ve Uygulama Problemleri”, *İnsan ve Toplu Bilimleri Araştırma Dergisi*, C. 5 S. 7. 2016, s. 2175

⁴³ Alpay Hekimler, “Avusturya’da Ödünç Çalışma Uygulamalarına Genel Bir Bakış Türkiye İçin Gözlemler ve Öneriler”, *SİCİL*, S. 31, 2014, s. 30.

⁴⁴ Emin Zeytinoğlu, “Türk İş Hukukunda Geçici İş İlişkisi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, Hukuk Fakültesi Özel*, S. 5, 2004, s. 119.

⁴⁵ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul-2013, s. 284.

görülmektedir⁴⁶. Burada işçi baştan itibaren başka işverenlerin yanında iş görme borcunu yerine getirmesi için bürolar tarafından iş sözleşmesiyle işe alınmaktadır. Bundan dolayı işçinin hiçbir zaman iş sözleşmesiyle işe alındığı büro yanında çalışmadığı görülmektedir. Büronun amacı iş sözleşmesi ile işe aldığı işçiyi daha sözleşmenin yapılması aşamasında bizzat istihdam etmek değildir. Zaten mesleki ödünç iş ilişkisinde büro ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesi kurulurken, ödünç işçinin iş görme borcunu baştan itibaren ödünç alan işverenler yanında yerine getireceği belirlenmektedir⁴⁷.

Mesleki ödünç iş ilişkisi, bir mesleğin icra edilmesi gibi sürekli bir faaliyet olarak karşımıza çıkmaktadır. Bundan dolayı büro, ödünç alan işverenle aralarında yazılı olarak yaptığı ödünç işçi sağlama sözleşmesi kapsamında işçiyi iş görme edimini yerine getirmesi için ödünç alan işverene genellikle geçici olarak devreder ve bu faaliyeti sürekli olarak tekrarlamak zorundadır. Çünkü bürolar bu faaliyeti gelir getirici bir şekilde yaptığından ödünç alan işverenden bu faaliyetin parasal karşılığını alır⁴⁸.

Mesleki ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunan birçok büronun uluslararası alanda faaliyet yürüttüğü görülmektedir. Ancak bu bürolar söz konusu faaliyetleri küresel çapta yerine getirseler dahi üretim yapan işletmelere kıyasla işlerini genelde küçük bürolarda yürütmekte ve işçileri kendi yanında çalıştırmaktan ziyade, bazı durumlarda ve belirli sürelerle işçiye ihtiyaç duyan başka işverenlere ücret karşılığı vermektedir⁴⁹. Dolayısıyla işçi, ödünç veren konumunda bulunan ve iş sözleşmesi yaptığı işveren yanında hiç çalışmamaktadır. Zaten işverenin işçisini fiilen çalışabileceği ve üretimin yapıldığı bir işyeri de mevcut değildir. Bundan dolayı işçi belirlenen ödünç süresinin bitimden sonra asıl işvereni yanına dönmekte ancak üretimin yapıldığı bir işyeri olmadığından bir başka ödünç süresine kadar boşta kalmaktadır. Bundan dolayı bu faaliyeti yerine getiren bürolar “geçici istihdam

⁴⁶ Arkın Günay, “*Türk Hukukunda Ödünç İş İlişkisi*”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Marmara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul-2011, s. 13.

⁴⁷ Alpay Hekimler, *Avusturya’da Ödünç...*, s. 30.

⁴⁸ Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 304.

⁴⁹ Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...*, s. 42.

büroları”, “ödünç emek büroları” veya “ödünç çalışma büroları” olarak da adlandırılmaktadır⁵⁰.

Çalışmanın özünü ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi oluşturduğundan dolayı, çalışmanın tamamında ÖİB kavramı kullanılacak olup, ÖİB’lerin kurulması, faaliyet izni gibi konulara kapsamlı bir biçimde, çalışmanın ikinci bölümünde değinilecektir.

1.1.3. Benzer Üçlü Sözleşmelerle Karşılaştırılması

Ödünç iş ilişkisi kavramına yönelik yapılan açıklamalardan yola çıkılarak bakıldığında, ödünç çalışma biçiminin bazı üçlü çalışma biçimleriyle benzer ve ancak ayrıntıda farklı yönlerinin olduğu görülmektedir. Söz konusu benzer ve farklı yönlerin karşılaştırması yapılarak, ödünç iş ilişkisinin diğer üçlü sözleşmelerle olası karışıklığa neden olabilecek durumların önüne geçilmesi önem arz etmektedir. Dolayısıyla bu başlık altında ödünç iş ilişkisi sırasıyla alt işverenlik ilişkisiyle, iş aracılığıyla ve takım sözleşmesiyle genel hatlarıyla karşılaştırılarak benzer ve de farklı yönleri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1.1.3.1. Alt İşverenlikle Karşılaştırılması

Çalışma hayatında, ürün çeşitliliğinin artması ve ürün çeşitliliğine bağlı olarak meydana gelen üretimin işletmeler tarafından kaliteli ve en az maliyetle yapabilme çabaları, işletmelerin sadece faaliyet gösterdiği asıl işte uzmanlaşmak istemeleri ve dolayısıyla asıl işin dışında kalan bazı yardımcı işlerin varlığının da mevcut olması gibi nedenler taşeron olarak adlandırılan alt işverenlik ilişkisinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Hukuki olarak belirlenen bu durumların dışında bazı işletmelerin iş ve sosyal güvenlik hukuku yükümlülüklerinden kaçınma eğilimleri, işletme içinde sendikal örgütlenmeye sıcak bakmama, iş gücünün sevk ve idaresinin getireceği yoğunlukta kaçınma düşünceleri, alt işverenlik uygulamasının yaygınlaşmasında rol oynamıştır⁵¹.

Türk çalışma hayatında alt işverenlik uygulaması 1936 yılında kabul edilen 3008 sayılı İşK ile ilk kez düzenlenmiştir. Daha sonra ki iş kanunlarında da yer alan alt işverenlik ilişkisi 2003 yılında kabul edilen 4857 sayılı İşK ve 27.09.2008 yılında

⁵⁰ Mehmet Günay, *a.g.e.* , s. 35.

⁵¹ Osman Güven Çankaya-Şahin Çil, *a.g.e.* , s. 15-16.

Resmi Gazete’de yayımlanan Alt İşverenlik Yönetmeliği ile düzenlenerek çalışma hayatında uygulanmaya devam etmiştir. Alt işverenlik ilişkisi bugün yaygın olarak kullanılan bir iş hukuku uygulamasıdır. 4857 sayılı İşK’nın 2. maddesinde alt işverenlik ilişkisi tanımlanmamış sadece aradaki ilişki tanımlanmıştır. İlgili kanun maddesinde “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerinin sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir*” şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla alt işverenlik ilişkisine konu olan iş, asıl işin bir bölümünden veya yardımcı işlerden olmalıdır. Bu anlamda işyerinde mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş “asıl iş” olarak kabul edilirken, işyerinde mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla birlikte doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan işler yardımcı işler olarak kabul edilmektedir⁵². Dolayısıyla gerek mal, gerekse hizmet süreci içinde, bir iş, yardımcı iş olarak tanımlanmadığı sürece veya iş aranan kritere uygun olarak bölünemediği sürece alt işverenlik ilişkisi kurulamayacaktır⁵³.

Bu çalışma biçimi incelendiğinde ödünç iş ilişkisi gibi alt işverenlik ilişkisinin de üçlü bir hukuki yapıya sahip olduğu görülmektedir. Kanunda (İşK md. 2/6) belirtilen işlerin yapılmasını isteyen asıl işveren, işi kendi işçisiyle yapmayı kabul eden alt işveren ve alt işverenin işçisi konumunda bulunan işçi olmak üzere üçlü bir yapıdan meydana gelmektedir. Bu iki hukuki kurum arasında bir takım benzerliklerin ve farklılıkların olduğu görülmektedir.

Her şeyden önce alt işverenlik ilişkisi ödünç iş ilişkisi gibi üç ayrı öznen meydana gelmektedir. Bunların asıl işveren, alt işveren ve alt işveren işçisi şeklinde olduğu görülmektedir. İşveren İşK’nın 2. maddesinde iş sözleşmesi ile işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Bu anlamda asıl işverenin öncelikle kendi iş yerinde iş sözleşmesi ile işçi çalıştırması ve iş hukuku anlamında işveren

⁵² Abdurrahman Çalık. “Son Düzenlemelere Göre Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkileri İle İlgili İncelemeler”, *ÇSGB Çalışma Dünyası Dergisi*, C. 2, S. 3, Eylül/Aralık 2014, s. 67.

⁵³ Alpay Hekimler, “Asıl İşveren–Alt İşveren İlişkisinin 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki Yasal Çerçevesi”, *Balkan Sosyal Bilimler Dergisi*, 1(2), 2012, s. 3.

olması gerekmektedir. Ancak alt işverenin ilk başta böyle bir zorunluluğu bulunmamakla birlikte işveren sıfatını asıl işverenden aldığı bir iş ve bu işin yapıldığı işyeri nedeniyle de kazanmış olabilmektedir.

Bahsi geçen bu iki hukuki kurumu karşılaştırdığımız zaman önemli farklılıkların olduğu da görülmektedir. Asıl işveren uzmanlık isteyen bir işin yapılması veya asıl işe yardımcı işlerin yapılması için işçi istihdam etmek yerine, işi veya işe yönelik işyerinin bir bölümünü alt işverene vererek, alt işverenin kendi işçileriyle işi yapmasını istemektedir. Bu anlamda asıl işveren ile alt işveren arasında işin yapılmasına yönelik bir eser sözleşmesi, vb. sözleşme varken, ödünç alan işverenle ödünç veren işveren arasındaki sözleşme ödünç işçi sağlama sözleşmesidir⁵⁴. Alt işverenlik ilişkisinde işin yapılması sırasında meydana gelen zarardan alt işveren sorumlu olabilecek iken, ödünç iş ilişkisinde ödünç alana karşı ödünç işçinin kusuruyla vermiş olduğu zarardan yeni ödünç işçinin kendisi sorumlu tutulmuştur (İşK md. 7/12).

Bir diğer farklılık ise, alt işveren, asıl işverenden almış olduğu işi, iş sözleşmesi ile kendi yanında istihdam ettiği işçilerle yapmaktadır. Oysa ödünç veren tarafının ödünç alan tarafın işlerini yapma gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Hatta ödünç veren taraf ödünç alan işverenden herhangi bir işin yapımını üstlenmemekte olup sadece ödünç alan tarafın istediği işçileri geçici bir süreyle ödünç vermektedir. Ödünç iş ilişkisinde amaç, ödünç alan konumunda bulunan işverene işçi sağlamak iken alt işverenlik kurumunda amaç asıl işverenin işini alt işverenin kendi işçileri ile yapması yönündedir.

Bu iki kurum arasında dikkat çeken farklardan biri, işçilerin daha önce asıl işveren veya ödünç alan işverenin işçisi olup olmadığı noktasıdır. Ödünç iş ilişkisi kapsamında ödünç alan işveren işçilerinin, ödünç alanın işyerinden ayrıldıktan 6 ay sonra ödünç iş ilişkisi kapsamında yine ödünç alan işverenin yanında çalışabileceği İşK md. 7/10'da düzenlenmiş olmasına rağmen, alt işveren ilişkisinde böyle bir durum söz konusu değildir. Nitekim İşK'nın 2/7. maddesinde daha önce o işyerinde çalıştırılmış olan bir kimse ile alt işverenlik ilişkisi kurulamayacağı şeklinde

⁵⁴ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s.72.

düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile haklı olarak uygulamada çok sık karşılaşılan asıl işveren işçisinin muvazaalı ile alt işveren işçisi olarak gösterilmesinin önüne geçilmek istenmiştir⁵⁵. Muvazaalı işlemle işçilerin hak kayıplarının olduğu sadece ucuz işçilik değil aynı zamanda sendikasızlaştırma ve toplu iş sözleşmelerinin yapılmasını engellemek için sıkça başvurulmuş bir uygulama olduğu görülmektedir⁵⁶. Ancak bu durumda işçinin uzun bir süre sonra çalıştığı işveren ile alt işverenlik ilişkisi şeklinde çalışamayacağı şeklinde bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu durum öğretide muvazaaya dayanmayan iyi niyetli alt işverenlik ilişkilerini engelleyebileceği ve bu durumun Anayasa'nın 48. maddesinde belirtilen girişim ve sözleşme özgürlüğüne aykırı düşebileceği düşüncesiyle eleştirilmiştir⁵⁷. Kanaatimizce ödünç işçilerin altı ay gibi makul bir süre geçtikten sonra daha önce çalıştıkları işveren yanında ödünç işçi olarak çalışmaları mümkün ise, alt işverenlik ilişkisinde de böyle bir düzenlemenin Anayasa'nın 48. maddesinde belirtilen girişim ve sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca yerinde olacaktır.

Bir diğer farklılık ise hangi işverenin işe yönelik olarak işçilere emir ve talimat verme hakkı noktasında çıkmaktadır. Ödünç alan, yanında çalıştırdığı ödünç işçiye işin gereği ve ödünç iş sözleşmesine uygun olarak talimat verme yetkisine sahipken (İşK md. 7/9a), muvazaalı alt işverenlik olgusu dışında asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı yönetim hakkı uygulayıp onlardan işin yapılmasına yönelik emir ve talimat vermesi mümkün değildir⁵⁸. Keza alt işverenin de asıl işverenin işçilerine işin yapılmasına yönelik olarak emir ve talimat verme hakkı bulunmamaktadır. Bundan dolayı her ne kadar alt işveren asıl işverenin işyerinde faaliyette bulunsun da aldığı işi kendi nam ve hesabına ve bu işi kendi işçileriyle yapmaktadır. Oysa ödünç iş ilişkisinde ödünç veren kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olan işçisinin iş görme borcunu başka bir işverene devretmektedir. Bu anlamda asıl işverenden almış olduğu işte alt işverenin ödünç işçi çalıştırması mümkündür. Dolayısıyla alt işverenin asıl işverenden almış olduğu işi ifa ederken yanında ödünç

⁵⁵ Dilek Baybora, "İşletmelerde Asıl İşveren- Alt İşveren Uygulaması ve Ortaya Çıkan Sonuçlar", *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, C. 2, S. 2, 2010, s. 23

⁵⁶ İbrahim Subaşı, "İş Hukukunda Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi", *Prof. Dr. Sarper SÜZEK' e Armağan*, C. 1, Beta Yayıncılık, İstanbul-2011, s. 168.

⁵⁷ Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 179.

⁵⁸ Ercan Akyiğit, "Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı". *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C. 22, 4-5, 2009, s. 37.

işçi çalıştırması kanuna aykırılık oluşturmayacak, böylece ödünç işçiler de alt işverenin işçisi gibi olarak iş görme borcunu yerine getirecektir. Çünkü alt işveren asıl işverenden almış olduğu işi kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olan işçilerle yerine getirecek ve ayrıca asıl işverenden aldığı işte ödünç işçi çalıştırması durumunda da söz konusu ödünç işçilere, işe yönelik olarak emir ve talimat verme hakkı alt işverene ait bir hak olarak varlığını sürdürecektir. Dolayısıyla alt işverenin, asıl işverenden aldığı işte, ödünç işçi çalıştırmasının önünde herhangi bir engel söz konusu değildir.

Bu iki kurum arasında dikkat çeken konulardan biride alt işverenin ödünç işçi çalıştırma durumudur. Yani bu iki kurumun içiçe geçme durumu olup, konuya yönelik öğretide birçok farklı görüş bulunmaktadır. Konuya ilişkin bir görüşe göre bir işverenin alt işveren olarak anılması için asıl işverenden aldığı işi mutlaka iş sözleşmesi yaptığı işçilerle yerine getirmesi gerekmemektedir. Alt işverenininde asıl işveren gibi iş kanununda işveren olarak tanımlanmış olması yeterli görülmektedir. Alt işveren, işveren sıfatına sahip olduktan sonra asıl işverenden aldığı işte kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olan işçilerle birlikte ödünç işçileri de çalıştırması mümkün görülmekte olup, bu durum alt işverenlik sıfatının kazanılmasına da engel olmayacaktır. Fakat böylesi bir durumda asıl işverenin alt işverenin kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olan işçilerine karşı olan sorumluluğu söz konusu ödünç işçilere karşı olmayacaktır⁵⁹.

Ancak karşıt bir görüş ise alt işverenin ödünç işçi çalıştırabilmesini mümkün görmemektedir. Alt işveren, ödünç veren işverenden ödünç işçi aldığı anda işçi gerçekte ödünç verenin işçisi sayılmakta birlikte, önce alt işverenin ve sonrasında ödünç verenin işçisi olarak değerlendirilmeyecektir. Böylesi bir durumda üç farklı işverenin varlığı meydana gelecektir. Hatta ödünç veren işverenininde başka bir işverenin alt işvereni olması gündeme gelebilecektir⁶⁰. Bizimde katıldığımız görüş, eğer işçilerin haklarında suiistimaller yaşanmayacak ve bu durum kanunu dolanmak amacıyla uygulanmayacak ise, alt işverenin ödünç işçi çalıştırması yönündedir.

⁵⁹ Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...*, s. 73.

⁶⁰ Arkin Günay, *a.g.e.*, s. 45-46. (Çankaya ve Çil'den aktaran).

Her iki kurumun da vuku bulması için kanunda belirlenen durumların meydana gelmesi gerekmektedir. Yani bu iki kurumda belirli durumlarda ve kanun koyucunun izin verdiği çerçevede meydana gelmektedir. Şöyle ki alt işverenlik ilişkisi için asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler olarak belirlenen durumların varlığı zorunludur. Aksi halde alt işverenlik ilişkisi kurulamaz. Kanunun aradığı şartlar olmaksızın kurulan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kabul edilemeyeceği bundan dolayı alt işverenin bu amaçla aldığı işçilerin asıl işverenin sayılacağı kabul edilmektedir⁶¹. Detaylarına aşağıda yer verilecek olmakla birlikte ödünç iş ilişkisinin de vuku bulması için İşK'nın 7. maddesinde belirtilen şartların mevcudiyeti gerekmektedir. Aksi halde kurulan ödünç ilişkisi geçersiz olduğu ve ayrıca kurulan ilişkinin muvazaalı olarak kabul edileceğinden dolayı ödünç iş ilişkisine konu işçilerin baştan beri ödünç alanın işçisi sayılacağı gerekecektir. Görüldüğü üzere her iki kurumun da ortaya çıkabilecek muvazaalı işlemin kabul edilmesinin sonuçları birbirine benzerlik göstermektedir.

1.1.3.2. İş Aracılığıyla Karşılaştırılması

Ödünç iş ilişkisi ile en çok karşılaştırılan ve tartışılan kurum iş aracılığı kurumudur. Özellikle ÖİB aracılığıyla mesleki faaliyet olarak yürütülen ödünç iş ilişkisi kavramıyla benzerlikleri bulunan iş aracılığı; işsizlere iş bulma, işverenlere aradıkları nitelik ve şartlarda işçi bulunması aşamasında yardımcı olmak ve ayrıca işçi-işveren arasında iş sözleşmesi kurulması için aracılık faaliyetinde bulunan kurumlar şeklinde tanımlanmaktadır⁶². Diğer bir şekilde ifade etmek gerekirse iş aracılığı kurumu, işverenler için işçi ve işçiler için iş bulma faaliyetinde bulunmaktadır. Nitekim İş Kanunu “iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmeleri ve çeşitli işler için uygun işçilerin bulunmasına aracılık görevi Türkiye İş Kurumu ve bu hususta izin verilen özel istihdam bürolarınca yerine getirilir” şeklinde tanımlanmaktadır (İşK md. 90). Kamu tekelinde yürütülen iş aracılık faaliyeti 2003 yılında kabul edilen 4857 Sayılı İşK'nın 90. maddesinde

⁶¹ Osman Güven Çankaya-Şahin Çil, *a.g.e.*, s. 22.

⁶² Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 885.

yeniden düzenlenerek ÖİB'ler tarafından da yapılabileceği yasal hale getirilmiştir. Bu anlamda 2003 yılına kadar kamu tekelinde yürütülen işe aracılık faaliyeti yapılan düzenleme ile kamunun tekelinde yürütülen bir faaliyet olmaktan çıkarılmıştır.

İş aracılığı ile mesleki ödünç iş ilişkisi üçlü bir hukuki yapıya sahip olmakla birlikte, her iki faaliyetin ÖİB tarafından yürütülmesinden kaynaklanan benzerliklerin olduğunu ve tartışmaların da buradan kaynaklandığı görülmektedir. Şöyle ki İşK'nın 90. maddesinde işe aracılık faaliyetinin ÖİB'ler tarafından yürütülebileceği hükmü ile yine İşK'nın 7. maddesinde düzenlenen ÖİB aracılığı ile ödünç iş ilişkisi kurulabileceği hükmü tartışmaları iyice derinleştirecektir.

Mesleki ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunan ÖİB ile işçiler arasında iş sözleşmesi bulunmasına rağmen, işçilerin ÖİB yanında hiçbir zaman çalışmadığı görülmektedir. Burada ÖİB'in amacı iş sözleşmesi ile işe aldığı işçileri yanında çalıştırmaktan ziyade başka işverenlere genellikle belirli bir bedel karşılığında ödünç vermektir. İşe aracılık faaliyetinde bulunan kurumların da benzer şekilde kazanç sağlama gayesi bulunmasına karşın aracılık faaliyetinde bulunan kurumlar ile işçiler arasında iş sözleşmesi mevcut değildir. Ayrıca işe aracılık faaliyetinde aracı konumunda bulunan ÖİB ile iş arayanlar arasındaki ilişki iş sözleşmesi değil sadece vekâlet veya tellallık şeklinde iken, ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde ÖİB ile işçi arasında iş sözleşmesi ve ödünç alanla ÖİB arasında ödünç işçi sağlama sözleşmesinin varlığı görülmektedir. Ödünç iş ilişkisinde, işçi ödünç verenin iş sözleşmesi bağlamında işçisi iken, işe aracılık faaliyetinde aracı konumunda bulunan özel istihdam bürosu işçinin işvereni değildir.

Diğer taraftan işe aracılık faaliyeti iş arayan ile işçi arayan arasında süreklilik arz etmeyen bir defada ifa edilen borç olarak karşımıza çıkar ve nihayetinde iş arayan ile işçi arayan tarafların aralarında anlaşmaları veya anlaşmamaları nedeniyle son bulur. Ancak ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi süreklilik arz eden bir yapıya sahiptir. Bundan dolayı ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde borçlar ve yükümlülükler, ödünç alan işveren ile ödünç veren işveren arasında ödünç süresi boyunca devam etmektedir. Ayrıca işe aracılık faaliyetinde amaç iş arayan taraf ile işçi arayan arasında bir iş sözleşmesinin kurulması amaçlanmaktadır. ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde böyle bir amaç

bulunmamakta, ödünç alan işverene genellikle geçici bir süre için işçi ödünç vermektir.

1.1.3.3. Takım Sözleşmesiyle Karşılaştırılması

Karşılaştırma yapacağımız bir başka kurum ödünç iş ilişkisi gibi üçlü bir hukuki ilişki olan takım sözleşmesidir. Takım sözleşmesi 4857 sayılı İşK md. 16/1’de “*Birden çok işçinin meydana getirdiği ve takımı temsilen, kendisinin de bu işçilerden biri olan takım kılavuzu sıfatıyla işverenle belirli şartları kapsayan ve yazılı olarak yapılan sözleşmeye*” şeklinde tanımlanmaktadır. Burada önemli olan nokta işverenle imzalanan sözleşmeyi takımı oluşturan işçilerin tamamının değil kendisi de işçi olan takım kılavuzu tarafından imzalanmış olmasıdır⁶³. Takım kılavuzunun imzalamış olduğu sözleşmenin içerisinde yer alan yükümlülükler, takımı oluşturan işçilerin tamamı açısından bağlayıcıdır. Bu anlamda kendinin de işçi olduğu takım kılavuzu, işverenle biri kendi için olan iş sözleşmesi ve öteki de takımın diğer üyeleri olan işçilerin gelip çalışacağına dair garanti sözleşme olmak üzere iki sözleşme yaptığı düşünülmektedir⁶⁴. Takım sözleşmesinin garanti sözleşme olarak ifade edilmesinin nedeni takım sözleşmesinde isimleri yer alan işçilerin sözleşmede belirtilen şartlarla işe başlayacakları yönünde bir garantinin verilmesinden ileri gelmektedir. Takıma dâhil diğer işçilerin işe başladıkları anda takım sözleşmesinde belirtilen şartlarla, işveren ile iş sözleşmeleri kurulmuş olurken işçilerin işe başlamamaları durumunda takım kılavuzu üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen (BK md. 128) kişi olarak takım kılavuzu işverenin bu durumdan doğan zararını gidermekle sorumludur. Takım sözleşmesi genellikle inşaat, yükleme/boşaltma, orkestra elemanları bağlamında müzik/sanat ve tarım gibi alanlarda görülebilmektedir⁶⁵.

Üçlü bir ilişki olarak ödünç iş ilişkisiyle benzerlikleri bulunan takım sözleşmesi bazı yönleriyle ödünç iş ilişkisinden ayrılmaktadır. Takım sözleşmesi kendisinin de işçi olduğu bir takım kılavuzu ve bir grup işçiden oluşması zorunlu iken ödünç iş ilişkisinde bir grup işçinin varlığı gerekmemektedir şayet tesadüfen

⁶³ Vedat Laçiner, “İş Hukukunda Takım Sözleşmesi ve İşlevi”, *HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi*, C. 3, S. 5, Yıl. 3 (2014/1), s. 118.

⁶⁴ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 196.

⁶⁵ Vedat Laçiner, *a.g.m.*, s.130.

işçiler bir grup halinde ödünç verilse dahi takım sözleşmesi olduğunu söylenemez⁶⁶. İşçilerle işveren arasında takım kılavuzu olarak bulunan işçi, işverene iş sözleşmesi ile bağlı iken işçi ödünç vermede ödünç veren ile ödünç alan arasında ödünç işçi verme sözleşmesi mevcuttur. Ödünç alan işveren ile ödünç işçi aralarında ödünç iş ilişkisi süresince iş sözleşmesi kurulması söz konusu olmaz iken grubu temsil eden kılavuzun işçilerle işveren arasında sözleşme kurulması için temsilde bulunduğu yönündedir. Dolayısıyla iş kanunu takım sözleşmesinde ismi yazılı işçilerin iş başlamalarıyla birlikte takım sözleşmesinde belirlenen şartlarla iş sözleşmesi kurulacağı yönündedir (İşK md. 16/3). Son olarak işçi ödünç vermede ödünç alanın yanındaki çalışması sona eren işçi, ödünç veren işverenin yanında çalışmaya/beklemeye devam ederken, takımı oluşturan işçilerin sözleşmeleri sona erince takım kılavuzunun yanında çalışmaları söz konusu değildir.

1.2. Özel İstihdam Büro Kavramı

Özel İstihdam Büroları kavramının bazı kaynaklarda “Ücretli Özel İstihdam Büroları” (Private Fee-Charging Recruitment Agencies), “Özel İstihdam Hizmetleri” (Private Employment Services), “Özel Bürolar” (Private Agencies), “Özel Sektör” (Private Sector) ve “İşe Yerleştirme Hizmetleri” (Placement Service) şeklinde ele alındığı görülmektedir. Bazen de bu kavramlardan farklı olarak “İstihdam Büroları” “Modern İstihdam Kurumları”, “Özel İstihdam Acenteleri” şeklinde bazı kavramlara da rastlanmaktadır⁶⁷. Ancak ILO tarafından “Private Employment Agencies-PEA (Özel İstihdam Büroları)” kavramının kullanılmış olması ve bu kavramın öğretide de bu kavramın genel kabul görmüş olması sebebiyle bu çalışmanın tamamında Özel İstihdam Büroları (ÖİB) kavramı kullanılmıştır.

ÖİB’lerin tarihsel gelişim sürecine baktığımızda bilinen ilk örneklerinin Antik Sümer’e kadar gittiğini görürüz. Antik Sümer’de karşılaşılan iş aracılarının ilk örnekleri, işçi ve kölelerin kayıtlarını tutan ve arazilerde genellikle geçici bir süre çalışmalar için gönderen tapınak rahiplerinden oluşmaktadır. Rahiplerin böylesi bir aracılık faaliyetinde bulunmasının altında yatan temel düşünce bir kar elde etmekten

⁶⁶ Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...*, s. 79.

⁶⁷ Nusret Ekin, *Türkiye’de İş Piyasalarının Yeniden Yapılanması: Özel İstihdam Büroları*, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul-2001, s. 58.

ziyade kamunun ihtiyacı olan yapıların inşa edilmesi faaliyetidir. Böylece kamu ihtiyacı olan yapıların inşasına yönelik ortaya çıkan işçi ihtiyacını rahiplerin aracılık faaliyeti sonucunda çözmüştür⁶⁸. Dolayısıyla özel istihdam büroları kavramının gelişim sürecine içerisinde genellikle dini kuruluşların, yerel yönetimlerin ve belediyelerin iş ve işçi bulmaya aracılık etmeleri şeklinde ortaya çıktığı görülmektedir⁶⁹. ÖİB'lerin temelini teşkil eden bir diğer oluşum ise, ortaçağ loncalarında meydana gelmiştir. Ortaçağ ustaları aracılık işlevini, genellikle kendi aletleri ile tüccar işadamlarının sağladıkları malzemeyi kullanarak çalışan kalfalara, iş aracılığı yapmak suretiyle yerine getirmişlerdir⁷⁰.

ÖİB'lerin tarihinin antik çağlara kadar gittiği görülse de, bu kurumların esas olarak üretimin kitlesel bir nitelik kazandığı ve çalışma ilişkilerinin radikal bir dönüşüm geçirdiği sanayi devrimi süreciyle birlikte ortaya çıktığı söylenebilir⁷¹. Sanayi devrimi ile birlikte kitlesel üretimi mümkün kılan fabrika sisteminin gelişmeye başlamasıyla işsizlik yapısal bir sorun olarak ortaya çıkmasıyla birlikte, ÖİB benzeri kurumların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Söz konusu kuruluşların ilk zamanlar kar amacı gütmeyen yerine getirdikleri aracılık hizmeti, kar amacıyla yapılmaya başlanmasıyla birlikte işçi simsarlığına dönüşmesine neden olmuştur. Emek gelirinden başka geliri olmayan kent yoksullarının yanı sıra göçmenlerin, kadınların ve kitleler halinde kırdan kente göç eden vasıfsız iş gücünden oluşan bu kitlelerin çokluğu, iş arayanların istismar edilmesine neden olmuştur. Aşağıda detaylı incelenecek olmakla birlikte söz konusu işçi simsarlığının önüne geçilmesine yönelik olarak ILO tarafından birçok sözleşme çıkarılmıştır. ILO'nun ilk sözleşmelerinde işçilerin istismarının önlenmesine yönelik olarak aracılık faaliyetinin devletin kazanç amacı gütmeyen kamu istihdam kurumları kurmalarına neden olmuştur. Ancak söz konusu ÖİB'ler varlıklarını çeşitli adlar altında sürdürmeye devam etmiştir. Hatta bu kurumların yasal zeminden yoksun olarak iş arayan işçi ile işçi arayan işveren arasında aracılık faaliyetinde bulundukları ve işverenlerin hizmetine verilmek üzere

⁶⁸ Erdem Cam, *Sendikal Perspektiften Özel İstihdam Büroları ve Türkiye*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Ankara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara-2005, s. 25.

⁶⁹ Nusret Ekin, *a.g.e.*, s. 91.

⁷⁰ Erdem Cam, *Sendikal Perspektiften...*, s. 26.

⁷¹ KEİG, "Özel İstihdam Büroları ve Bürolar Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi: Kadın İstihdamı için Çözüm mü? Güvencesiz Esneklik için Tuzak mı?", *KEİG Yayınları Dizisi: Araştırma Raporu*, 1. Basım, Ekim-2015, s. 17.

işçi istihdam ettikleri görülmüştür⁷². Günümüzdeki anlamıyla ÖİB'lerin şekillenmesi özellikle 1970'li yıllardan itibaren piyasalarda korumacı kamu müdahalesi ve denetimin azalması ile ÖİB'ler yeniden yaygınlaşmış ve 1980'lerle birlikte sayıları hızla artmıştır⁷³.

Yukarıda kısaca anlatılmakla birlikte ÖİB'lerin dünyadaki değişim sürecine baktığımızda istihdam hizmetlerinin ilk olarak devletçi yaklaşım ya da diğer bir ifadeyle devlet tekeli yaklaşımı şeklinde ifade edilen ve bu faaliyetlerin sadece devlet tarafından yapılması şeklinde uygulandığı görülmektedir. Bu yaklaşımda istihdam hizmetleri bir kamu hizmeti olarak algılanmakta, iş ve işçi bulunması hizmetlerinin yürütülmesinde devlete tam bir tekel hakkı tanınmaktadır. Buradaki amaç toplum ve birey faydasını eşit ölçüde koruyarak, işsizliğin önlenmesi, açık işler ile iş arayanlar arasında yürütülecek faaliyetlerin devlet kontrolünde kurulmuş bir kurum aracılığıyla yapılmasını sağlamaktır. Daha sonraki süreçte katı olan devlet tekelinin yumuşatılması ile birlikte ÖİB'lerin bazı istisnai alanlarda faaliyet göstermesine izin verilmekte, diğer taraftan işçilerin de iş aramada resmi istihdam kurumlarına başvurmaksızın iş aramalarına olanak tanınmasıdır. Diğer bir uygulama olarak karşımıza çıkan şeklinde ise ÖİB'ler resmi bürolarla birlikte, devletten izin alarak ya da buna gerek olmaksızın sadece belli koşulları taşımaları şartıyla ve devletin denetiminde faaliyet gösterdiği denetime açık birlikte çalışmadır. Son olarak resmi istihdam kurumları yanında ÖİB'lerin de serbestçe faaliyet gösterdiği serbest birliktelik şeklinde ifade edilen şeklidir⁷⁴. Bu uygulamada ÖİB'ler herhangi bir hizmet kuruluşu şeklinde algılandığı bir hukuki yap içerisinde faaliyetlerini sürdürmektedirler. Diğer bir ifadeyle oluşturulmuş bir hukuki sistem içinde ÖİB'lerde diğer ticari işletmeler gibi faaliyet göstermektedir⁷⁵.

Dünyadaki gelişim ve değişim süreci yukarıda incelenen ÖİB'lerin tanımını ise şu şekilde yapılabilir. ÖİB'ler özel hukukun koruması altında bulunan ve belirli bir sözleşme etrafında, iş gücü piyasasında iş arayanlarla işçi arayanlar arasında

⁷² Denizcan Kutlu, *a.g.m.* , s. 43.

⁷³ KEİG, *a.g.e.* , s. 17-18.

⁷⁴ Zerrin Yöney Fırat, "İş ve İşçi Bulma Kurumundan İŞKUR'a-İşe Yerleştirme Hizmetleri", *İŞGÜÇ-Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi*, C. 5, S. 2, Sıra 3, No 160, 2003 <https://www.isguc.org/?p=article&id=160&cilt=5&sayi=2&yil=2003> (Erişim, 29.10.2018)

⁷⁵ Erdem Cam, *Sendikal Perspektif...* , s. 24.

komisyon veya belirli ücret karşılığında aracılık hizmetinde bulunan ve ağırlıklı olarak kazanç amacı güden kuruluşlardır⁷⁶. ÖİB'lerin iş arayanlardan ücret almaması sistemin temel kuralını teşkil etmektedir. ÖİB müşterisi konumunda bulunan işverenden alacağı ücret veya komisyonla faaliyetlerini sürdürmektedir. ILO tarafından yapılan tanıtımda ise ÖİB'lerin bir sözleşmeyle ve bir bedel karşılığında özel ya da tüzel kişiler adına bir istihdam boşluğunun doldurulması veya mesleki ilerlemeyi ya da istihdama girmeyi kolaylaştırma ya da hızlandırmak amacıyla faaliyet göstermeyi üstlenen, özel hukuk hükümlerine tabi hizmet kuruluşları olarak tanımlanmıştır⁷⁷. Ayrıca ÖİB'ler işgücü arz ve talebi arasında aracılık faaliyeti yanında ödünç (geçici) iş ilişkisi kurma, yönetici araştıranlara ya da ihtiyaç fazlası personele yeni iş araştırmaya kadar farkı alanlarda uzmanlaşmaktadır⁷⁸.

ÖİB'lerin işgücü piyasası içerisindeki gelişiminin hız kazanmasında ise, artan işsizlik sorunu, işletmelerin değişen ekonomik koşullara en kısa zamanda uyum sağlama isteği ve nitelikli işgücüne olan talep etkili olmuştur. Bunun yanında ÖİB'lerin kamu iş bulma kurumlarından daha seri hareket edebilme kabiliyetine sahip olduğundan işgücü piyasasında etkin bir şekilde rol almalarına neden olmuştur. Kamu istihdam kurumları genellikle niteliksiz işgücünün istihdamına yönelirken, ÖİB'ler nitelik düzey yüksek işgücü ile üst düzey yöneticilerin istihdamına yönelmektedir⁷⁹.

1.2.1. Uluslararası Düzenlemelerde Özel İstihdam Büroları ve Ödünç İş İlişkisi

Bu başlık altında ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisine yönelik ILO sözleşmeleri ile AB'nin konuya ilişkin direktiflerine değinilecektir.

⁷⁶ Erdem Cam, "Türkiye'de Özel İstihdam Büroları ve Geçici İşçilik Hakkında Sendikal Açıdan Bir Değerlendirme", *KARATAHTA İş Yazıları Dergisi*, S. 7, Ankara-2017, s. 112.

⁷⁷ Nusret Ekin, *a.g.e.*, s. 58.

⁷⁸ Zerrin Yöney Fırat, *a.g.m.*

⁷⁹ Emine Pul, "Türkiye ve Avrupa Birliği Ülkelerinde Özel İstihdam Bürolarının Yapısı", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Ankara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara-2006, s. 25.

1.2.1.1. ILO Sözleşmelerinde Özel İstihdam Büroları ve Ödünç İş İlişkisi

ILO 1919 yılında çalışma hayatı ve sosyal politika konularında uluslararası düzenlemeler yapmak amacıyla I. Dünya Savaşı'na son veren Versailles Barış Antlaşması ile o günkü adıyla Milletler Cemiyeti'ne bağlı olarak kurulmuştur. İki dünya savaşı arasındaki dönemde Milletler Cemiyeti'nin bağımsız bir uzmanlık kuruluşu olarak çalışmalarını genellikle bireysel çalışma ilişkileri üzerinde yoğunlaştırmış, çalışma yaşamının güncel sorunlarına ilişkin sözleşme ve tavsiye kararları oluşturmuştur⁸⁰. Türkiye ILO'ya bu dönemde 1932 yılında üye olmuştur. Milletler Cemiyeti'nin 1946 yılında dağılmasının ardından çalışmalarına Birleşmiş Milletler' in bir ihtisas kuruluşu olarak çalışmalarına bir yüzyıldır devam etmektedir. ILO diğer uluslararası kuruluşlardan farklı olarak sadece hükümet temsilcilerinin katılımıyla değil, işçi ve işveren örgütleri ile hükmet temsilcilerinin eşit sayıda katılımı ile oluşan kendine has yapısı olan sosyal diyalog çerçevesinde üçlü bir yapıya sahiptir⁸¹.

ILO'nun kuruluş amacı ve temel ilkeleri ILO Anayasa'sının başlangıç kısmı ile 1944 yılında kabul edilen Philadelphia Bildirgesi'nde yer almaktadır. ILO Anayasa'sının başlangıç kısmında, ILO'nun kurulmasının altında yatan üç temel neden⁸² sayılmıştır. Bunlardan ilki, evrensel ve kalıcı bir barışın ancak sosyal adalet temelinde sağlanabileceğidir. İkincisi, dünyada çok sayıda insan için adaletsizlik ve sefalet yaratan çalışma koşullarının dünyadaki barış ve uyumu tehlikeye düşürecek derecede adaletsiz olduğu ve söz konusu koşulların ivedilikle iyileştirilmesi gerektiğidir. Sonuncusu ise çalışanların çalışma koşullarını, ekonomik ve sosyal durumlarını iyileştirmek isteyen bir ülkenin, başka ülkelerce bu iyileştirmelerin yapılması nedeniyle, uluslararası pazarda rekabet gücünü kaybedeceği endişesi ile çalışma koşullarında iyileştirmelerden kaçınabileceği böylesi bir olumsuzluğun

⁸⁰ Ali Kemal Nurdoğan, "Uluslararası Çalışma Örgütünün (UÇO-ILO) Yüzüncü Yıl Dönümü ve Türkiye İlişkileri", *Bitlis Eren Üniversitesi Akademik İzdüşüm Dergisi*, C. 3, S. 4, Aralık, 2018, s. 81.

⁸¹ Müjdat Şakar, *Meslek Yüksek Okulları İçin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul-2015, s. 15.

⁸² Bkz. http://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_372874/lang--tr/index.htm

yaşanmaması için bütün ülkelerin ortak hareket etmek zorunda olduğudur⁸³. Bu anlamda ILO emeğin sömürülmesini engellemek, çalışanların güvence ve yaşam standartlarını yükseltmek, işçilik maliyetlerini ve çalışma koşullarını mümkün olduğunca standartlaştırarak emek faktörünü uluslararası rekabet unsuru olmaktan çıkarmayı hedeflemektedir⁸⁴.

Evrensellik, esneklik, sosyal adalet ve evrensel düzeyde çalışma barışı olarak kabul ettiği ilkelerden hareket eden ILO, uluslararası düzeyde güncellik kazanmış çalışma hayatıyla ortaya çıkan sorunları, ekonomik ve sosyal gelişmeleri de göz önüne alarak, bu sorunlara çözüm bulmak amacıyla yasama faaliyetinde bulunmaktadır. ILO bu faaliyetini norm belirleme yetkisinden alarak sözleşme ve tavsiye kararı şeklinde yerine getirmektedir⁸⁵.

ILO çıkarmış olduğu, sözleşme ve tavsiye kararları ile ulusal ve uluslararası alanda iş hukukunun ve çalışma hayatının şekillenmesinde önemli bir yere sahiptir. ILO tarafından yayımlanan sözleşmeleri onaylayan ülkeler, onaylamış oldukları sözleşmeleri iç hukuk düzenlemelerinde uygulama ve uluslararası denetime tabi tutulmayı kabul etmektedirler⁸⁶. Nitekim Anayasa'mızın 90. maddesinin son fıkrasında "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir" şeklinde ifade edilmiştir. Bu nedenle, usulüne göre onaylanmış⁸⁷ olan ILO sözleşmelerinin kanunlarla eş değerde olduğun ifade edilmiştir. Ayrıca 7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 sayılı kanuna anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına, "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşmaların hükümleri esas alınır.*" şeklinde eklenen cümle ile Türk normlar hiyerarşisinde anayasa ile kanunlar arasında

⁸³ Sarper Süzek (2013), *İş Hukuku*, s. 79.

⁸⁴ Ali Kemal Sayın, "ILO Normları ve Örgütün Denetim Mekanizmasının Türk İş Hukukuna Etkisi", *ÇSGB Çalışma Dünyası Dergisi*, C. 1, S. 1, Temmuz-Eylül, 2013, s. 12.

⁸⁵ Ali Kemal Sayın, *a.g.m.*, s. 14.

⁸⁶ Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 98.

⁸⁷ "Kural olarak milletlerarası antlaşmaların onaylanması için onaylanmanın bir kanunla uygun bulunması gerekir. Bu konuda ki kural Anayasanın 90. maddesinin birinci fıkrasında ifade edilmiştir. "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak olan antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır." Bu kural, milletlerarası antlaşmaların onaylanmasında genel kuraldır." Bkz. Kemal GÖZLER, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 10. Baskı, Ekin yayıncılık, Bursa, 2012

yeni basamak ortaya çıkmıştır. Bu tür milletlerarası antlaşmalar Türk normlar hiyerarşisinde kanunlardan daha üstün sayılmaktadır⁸⁸. Bu anlamda usulüne göre kabul edilen iş hukukuna ilişkin uluslararası bir sözleşme temel hak ve özgürlüklere ilişkin ise iş yasalarından daha üstün sayılacak ve yasalarla çatışması halinde uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekecektir⁸⁹.

ÖİB denilince akla ödünç iş ilişkisi kuran büroların yanında istihdam hizmetleri sunan bürolarında akla gelmesi doğal bir durumdur. Nitekim ILO'nun konuyla ilgili ilk düzenlerine bakıldığında büroların istihdam hizmetlerinden, ödünç iş ilişkisi faaliyetine doğru bir düzenleme yaptığı görülmektedir. Bu anlamda ILO tarafından özel istihdam bürolarına yönelik olarak yapılan düzenlemelere değinilerek, özel istihdam bürolarının tarihsel gelişim süreci içinde istihdam hizmetlerinden, ödünç iş ilişkisi faaliyetine yönelik geçişi incelenecektir.

1.2.1.1.1. 1919 Tarih ve 2 Sayılı İşsizlik Sözleşmesi

ILO'nun kurulmasından birkaç ay sonra 1919 yılında hazırlanan “*İşsizlik Hakkında 2 Sayılı Sözleşme*” de işsizliğe karşı ülkeleri mücadele vermeye ve merkezi bir makamın kontrolüne tabii parasız iş bulma sistemine davet eden sözleşme imzalanmıştır. Sözleşmede öncelikle devlete istihdam bürosu kurulması konusunda yükümlülük getirilmiş ve istihdam bürosu konusunda tekeli bir anlayıştan hareket edilmemiştir. Bu durum düzenlemede yer verilen sözleşmenin 2. maddesinin 2. bendinde “*Parasız resmi ve özel iş bulma büroları aynı zamanda mevcut olduğu takdirde, bu büroların işlerini milli bir plan dâhilinde koordine edilmesi için tedbirler alınmalıdır*” şeklindeki hükümden anlaşılmaktadır⁹⁰. Burada dikkat edilmesi gereken nokta bu büroların ücretsiz olarak faaliyette bulunacaklarıdır.

İstihdam bürosu konusunda kamu tekelinin olmaması anlayışı aynı yıl kabul 1 sayılı tavsiye kararında kendine yer bulamamıştır. Söz konusu tavsiye kararında kamu tekeli destekleyen iş gücü piyasasında iş bulma faaliyetinin sadece devlet eliyle yapılmasına yönelik hükümlere yer veren ve kar amacıyla çalışan ya da ücret karşılığı hizmet sağlayan ÖİB yasaklanmasının yönünde düzenlemelere yer verilmiştir.

⁸⁸ Kemal Gözler, *a.g.e.*, s. 274.

⁸⁹ Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 103.

⁹⁰ Nusret Ekin, *a.g.e.*, s. 71.

Bu düşüncenin altında yatan temel etken iş aracılığı faaliyetinin ÖİB aracılığıyla yürütülmesinde iş gücünün bir meta olarak algılanarak, bir nevi ticari obje olarak kullanılacağı ve ÖİB'in potansiyel olarak işgücünü sömürüye meyilli oldukları düşüncesini içermektedir. Bu gibi nedenler istihdam hizmetlerinde kamu tekelinden yana tutum alınması sonucunu doğurmuştur⁹¹.

Türkiye 2 Sayılı İşsizlik Hakkında Sözleşmeyi 16.02.1950 tarih ve 5543 Sayılı Kanun ile onaylamış⁹² ve bu sözleşme 18.02.1950 Tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

1.2.1.1.2. 1933 Tarih ve 34 Sayılı Ücretli İş Bulma Büroları Sözleşmesi

1929 Dünya Ekonomik Krizi'nin ardından kabul edilen 1933 tarih ve 34 sayılı ücretli iş bulma büroları sözleşmesi, krizin yarattığı işsizlik sorunu nedeniyle korumaya çok daha muhtaç hale gelen iş arayan kişilerin sömürülmesinin engellenmesi amacıyla hazırlanmıştır⁹³. 34 sayılı sözleşme ile bürolar, kazanç amacı olan ve kazanç amacı olmayan bürolar şeklinde ikili ayrıma tabi tutmuştur. Temelde kazanç amacıyla ile kurulmayan bürolar, yetkili makamlardan izin almak ve bu makamlarca kontrol edilmek zorundadır. Bu bürolar belirlenen miktardan daha yüksek miktarda para almamakta ve yapılan anlaşmalar çerçevesinde dış ülkelere işçi getirme ve bu ülkelere işçi gönderme faaliyetlerinde bulunabilecektir⁹⁴.

ILO 34 sayılı sözleşmesinde ücretli iş bulma büroları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde tarafların herhangi birinden maddi bir kazanç elde etmek amacıyla iş bulmak için aracılık eden her şahıs, şirket, kurum, acente veya bir işletmeyi ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Kazanç sağlamak amacıyla faaliyet gösteren ücretli iş bulma bürolarını sözleşmeyi onaylayan ülkede yürürlüğe girmesinden itibaren 3 yıl içinde kapatılmasını ve yenilerinin açılmamasını öngörmektedir. Ancak 34 sayılı sözleşme kapsamında kendisine izin verilen bürolar yetkili makamın denetimi altında

⁹¹ Seçkin Nazlı, *Özel İş Aracılığı*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi). İstanbul Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul-2009, s. 94.

⁹² https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377236/lang--tr/index.htm

⁹³ K. Alper Akdemir, "Uluslar Arası Çalışma Örgütü Normları Açısından Özel İstihdam Bürolarının Değerlendirilmesi" *İstihdamda 3i Dergisi (İŞKUR)*, S. 13, Nisan-Mayıs-Haziran-2014, s. 65.

⁹⁴ Nusret Ekin, *a.g.e.*, s. 72.

faaliyet gösterecek ve en fazla on yıllık süre içinde her yıl yenilenecek ruhsat ve izin belgesi ile çalışmalarına devam edecektir. Ücret ve masraflarını ise yetkili makamın onaylamış olduğu miktarda hizmet sunulan taraflardan alınacaktır⁹⁵.

Ülkemizin 1946 yılında onayladığı⁹⁶ 34 sayılı Ücretli İş Bulma Büroları Sözleşmesi, aynı konuda düzenlenen 96 sayılı Ücretli İş Bulma Büroları Sözleşmesi'nin ILO tarafından 8 Haziran 1949 yılında onaylanması ile yürürlükten kaldırılmıştır.

1.2.1.1.3. 1948 Tarih ve 88 Sayılı İş ve İşçi Bulma Servisi Kurulması Sözleşmesi

II. Dünya Savaşı'ndan sonra ILO'nun 31. Genel Konferans'ında kabul edilen 88 sayılı sözleşme, savaş sonrasında yaşanan sosyal ve ekonomik sıkıntıların getirdiği işsizlik sorununun çözümü için üye devletlere iş ve işçi bulma faaliyetlerini bir kamu görevi olarak ücretsiz sunma yükümlülüğü getirmektedir. Bu sözleşme ile iş ve işçi bulma faaliyetleri alanında yasaklayıcı bir hükme yer verilmemiş ve devlete direkt olarak yükümlülük getirmektedir.

88 sayılı sözleşme ile istihdam kurumlarına tam istihdamı sağlamaya yönelik işçi ve işveren sendikalarıyla işbirliği yapılarak ulusal veya bölgesel danışma kurulları kurulması kararlaştırılmıştır. Sözleşme de aynı zamanda yetkili kamu istihdam kurumları ile kazanç amacı gütmeyen ÖİB arasında işbirliğinin sağlanmasının gerektiği belirtilmiştir⁹⁷.

Türkiye tarafından 88 sayılı iş ve işçi bulma servisi kurulması Hakkında Sözleşme 30.11.1949 tarih ve 5448 sayılı iş ve işçi bulma servisi kurulması hakkındaki 88 sayılı sözleşmenin onaylanmasına dair kanun ile onaylanmış⁹⁸ ve ilgili kanun 07.12.1949 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁹⁵ Erdem Cam, "Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri Çerçevesinde Özel İstihdam Büroları ve Çeşitleri", *Çimento İşveren Dergisi*, C. 22, S. 1, 2008, s. 22.

⁹⁶ https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377245/lang--tr/index.htm

⁹⁷ K. Alper Akdemir, *a.g.m.*, s. 65.

⁹⁸ https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377262/lang--tr/index.htm

1.2.1.1.4. 1949 Tarih ve 96 Sayılı Ücretli İş Bulma Büroları Sözleşmesi

ILO 32. Toplantısında, 34 sayılı Ücretli İş ve İşçi Bulma Büroları Sözleşmesi'nin tadili maksadı ile ve ayrıca 88 Sayılı İş ve İşçi Bulma Servisi Kurulması Sözleşmesi'ni tamamlayıcı bir sözleşme olarak 96 Sayılı Ücretli İş Bulma Büroları Sözleşmesi kabul etmiştir. 34 sayılı sözleşmede olduğu gibi 96 sayılı sözleşmede de ÖİB'ler kazanç amacı güden ve kazanç amacı gütmeyen olarak iki kategoride tanımlanmış ve 96 sayılı sözleşme ile 34 sayılı sözleşme hükümleri daha esnek bir hale getirilmiştir. Bu anlamda 34 sayılı sözleşmede kabul edilen ÖİB'lerin kapatılması esnasından vazgeçilerek, 96 sayılı sözleşmenin 2. maddesinde üye ülkelere ÖİB izin verme veya izin vermeme şeklinde bir tercih hakkı tanınmıştır. Bu anlamda sözleşmeyi onaylayan üye ülkelere, onaylama belgesinde, ÖİB'lerin kaldırılmasını öngören ikinci bölümü veya ÖİB'in faaliyet göstermesine imkân tanıyan üçüncü bölümü seçerek belirtmeleri istenmiştir⁹⁹.

96 sayılı sözleşmenin II. bölümünde resmi iş bulma kurumu kurulması şartı ile kazanç amacıyla faaliyet gösteren ÖİB'lerin kapatılmasına yönelik sözleşmede herhangi bir süre belirtilmemiş ve sürenin yetkili makam tarafından belirleneceği hükmüne yer verilmiştir. ÖİB'lerin kapatılacağı zamana kadar geçecek dönem içinde nasıl faaliyet gösterecekleri sözleşmede düzenlenmiştir. Bu anlamda ÖİB'ler yetkili makamın kontrolü altında olarak yıllık ruhsat almak şartıyla faaliyet gösterecekler ve kötü niyetli maksatları önlemek amacıyla sadece yetkili makam tarafından uygun görülen harç ve masrafları alabileceklerdir. Ayrıca ÖİB'lerin yurt dışına işçi gönderme ve yurt dışından işçi getirme gibi faaliyetlerde bulunabilmeleri için yetkili makamdaki izin alınmış ve yürürlükte bulunan mevzuatla tespit edilmiş şartlar halinde mümkün olabilecektir¹⁰⁰.

Sözleşmenin III. bölümünü onaylayan ülkelerde ise ÖİB'lerin faaliyetlerine imkân tanıyan 10. maddesi uyarınca bürolar yetkili makamın izin ve denetimine tabi olacaklardır. Türkiye 96 sayılı ILO sözleşmesinin III. bölümünü 08.08.1951 tarih ve

⁹⁹ Nusret Ekin, *a.g.e.* , s. 73.

¹⁰⁰ Seçkin Nazlı, *Özel İş...* , s. 103.

5835 sayılı kanun ile onaylayarak¹⁰¹ ÖİB konusunda nispeten esnek bir uygulamayı tercih etmiş ve gerek görülmesi halinde bugünkü adıyla Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı' nın (AÇSHB) sözleşmenin II. bölümünü uygulamaya yetkili kılınmıştır¹⁰².

1.2.1.1.5. 1997 Tarih ve 181 Sayılı Özel İstihdam Büroları Sözleşmesi

1997 tarih ve 181 sayılı ÖİB sözleşmesi, Cenevre' de 85. Uluslararası Çalışma Konferansı'nda kabul edilmiştir. 181 sayılı sözleşmenin en önemli özelliği bu sözleşme ile ÖİB faaliyetlerine izin verilmiş olmasıdır. ILO' nun 181 sayılı sözleşmesi, klasik istihdam biçimlerinden daha esnek olarak uygulanan üçlü iş ilişkilerine yönelişi gösteren ilk belge olması nedeniyle oldukça önemlidir. Türkiye tarafından 181 sayılı ILO sözleşmesi henüz onaylanmamıştır.

1.2.1.1.5.1. Yeni Bir Sözleşme Gereksinimi

Genel olarak bakıldığında ILO sözleşmelerinin kabul edilmesinde ya uluslararası alanda önemli bir ihtiyacın ortaya çıkması veya dünya üzerinde önemli bir tarihi olayın gerçekleşmesi etkili olmuştur. 181 sayılı sözleşme öncesinde kabul edilen sözleşmelere bakıldığında 1919 yılında kabul edilen 2 sayılı sözleşmenin kabul edilmesinde I. Dünya Savaşı'nın etkisi olduğu, 1933 yılında kabul edilen 34 sayılı sözleşmenin dünyada baş gösteren büyük ekonomik krizin peşine gelmesi ve 1948 yılında kabul edilen 96 sayılı sözleşmenin ise II. Dünya Savaşı'na denk geldiği görülmektedir. 181 sayılı ILO sözleşmesinin kabulünde ise daha önce kabul edilen sözleşmelerinin günün ekonomik ve sosyal koşullarına cevap vermekten uzak olması, küreselleşmenin ekonomik ve sosyal yapıda meydana getirdiği değişimler, mevcut çalışma ilişkilerinin liberalleştirilmesi düşüncesi etkili olmuştur.

Özellikle 1970'li yıllardan itibaren yaşanan ekonomik krizler Keynesyen kapitalist üretim modelinin sonunu getirmiş, yaşanan teknolojik gelişmeler üretimde verimlilik ve ürün çeşitliliğini arttırmış, hızlı rekabet ortamında ve üretim çeşitliliğine bağlı olarak ortaya çıkan ürünleri üretecek olan nitelikli iş gücüne olan

¹⁰¹ https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377266/lang--tr/index.htm

¹⁰² K. Alper Akdemir, *a.g.m.* , s. 65.

ihtiyacı doğurmuştur¹⁰³. Bu değişimlerin ve ihtiyaçların işgücü piyasasına yansması ile kamu istihdam kurumları aracılığıyla sunulan aracılık faaliyetleri dinamik bir yapıya kavuşan işgücü piyasası gereksinimlerini tek başına karşılayamaz hale gelmiştir. İşe aracılık faaliyetleri işe yerleştirme hizmeti olmaktan çıkarak iş arayan işçilerin vasıf düzeylerinin ölçülmesi, kariyer planlaması, işgücü piyasası hakkında bilgilerin sağlanması ile işçilere iş aramaya yönelik yardım edilmesi şeklinde çeşitli faaliyetleri kapsayan bir nitelik kazanmıştır¹⁰⁴.

Dönem itibarıyla kamunun ekonomideki ağırlığını yavaş yavaş geride bırakmaya başladığı ve buna nazaran özel sektörün hızla gelişmeye başladığı görülmektedir. Bu yıllarda kamu iş bulma servislerine sağlanan fonlar azalmaya başlamış ve ÖİB'lere yaratılan imkânlar ve sağlanan teşvikler artmaya başlamıştır¹⁰⁵.

ILO tarafından getirilen yasaklara ve sınırlamalara rağmen, ÖİB'lerin hızlı bir gelişim süreci içinde olması, iş piyasasında meydana gelen ihtiyaca ve hızlı gelişime ÖİB'lerin cevap vermesi gibi nedenler ILO' nun konuya eğilmesine neden olmuştur. Bu anlamda ilk olarak ILO 1994 yılında 81. dönem konferansında ÖİB'lerin iş gücü piyasasındaki etkinliğini ve rolünü kabul etmiştir¹⁰⁶. Akabinde ILO yönetim kurulunun 1995 yılında yapılan 22. toplantısında ve 1997 yılında yapılan 85. Uluslararası Çalışma Konferansı'nda 96 sayılı sözleşmenin eksiklikleri belirtilerek, özel istihdam komitesinin uzun süren çalışmaları sonucu tadilinin konulmasına karar verilmiştir. Komite raporunda *gittikçe karmaşık hale gelen iş piyasasında işçilerin korunması ve bu iş gücü piyasasının işleyişini geliştirilmede uygun bir kurumsal çatinın oluşturulması gerektiği sebebiyle, 96 sayılı sözleşmenin tadiline karar verilmiştir*, denilmektedir. Zaten 181 sayılı sözleşmenin en önemli gerekçesi olarak 96 sayılı sözleşmenin çağın gereklerine uymaması ve çağın teknolojik, ekonomik ve sosyal boyutlarıyla dönüşürken, iş piyasası düzenlemelerinin bunun gerisinde kalmış

¹⁰³ Davuthan Günaydın-Özkan Edemir (2018). "Güvenceli Esneklik Kapsamında Özel İstihdam Büroları ve Geçici İş İlişkisi", *International Anatolia Academic Online Journal (IAAOJ) Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 4, S. 1, s. 1. <http://dergipark.gov.tr/iaaoj/issue/36744/418667> (Erişim, 20.08.2018)

¹⁰⁴ K. Alper Akdemir, *a.g.m.*, s. 65.

¹⁰⁵ Hande Heper, *Esnek İstihdam Uygulamaları ve Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara-2014, s. 34-35.

¹⁰⁶ Emine Pul, *a.g.e.*, s. 79.

olmasıdır. 96 Sayılı sözleşme sadece işçileri ve iş arayanları korumakla yetindiği ve yüzyılın sonuna doğru işçilerle birlikte işverenlerinde korunması gerektiği ayrıca iş piyasasının daha etkin işleyişi göz önünde tutulmuştur¹⁰⁷. Ayrıca ülkeler arasında görülen farklı uygulamaların sorun yaratması ve denetimden yoksun olarak her türlü istismara açık olarak faaliyette bulunan büroların bir düzenlemeye kavuşturulması yani fiili durumun yasallaştırılması düşüncesi ile ÖİB'lerin yeniden düzenlenmesi önem arz etmiştir.

1.2.1.1.5.2. 181 Sayılı Sözleşmenin Getirdiği Yenilikler

181 sayılı sözleşmesinin getirdiği en önemli yenilik belki de ILO tarafından yasaklanan ve kurulmasına kısıtlı olarak izin verilmeyen ÖİB'lerin kurulmasına imkân tanınmış olmasıdır. Bundan önceki sözleşmelerde sadece aracılık faaliyetinde bulunmaları ve kar amacı bulunan veya bulunmayan şeklinde ikiye ayrılırken 181 sayılı sözleşmeyle, ödünç iş ilişkisinde bulunan (Geçici İstihdam Büroları), danışmanlık ve eğitim hizmeti gibi hizmetleri sunan bürolarda, ÖİB kapsamına alınmıştır.

181 sayılı sözleşmenin 1. maddesinde ÖİB'ler kamu makamlarından bağımsız olarak ve sözleşmeyle belirtilen işgücü piyasası hizmetlerinden birini ya da birden fazlasını sağlayan gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır.

Buna göre;

- İş ilişkisinin tarafı olmaksızın, emek arz ve talebini bir araya getirme görevi (işe aracılık),
- Kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçisini, işi belirleyen ve denetleyen üçüncü gerçek veya tüzel kişilerin hizmetine sunma (ödünç iş ilişkisi),
- Belirli bir işgücü arz ve talebini bir araya getirmeye yönelik olmayan, en fazla temsil yetkisine sahip işçi ve işveren kuruluşlarının görüşü alındıktan sonra, yetkili makamlarca belirlenen, bilgi sağlama gibi iş aramaya yönelik olarak hizmetleri sunma gibi faaliyetleri düzenlenmiştir.

¹⁰⁷ Nusret Ekin, *a.g.e.* , s. 76.

181 sayılı ILO sözleşmesinin, gemi adamları dışında kalan, tüm işe alım ve yerleştirme faaliyetleri ile her türdeki ÖİB'lere uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca üye devletlerin en fazla temsil gücüne sahip işçi ve işveren kuruluşlarına danıştıktan sonra bazı işçi gruplarına veya bazı faaliyet türleri bakımından ÖİB'lerin faaliyet alanı dışında ya da bunların ÖİB'ler tarafından yasaklanmasına karar verilebilecektir (md. 2). Bu nedenle bazı AB üyesi ülkelerde özellikle inşaat sektöründe ödünç iş ilişkisi kurma yasağı uygulanmaktadır¹⁰⁸.

Sözleşmenin 3. maddesinde ÖİB'lerin yasal statülerinin söz konusu üye ülkedeki temsil yetkisi en fazla olan işçi ve işveren kuruluşlarına danışıldıktan sonra, ulusal mevzuat ve uygulamalarla belirlenebileceği ve fakat herhangi düzenleme bulunmayan üye ülkelerde ise, üye ülke tarafından ÖİB faaliyetlerinin ruhsatlandırma veya lisanslama sistemine bağlayan şartları belirlenmesin gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme ile ulusal mevzuat tarafından yasaklanmış olmasına rağmen faaliyette bulunan ÖİB'lere yasal bir nitelik kazandırılmak istenmiştir¹⁰⁹.

ÖİB tarafından istihdam edilen işçilerin sendikal örgütlenme ve toplu pazarlık haklarından yoksun kalmamaları konusunda önlemlerin alınmasının zorunlu olduğu kabul edilmiştir (md. 4). Keza işçilerin işe girişte herhangi bir şekilde ayrımcılığa uğramamaları gerektiği bunun içinse, üye ülkelere ÖİB tarafından işçilere yönelik ırk, dil, din, cinsiyet, siyasi görüş, yaş, maluliyet gibi konularda ayrımcılık yapılmaksızın davranılması gerektiği belirtilmiştir (md. 5). Bu hüküm ÖİB tarafından, dezavantajlı işçilerin iş aramalarına yönelik sağladığı hizmetler veya yardımlar bu kapsamda ele alınmayacaktır (md. 5/2).

Sözleşmenin 6. maddesi işçilerin kişisel bilgilerinin korunmasına yönelik olup, ÖİB tarafında istihdam edilen işçilerin kişisel bilgilerinin tamamı değil özel yaşamın gizliliği göz önünde tutularak, sadece işe yönelik olarak kullanılan mesleki bilgilerin toplanması, saklanması, işlenmesi ve dağıtım işlemlerinin mesleki yetenek ve yeterliliğe göre yapılması gerektiği şeklindedir. Bu doğrultuda işçilerin kişisel

¹⁰⁸ Arkın Günay, *a.g.e.* , s. 77.

¹⁰⁹ Hande Heper, *a.g.e.* , s. 37.

bilgilerinin korunması ve kişiye yönelik elde edinilen bilgilerin kötü niyetle kullanılmasının önüne geçilmiştir.

ÖİB tarafından sağlanan hizmetler karşılığında her ne ad altında olursa olsun doğrudan veya dolaylı olarak işçilerden ücret alınamayacaktır. Ancak bu hükme bir istisna getirilmiştir. Bu anlamda üye devletlerce en fazla temsil gücüne sahip işçi ve işveren kuruluşlarının görüşlerin alındıktan sonra bazı işçi gruplarından bir takım özel hizmetleri için ücret alınabileceği belirtilmiştir (md. 7).

Göçmen işçilerin istismar edilmesinin önüne geçilerek korunması konusu da sözleşme metninde yer almıştır. Üye ülkelerce temsil yetkisi en fazla olan işçi ve işveren kuruluşlarına danışıldıktan sonra, göçmen işçilerin korunmasına yönelik olarak gerekli ve uygun görülen her türlü önlem alınmalı, diğer işçilerle birlikte göçmen işçilerinde eşit korumadan yararlandırılması gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte işçilerin başka bir ülkede çalıştırılmak üzere işe alınmasında, işe yerleştirilmesi ve istihdamı gibi konularda, kötü ve hileli uygulamaların önüne geçmek ve işçilerin korunmasına yönelik üye ülkelerce çift taraflı anlaşma yapılması düzenlenmiştir (md. 8). Göçmen işçiler gibi korunması gereken bir başka dezavantajlı grup ise çocuk işlerdir. Çocuk işçilerin ÖİB tarafından sömürülmesinin önüne geçilmesinde üye devletlerin sorumlu olduğu ve bu konuda gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü üye devletlere getirilmiştir (md. 9). Sözleşmenin 10. maddesinde ÖİB'lerin her türlü suiistimallerinin ve yasaya aykırı şekilde yürüttüğü uygulamaların şikâyet edilebilmesi ve yapılan şikâyetlerin soruşturulması için ilgili makama, gerekli önlemleri alma ve uygulama yükümlülüğü getirilmiştir.

ÖİB tarafından istihdam edilen işçilerin haklarının korunmasına yönelik üye devletlere bir takım yükümlülükler getirilmiştir. Bu anlamda üye devletlerin, ÖİB tarafından istihdam edilen işçilere yönelik asgari ücret, iş süreleri ve çalışma koşullarına, sendikal örgütlenme ve toplu sözleşme hakkı, sosyal güvenlik primleri, mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, iş kazası ve meslek hastalığı halinde tazminat, işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü durumlarda olmak üzere işçilerin her türlü alacaklarının korunması, analık ve ebeveyn ödeneklerine dair koruma ile aile ödenekleri gibi önlemleri almaları belirtilmiştir (md. 11).

Üye devletler oluşturdıkları iş teftiş kurumu veya denetlemeye yetkili kurumlar aracılığıyla ÖİB'lerin denetimlerini yapabilecekleridir. Sözleşmede belirtilen hükümlerin uygulanmasında karşılaşılabilecek durumlarda cezai yaptırımlar dâhil gerekli önlemler alınacaktır. Yetkili makamlarca istenen gerekli istatistiki bilgiler, ÖİB'ler tarafından belirlenmiş dönemlerde verilmek zorundadır (md. 14).

Türkiye 2016 tarihinde 6715 sayılı kanunla ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisini yasal hale getirmiş olmasına rağmen, ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisini düzenleyen 181 sayılı ILO sözleşmesini henüz imzalamamıştır.

1.2.1.1.6. 1997 Tarih ve 188 Sayılı Özel İstihdam Bürolarına İlişkin Tavsiye Kararı

ILO'nun 1997 tarihli 188 sayılı tavsiye kararı 181 sayılı sözleşmenin tamamlayıcı niteliğindedir. Bu tavsiye kararı, uygulamada üye ülkelere daha ayrıntılı ve geniş bilgi vermektedir. ILO'nun 181 sayılı tavsiye kararı ile istihdama ilişkin getirilen düzenlemeleri iki başlık altında düzenlemektedir. Bu başlıklar sırasıyla, işçilerin korunmalarına dair düzenleme ve kamu istihdam kurumları ile ÖİB arasındaki ilişkiye dair düzenlemeler olup, aşağıda ayrıntılı olarak incelenmektedir.

1.2.1.1.6.1. İşçilerin Korunmalarına Dair Düzenlemeler

ILO'nun 188 sayılı tavsiye kararında işçilerin korumasına yönelik kararı uyarınca üye ülkeler meslek ahlakına aykırı uygulamaları engellemek ve ortadan kaldırmak amacıyla uygun ve gerekli önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Özel istihdam büroları tarafından istihdam edilen işçilerle, çalışma koşullarını belirten yazılı bir sözleşmenin yapılması gerektiği veya en azından bu işçilere çalışmaya fiilen başlamadan önce çalışma koşulları hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir. Ek olarak çalışma koşulları ile ilgili olarak göçmen işçilerin bilgilendirilmesi ya kendi dillerinde ya da anlayabilecekleri bir dilde yapılması gerekmektedir¹¹⁰. ÖİB'lerin iş arayanları ve çalışan işçileri çalışma açısından riskli olan işler ile sömürü ve ayrımcı uygulamalara maruz kalacakları işlerde istihdam etmemeleri gerekmektedir.

¹¹⁰ Nusret Ekin, *a.g.e.* , s. 86.

ÖİB'lerin istihdamda ayrımcılığa neden olabilecek ilanlar yazdırmasını ve yayınlamasını yasaklamaktadır. Bu anlamda ÖİB'in var olmayan veya asılsız işler için yayınlamış olduğu ilanlardan dolayı yetkili makamlarca cezalandırılması söz konusu olacaktır. Bununla beraber ÖİB'ler istihdamda ayrımcılığı engellemek için olumlu yönde faaliyet göstermeli ve istihdamda eşitliği sağlamak için teşvik edilmelidir.

Tavsiye kararında grev uygulamasının olduğu bir işyerinde özel istihdam bürosu işçilerinin, grevde olan mevcut çalışan işçilerin yerini alacağı düşüncesiyle çalıştırılmasının yasak olduğu belirtilmiştir.

Çalışanların kişisel verilerinin korunması üzerinde durulmuştur. ÖİB'lerin işçilerin işle ilgili olmaksızın kişisel verilerinin toplanması ve saklanması engellenmelidir. Ayrıca işle ilgili kişisel bilgilerin kötü niyetli kullanımının önlenmesi, eksik veya yanlış bilgilerin ortadan kaldırılması veya düzeltilmesi ve bu bilgilerin belirli bir süre saklanması gerektiği belirtilmiştir. ÖİB tarafından İşçinin sağlık durumuna ilişkin bilgiler mesleğin gereği ve işçinin onay olmaksızın işçiden talep edilmemeli, kullanılmamalı, saklanmamalı ve bu bilgilerle işçinin işe uygunluğuna karar verilmemelidir.

188 sayılı ILO kararında ÖİB'lerin nitelikli ve eğitimli personel bulundurması gerektiği ve işçi seçiminde daha adil ve etkin olunabilmesi için yetkili makamlarında gerekli önlemleri alması gerekmektedir.

ÖİB işçisinin iş sözleşmesinin sona ermesinde, tarafların hak ve yükümlülüklerinde ulusal mevzuatın uygulanması gerektiği, işçinin ödünç alan işveren tarafından işe alınmasının engellenemeyeceği bunun yanında işçinin mesleki mobilitesinin kısıtlanamayacağı ve işçinin başka bir işveren yanında çalışmayı tercih etmesi nedeniyle ceza verilemeyeceği düzenlenmiştir.

1.2.1.1.6.2. Kamu ve Özel İstihdam Hizmetleri Arasındaki İlişkiye Dair Düzenlemeler

188 sayılı ILO tavsiye kararı uyarınca kamu istihdam kurumları ile ÖİB arasında işbirliğinin sağlanması ve teşvik edilmesi ve bu amaçla en çok temsil

yetkisine sahip işçi ve işveren kurumları ile kamu istihdam kurumları ve ÖİB temsilcilerinin de bulunduğu kurumlar oluşturulmalıdır.

Anılan işbirliğinin sağlanması için iş gücü piyasasında şeffaflığın sağlanmasında taraflar arasında bilgi paylaşımı, ortak terminolojiden yararlanılması, açık işler hakkında bilgilerin değişimi, mesleki eğitim ile ilgili ortak projelerin uygulanması, kamu ve özel istihdam kurumları arasında uzun süre işsizlerin iş gücü piyasasına yeniden kazandırılması için işbirliğinin oluşturulması ve kendi çalışanlarının mesleki eğitim ve mesleki uygulamalarını iyileştirmeye yönelik danışmanlık yapılması düzenlenmiştir.

1.2.1.2. Avrupa Birliği Direktiflerinde Özel İstihdam Büroları ve Ödünç İş İlişkisi

AB ülkelerinde ödünç iş ilişkisinin ne zaman ortaya çıktığı hakkında kesin bir tarih verilmemekle birlikte AB organlarının özellikle 1980 yılından itibaren ödünç iş ilişkisi kurumuna yönelik düzenleme getirmeye başladığı görülmektedir.

AB ödünç iş ilişkisi hakkında ilk çalışmasını 27 Haziran 1980 tarihli “*Meslek Edinilmiş Şekilde İşçi Verme Alanında Bir Topluluk Hareketi İçin Komisyon Direktifi*” adlı bir direktif taslağı şeklinde hazırlamıştır. Bu taslak metninde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kavramı tanımlanmamakla birlikte, ödünç iş ilişkisi kapsamında, işletmelere ödünç işçilerin ancak ödünç alan işletmenin personeline geçici bir azalma (hastalık, izin vs.) veya işletmede meydana gelen personel fazlalığının giderilmesi şeklinde yapılabileceği ifade edilmiştir¹¹¹. Taslakta ödünç işçi ile yapılacak iş sözleşmesinin süresi, ödünç işçinin ücret miktarı ve ödünç alan işletmenin ödünç işçinin ücretinden ve sosyal güvenlik primlerinden sorumluluk taşıyıp taşımayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca ödünç alan işletmede grev olması durumunda grevde bulunan işçilerinin yerine ödünç işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu düzenlenmiştir. AB ikinci taslak metnini 20 Mayıs 1982 yılında “*Geçici Çalışmanın Düzenlenmesine Yönelik Komisyon Direktif Önerisi*” şeklinde hazırlamıştır. Bu taslakta belirli süreli iş sözleşmesi ve meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi hakkında hükümler içermesine rağmen taslak metni yönerge halini

¹¹¹ Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...*, s.16.

alamamıştır. Direktif halini alamayan bir diğer taslak metni ise 6 Nisan 1984 yılında hazırlanan “*Belirli Süreli Hizmet Akitleri İle Geçici Çalışmanın Düzenlenmesine Yönelik Direktif İçin Komisyon Önerisi*” şeklinde hazırlanmış ve bu taslak metni ile 1982 tarihli taslak metnin değiştirilmesi amaçlanmıştır. Bu taslak metninde de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik hükümler olmasına rağmen yönerge halini alamamıştır. AB’ nin ödünç iş ilişkisine yönelik olarak 1980’li yıllarda hazırlanmış olduğu direktif taslak metinleri sosyal tarafların çıkarlarını ciddi anlamda etkilemesi nedeniyle sonuçsuz kalmış ve yönerge halini alamamıştır¹¹².

1990’da yılında AB komisyonu tarafından “*Atipik İş İlişkilerinde Yönelik Üç Adet Direktif Önerisi*” başlığıyla düzenlenen ve üç direktif taslağından oluşan bir çalışması gündeme gelmiştir. Bu çalışmada yer alan taslak metinlerinden ilki “*Çalışma Şartları Açısından Belirli İş İlişkileriyle İlgili Komisyon Direktifi İçin Öneri*” şekliyle düzenlenmiş ve bu taslak metni 11 maddeden oluşmuştur. Söz konusu taslakta ödünç iş ilişkisi ile belirli süreli iş sözleşmesine dayalı olarak yapılan mevsimlik çalışma ele alınmıştır. Bu taslak metni direktif haline gelememiştir. İkinci taslak metni ise “*Rekabet İhlalleri Açısından Belirli İş İlişkileriyle İlgili Komisyon Direktifi İçin Öneri*” ismiyle düzenlenmiş olup 7 maddeden meydana gelmektedir. Bu taslak metninde de ilk taslak metninde olduğu gibi kısmi süreli çalışma ile mevsimlik çalışmayı da kapsar şekilde ödünç iş ilişkisi düzenlenmiş ancak direktif haline gelememiştir. Son olarak üçüncü taslak metni “*Geçici İşçilerin Sağlıklarının Korunması ve Güvenliklerinin İyileştirilmesi Önlemlerinin Tamamlanmasına İlişkin Komisyon Direktifleri İçin Öneri*” adını taşımakta olup 8 maddeden oluşmuştur. Bu taslak metninde sadece ödünç iş ilişkisine yönelik olarak hazırlanmış olmasına içeriğinde belirli süreli iş sözleşmeleri ve mevsimlik çalışmayı da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Bu taslak metni 29 Haziran 1991 yılında “*Geçici İşçilerin Sağlıklarının Korunması ve Güvenliklerinin İyileştirilmesi Önlemlerinin Tamamlanmasıyla ilgili Komisyon Direktifi*” (91/383 EC) adıyla kabul edilmiştir. 91/383 EC sayılı direktifte bahsedilen taslaktan farklı olarak madde sayısı artırılış ve taslak metninde yer verilen mevsimlik çalışma yönerge metninden çıkarılmıştır.

¹¹² Ali Güzel-Hande Heper, *a.g.m.* , s. 22.

AB bütün taslak çalışmalarında ödünç iş ilişkisini her iki türünü de kapsar şekilde üst kavram olarak geçici çalışma kavramına yer verdiği görülmektedir. Lakin 1982 ve 1984 yılında oluşturulan taslak metinlerinde sadece mesleki ödünç iş ilişkisini düzenlediği görülmekle birlikte, her iki taslak metni de ödünç iş ilişkisi kapsamında kurulacak olan iş sözleşmelerinin yazılı yapılması şartı getirmiş ve ayrıca ödünç alan işyerinde meydana gelecek olan grev ve lokavt sırasında ödünç işçilerin çalıştırılmasını yasaklayıcı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir¹¹³. Bu anlamda yasal olarak uygulanan bir grev sırasında grevde olan işçilerin yerine ödünç iş ilişkisi kapsamında işçi çalıştırılmaz.

Yukarda ifade edilen taslaklar ve 91/383 EC sayılı direktifi dışında AB komisyonu çalışmalarına devam etmiştir. Bu kapsamda AB komisyonu üye ülkeler arasında işçi gönderme konusuna yönelik olarak sınır ötesi ödünç işçi verilmesini düzenleyen bir taslak metni hazırlamıştır. Bu taslak 1996 yılında 96/71 EC sayılı “*Hizmetlerin Yerine Getirilmesi Amacıyla Ödünç İşçi Gönderme*” isimli direktif şeklinde kabul edilmiştir.

Mesleki ödünç iş ilişkisine yönelik hazırlanan taslakların kabul edilmemesi AB komisyonunu 1995 yılında a-tipik çalışma biçimlerinin düzenlenmesi ile ilgili olarak sosyal taraflara danışma kararı almasına neden olmuştur. Sosyal taraflara danışma nedeninin en önemli sebebi, daha önceleri AB kurucu anlaşması olan Maastricht anlaşmasının eki niteliğinde olan ve daha sonrasında Amsterdam anlaşması ile AB kurucu anlaşmasına dâhil edilen “*Sosyal Politikaya İlişkin Anlaşma*” olmasıdır. Bu anlaşma uyarınca AB düzeyinde sosyal taraflara ilişkin konularda anlaşma yapılması için sosyal taraflara danışma zorunluluğunu getirmiş olmasında kaynaklanmaktadır¹¹⁴.

Avrupa düzeyinde sosyal taraflar arasında 2000 yılında başlayan ödünç iş ilişkisine yönelik görüşmeler, 21 Mayıs 2001 tarihinde sosyal taraflarca konu üzerinde anlaşılmadığı AB komisyonuna bildirilmiştir¹¹⁵. Sosyal tarafların çabalarının olumsuz sonuçlanmasının ardından AB komisyonu 20 Mart 2002’ de

¹¹³ Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...*, s.19.

¹¹⁴ Şelale Uşen, *2008/104/EC...*, s. 173.

¹¹⁵ Nurhan Süral, “AB Müktesebatında Geçici İş İlişkisi”, *Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi Semineri*, TİSK Yayın No, 331, Ankara-2013, s. 32.

“Ödünç İş İlişkisine Dayalı Çalışanların Çalışma Koşulları” direktif önerisini kabul etmiş ve AB Parlamentosu ile AB Konseyi’ne göndermiştir. AB komisyonu sosyal taraflardan ve AB parlamentosundan gelen tepkiler nedeniyle söz konusu taslağı 20 Kasım 2002 tarihinde “Ödünç İş İlişkisi Hakkında Düzeltilmiş Direktif Önerisi” şeklinde yeniden düzenleyerek kabul etmiştir. Ancak tarafların karşı çıktıkları noktaların yeniden düzenlenmiş olmasına rağmen bu öneri metni direktif halini alamamıştır. Düzeltilmiş direktif öneri metnini diğer öneri metinlerinden ayıran en önemli özelliği mesleki faaliyet olarak uygulanan ödünç iş ilişkisinin tanımını yaparak, bu üçlü sözleşme kapsamında yer alan tarafların taslakta tanımlanmış olmasıdır. Hatta mesleki anlamda yapılacak olan ödünç iş ilişkisinde asıl işveren ÖİB olarak tanımlanmış ve bu büroların kayıt, yetki, lisans, finansal garanti ve denetimlerinin ulusal mevzuatça düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir¹¹⁶.

Ayrıca taslakta mesleki faaliyet olarak yapılacak olan ödünç iş ilişkisi düzenlenmesinin sosyal tarafların görüşleri alınmak suretiyle ortak bir karar etrafında düzenlenmesi üzerinde durulmuştur. Bu taslak metninde ödünç işçilerin sürekli ve daha güvenceli bir çalışma hayatına kavuşmaları için çalışma şartları ve istihdam imkânları hakkında bilgilendirilme yapılması, ödünç alan işveren ile işçi arasında belirli şartlar altında sözleşme yapabilme özgürlüğünün korunması ve ödünç işçilerin sosyal imkânlardan yararlanma ile mesleki eğitim alma hakları bakımından ödünç alan işveren işçileriyle aynı ölçüde olacak şekilde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

2008 yılında ödünç iş ilişkisinin Avrupa düzeyindeki tarafları olan Ödünç İstihdam Büroları Avrupa Konfederasyonu (Eurociett) ve Hizmet ve İletişim Sektörü Çalışanları Avrupa Federasyonu (UNI-Europa) yayınladıkları ortak bildiride ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilere sağlanacak güvencenin çalışmaya başladıkları ilk andan itibaren sağlanması gerektiğini ve ödünç alan işverenin daimi işçisinin emsal işçi sayılmasını önermişlerdir. Bu öneri AB komisyonu tarafından benimsenmiştir. AB komisyonu tarafından 19 Kasım 2008 tarihinde hazırlanan “Ödünç İş İlişkisi Hakkında” 2008/104/EC sayılı direktifi oy çokluğuyla onaylanarak 5 Aralık 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Üye ülkelere üç yıl içerisinde, 5 Aralık 2011 tarihine kadar, bu direktifi ulusal yasalarına geçirmek için gerekli düzenleme yapma

¹¹⁶ Şelale Uşen, 2008/104/EC... , s. 173-174.

zorunluluğu getirilmiştir. Mart 2002’de başlayan ve ancak 2008 tarihinde kabul edilen direktifin kabul sürecinin bu kadar uzamasının başlıca nedeni Avrupa düzeyinde sosyal ortakların “emsal çalışan” olarak ÖİB tarafından verilen ödünç işçinin mi yoksa ödünç alan yanında çalışan işçinin mi esas alınması üzerinde uzlaşma sağlamada gecikmenin yaşanması olmuştur¹¹⁷.

1.2.1.2.1. 1991 Tarih ve 91/383 EC Sayılı Direktif

AB komisyonu tarafından 1991 yılında kabul edilen “*Belirli Süreli İş İlişkisi veya Ödünç İş İlişkisi İle Çalışan İşçilerin İş Sağlığını ve Güvenliğini Geliştirmeye Yönelik Önlemlerin Teşvikine İlişkin Direktif*” (91/383/EC) ismiyle düzenlenen ve 10 maddeden oluşan direktif metninde belirli süreli çalışanlar ve ödünç iş ilişkisi ile çalışanların iş sağlığı ve güvenliği bakımından korunmalarını kapsamaktadır. Bu tür çalışanların belirsiz ve tam gün şeklinde daimi çalışanlardan daha fazla iş kazası ve meslek hastalığına maruz kaldıkları görülmektedir. Bu durumun ise belirli süreli ve ödünç iş ilişkisi sözleşmelerinin geçicilik unsurundan kaynaklandığı bundan dolayı bu tür sözleşmelerle çalışan işçilerin daha fazla korunmaları gerekmektedir¹¹⁸. Belirli süreli ve ödünç iş ilişkisi ile çalışanların bu özel durumlarından kaynaklı olarak ve özellikle çalışanların bazı sektörlerde iş kazası ve meslek hastalıklarına yakalanma riskleri de dikkate alınarak bilgilendirilmesi, meslek eğitimi ve özel tıbbi gözetim ile ilgili bir takım konular düzenlenmiştir. Bu tür sözleşmelerle çalışan işçilerin iş sağlığı ve güvenliği bakımından işyerindeki diğer daimi işçilere sağlanan koruyucu malzemeler yönünden aynı olanaklara sahip olmaları ifade edilmiştir (md. 2).

Direktifte belirli süreli ve ödünç iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin işe başlamadan önce işin ifasına yönelik bulundukları işyerinde karşı karşıya kalabilecekleri riskler hakkında bilgilendirilmesi gerekecektir. Bu bilgilendirme ulusal mevzuatta belirtilmiş olan ve ilgili işçilerin yapacakları işe yönelik olarak işin özel mesleki nitelikler ve vasıflar gerektirdiği, özel tıbbi kontrolleri gerektirdiği veya işin özel bir takım tehlikeleri taşıdığı durumlarda bilgilendirmenin özellikle yapılması gerektiği belirtilmiştir (md. 3). Ayrıca 91/383 EC Sayılı Direktifin 4. maddesi ile ilgili direktifin 3. maddesinde belirtilen durumlarda, ilgili işçilerin

¹¹⁷ Nurhan Süral, *a.g.m.* , s. 32.

¹¹⁸ Şelale Uşen, *2008/104/EC...* , s. 173.

mesleki bilgileri ve iş tecrübeleri de dikkate alınarak işin niteliğine uygun olarak yeterli mesleki eğitimlerden yararlanmaları için üye ülkeler gerekli tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur.

Ayrıca direktifte ödünç iş ilişkisi ile çalışan işçilerin bilgilendirilmesi düzenlemiştir. Düzenlemeye göre ödünç alan işveren, ödünç iş ilişkisi ile kendi işyerinde çalışmaya başlayacak işçilerin işe başlamadan önce, aradıkları mesleki nitelikleri ve yapılacak işin özelliklerini hakkında ÖİB bilgilendirilmekle, ÖİB’ de bu bilgileri ödünç alan işverenin yanına göndereceği ödünç işçisine sunmakla yükümlü tutulmuştur. Ayrıca ÖİB yapılacak olan bu bilgilendirmenin ödünç işçi sağlama sözleşmesinde yer alıp almaması üye devletlerin kararına bırakılmıştır (md.7). Yönergenin devamı maddesinde, ödünç alan işverenin sorumluluğu ödünç iş ilişkisi süresince ve işin yapılmasına yönelik şartları sağlamakla yükümlü tutulmuş ancak bu sorumluluğun iş sağlığı, güvenliği ve sağlığa uygunluk konularıyla sınırlı tutulmuştur (md. 8).

Direktifin temelde belirli süreli ve ödünç iş ilişkisi ile çalışanların yapacakları işe yönelik sağlık ve güvenlik riskleri hakkında bilgilendirilmeleri ve eğer gerekli görülmesi halinde mesleki eğitim almaları konusunda düzenlemeleri içermektedir. Bu türde çalışanların ayrımcılığı karşı korunmasına yönelik herhangi bir yaptırım öngörmemiştir¹¹⁹.

1.2.1.2.2. 1996 Tarih ve 96/71 EC Sayılı Direktif

AB komisyonu tarafından 1996 tarihinde kabul edilen “*Hizmetlerin Yerine Getirilmesi Amacıyla İşçilerin Başka Bir Üye Ülkede Görevlendirilmesi*” direktifi sınır ötesi ödünç iş ilişkisi bakımından önemlidir. Bu direktifin hukuki temelini AB kurucu¹²⁰ anlaşmasının 49. maddesinde düzenleme bulan “hizmet özgürlüğü ilkesi” oluşturmaktadır. Hizmet özgürlüğü ilkesi uyarınca, AB’ye üye tüm ülkelerde her türlü hizmetin, o ülkenin ulusal mevzuat çerçevesinde yerine getirilmesini garanti eder. Keza ödünç iş ilişkisi de bu hizmete dâhildir¹²¹. Şöyle ki ilgili direktif uyarınca

¹¹⁹ Şelale Uşen, 2008/104/EC... , s. 174.

¹²⁰ Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma hakkında detaylı bilgi için Bkz. <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> (Erişim: 31.12.2017)

¹²¹ Orhan Ersun Civan, *Meslek Edinilmiş...* , s. 192.

bir üye devlette faaliyet gösteren işletme ile diğer üye devlette merkezi bulunan işletme arasında hizmet akdinin varlığı ve ifası şarttır. Hizmet akdi iki farklı üye devlette bulunan işletmeler arasında olup bunlardan birinin işçi göndermeyi veya ödünç vermeyi diğerine taahhüt etmesine ilişkindir. Bu tür hizmet ilişkisi uyarınca gönderilen işçiler, direktifin 3. maddesinde belirtilen konularda, gönderme kısa süreli olsa dahi gönderildiği devlet hukukuna tabi olacaktır. Ayrıca söz konusu direktifin uygulanabilmesi için iki üye devlet arasında faaliyet gösteren işletme arasındaki hizmet sözleşmesi süresince işçi ile onu gönderen işletme arasında iş sözleşmesinin varlığı şarttır¹²².

Hizmet özgürlüğü ilkesi ile işletmeleri her ülkede farklı seviyede belirlenen işçi ücretlerini kendi lehlerine yönelik kullanmalarına neden olmuştur. Bu durum sosyal dämpinge yol açmış ve rekabeti kötü anlamda etkilemiştir. Örnek olarak A ülkesinde işçi ücretlerinin B ülkesindeki işçi ücretlerine nazaran daha düşük olması B ülkesinde faaliyet gösteren firmaları A ülkesinde küçük firmalar kurmasına ve burada işçi seçimi yaparak sonrasında bu işçileri B ülkesine ödünç olarak gönderebileceklerdir. Bu tarz uygulamalar özellikle inşaat ve tarım sektöründe yaygın olarak kullanılmıştır. Bu durumun önlenmesi amacıyla 16 Aralık 1996 tarihinde 96/71/EC direktifi kabul edilmiştir¹²³. Direktifin temel ilkesi, bir ülkedeki çalışma şartlarına ilişkin düzenlemeler sadece o ülkede çalışan işçiler için değil aynı zamanda bahsi geçen ülkeye ödünç olarak gönderilen işçileri de kapsamasıdır. Bu anlamda ödünç işçinin çalıştığı ülkede ödünç alan işverenin; azami çalışma süreleri, asgari dinlenme süreleri, yıllık ücretli izinler, asgari ücret seviyeleri, ödünç iş ilişkisi koşulları, işyeri sağlık-güvenlik-hijyen koşulları, yeni doğum yapmış kadınlar ile çocuk ve gençlerin korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasına yönelik hükümlere uyma zorunluluğu getirmiştir (md. 3/1).

96/71/EC sayılı direktif uyarınca ödünç iş ilişkisi üç hali kapsar şekilde yapılabilecektir. Bunlar sırasıyla, ödünç alan işveren ile ödünç veren işveren arasında bir sözleşme yapılmasını, şirket gruplar arasında veya holding bünyesi içinde ve

¹²² Gülören Tekinalp, “Avrupa Topluluğunda Ferdi İş Akdine Uygulanan Hukuk Hakkında Kural, 96/71 Sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi ve MÖHUK”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl. 22, S. 2, 2002, s. 842.

¹²³ Şelale Uşen, 2008/104/EC... , s. 174.

ödünç emek bürosu veya ödünç iş ilişkisi kurmaya yetkili ÖİB aracılığıyla başka bir üye devlette ödünç alan işverene ödünç işçi gönderilmesi şeklindedir. Dolayısıyla 96/71/EC sayılı direktif hem mesleki olmayan ödünç iş ilişkisi hem de mesleki ödünç iş ilişkisine yönelik uygulamakta olup, ödünç alan işveren ile ödünç veren işverenin farklı ülkelerde faaliyet göstermesi yeterli görülmüştür. Ayrıca direktif uyarınca üye ülkelere direktif hükümlerini üç yıl içinde ulusal mevzuatlarına aktarmaları istenmiştir.

1.2.1.2.3. 2008 Tarih ve 2008/104 EC Sayılı Direktif

2008 yılında ödünç iş ilişkisinin Avrupa düzeyindeki tarafları olan Eurociett ve UNI-Europa yayınladıkları ortak bildiride ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilere sağlanacak güvencenin çalışmaya başladıkları ilk andan itibaren sağlanması gerektiğini ve ödünç alan işverenin daimi işçisinin emsal işçi sayılmasını önermişlerdir. Bu öneri AB komisyonu tarafından benimsenmiş ve AB komisyonu tarafından 19 Kasım 2008 tarihinde hazırlanan “*Ödünç İş İlişkisi Hakkında*” 2008/104/EC sayılı direktifi oy çokluğuyla onaylanarak 5 Aralık 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Üye ülkelere bu direktifi, üç yıl içerisinde, ulusal mevzuatlarına aktarmaları için 5 Aralık 2011 tarihine kadar süre verilmiştir.

2008/104/EC sayılı direktif, ÖİB ile ödünç alan işveren yanında geçici süre çalışmak için iş sözleşmesi yapılan işçilere, kazanç amacı olsun veya olmasın ekonomik faaliyet yürüten ÖİB ile ödünç alan işverenlere uygulanacaktır (mad.1). Ödünç alan işveren yanında çalışması için geçici süreyle personel sağlayan ÖİB’lerin bu faaliyeti yerine getirmesi için kar amacı gütmemesine bakılmayacak olup ÖİB olarak tanımlanmak için böylesi bir ekonomik faaliyette bulunmak yeterli görülmüştür¹²⁴. Bu anlamda direktif metninde ÖİB’ler kar amacı gütsün veya gütmesin ödünç iş ilişkisinde asıl işveren olarak tanımlanmıştır.

Bu direktifin dikkat çeken yönlerinden biri, ödünç iş ilişkisinin unsurlarından bir olan geçicilik unsurunun tanımlanmamış olmasıdır. Zira 20 Mart 2002 yılında oluşturulan yönerge taslağında da geçicilik konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Daha sonrasında 20 Kasım 2002 tarihinde “*Ödünç İş İlişkisi*

¹²⁴ Nurhan Sürat, *a.g.m.* , s. 35.

Hakkında Düzeltilmiş Direktif Önerisi” şeklinde yeniden düzenlenen taslak metninde de geçicilikten açıkça söz edilmemiş sadece belirli süreli ifadesi yer almıştır. Dolayısıyla 2008/104/EC sayılı direktif metninde geçicilik unsuruna açıkça yer verilmeyerek, geçiciliğin, belirli bir azami süre sınırlamasıyla mı yahut başvurunun objektif nedenlerle sınırlandırılması şeklinde mi olacağı, direktifi ulusal mevzuatlarına aktarmaları sırasında üye ülkelerin takdirine bırakıldığı düşünülebilir¹²⁵.

Direktifin dikkat çeken bir başka yönü ise, çalışma koşullarından değil esaslı çalışma koşullarından söz etmiş olması ve direktif metninde esaslı çalışma şartlarının neler olduğu sınırlı sayı prensibi çerçevesinde belirtilmiştir. Buna göre, esaslı çalışma koşulları Fransız modeli olarak da adlandırılan ve ödünç alan işletmede geçerli olan çalışma koşullarının ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışanlara da uygulanacak olan esaslı çalışma şartı olarak benimsenmiştir. Bu anlamda ödünç işçiye uygulanması gereken esas çalışma koşulları, ödünç işçinin fiilen görev yaptığı ödünç alan işletmede uygulanan çalışma koşullarıdır¹²⁶.

2008/104/EC sayılı direktifin ikinci bölümü istihdam ve çalışma koşulları başlığı ile düzenlenmiş ve 5. maddesinde ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışanlara eşit işlem ilkesi uyarınca davranılması gerektiği belirtilmiştir. Bu anlamda ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilerin, ödünç alan işletmedeki görevleri süresince, ödünç alan işletme tarafından aynı işi yapmak üzere işe alınmış olsalardı hangi çalışma koşulları uygulanacak idiyse asgari olarak o koşulların uygulanması gerektiği ifade edilmiştir (md. 5/1). Ayrıca eşit işlem ilkesi uyarınca direktifte ödünç alan işletmelere, hamilelik ve emzirme döneminde kadınların koruması, çocukların ve gençlerin korunması, kadın erkek arasında eşitlik ve cinsiyet, ırk, etnik köken, dini inançlar, engelli olma, yaşa ve cinsel tercihlere dayalı her türlü ayrımcılıkla mücadeleyi amaçlayan ilgili kanunlara, tüzüklere, idari düzenlemelere, toplu sözleşmelere ve diğer genel düzenlemelere uyma zorunluluğu getirmiştir.

¹²⁵ Mahmut Kabakçı, “5920 Sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükmünün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 4, 2011, s. 79-80.

¹²⁶ Mahmut Kabakçı, *a.g.m.*, s. 84.

2008/104/ EC sayılı direktifte, AB üyesi ülkelerin mevzuatlarından görülen bazı farklılıklardan dolayı eşit davranma ilkesine yönelik bazı istisnalar getirildiği görülmektedir. Bu istisnalardan en önemlisi ücret konusuyla ilgili olup, bu istisna uyarınca sosyal taraflara da danışıldıktan sonra, ödünç işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışması ve ÖİB tarafından iki devir arasında geçen sürede ki ücretinin aynen ödenmesi şartıyla ücret konusunda eşit davranma ilkesinin uygulanamayacağı kararlaştırılmıştır (md. 5/2)¹²⁷. Düzenleme, ödünç işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışması ve iki devir arasında geçen sürede ücretlerinin tam ödenmesi gibi nedenlerle iş güvencelerinin sağlandığı ve bu anlamda ücret konusunda eşit işlem ilkesinin uygulanmasının gerekli olmadığı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Bu istisna kural, Almanya’da ödünç iş ilişkisinin belirsiz süreli sözleşme olarak uygulanmasından dolayı Almanya için getirildiği ifade edilmektedir¹²⁸.

Direktif ile getirilen bir başka istisna ise, sosyal tarafların görüşleri alındıktan sonra üye ülkelerin toplu iş sözleşmeleri ile ödünç işçilerin korunmasında eşit davranma ilkesinde bazı istisnalara gidilebilecektir. Bu istisnai durumun vuku bulması için öncelikle, ödünç işçinin esaslı çalışma şartları, mevcut sisteme uygun olarak yürürlüğe konulacak olan toplu iş sözleşmeleri ile güvence altına alınmış olması gerekmektedir. Ancak bu şekilde eşitlik ilkesine yönelik bazı istisnaların toplu iş sözleşmeleri ile getirilebilecektir¹²⁹. Bu istisnai durumun Danimarka, Finlandiya ve İsveç gibi ödünç iş ilişkisini toplu pazarlık sistemleri düzenleyen ülkeler için getirildiği görülmektedir¹³⁰. Bu anlamda üye devletler, sosyal taraflara danıştıktan sonra, uygun düzeyde ve üye devletlerce belirlenen koşullara bağlı kalarak ve ayrıca ödünç işçileri uygun seviyede bir korumadan yararlandırılmaları şartıyla eşit işlem ilkesinin istisnalarını toplu iş sözleşmesi yoluyla düzenleyebileceklerdir (md. 5/ 2,3).

Direktifin 6. maddesinde ödünç iş ilişkisi ile çalışan işçilerin, daha iyi çalışma koşullarına sahip olarak, tam zamanlı ve daimi bir iş sözleşmesi ile çalışması

¹²⁷ Nurhan Süral, *a.g.m.* , s. 39.

¹²⁸ Şelale Uşen, *2008/104/EC...* , s. 177.

¹²⁹ Mahmut Kabakçı, *a.g.m.* , s. 86.

¹³⁰ Şelale Uşen, *2008/104/EC...* , s. 177.

için ödünç alan yanında boşalan kadro ve açık işler için bilgilendirilmesi, ödünç alan işletme ile yönergede belirtilen belirli şartlarla sözleşme yapma özgürlüğünün korunması şeklinde düzenlemeler mevcuttur. Düzenleme uyarınca ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında kurulacak olan iş sözleşmelerinde koruma sağlanacağı ve bu sebeple ödünç işçilerin geçici istihdamdan tam süreli istihdama geçmesi hedeflenmiştir. Ödünç işçilerin, ödünç alan yanında çalışmaya başlaması veya ödünç süresi bittikten sonra ödünç işçinin ödünç alan yanında çalışmaya devam etmesi şeklinde meydana gelen durumlarda ÖİB'lerin ödünç işçilerden herhangi bir ücret talep edemeyecekleri düzenlenmiştir (md. 6/3). Ödünç işçilerin ödünç alan işletmede meydana gelen boş işler hakkında bilgilendirmesi ise, direktif uyarınca ya ödünç alan işletmede ya da ÖİB tarafından belirlenen uygun bir ortamda genel ilan şeklinde olması düzenlenmiştir.

Ayrıca madde kapsamında ödünç iş ilişkisi ile çalışan ödünç işçilere yönelik olarak, ödünç alan işveren tarafından kendi işçilerine sağladığı kantin, yemek servisi, ulaşım vb. hizmetlerden ödünç alan işçileri ile aynı şartlarda yararlandırılmaları hüküm altına alınmıştır. Bunlara ek olarak üye ülkelerin sosyal tarafların görüşlerini aldıktan sonra, ödünç iş sözleşmesi ile çalışanların ÖİB ile sözleşmelerinin devamı süresince ve ödünç alan yanında çalışmadıkları yani boşta kaldıkları süreler dâhil, ÖİB tarafından sağlanan kreş ve eğitim imkânlarından yararlandırılmalarının sağlanması için gerekli önlemlerin alınması zorunlu tutulmuştur.

Direktifin 7. maddesinde ÖİB'de kurulacak olan işçi temsilciliğinde ödünç işçilerinde sayı bakımından hesaba katılacağı belirtilmiş ancak bu durum üye ülkelerin tercihine bırakılmıştır. Ödünç işçilerin çalıştıkları ödünç alan işletmelerde temsil sayısına katılmaları pek olası bir durum değildir. Bunun nedeni ödünç işçilerin farklı ödünç alan işveren yanında çalışmaları sebebiyle temsil mekanizmalarına katılmalarını zorlaştırmaktadır. 2008/104/EC direktifinin 8. maddesinde çalışanların bilgilendirilmesine ilişkin Avrupa Parlamentosu'nun 2002/14/EC sayılı direktifi uyarınca ödünç alan işveren kendi işletmesinde kurulmuş olan işyeri temsilciliklerine, işletmedeki ödünç işçilerle ilgili istihdam durumunu da içeren bilgilendirmeleri yapmak zorundadır.

Son olarak direktifte ödünç işçilerin grev ve lokavt sırasında ödünç alan işveren yanında çalışmalarına yönelik bir düzenleme mevcut değildir. Ancak direktifin giriş kısmında grevde bulunan işçiler yerine ödünç işçilerin çalıştırılmasının yasaklayan ulusal mevzuat hükümlerinin saklı olacağı ifade edilmiş ve bu anlamda ulusal mevzuatlarda bu yönde bir yasak olması durumunda bu durumun aynen korunacağı belirtilmiştir.

AB'nin 2008/104/EC sayılı direktifinin üzerinden on yıldan fazla bir zamanın geçmiş olması, söz konusu direktifin sosyal taraflarca sorgulanmasına neden olabilecektir. Nitekim 2008/104/EC sayılı direktif öncesinde kabul edilen direktiflerin dönemin şartlarına uyum sağlamadığı düşüncesiyle sosyal taraflarca sorgulandığı ve değiştirildiği görülmektedir. Teknoloji alanında meydana gelen gelişmeler beraberinde getirdiği yeniliklerle, çalışma hayatının da şekillenmesine neden olmaktadır. Bu bağlamda başka bir tartışmanın konusu olmasının yanı sıra bugün küresel ölçekte tartışılan en önemli kavramların başında Endüstri 4.0¹³¹ gelmektedir. Endüstri 4.0 kavramı yeni teknolojileri kullanabilen yüksek vasıflı ve eğitilmiş iş gücüne odaklanmaktadır¹³². Bu durum ise gelecek yıllarda daha esnek çalışma biçimlerinin çalışma hayatında yer almasına neden olabilecektir. Dolayısıyla önümüzdeki yıllarda çalışma hayatında meydana gelebilecek daha esnek çalışma biçimleri karşısında AB'nin söz konusu direktifini güncellemesi yönünde bazı çalışmaları yapabileceği kanısındayız.

¹³¹ "...Endüstri 4.0 Almanya' nın 2011 yılında açıklamış olduğu üretim, tedarik ve tüketim süreçlerini büyük ölçüde değiştiren sanayi vizyonu olmakla beraber, geleceğin yeni üretim modellerinin ve yeni çalışma biçimlerinin şekillenmesine neden olabilecek bir değişim ve gelişim süreci olarak karşımıza çıkmaktadır. Endüstri 4.0 üretim sistemleri, özellikle teknoloji alanında kaydedilen gelişmeler sayesinde içerisinde otomatik tanımlama sistemlerini, akıllı fabrikaları, siber-fiziksel sistemleri ve sanallaştırma gibi faktörleri barındırmaktadır. Bu anlamda Endüstri 4.0 temelde insan gücüne minimum gereksinim duyan, bütün faaliyetleri belirli programlar dâhilinde yapan otonom makinalara, akıllı fabrikalara ve kusursuz şekilde işleyen endüstriyel süreçlere dayanmaktadır. Dolayısıyla Endüstri 4.0 süreci vasıfsız işgücüne minimum düzeyde gereksinim duyarken, üretim sürecinde nesnelerin birbiriyle iletişim halinde olarak üretim yaptığı akıllı fabrikalarda yüksek vasıflı işgücüne duyulan gereksinim artmaktadır...", Bkz. Alpay Hekimler ve Özkan Edemir. "Endüstri 4.0 Tartışmaları Işığında Türkiye'nin İşgücü Yapısı ve Geleceği Üzerine Düşünceler", VII. IBANESS Konferans Serisi, 24-25, Mart -Tekirdağ / Türkiye, 2018, s. 735.

¹³² Davuthan Günaydın. "Türkiye'de Dördüncü Sanayi Devrimini Beklerken: İşgücü Piyasasında Bir Araştırma", *Istanbul Management Journal*, 29 (85), 1-34, 2018, s. 1. <http://dx.doi.org/10.26650/imj.2018.29.85.0012>

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE’DE İŞ ARACILIĞINDAN ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARINA GELİŞİM SÜRECİ VE ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI ARACILIĞIYLA ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ

2.1. Türkiye’de İş Aracılığından Özel İstihdam Bürolarına Yönelik Gelişim Süreci

Dünyada ilk örneklerinin Antik Sümer’de görüldüğünü ifade ettiğimiz ÖİB’lerin, ülkemizdeki geçmişi 1880’li yıllara yani Osmanlı Devleti dönemine kadar götürülebilir. Osmanlı’da kurumsal anlamda işe yerleştirme faaliyetleri 1880’lerden itibaren yapılmaya başlanmış, bu faaliyetleri sunan kuruluşların bazıları bu faaliyeti hayır amaçlı yaparken, bazılarının ise ticari faaliyet olarak yerine getirdikleri görülmektedir¹³³.

Bu kurumların öncelikli amacı emek arz ve talebinin buluşturulması maksadıyla emek piyasasının sorunsuz çalışmasını sağlamaktan ziyade özellikle savaşlarda ve erkek nüfusundaki azalma temelli bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Savaşlarda yitirilen erkek nüfusun ardında geride kalan kadın nüfusun iâşesinin zor olması ve artan fuhuş olayları gibi olumsuz durumların toplumsal yapıda meydana getirdiği hasarların önlenmesine yönelik olmuştur. Bu kapsamda hizmetçilik yapabilecek kimsesiz ve fakir kadınlarla, evlerine hizmetçi arayan kişiler arasında aracılık faaliyeti sağlayan kurumlar şeklinde ortaya çıkmıştır. Nitekim 1884 yılında devlet eliyle kurulmuş olarak faaliyette bulunduğu tespit edilen “*Dersaadet Hidmetkaran İdaresi*” dışında ilan dağıtmak suretiyle kadın ve kızlara hizmetçilik işi bulan özel kuruluşların olduğu da görülmektedir¹³⁴.

Özel kurumların faaliyette bulunması hizmetçi olarak çalışmak isteyenlerin bağlı olduğu esnaf yapılanmasını tepkisi çekmiş ve söz konusu özel kurumların kaçak faaliyette bulundukları, bu sebeple kapanılmaları gerektiği ilgili kurumlara iletilmiş ancak söz konusu talep olumsuz olarak değerlendirilmiştir. Kuruma verilen

¹³³ Levent Şahin-Kadir Yıldırım, “Tarihsel Perspektiften Türkiye’de İşe Yerleştirme Faaliyetleri”, *Kamu-İş*, C. 12, S. 2, 2012, s. 3.

¹³⁴ Levent Şahin-Kadir Yıldırım, *a.g.m.*, s. 3-4.

cevapta, hizmetçilik yapmak isteyenlerin Hidmetkaran İdaresi'ne başvurmak zorunda olmadığı, söz konusu işe yerleştirme faaliyetinin bir kurumun tekeline mahsus olmadığı belirtilmiştir. Böylece Türkiye topraklarında ÖİB benzeri kurumların yasal olarak faaliyette bulunmasına izin verilmiştir¹³⁵. Ancak özel bürolar aracılığıyla işe yerleştirilen kişilerin yaratmış olduğu bazı sorunlar sebebiyle söz konusu büroların faaliyetlerini devlet denetimi altında yapmalarına neden olmuştur¹³⁶.

İşe yerleştirme faaliyetini kar amaçlı yapan bu özel kurumların güçlü bir altyapıya sahip olmadıkları için Cumhuriyet dönemine sarkacak şekilde uzun ömürlü olmadıkları görülmektedir. Bu kurumlarının genelinin kısa ömürlü olması ve kurulduktan kısa bir süre sonra faaliyetlerine son vermeleri bunun bir göstergesidir¹³⁷.

Türkiye'de İş ve İşçi Bulma Kurumu'nun (İİBK) kurulmasından önceki dönemlerde iş ve işçi bulma faaliyetleri iş kollarının ve bölgelerin durumlarına göre farklılıklar göstermekle birlikte, kişisel ilişkiler, aracılık, işyerlerinin ve kentlerin değişik bölgelerine asılan ilanlar; iş ve işçi bulmanın temel niteliğini taşımaktaydı¹³⁸. Ayrıca bu faaliyetleri maddi menfaat karşılığında yapan aracılar ve simsarlar aracılık faaliyetlerinin yerine getirilmesinde önemli rol oynamışlardır. İş ve işçi bulma faaliyetlerinin bu şekilde karşılanması, başta işçilerin ücreti olmak üzere çalışma koşullarında ciddi sorunlar yaşanmasına neden olmaktaydı¹³⁹.

Bu olumsuz durumlar karşısında, iş ve işçi bulma faaliyetleri konusunda ciddi bir hukuksal düzenleme ne yazık ki dönem itibarıyla mevcut değildi. 1924 Anayasası'nın 70. maddesinde Türklerin tabii hakları sayılırken, çalışma hakkına da yer verilmiş; ancak genel olarak çalışma hakkının kullanımına, özel olarak ise iş ve

¹³⁵ Levent Şahin-Kadir Yıldırım, *a.g.m.*, s. 4.

¹³⁶ Erdem Cam, *Türkiye'de Özel İstihdam Büroları...*, s. 113.

¹³⁷ Levent Şahin-Kadir Yıldırım, *a.g.m.*, s. 12.

¹³⁸ Ahmet Makal (2002). "*Türkiye'de Çok Partili Dönemde Çalışma İlişkileri: 1946-1963*", Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, s. 210.

¹³⁹ Döneme ilişkin Şevket Süreyya Aydemir, Türkiye'de iş ve işçi bulma konusunun "çok geç ve yetersiz olarak harekete gelebildiğini" belirterek konuya ilişkin gözlemleri şöyledir: "Sanayi Tetkik Heyeti reisi bulunduğum yıllarda ve iş bölgeleri ile iş yerlerinde yaptığım incelemelerde, birçok fabrikalarda işçi bulma işinin, fabrikatörler tarafından, eli bayraklı ve çevrelerin sindirmiş bir takım güçlü kabadayılara ve külhanbeylerine bırakıldığını, işçi alma ve işçi çıkarmanın, bunların sözlerine, kararlarına ve arzularına göre yürütüldüğünü, çok üzüntü verici misalleri ile tespit etmişimdir. Bu yetki, hele kız ve kadın işçi kullanan bazı işyerlerinde, cidden kötüye kullanılıyordu." Bkz. Aynen alıntı, Ahmet Makal, *a.g.e.*, s. 210-211.

işçi bulma faaliyetlerine yönelik başkaca bir hukuksal düzenlemenin yapılması söz konusu olmamıştır. Sadece 1930 tarihli ve 1580 sayılı Belediye Kanunu¹⁴⁰,’nda sınırlı bir düzenleme bulunuyordu. İlgili düzenlemenin 15. maddesinde belediyenin görevleri belirlenirken, görevleri arasında “...yersiz, yurtsuz olanlara iş bulmak...” da sayılmış ancak bu uygulamanın yeterli olmadığı ve kanunun bu haliyle uygulamaya aktarılamadığı görülmüştür¹⁴¹.

Daha sonrasında 1936 yılında kabul edilen 3008 Sayılı İşK’da iş ve işçi bulma faaliyetlerinin devlet tarafından yerine getirileceğine yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Yasaya göre işçilerin elverişli oldukları işlere yerleştirilmeleri ve muhtelif işler için elverişli işçilerin bulunmasına yönelik faaliyetlerin bir amme hizmeti olarak devlet tarafından yerine getirileceğidir (3008 Sayılı İşK md. 63). Ayrıca kazanç amacıyla ÖİB’lerin açılmasının yasak olduğu ve mevcut ÖİB’lerin üç yıl içinde kapatılması hüküm altına alınmıştır (3008 Sayılı İşK md. 65/A-B). Ancak iş hayatının ve işçilerin çıkarlarına aykırı olacak tarzda ve kar amacıyla faaliyette bulunan ÖİB’lerin ise üç yıl beklenmeden derhal kapatılacağı belirtilmiştir (3008 Sayılı İşK md. 65/A).

İş aracılığı hizmetinin esas itibarıyla kamu tekelinde yürütülmesi gereken bir hizmet olduğunu düzenleyen 3008 sayılı kanunda, ÖİB’ler ile ilgili yasağa önemli bir istisna getirilmiştir. Bu anlamda bazı iş ve sanat kollarında işçi ve işverenlerin kendi aralarında kuracakları büroların veya hayır işleriyle uğraşan deneklerin ilgili makamlardan izin alarak ve denetimi altında bulunarak, hizmetleri karşılığında işçilerden herhangi bir ücret almamaları kaydıyla faaliyette bulunabilecekleri düzenlenmiştir (3008 Sayılı İşK md. 68). Ayrıca 3008 sayılı iş kanununun 146. maddesinde kanunun yürürlüğe girmesinden sonra üç yıl içinde İİBK’nın oluşturulması öngörülmüştür.

3008 sayılı kanunla üç yıl içinde kurulması öngörülen İİBK’nın en geç 15.06.1939 yılında faaliyeti geçmesi gerekmektedir. Ancak 26.05.1936 yılında yayımlanan İktisat Vekâleti Teşkilat ve Vazifeleri Hakkındaki 2450 Sayılı Kanun’da

¹⁴⁰ 1580 Sayılı Belediye Kanunu, Kabul Tarihi. 3.4.1930. RG. 14.4.1930, S. 1471.

¹⁴¹ Ahmet Makal, *a.g.e.* , s. 211

bazı değişiklikler yapan 3612¹⁴² sayılı kanunun 8. maddesi, 3008 sayılı kanunun 63. ve 64. maddeleri gereği oluşturulacak İİBK'nın görev ve yetkilerinin 3612 sayılı kanunun yayımlanasından itibaren en geç iki yıl içinde TBMM'ye sunulacak bir kanun tasarısı ile belirleneceği hükme bağlanmıştır. Bu anlamda İİBK'nın en geç Haziran 1941 yılında kurulacağı belirtilmiştir. Ancak 1940 yılında İİBK ile ilgili tasarı TBMM'ye sunulmuş olmasına rağmen geri çekilmiştir. Bu dönemde ayrıca ikinci dünya savaşının patlak vermesiyle, İİBK'nın kurumsal bir nitelik kazanması ise 3008 sayılı kanunun kabul edilmesinden yaklaşık on yıllık bir gecikmeden sonra 1946 yılında 4837¹⁴³ Sayılı İş ve İşçi Bulma Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'la gerçekleřmiřtir¹⁴⁴.

4837 sayılı kanunla 25.01.1946 yılında kurulmuş olan İİBK, işsizliğe karşı işe yerleştirme faaliyetlerini devlet aracılığıyla gerçekteştiren bir kurum olmuştur. Kurum özellikle 1960'lı yıllarda Almanya başta olmak üzere Avrupa ülkelerine gitmek isteyen işgücünün seçilmesi ve işe yerleştirilmesi amacıyla yabancı iş bulma büroları ile işbirliğine gitmiş ve bu anlamda bazı çalışmalar yapmış olmasına rağmen yıllar içerisinde kendisinden beklenen etkinliği ve verimliliği bir türlü gösterememiştir. Hatta dönemin sonlarına gelindiğinde sadece kamu işverenlerinin işgücü talebini karşılamak ve yasal bir zorunluluk olan sakat, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamında aracılık yapmakla yetinen bir kurum halini almıřtır¹⁴⁵. Özellikle yüksek vasıflı işçilerin işe yerleştirilmesinde etkin bir rol oynayan İİBK, yalnızca vasıfsız ve yarı vasıflı işçilerin iş bulabilmek için son çare olarak gördükleri bir kuruma dönuşmüştür. Dolayısıyla 1980'li yılların ikinci yarısından itibaren yasal dayanaktan yoksun ama fiilen ÖİB'ler gibi çalışan kurumlar, özellikle yüksek vasıflı işçiler için aracılık görevi üstlenmiştir. Danışmanlık adı altında kurulan bu bürolar

¹⁴² 3612 Sayılı kanun hakkında Bkz. İktisad Vekâleti Teşkilât ve Vazifeleri Hakkındaki 2450 Sayılı Kanunda Bazı Değişiklikler Yapan Kanun, Resmî Gazete: 30.05.1939, Sayı: 4219, No: 3612, Kabul tarihi: 26.05.1939, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc020/kanuntbmmc020/kanuntbmmc02003612.pdf

¹⁴³ Bkz. Kabul Tarihi: 21.01.1946, R.G. 25.01.1946, Sayı: 6215. İİBK'yı kuran 4837 sayılı kanun, 01.03.1950 tarihinde kabul edilen 5562 sayılı kanun ile değiştirilmiştir (R.G. 04.03.1950, Sayı: 7448).

¹⁴⁴ Banu Uçkan, "Türkiye'de İş Aracılığı Hizmetlerinin Tarihsel Gelişim Sürecinde Kamu Tekelinin Kırılması", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 5, S. 1, 2005, s. 152-153; Ahmet Makal (2002), *a.g.e.*, s. 211.

¹⁴⁵ Levent şahin-Kadir Yıldırım, *a.g.m.*, s. 14.

başlangıçta yüksek vasıflı işgücüyle ilgilense de zamanla meslek grupları için, özellikle gazete ilanlarıyla, aracılık yapmaya başlamıştır¹⁴⁶.

İİBK kuruluşundan 2000'li yıllara kadar kendisinden beklenen gelişmeyi gösterememiş, değişen dünya koşullarına ve artan yoğun işsizlik soruna rağmen, işgücü piyasası hizmetlerinin görülmesinde yeterince etkin olamamıştır¹⁴⁷. Nitekim 1996-2000 dönemini kapsayan 7. Beş Yıllık Kalkınma Planı'nda İİBK'nın bugünkü yapısıyla iş gücü piyasasına, işçi bulma ve işe yerleştirme faaliyetlerine yeterince cevap veremediği, meslek standartları temelinde ve hızlı çalışan bir kurumsal yapı çerçevesinde işgücü piyasasında istihdam hizmetlerinin karşılanmasına ihtiyaç duyulduğu ifade edilmiş, İİBK'nın kapsamlı bir biçimde ve güçlendirilerek İş-Kur adı altında yeniden örgütlenmesi gerektiği üzerinde durulmuştur¹⁴⁸.

İİBK'nın gerek dünyada gerekse ülkemizde işgücü piyasalarında meydana gelecek gelişmeleri izleyebilecek, çağdaş iş kurumlarının üstlenmiş olduğu görevleri yerine getirebilecek ve aktif işgücü politikalarını uygulayabilecek bir yapıya kavuşturulması amacıyla, 4 Ekim 2000 tarih ve 617 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile İİBK kapatılarak, Türkiye İş Kurumu (İşKur) kurulmuştur. Ancak kuruluşundan kısa bir süre sonra Anayasa Mahkemesi tarafından 31.10.2000 tarihinde 617 sayılı KHK iptal edilmiş ve iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten dokuz ay sonra yürürlüğe gireceğine karar verilmiştir. Dokuz aylık süre 08.08.2001 tarihinde sona ermiş olmasına rağmen ve bu süre içerisinde yeni bir düzenleme yapılmadığından dolayı kurum faaliyetlerine yasal dayanaktan yoksun olarak sürdürmek zorunda kalmıştır. Yasal dayanakta yoksun olarak bir süre faaliyetlerini sürdüren İşKur, 2003 yılında kabul edilen 4857 sayılı İşK'nın 90. maddesine dayanılarak çıkarılan, 25.06.2003 tarih ve 4904 Sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu ile kurum yasal dayanağına kavuşmuştur. 2003 yılında yapılan yasal düzenlemelerle işe aracılık faaliyetlerinde yeni bir döneme girilmiş ve ÖİB'lerin İşKur'un izni ve denetimi altında faaliyet göstermesine izin verilerek, işe aracılık faaliyetlerinin yerine getirilmesinde denetime açık birlikte çalışma modeline

¹⁴⁶ Banu Uçkan, *a.g.m.*, s. 158.

¹⁴⁷ Nusret Ekin, *a.g.e.*, s. 194.

¹⁴⁸ Banu Uçkan, *a.g.m.*, s. 158; Devlet Planlama Teşkilatı (DPT), *Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1996-2000)*, Ankara-1995, s. 54.

geçilmiştir¹⁴⁹. Bu anlamda 4904 sayılı İşKur Kanunu ile 1946 yılından beri devlet tekelinde yürütülen istihdam faaliyetlerinin 2004 yılına kadar süregeldiği ve bu tarihten itibaren ortadan kalktığı görülmektedir¹⁵⁰

4904 sayılı İşKur kanunu yürürlüğe girmesinden yaklaşık altı ay sonra md. 32/i bendi uyarınca 19 Şubat 2004 yılında çıkarılan Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği (ÖİBY) ile ÖİB'lerin seçimi, izin verilmesi ile ÖİB'lerin çalışma ve denetim esasları düzenlenmiştir. ÖİB'ler İşKur'dan izin ve lisans almak kaydıyla ve kurumun denetimi altında kamu kesimi dışında, iş ve işçi bulma faaliyetlerinde bulunabilecektir¹⁵¹. Söz konusu yönetmelik 1 Ağustos 2009 tarihinde 26954 sayılı Resmi Gazete 'de ÖİBY olarak yeniden düzenlenmiştir. Son olarak 6715 sayılı kanunun kabul edilip ÖİB'lere ödünç iş ilişkisi kurma yetkisi verilmesiyle birlikte, ÖİBY'de yeniden düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmış ve söz konusu yönetmelik 11 Ekim 2016 tarih ve 29854 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Getirilen yasal düzenlemeler ile uzun yıllardır insan kaynakları veya danışmanlık adı altında faaliyet gösteren ÖİB'ler yasal bir zemine kavuşturulmuş ve denetim altına alınmıştır. 4904 sayılı İşKur Kanunu ile birlikte ÖİB'lerin kurulmasına olanak sağlanmış, söz konusu düzenlemelerde ÖİB'lerin iş aracılığı faaliyetlerine izin verilmiş ancak ÖİB'lerin ödünç iş ilişkisi kurma faaliyetinde bulunması yasaklanmıştır.

2.2. Türkiye’de Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisine Yönelik Yapılan Düzenlemeler

Türkiye’de ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisine yönelik yapılan düzenlemeler aşağıda ayrıntılı olarak verilecek olup, bu başlık altında ilgili düzenlemelere kısaca değinilecektir. Bu anlamda ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi Türkiye’de ilk olarak 2003 yılında kabul edilen 4857 Sayılı İşK’nın hazırlık aşamasında gündeme gelmiştir. İlgili kanunun tasarı metninin 93. maddesinde bu yönde bir düzenlemeye yer verilmiş olmasına rağmen o dönemde yasalaşamamıştır.

¹⁴⁹ Banu Uçkan, *a.g.m.* , s. 174.

¹⁵⁰ Handan Kumaş, “Türkiye İş Kurumu Faaliyetleri ve İş Gücü Piyasası İhtiyaçları Arasındaki Uyum”, *Sosyo-Ekonomi*, Yıl. 6, S. 11, 2010/1, s. 136.

¹⁵¹ Banu Uçkan, *a.g.m.* , s. 168.

4857 sayılı iş kanunun yasalaştığı 2003 yılından yaklaşık 6 yıl sonra 26.06.2009 tarihli 5920 sayılı “*İş Kanunu, İşsizlik Sigortası Kanunu ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile İş Kanunu’na mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi başlıklı m.7/A hükmü eklenmek istenmiştir. Ancak özellikle işçi sendikalarından gelen tepkiler nedeniyle dönemin Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmiştir, ilgili yasanın veto gerekçesi ilerleyen bölümlerde açıklandığından burada üzerinde durulmamıştır. Daha sonra 18.01.2010 tarihinde “*Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*”nın 8. maddesinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik bir düzenleme yapılmak istenmiş, ancak ilgili madde Plan ve Bütçe Tespit Komisyonu tarafından metinden çıkarılmıştır. Plan ve Bütçe Komisyonu’nun hazırlamış olduğu raporda madde metninin sosyal taraflarla yapılacak olan görüşmeler sonrasında yeniden yazılmasının daha uygun olacağı belirtilmiştir¹⁵². Ancak işçi kesiminin göstermiş olduğu tüm tepkilere rağmen 06.05.2016 tarihinde kabul edilen 6715 Sayılı “*İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”un 1. maddesiyle 4857 sayılı İşK’nın 7. maddesinde değiştirilerek ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur.

2.2.1. 4857 Sayılı İş Kanunu Yasa Tasarısında Yer Alan Düzenleme

Ülkemizde çokça tartışılan ödünç iş ilişkisi ilk olarak 2003 yılında kabul edilen 4857 Sayılı İşK’nın 7. maddesiyle çalışma hayatında uygulama bulmuştur. Ancak iş kanununda belirtilen ödünç iş ilişkisi mesleki ödünç iş ilişkisini değil basit ödünç iş ilişkisini ifade etmektedir. Oysaki ödünç iş ilişkisi denilince meslek kuruluşları aracılığıyla yani mesleki faaliyet olarak yürütülen şekli anlaşılmaktadır¹⁵³.

Mesleki ödünç iş ilişkisi 26.06.2002 tarihinde bilim komisyonu tarafından hazırlanan iş kanunu taslak metninin 93. maddesinde yer almasında rağmen, kanun metni Türkiye Büyük Milet Meclisi’nde görüşülürken tasarıdan çıkarılmıştır. Dolayısıyla 4857 Sayılı İşK tasarısı metninin 93. maddesi olmadan, 7. maddesinde düzenleme bulan basit ödünç iş ilişkisi ile yasalaşmıştır.

¹⁵² Alpay Hekimler *Özel İstihdam...*, s. 55.

¹⁵³ Rıza Demir- Onur H. Özgün, *a.g.m.*, s. 134.

Söz konusu Taslak metninin 93. maddesi¹⁵⁴ genel olarak incelendiğinde bazı eksikliklerin olduğu göze çarpmaktadır. Ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunacak olan ÖİB'lere izin verme İşKur'a bırakılmıştır. Ayrıca ödünç iş ilişkisi izninin kaldırılacağı durumlar ilgili metnin 'b' bendinde sırlanmıştır. Ek olarak 'ç' bendinde ödünç iş ilişkisi kapsamında kurulacak olan sözleşmelerin yazılı yapılacağı belirtilmiştir. Ancak ifade edelim ki hem izin için gereken şartların bir tüzüğe bırakılmış olması hem de sözleşmelerde yer alacak olan husus ve özel durumların bugünkü adıyla Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın çıkartacağı bir tüzüğe bırakılmış olması kanaatimizce eksiklikli.

Ayrıca ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışacak ödünç işçilerin korunması amacıyla ÖİB'lere verilecek izin şartları içerisinde finansal teminatın yer almaması, söz konusu ilişkinin yapısı gereği işçilerin ekonomik olarak korunması bakımından bir eksiklik olmuştur.

¹⁵⁴ Madde 93

a) Başkasına işçisini ödünç vermek suretiyle gelir getirici mesleki faaliyet gösterilmesi Türkiye İş Kurumunun iznine bağlıdır.

İzin verilebilmesi için işçilerin rızalarını alarak başkalarına ödünç verecek gerçek veya tüzel kişi işverence ya da bu alanda faaliyet gösterecek özel istihdam bürosunca, amaca uygun bir işyerinin tüm unsurlarıyla kurulmuş ve yetkili mercilere bildirimlerinin zamanında yapılmış olması gerekir. Diğer şartlar çıkarılacak tüzükle gösterilir.

b) Belirli ve belirsiz süre için verilen izin:

1) İzin verilmesinde ödünç veren işverenin gerçeğe aykırı veya yanıltıcı beyanlarının ya da gerçek olguları açıklamamış bulunmasının etkili olduğu anlaşılırsa,

2) İşçinin korunmasına yönelik emredici kanun hükümlerinin ağır bir şekilde veya üst üste ihlal edildiği edilirse,

3) İzin şartlarının yerine getirilmediği belirlenirse her zaman kaldırılabilir veya yenilenmez. Gerekirse, izin koşullarının yerine getirilmesi için uygun bir süre tanınabilir.

c) Aşağıda belirtilen işlerde çalıştırılmak üzere işçiler ödünç iş ilişkisine dayalı olarak başkasına verilemez;

1) Son on iki ay içinde toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işler için,

2) Kanuni bir grev devam ederken greve katılan işçilerin işleri için,

3) İş Sağlığı ve Güvenliği açısından özel tehlike taşıyan işler için,

ç) Ödünç iş ilişkisi sözleşmesi yazılı olarak yapılır. Ödünç veren işverenin işçiyle yaptığı iş sözleşmesi ve ödünç iş ilişkisi sözleşmesinde yer alması gereken hususlar ve özel şartlar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak tüzükte gösterilir.

d) Bu madde hükümlerine göre ödünç veren işveren belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırdığı işçinin sözleşmesini ödünç verme süresinin sona ermesinden itibaren üç ay içinde süreli fesih yoluyla sona erdiremez.

Belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi ödünç iş ilişkisi uyarınca başka işverene verilmediği sürece işyerinde çalıştırılmasa dahi asgari ücretten az olmamak ücretinin yarısı kadar bir ücrete hak kazanır.

e) Ödünç alan işveren işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden ödünç veren işveren ile birlikte sorumludur”.

2.2.2. 5920 Sayılı Kanunun Veto Edilen 1. Maddesinde Yer Alan Düzenleme

26.06.2009 tarihli 5920 sayılı “*İş Kanunu, İşsizlik Sigortası Kanunu ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile İş Kanunu’na mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi başlıklı m.7/A¹⁵⁵ hükmü eklenmek istenmiştir. Ancak söz konusu düzenleme özellikle işçi sendikaları gelen tepkiler nedeniyle dönemin Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmiştir¹⁵⁶.

¹⁵⁵ MADDE 7/A

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi özel istihdam bürosunun geçici iş gücü talebini karşılamak amacıyla iş sözleşmesi düzenlediği işçisini iş görme edimini yerine getirmek üzere ücret karşılığında bir başka işverene devrini ifade eder ve bu faaliyet Türkiye İş Kurumu tarafından izin verilmiş özel istihdam büroları tarafından yerine getirilir.

Özel istihdam büroları devredeceği işçi ile iş sözleşmesini işçinin devredileceği işverenle geçici iş ilişkisi sözleşmesini yazılı olarak yapmak zorundadır. Bu sözleşmelerde yer alması gereken hususlar Türkiye İş Kurumunca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Geçici iş ilişkisi sözleşmesine dayalı olarak çalıştırılan işçi sayısı işyerinde çalıştırılan işçi sayısının dörtte birini geçemez. Bu kapsamda çalıştırılacak işçi sayısının tespitinde kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür.

Aynı iş için, aynı işverenle yapılacak geçici iş ilişkisi sözleşmelerinin toplam süresi on sekiz ayı geçemez. Bu süreyi geçen çalıştırma, geçici iş ilişkisi sözleşmesinin yazılı olarak yapılmaması veya sözleşmede belirtilen sürenin dolmasına rağmen devam çalıştırma durumlarında, devredilen işverenle işçi arasında belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş olur.

Özel istihdam bürolarının bu faaliyet için istihdam edecekleri işçilerle yapacakları belirli süreli iş sözleşmeleri, esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmesi niteliğini taşırlar.

Devredilen işyerinde grev ve lokavt olması ve özel istihdam bürosunun işçiyi bu süre içerisinde başka bir işyerinde istihdam etmemesi halinde, özel istihdam bürosu işçisinin asgari ücretten az olmamak üzere sözleşmede belirtilen ücretinin yarısını ödemek zorundadır.

Geçici iş ilişkisi sözleşmesine dayalı olarak çalıştırılan işçiler, 30 uncu maddenin uygulamasında işçi sayısına dâhil edilmez.

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisinde, bu madde hükümleri ile 7nci maddenin ikinci fıkrası hariç diğer hükümleri uygulanır.

21.04.2005 tarihli ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamına giren kurum ve kuruluşlara ait işyerlerinde bu madde hükümleri uygulanmaz.”

¹⁵⁶ 5920 sayılı kanunun veto gerekçesi; “İncelenen Kanun ile hüküm altına alınan mesleki anlamda geçici iş ilişkisi, esnek bir istihdam müessesesi olarak iş hukukumuza girerken, gerekçesinde de ifade edildiği üzere, Avrupa Parlamentosunun 2008/104/EC sayılı Direktifi esas alınmıştır... Ancak yapılan düzenlemede, söz konusu Direktifin temelini oluşturan istihdam ve çalışma şartlarında eşitlik esasının sağlanması ve dolayısıyla bu eşitliği bozacak uygulamaların yasaklanması yönünde hükümlere yer verilmemiştir. Böylece, düzenlemenin gerekçesi ile içeriği arasında bir çelişki doğmuştur. Diğer taraftan, mezkûr 7/A maddesinin ikinci fıkrasında “Özel istihdam büroları devredeceği işçi ile iş sözleşmesini, işçinin devredileceği işverenle geçici iş ilişkisi sözleşmesini yazılı olarak yapmak zorundadır. Bu sözleşmelerde yer alması gereken hususlar Türkiye İş Kurumunca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir” hükmüne yer verilerek, maddede yer almayan hususların anılan Kurumca düzenlenmesine imkân sağlanmış ise de, mesleki anlamda geçici iş ilişkisi müessesesinin yapısı sebebiyle işçinin korunmasına yönelik kurallara Kanunda yer verilmesi, uygulamaya ilişkin ayrıntı ve teknik hususların ise yönetmeliğe bırakılması gerekmektedir. Aksi taktirde, yapılan düzenleme gerçek amacının dışında sonuçlar doğurabilecek ve madde

5920 sayılı kanunun veto gerekçesinde 2008/104/EC sayılı AB direktifinin temelini oluşturan istihdam ve çalışma şartlarında eşitlik sağlanamadığı ve dolayısıyla bu eşitliği bozacak uygulamaları yasaklayıcı hükümlere yer verilmemiştir. Ödünç iş ilişkisi uygulamasının yapısı sebebiyle işçinin korunmasına yönelik kuralların Kanunda düzenlenmesi ve bu uygulamaya ilişkin ayrıntı ve hususların yönetmeliğe bırakılması gerekmektedir. Aksi durumda, yapılan düzenlemenin gerçek amacının dışında sonuçlar doğurabilecek ve madde kapsamındaki işçilerin emeğinin istismarına ve insan onuruna yakışmayan olumsuz durumların ortaya çıkmasına ve çalışma barışının bozulmasına yol açabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca ödünç işçilerden ödünç iş ilişkisi kurulması aşamasında ve sonrasında herhangi bir ücretin istenmeyeceği dair bir düzenlemede mevcut değildir. Aynı zamanda bu çalışma biçiminde çalışanları sendikal haklarının tanımlanmadığı, ÖİB teminat bedelinin çok düşük meblağda olduğu belirtilmiştir¹⁵⁷. Ayrıca kanun metninde geçici iş ilişkisinin geçici işgücü talebini karşılamak amacıyla ÖİB'ler tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. Ödünç iş ilişkisinin amacını ortaya koyan bu tanımla, ödünç iş ilişkisinin sınırlarının belirlenmesinde hareket noktasını oluşturmalıdır. Ancak söz konusu düzenlemeyle getirilen süre sınırlaması başvurma durumlarını sınırlamada yeterli değildir¹⁵⁸.

Ayrıca veto gerekçesinde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisine Cumhurbaşkanı'nın karşı olmadığı görülmekle birlikte, bazı eksiklerini giderilmesine yönelik olarak meclise geri gönderildiği belirtilmelidir. Nitekim veto gerekçesine dikkatle bakıldığında veto edilen kanun maddesinin, çalışanlar arasında istihdam ve çalışma koşullarında eşitlik sağlama yönünde AB'nin mesleki ödünç iş ilişkisini düzenleyen 2008/104/EC sayılı direktifiyle uyumsuz olduğu temel neden olarak

kapsamındaki işçilerin emeğinin istismarı, insan onuruna yakışmayan durumların doğması gibi Kanunun amaçlamadığı olumsuz uygulamalara ve çalışma barışının bozulmasına yol açılabilecektir. Yayımlanması yukarıda açıklanan gerekçelerle uygun görülmeyen 5920 sayılı "İş Kanunu, İşsizlik Sigortası Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", 1 inci maddesinin Türkiye Büyük Millet Meclisince bir kez daha görüşülmesi için, Anayasanın değişik 89 ve 104 üncü maddeleri uyarınca ilişkide geri gönderilmiştir" Bkz. <http://www.abdullahgul.gen.tr/aciklamalar/252/69126/5920-sayili-kanun.html> (Erişim, 12.09.2018).

¹⁵⁷ Murat Şen (2014), "Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan (Meslek Edinilmiş) Geçici İş İlişkisi", *MÜHFD*, C. III, S. 1, s. 17.

¹⁵⁸ Mahmut Kabakçı, *a.g.m.*, s. 96.

gösterilmiştir. Bununla birlikte taraflar arasında yapılacak sözleşmede yer alacak olan hususların yönetmeliğe bırakılmış olması ikinci bir neden olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵⁹.

2.2.3. 6111 Sayılı Kanunun Tasarı Metninde Yer Alan Düzenleme

5920 sayılı kanunun ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi ile ilgili veto edilen hükme, veto gerekçelerini karşılayan eklemeler yapılarak, kapsamından dolayı kamuoyunda torba kanun veya paket kanun olarak adlandırılan kanun ile tekrardan gündeme getirilmiştir¹⁶⁰.

13.02.2011 tarih ve 6111 Sayılı Kanun¹⁶¹ ile hazırlanan yeni teklifte ödünç iş sözleşmelerinde yer alacak hususların Türkiye İş Kurumu'na çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği ibaresi çıkarılmıştır. Ayrıca ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışanlara emsal işçiden farklı bir işlem yapılamayacağı, istihdam ve temel çalışma koşulları bakımından işletmede normal olarak işe alınmış olsalardı ne gibi haklara sahip olacaklarsa o haklara sahip olacakları düzenlenmiştir¹⁶². Ayrıca ÖİB tarafından verilen hizmetlerin ücretsiz olarak sunulacağı düzenlenmiş olmasına rağmen, dönemin Çalışma Bakanı tarafından söz konusu düzenlemenin tasarıdan çıkarıldığı açıklanmıştır¹⁶³.

2.2.4. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisine Yönelik Yapılan Bazı Tasarı Taslaklarında Yer Alan Düzenleme

Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na bağlı Çalışma Genel Müdürlüğü'nün koordinasyonu altında Kasım 2011'de ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi ile ilgili olarak bir çalışma grubu kurulmuştur. Bu çalışma grubu tarafından

¹⁵⁹ Alpay Hekimler, *Özel İstihdam...*, s. 63.

¹⁶⁰ Pir Ali Kaya, "6111 Sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (Torba Kanun) ile 4857 Sayılı İş Kanunu ve Bu Kanun Çerçevesinde Diğer Bazı Kanunlarda Yapılan Değişikliklerin Kısaca Değerlendirilmesi," *Ankara Sanayi Odası Yayın Organı*, Mart-Nisan, 2011, s. 64.

¹⁶¹ Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G. 25.02.2011, S. 27857(Mükerrer)

¹⁶² Murat Şen, *Meslek Edinilmiş...*, s. 18.

¹⁶³ Erdem Özdemir (2010). "Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl ?", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 18, Haziran, 2010, s. 20.

“4857 sayılı İş Kanunun bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkındaki kanun tasarısı ile geçici iş ilişkisinin özel istihdam büroları aracılığı ile yapılmasına yönelik İş Kanunu ve 4904 sayılı İşKur kanununda değişiklik yapan kanun tasarısı,” taslağını hazırlanmıştır. İlgili taslak metninde 4857 sayılı İşK’nın 7. maddesi değiştirilmek suretiyle ödünç iş ilişkisinin iki türünün de kaleme alındığı görülmektedir¹⁶⁴. Taslak

¹⁶⁴ “MADDE 7-Geçici iş ilişkisi; özel istihdam bürosunun, iş sözleşmesi düzenlediği işçisini, geçici işgücü talebini karşılamak amacıyla bir başka işverene devridir. Bu faaliyet Türkiye İş Kurumu tarafından izin verilen özel istihdam büroları tarafından yerine getirilir.

Geçici iş ilişkisinde, işveren özel istihdam bürosudur. Büro, çalıştıran işveren ile geçici işçi temin sözleşmesi düzenlemek kaydıyla, işçisini, iş görme edimini yeri-ne getirmek üzere devredebilir. Ancak, 21.4.2005 tarihli ve 5335 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarında bu kapsamda işçi çalıştırılmaz.

Geçici iş ilişkisi;

a) İş sözleşmesi devam eden işçinin herhangi bir nedenle iş görme edimini yerine getirememesi veya işletmenin iş hacminin öngörülemez şekilde artması halinde,

b) Aralıklı olarak gördürülen kısa süreli işlerde veya iş güvenliği bakımından acil işlerde veya işletmenin günlük işlerinden sayılmayan işlerde veya mevsimlik işlerde kurulabilir.

Yüzden fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde, işveren tarafından geçici iş ilişkisine dayalı çalıştırılan işçi sayısı, işyerinde çalıştırılan işçi sayısının beşte birini geçemez. İşçi sayısının tespitinde, kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülmek suretiyle hesaplanır. Geçici işçi temin sözleşmesi ile çalışan büro işçisi, 30 uncu maddenin uygulanmasında büro ve çalıştıran işverenin işçi sayısına dâhil edilmez.

İlk defa düzenlenecek geçici iş ilişkisi dört ayı geçemez. Geçici iş ilişkisi ihtiyacının devam etmesi halinde sözleşme, toplamda on iki ayı geçmemek üzere en fazla üç defa yenilenebilir. Çalıştıran işveren, belirlenen sürenin sonunda aynı iş için altı ay geçmedikçe geçici işçi çalıştıramaz.

Çalıştıran işveren, iş sözleşmesi feshedilen işçisini fesih tarihinden itibaren altı ay içerisinde geçici iş ilişkisi ile çalıştıramaz.

Büro işçisi;

a) Dayanışma aidatı ödemek suretiyle işyerinde toplu iş sözleşmesi ile sağlanan haklardan ve ulaşım, çocuk bakımı, eğitim, iş sağlığı ve güvenliği gibi işverenin sağladığı tüm hizmetlerden emsal işçi ile eşit ölçüde yararlanır.

b) İş sözleşmesinden doğan iş görme edimini çalıştıran işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olup, kusuru ile sebep olduğu işyerine ve işe ilişkin zarardan çalıştıran işverene karşı büro ile birlikte sorumludur.

c) Büro adına herhangi bir sözleşme yapamaz, çalıştıran işverenden büronun hizmet bedeline mahsup edilmek üzere avans veya borç alamaz.

Çalıştıran işveren,

a) Büro işçisine işin gereğine ve geçici işçi temin sözleşmesine uygun talimat verme yetkisine sahiptir.

b) Büro işçisini işyerindeki açık iş pozisyonlarından haberdar etmekle, Türkiye İş Kurumu tarafından tespit edilecek belgeleri belirlenen sürelerde saklamakla, büro işçisine, işle ilgili gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür.

c) Büro işçisinin iş kazası ve meslek hastalığı hallerini büroya ve kolluk kuvvetlerine derhal, Sosyal Güvenlik Kurumuna 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 13 ve 14 üncü maddelerine göre bildirmekle yükümlüdür.

d) Çalıştıran işveren, çalışma süreleri, fazla çalışma, ara dinlenmeleri, gece çalışması ve işyerinde yapılacak mesleki eğitim ve yıllık izin de dahil olmak üzere tüm çalışma koşulları açısından işyerinin kendi işçisiyle emsal iş yapan büro işçisi arasında ayırım yapamaz.

Büro ve çalıştıran işveren, bu Kanunun 77 nci ve 85 inci maddelerde öngörülen eğitimleri vermekle, büro işçisi de bu eğitimlere katılmakla yükümlüdür.

İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması

metninde ÖİB'lere ödünç iş ilişkisi kurma hakkının tanınacağı ve ÖİB'lere ödünç iş ilişkisi kurmak amacıyla işçi ile aralarında iş sözleşmesi düzenleyebileceği ve ödünç işçi sağlama sözleşme ile de ödünç alan işverene devredebileceği ifade edilmiştir. Burada işverene ÖİB, iş sözleşmesi imzalanan işçiye büro işçisi ve işçiyi ödünç iş ilişkisi kapsamında çalıştıran işverene ise çalıştıran işveren denilmiştir. Düzenlemede ödünç alan işverenle ÖİB arasındaki ilişki geçici işçi sağlama sözleşmesi olarak nitelendirilmiş ve süresi 4 ay olarak sınırlandırılmış ve en fazla iki defa yenilenebileceği belirtilmiştir.

Ödünç alan işverenin tüm çalışma koşulları açısından ÖİB işçisi ile işyerindeki emsal işçi arasında ayırım yapamayacağı, ÖİB işçisinin dayanışma aidatını ödemesi halinde işyerinde imzalanmış olan toplu iş sözleşmesinden emsal işçi ile eşit şekilde yararlanabileceği belirtilmiştir¹⁶⁵. Ancak bilindiği gibi hukuk sistemimizde işçinin işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi için toplu iş sözleşmesine taraf olan işverenin işçisi olması gerekmektedir. Ancak ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde böylesi bir durum söz konusu değildir. Konuyla ilgili yaygın görüşe göre ÖİB işçisi, ödünç alan işverenin işçisi olmadığında söz konusu madde hükmünün hukuk sistemimizle uyumlu olamayacağı ve dolayısıyla bu madde hükmünün uygulanmayacağı ifade edilmiştir¹⁶⁶.

2013 yılına gelindiğinde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisine yönelik çalışmalar devam etmiştir. Nitekim 2013 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan¹⁶⁷ Onuncu Kalkınma Planı'nın 322. paragrafında "AB normları çerçevesinde ÖİB aracılığıyla geçici iş ilişkinin yaygınlaştırılacağı" ifade edilmiştir. Ayrıca ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisine yönelik olarak sosyal tarafların görüşlerinin alım

koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde özel istihdam bürosunun aracılığı aranmaz. Bu durumda işveren özel istihdam bürosunun, devredilen işçi ise özel istihdam bürosu işçisinin hak ve yükümlülüklerine sahiptir. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözet-me borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumludur. İşçi, işyerine ve işe ilişkin olup kusuru ile sebep olduğu zarardan geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı sorumludur".

¹⁶⁵ Murat Şen, "Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi" *İşveren Dergisi*, Eylül-Ekim, 2013, s. 67-68.

¹⁶⁶ Nurşen Caniklioğlu, "İş Kanununda Değişiklik Öngören Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Esnek Çalışma Biçimlerine İlişkin Tasarıların Genel Bir Değerlendirilmesi", *İşveren*, C. 50, S. 1, Ocak-Şubat, 2012, s. 57.

¹⁶⁷ Bkz. 6 Temmuz 2013 Tarih ve 29162 Sayılı RG. Mükerrer

sürecinin tamamlanmasının ardından, sosyal tarafların görüşleri doğrultusunda söz konusu çalışma biçimine yönelik mevzuat çalışmalarının sürdürüleceği belirtilmiştir.

Bu noktadan sonra ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi sosyal tarafların görüşlerine sunulmaya ve tarafların ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi üzerinde bir uzlaşma yoluna gidilmesi için çalışmalar başlatılmıştır. 2014 yılında hazırlanan bir diğer taslak metninde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi, İşKur tarafından izin verilen ÖİB tarafından, işçisini geçici olarak ödünç alan işverene yazılı devri ile kurulur. ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi evde görülen temizlik işleri, yasta, yaşlı ve çocuk bakım işlerinde süre sınırı aranmaksızın, mevsimlik tarım işlerinde ise yıl içerisinde en fazla altı ay için kurulabilir şeklinde düzenlenmiştir. Ancak bu tasarı da yasalaşmadan metin halinde kalmış ve hükümet ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi için yeni bir strateji belirleyerek sosyal tarafların görüşüne sunmuş ve bir uzlaşma arayışı içine girmiştir.

Bu noktadan sonra ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi sosyal tarafların görüşlerine sunulmaya ve tarafların ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi üzerinde uzlaşma yoluna gidilmesi için çalışmalar başlatılmıştır. İşçi ve işveren örgütlerinin katılımıyla gerçekleştirilen toplantılardan bir uzlaşma çıkmamıştır. İşveren örgütlerinin destek verdiği bu çalışma biçimine, Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) ve Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Türk-İş) şiddetle karşı çıkarken, Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Hak-İş) belirli şerhler koyarak karşı çıkmıştır. ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisine yönelik taslak metninde uzlaşma çıkmaması üzerine 2015 yılı Ocak ayında bir kanun tasarısı ile meclise sevk edilmiştir. Tasarının komisyon çalışmaları tamamlanmış olmasına rağmen, ülkenin yoğun gündemi ve 7 Temmuz 2015 seçimlerinden önce gündeme alınmamıştır. 1 Kasım 2016 tarihinde yapılan seçimlerin ardından hükümet tarafından ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi yeni bir tasarı ile 2016 Şubat ayında meclise sevk edilmiştir¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Onur Bakır, “Forum: Türkiye’de Kiralık İşçilik ve Özel İstihdam Büroları”, *Emek Araştırma Dergisi (GEAD)*, C. 8, S. 11, Haziran-2017, s. 130.

2.2.5. 6715 Sayılı Kanunda Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisine Yönelik Yapılan Düzenleme

Şubat 2016 da meclise sevk edilen yasa işçi kesiminin gösterdiği tepkilere rağmen 6715 sayılı “İş Kanunu İle Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile 06.05.2016 tarihinde meclis tarafından kabul edilerek, 20 Mayıs 2016 tarih ve 29717 sayılı RG’ de yayımlanarak¹⁶⁹ yürürlüğe girmiştir. 6715 Sayılı Kanunun 1. maddesiyle 4857 sayılı İş Kanunu’nun ödünç iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesi, geçici (ödünç) iş ilişkisi başlığı altında yeniden düzenlenmiştir. İlgili düzenleme uyarınca ödünç iş ilişkisi “ÖİB aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirilmek suretiyle kurulabilir” şeklindedir. Ayrıca 6715 sayılı kanunla 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu’nun 17. 18. 19. ve 20. maddeleri yeniden düzenlenmiştir.

Bu düzenleme uyarınca 6715 sayılı Kanunun 7. maddesiyle 4904 sayılı İşKur Kanunu’nun 17. maddesi değiştirilmiş ve ÖİB’lerin kurulması, faaliyet alanı, ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin verilmesi ile denetimi gibi düzenlemelere yer verilmiştir. 6715 sayılı kanunun 8. maddesiyle 4904 sayılı kanunun 18. maddesi değiştirilmiş ve ÖİB açma ve ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin iptaline ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. 6715 sayılı kanunun 9. maddesiyle 4904 sayılı kanunun 19. maddesi değiştirilmiş ve ÖİB’lerin hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir. Son olarak 6715 sayılı kanunun 10. maddesi ile 4904 sayılı kanunun 20. maddesi değiştirilmiş ve yapılan düzenlemeyle idari para cezalarına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ek olarak ÖİB’lerin kuruluş ve işleyişlerine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı ÖİBY 11 Ekim 2016 tarihli ve 29854 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak¹⁷⁰ yürürlüğe girmiştir.

Türkiye’de söz konusu çalışma biçiminin yasal zemine kavuşturulması, yukarıdaki açıklamalarda da görüldüğü üzere kolay olmamıştır. Yapılan

¹⁶⁹ “6715 Sayılı İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, RG. 20 Mayıs 2016, Sayı: 29717, Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/05/20160520-24.htm> (Erişim, 20.08.2018)

¹⁷⁰ “Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği”, RG. 11 Ekim 2016, S. 29854, Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/10/20161011-1.htm> (Erişim, 20.08.2018)

düzenlemenin bu kadar zaman alması eleştirilebilir ancak batı ülkelerinde de benzer durumun yaşandığı görülmektedir. Hatta AB'nin bu konudaki direktifinin bile çeşitli girişimlerden sonra ancak 2008 yılında kabul edilmiştir. ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin yasalaşması sürecinde özellikle işçi sendikalarının gösterdiği tepkilerin payı çok fazladır. Öte yandan ödünç iş ilişkisinin mesleki faaliyet olarak yürütülmesine yasal bir düzenlemenin olmadığı dönemlerde bile bu yoldan iş ve işçi bulmaları artan esneklik arayışına bağlı olarak ortaya çıkmış olmakla birlikte, bazı kişilerin ve kurumların bu faaliyeti fiilen ve denetimsiz bir şekilde uyguladığı görülmektedir. Bu alanda süregelen başıboş faaliyetleri sınırlayarak yasal bir çerçeveye oturtmak, hem ödünç işçilerin korunması hem de bu sektörün kayıt altına alınarak denetlenmesi önem arz etmiştir¹⁷¹.

Nihayet ülkemizde bu çalışma biçimi 2016 yılında kabul edilen 6715 sayılı kanunla yasal zemine kavuşturulmuştur. Bu faaliyeti yerine getirecek olan ÖİB'lerin öncelikle ilgili kurumdan izin almış olması gerekmektedir. Bu kapsamda ÖİB'lerin açılması, faaliyet izni, denetlenmesi ve kapatılmasına yönelik düzenlemelerin 4904 sayılı kanunda yer aldığı görülmektedir.

2.2.5.1. Ödünç İş İlişkisi Kurmaya Yetkili Özel İstihdam Bürolarının Açılması, Faaliyet İzni, Mali Sorumluluğu ve İznin İptali

Yukarıda da ifade edildiği gibi ülkemizde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi 6715 sayılı kanunla kabul edilmiş ve bu faaliyeti yürütmek isteyen ÖİB'lerin öncelikli olarak İşKur'dan izin almış olması ve ÖİBY' de belirtilen şartları yerine getirmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla bu başlık altında sadece ödünç iş ilişkisi faaliyetini yerine getirmek isteyen ÖİB'lerin açılması, faaliyet izni, mali sorumluluğu ve verilen iznin iptali gibi konular üzerinde durulacaktır.

2.2.5.1.1. Ödünç İş İlişkisi Kurmaya Yetkili Özel İstihdam Bürolarının Açılması ve Faaliyet İzni

ÖİBY'nin 3. maddesi uyarınca ÖİB'ler ödünç iş ilişkisi faaliyetini yürütmek amacıyla kurumdan faaliyet izin almış olan gerçek veya tüzel kişiler aracılığıyla

¹⁷¹ Toker Dereli. "Geçici İş İlişkisinin Özel İstihdam Büroları Aracılığı İle Kurulmasına İlişkin Yeni Düzenleme Önerileri", *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, Mart-2012, Yıl. 7, S. 25, s. 11.

kurulmaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere ÖİB’ler hem gerçek hem de tüzel kişiler tarafından kurulabilecektir. Öncelikli olarak gerçek veya tüzel kişilerin ÖİB’lerin faaliyet izni için 4904 sayılı kanunun 17. maddesi ile ÖİBY’nin 12. maddesinde düzenlenmiş olan şartları yerine getirmiş olması gerekmektedir.

Bu kapsamda gerçek ve tüzel kişilerde aranacak şartlar 4904 sayılı kanunun 17. maddesi ile ÖİBY’nin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca gerçek veya tüzel kişilerin özel istihdam bürosu açmak için başvuru formuyla birlikte; T.C. kimlik numarası beyanı, yabancı kişiler için ise ilgili bakanlıktan alınmış çalışma izni ile en az lisans düzeyinde öğretim belgesi, yurt dışı okullardan mezun olanlar için yeminli mütercimlerce Türkçe’ye tercüme edilmiş diploma örneği, yetkili kişi veya kişilerin müflis ve konkordato ilan edilmediklerine dair belge, yetkili kişilerin büro açmaya engel suçlardan ceza¹⁷² almadıklarına dair adli sicil kaydı, büroda nitelikli personel çalıştırma ve bu personellerin yönetmelikte belirtilen koşulları taşıdığına dair belge, ÖİB’lerin uygun mekan veya internet sayfasına ve gerekli teknik donanımına sahip olduklarına dair belge beyanı, yetkili kişilere ait imza sürküsü, vergi numarası gibi belgeler istenmektedir. Ayrıca kurum tarafından istenmesi durumunda söz konusu belgeleri ispatlayıcı belgelerinde kuruma sunulması gerekecektir. Yukarıda sayılan belgelerin tamamının aslı ibraz edilmek şartıyla kurumca onaylanması gerekmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta ÖİB’lerin kuruluş şartları sayılırken “uygun bir işyeri veya internet sitesine” sahip olması zorunluluğudur. Diğer bir anlatımla ÖİB açmak için özellikle uygun bir işyerine gerek görülmemekte, sadece internet sitesine sahip olması yeterlidir. Bu durumla ilgili olarak 2016/1 Sayılı ÖİB Genelge’sinde¹⁷³ internet sitesi üzerinden faaliyet göstermek isteyen bürolarında kurumdan ÖİB izin belgesi almış olması gerekmektedir. İnternet üzerinden faaliyet gösteren büroların merkez ve şubeleri, faaliyetlerine başladıkları tarihte internet

¹⁷² Yetkili kişilerin; 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamaları ve buna dair yazılı adli sicil beyanı.

Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/10/20161011-1.htm>

¹⁷³ <https://media.iskur.gov.tr/19983/ozel-istihdam-burolari-genelgesi.docx> (Erişim, 23.04.2019)

sitelerinin ana sayfasında kurumun hangi tarih ve numaralı izin belgesi ile faaliyet gösterdiğine, izni veren il müdürlüğünün iletişim bilgilerine, 4904 sayılı Kanun uyarınca iş arayanlardan ücret alınmasının yasak olduğu ibaresine ve Kurumca belirlenen ÖİB logosuna herkesin görebileceği bir şekilde yer vermek zorundadır.

ÖİB'lerin faaliyet izni için yerine getirilmesi gereken diğer koşullarla birlikte teminat miktarının, ÖİBY'nin 13. maddesinde düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre ÖİB'lere izin verilebilmesi için kurumun alacağını bulunmaması, kurumca belirlenen masraf karşılığının ödenmiş olması ve başvuru tarihinde istenilen teminatların verilmiş olması gerekmektedir. Söz konusu teminat tutarının başvuru tarihinde brüt asgari ücretin¹⁷⁴ yirmi katına denk gelen miktarın verilmesi gerekmektedir. İlgili kurumun değerlendirmesi sonucunda belgelerinde eksiklik bulunmayanlar ve gerekli teminatları göstermiş olup bu teminat tutarlarını yatırmış olan ÖİB'lerin faaliyet izni verilmiş olacaktır. Ayrıca yetkili kişilerin nitelikli personel için gerekli olan şartları taşımaları durumunda nitelikli personel olacakları bu madde kapsamında değerlendirilmiştir.

Önemle belirtelim ki, ÖİB'lerin kuruluşlarına ilişkin yukarıda sayılan şartları yerine getirmeleri sonucu almış oldukları izin sadece aracılık faaliyetine yöneliktir. ÖİB'lerin faaliyet izni ile ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunmak için aldığı yetki izni birbirinden farklıdır. Faaliyet izni, ÖİB'lerin kuruluş ve faaliyet göstermesi için gerekli olan temel izin konumundadır. Dolayısıyla ödünç iş ilişkisi faaliyetini yürütmek amacıyla kurulmuş olan ÖİB'lerin öncelikli olarak faaliyet iznini almış olması gerekmektedir. Sonrasında ise ÖİB'ler ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunmak için kurum tarafından yetkilendirilmesi gerekli olup, söz konusu yetki için gerekli olan şartlar ÖİBY' nin 14. maddesinde belirtilmiştir.

2.2.5.1.2. Ödünç İş İlişkisi Kurmaya Yetkili Özel İstihdam Barolarının Mali Sorumluluğu

Yukarıda belirtilen şartları yerine getiren ÖİB'lerin ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunabilmesi için ÖİBY'nin 14. maddesinde belirtilen ödünç iş ilişkisi

¹⁷⁴ 01.01.2019 tarihi itibarıyla brüt asgari ücret 2.029 (iki bin yirmi dokuz) TL olduğundan ÖİB izni almak için ödenmesi gereken teminat tutarı bugün itibarıyla 40.58 (kırk bin elli sekiz) TL olarak hesaplanmaktadır.

faaliyetinde bulunmak için gerekli şartları yerine getirmesi gerekmektedir. ÖİBY'nin 14. maddesine göre başvuru tarihinden önceki iki yıl süresince kesintisiz faaliyet gösteren kuruma kayıtlı ÖİB'lere kurum tarafında yapılan inceleme sonucunda olumlu rapor düzenlenmesi, ödünç iş ilişkisi faaliyeti içinde bulunak için başvuru tarihinde brüt asgari ücretin¹⁷⁵ iki yüz katına denk gelen teminat tutarının ödenmiş olması, kurum alacağının bulunmaması, vadesi geçmiş vergi borcunun bulunmaması, uygun bir işyerine sahip olunması gibi şartları yerine getiren ÖİB'lere ödünç iş ilişkisi kurma yetkisi verilebilecektir. Ayrıca başvuru tarihinden önceki altı boyunca faaliyette bulunan ÖİB'lere bakanlıkça uygun görülmesi durumunda ve ÖİBY'nin 14. maddesinde belirtilen şartları yerine taşıması durumunda ve ödünç iş ilişkisi faaliyeti içinde bulunmak için ödenmesi gereken teminat miktarının iki katı¹⁷⁶ tutarında teminat vermesi şartıyla söz konusu ÖİB'lere de ödünç iş ilişkisi kurma izni verilebilecektir.

ÖİB'lere faaliyet izni ile ödünç iş ilişkisi faaliyeti içinde bulunmak için yapılan başvurular kurum tarafından gerekli görülmesi durumunda yerinde tespit ve inceleme yapılarak bir ay içerisinde sonuçlandırılacaktır. İnceleme sonucunda uygun bulunan ÖİB'lerin faaliyet alanları sisteme kayıt edilerek kurumun internet sitesinden ilan edilecektir. ÖİB'lere verilen izinler üç yıllık süreyle geçerli olup bu sürenin sonunda faaliyetlerine devam etmek isteyen ÖİB'lerin iznin sona ereceği tarihten en az on beş gün önce yazılı talepte bulunması ve başvuru için gerekli şartları taşıması ve son belirlenen teminat tutarına göre eksik kalan miktarın ödenmesi şartıyla ÖİB'lere üç yıllık süreyle yeniden faaliyet izni verilecektir.

Bugün ülkemizde ÖİB aracılığıyla ödünç ilişkisi faaliyetini yerine getiren 25 ÖİB bulunmaktadır. Bu sayı yetki izni almış ÖİB'lerin şubeleriyle birlikte 56 olmaktadır¹⁷⁷.

¹⁷⁵ 01.01.2019 tarihi itibarıyla brüt asgari ücret 2.029 (iki bin yirmi dokuz) TL olduğundan ödünç iş ilişkisi faaliyeti içinde bulunmak için ÖİB'in ödemesi gereken teminat tutarı bugün itibarıyla 405.800 (dört yüz beş bin sekiz yüz) TL olarak hesaplanmaktadır

¹⁷⁶ Ödünç iş ilişkisi faaliyeti içinde bulunmak için 01.01.2019 tarihi itibarıyla 405.800 TL olarak hesaplanan teminat bedelinin iki katı tutarı yani 811.600 TL olarak hesaplanan teminat bedelinin verilmiş olması gerekmektedir.

¹⁷⁷ ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi faaliyetini yerine getirmek için faaliyet izni alan bürolar için Bkz. <https://www.iskur.gov.tr/ozel-istihdam-burolari/acik-kapali-buro-listesi/>, (Erişim, 23.04.2019)

2.2.5.1.3. Ödünç İş İlişkisi Kurmaya Yetkili Özel İstihdam Barolarına Verilen İznin İptali

4904 sayılı kanunun 18. maddesi ile ÖİBY'nin 28. maddesinde ÖİB'lere verilen ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin hangi sebeplerle iptal edileceği düzenlenmiştir. Konuya ilişkin 4904 sayılı kanun ile ÖİBY'nin ilgili maddeleri incelendiğinde bazı hallerin tespiti durumunda iznin derhal, bazı hallerde ise yapılan ihlalin tekrarı şartı aranmıştır.

ÖİB'ler ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunabilmesi için öncelikli olarak kuruluş iznini almış olması gerekmektedir. Bu iznin iptali durumunda ödünç iş ilişkisi kurma yetkisi alan büronun bu faaliyeti sürdürmesi mümkün değildir. Nitekim bu durum 4904 sayılı kanunun 18. maddesi ile ÖİBY'nin 28. maddesinde düzenlenmiş olup, bu durumun tespiti durumunda ödünç iş ilişkisi kurmak için verilen faaliyet izni derhal iptal edilir.

Ödünç iş ilişkisi yetkisinin bir diğer derhal iptal nedeni ise, ödünç iş ilişkisi kurulan işçi sayısının yüzde onunun ücretinin, ödeme gününden itibaren mücbir bir nedene dayanmaksızın yirmi gün içinde ödenmemesi olarak belirtilmiştir. Burada yüzde on olarak ifade edilen işçi sayısının nasıl tespit edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Konuya ilişkin kanun gerekçesinde verilen örnekten¹⁷⁸ hareket edildiğinde ÖİB'in işyerlerine ödünç iş ilişkisi kapsamında gönderdiği ödünç işçilerin sayısının tamamının baz alınması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

4904 sayılı kanunun 18. maddesi ile ÖİBY'nin 28. maddesinde sayılan bazı ihlallerin tekrarı durumunda ÖİB'lerin ödünç iş ilişkisi kurma yetkisi iptal edilecektir. Bunlardan birincisi ödünç alan işveren ile yapılan ödünç işçi sağlama sözleşmesi ile ödünç işçi ile yapılan iş sözleşmesinin yazılı yapılması şartına uyulmamasıdır. Bir diğeri ödünç iş ilişkisine yönelik olarak 4857 sayılı İşK'nın 7. maddesinde yer alan sürelerle uyulmaması durumudur. Bir başka durum ise 4857 sayılı İşK'nın 5. maddesinde yer alan eşit işlem ilkesine aykırı davranılmasıdır. Son olarak karşımıza çıkan durum ise kayıt dışı ödünç işçi çalıştırıldığının tespit

¹⁷⁸ Yüzelli işçisini geçici (ödünç) işçi olarak işyerine gönderen özel istihdam bürosunun onbeş işçisinin ücretini mücbir sebeplere dayanmaksızın ödememesi durumunda geçici (ödünç) iş ilişkisi yetkisi iptal edilecektir.

edilmesidir. Sayılan bu hallerde ödünç iş ilişkisi yetkisinin iptal edilmesi için son fiilin tespit tarihinden itibaren geriye yönelik iki yıl süre içinde aynı bentlere üç kez veya ayrı bentlere altı kez aykırı davranılmış olması gerekmektedir. Konuya ilişkin kanunun gerekçesinde sayılan bu hallerde ÖİB'lerin kapatılmasının ağır yaptırım olacağından kapatma ve buna bağlı olarak ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin belirli sayıda tekrar durumunda gerçekleştirileceği ifade edilmiştir.

2.3. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinin Kurulabileceği Haller ve Kurulamayacağı Haller

ÖİB'ler yukarıda belirtilen şartları yerine getirmeleri ve istenilen mali teminatları kuruma yatırmaları durumunda ödünç iş ilişkisi faaliyetine başlayabileceklerdir. Bu başlık altında ÖİB'lerin yasal olarak ödünç iş ilişkisi faaliyetlerini hangi hallerde yerine getireceği ve hangi hallerde yerine getiremeyeceği üzerinde durulacaktır.

6715 Sayılı Kanunun 1. maddesiyle 4857 sayılı İş K'nın 7. maddesinde yapılan değişiklikle ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulacağı haller, süreler ve işçi sayısına ilişkin düzenleme aşağıda detaylı şekilde incelenecek olmakla birlikte, ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği hallerin yedi farklı şekilde düzenlendiği ve bu düzenlemelerin süre ve işçi sayısı bakımından farklılık gösterdiği görülmektedir.

Ayrıca söz konusu kanun maddesinde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin yasak olduğu hallerde belirtilmiştir. ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin yasak olduğu hallerin altı farklı şekilde düzenlendiği ve bu hallerin süre bakımından farklı olduğu görülmektedir.

2.3.1. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinin Kurulabileceği Haller

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin tümüyle serbest bırakılması bir iş yerinde belirsiz süreli çalışanların yerini alacağı düşüncesiyle İşK md. 7/2 fıkrası ile ÖİBY md. 5 uyarınca bu hukuki kurumun kurulmasına yönelik bazı sınırlamaların getirildiği görülmekle birlikte hangi hallerin ortaya çıkması sonucu kurulacağı

düzenlenmiştir. Böylesi bir düzenlemenin altında yatan temel düşünce ise sürekli istihdamın yerini alacağı endişesidir. Böylesi olumsuz bir durumun ortaya çıkmaması için hukuk sistemlerinde farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Bunlardan ilki işverenin, ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurma serbestisini hakkın kötüye kullanılması teorisiyle sınırlandırılmasıdır. Yani işvereni bu çalışma biçimine başvurmasını serbest bırakıp sadece hakkın kötüye kullanılmasının mevcut olduğu duruma özgü bir denetimin öngörülmesidir. İkincisi ise ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin hangi hallerde ve hangi sürelerle kurulacağının kanunla belirlenmiş olmasıdır¹⁷⁹.

Ülkemizde hakkın kötüye kullanılması teorisi benimsenmemiş olup hangi hallerde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği sınırlı sayım yöntemi ile belirlenmiştir. Bunun nedeni alt işverenlik ilişkisiyle tecrübe edilmiş olan muvazaa denetiminin etkin olarak uygulanamamasıdır. Kanunun ve Yargının açık düzenlemesine rağmen asıl işveren alt işveren ilişkisinde muvazaanın uygulamada devam ettiği ve bu durumun ise işçiler tarafından açılan davalarda tespit edildiği görülmektedir. Türk hukukunda ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin hangi hallerde ve hangi sürelerle kurulacağı Fransız modeli ve 2008/104 sayılı AB direktifinden esas alınmıştır. ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin hangi hallerde ve hangi sürelerle kurulacağının sınırları kanunla açık olarak belirlenmiştir. Ayrıca 2008/104 sayılı AB direktifinde ödünç iş ilişkisinin yasak veya sınırlı olduğu halleri tek tek saymak yerine, üye ülkelerin ödünç iş ilişkisini yasaklamaya veya sınırlandırmaya yönelik haller düzenlenmiştir. 2008/104 sayılı direktifin 4/1 maddesinde, ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilerin korunması, iş sağlığı ve güvenliği bakımından ortaya çıkan ihtiyaçlar, iş gücü piyasasını ihtiyaçları ve suiistimallerin engellenmesi şeklinde belirtilmiştir.

4857 sayılı İşK md. 7. maddesinde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin hangi hallerde ve sürelerde kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu anlamda İşK md. 7 ve ÖİBY md. 5 uyarınca ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulabileceği haller aşağıdaki tablodaki gibi sıralanmış olup her bir durum ayrı başlık altında incelenmiştir.

¹⁷⁹ Ali Güzel-Hande Heper, *a.g.m.* , s. 30.

Tablo 2.1: Yasal Olan Haller, Süreler ve İşçi Sayıları

ÖİB Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisi Kurulabilecek Haller	ÖİB Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinde Süre Sınırı	ÖİB Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinde Ödünç İşçi Sayı Sınırı
1. Hamilelik, Ebeveynlerin Kısmi Çalışması, Askerlik ve Diğer Askı Hallerinde	Hamilelik ve Ebeveyn İzni Süresince, Askerlik ve Askı Halleri Boyunca	İşçi Sayı Sınırı Olmaksızın
2. Mevsimlik Tarım İşlerinde	Süre Sınırı Aranmaksızın	İşçi Sayı Sınırı Olmaksızın
3. Ev Hizmetlerinde	Süre Sınırı Aranmaksızın	İşçi Sayı Sınırı Olmaksızın
4. İşletenin Günlük İşlerinden Sayılmayan ve Aralıklı Olarak Gördürülen İşlerde	Dört Aylık Süreyle Kurulabilir. İki Defa Uzatılabilir.	İşçi Sayı Sınırı Olmaksızın
5. İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Acil Olan İşlerde veya Üretimi Önemli Ölçüde Etkileyen Zorlayıcı Nedenlerin Ortaya Çıkması Halinde	Dört Aylık Süreyle Kurulabilir. İki Defa Uzatılabilir.	İşçi Sayı Sınırı Olmaksızın
6. İşletmenin Ortalama Mal ve Hizmet Kapasitesinin Geçici İş İlişkisi Kurulmasına Gerekli Olacak Ölçüde ve Öngörülemez Şekilde Artması Halinde	Dört Aylık Süreyle Kurulabilir. İki Defa Uzatılabilir.	Ödünç Alan İşveren Yanında Çalışan Mevcut İşçi Sayısının 1/4 Kadar
7. Mevsimlik İşler Hariç Dönemsellik Arz Eden İş Artışları Halinde	Dört Aylık Süreyle Kurulabilir. Uzatma Mevcut Değildir.	İşçi Sayı Sınırı Olmaksızın

Kaynak: 4857 Sayılı İşK 7. maddesi uyarınca derlenmiştir.

2.3.1.1. Hamilelik, Ebeveynlerin Kısmi Çalışması, Askerlik ve Diğer Askı Halleri

İşK md. 7/2-a bendi gereği İşK md. 13/5. fıkrası ile 74. maddesinde belirtilen hallerde ve iş sözleşmesi devam eden işçinin askerlik hizmeti halinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer tüm hallerde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir. Söz konusu 13/5. fıkrası ile 74. maddesinde belirtilen haller ilgili kanunda açıklanmıştır. Kanunun 74. maddesinde, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı hafta ve çoğul ebelik durumunda ise doğumdan önceki süreye iki hafta daha eklenerek toplamda on sekiz hafta çalıştırılmamalarının esas olduğu belirtilmiştir. Ayrıca kadın işçinin

istemesi durumunda on altı haftanın sonunda, çoğul gebelik halinde on sekiz haftanın sonunda kadın işçiye altı aya kadar ücretsiz izin verilebilecektir. Bu izin sadece gebelik durumunda değil, üç yaşından küçük çocuğu evlat edinme durumunda eşlerden birine veya söz konusu çocuğu evlat edinene verilebilecektir.

Üç yaşından küçük çocuğu evlatlık edinen kadın veya erkek işçiler ile doğum sonrası analık hali izninin bitmesinden sonra çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi üzere ve işçinin istemesiyle birinci doğumda 60, ikinci doğumda 120 gün ve sonraki doğumlarda ise 180 gün süreyle haftalık çalışma saatinin yarısı kadar izin verilecektir. Bu sürelerle, çoğul doğum halinde 30 gün eklenecektir. Ayrıca çocuğun engelli doğması durumunda ise bu süre 360 gün olarak uygulanacaktır. Bahsedilen bu sürelerin tamamında iş sözleşmesi askıya alınmış olup, bu işçilerin yerine askı süresince ödünç işçi çalıştırılabilecektir.

İşK md. 74. maddesinde belirtilen doğum izni ile doğum izninin bitiminden sonra alınmış olan altı aya kadar ücretsiz iznin bitmesinden sonra her ikisi de çalışan ebeveynlerden birine İşK md. 13/5' inci fıkrasında çocuğun mecburi ilköğrenim çağına gelene kadar kısmı süreli çalışma imkânı tanınmıştır. Bu imkândan üç yaşından küçük çocuğu evlat edinen kişilerde yararlanılabilecektir. Söz konusu durumlarda işçinin iş sözleşmesi askıda olmayıp, işçinin yarı zamanlı çalışması söz konusudur. Kanun koyucu tarafından tam süreli çalışmadan kısmı süreli çalışmaya geçilmesi durumunda kalan süreler için belirli süreli iş sözleşmesiyle başka bir işçinin çalışabileceğini öngörülmüş olup, bu durum objektif durum olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca kısmı süreli çalışmadan tam süreli çalışmaya geçilmesi durumunda işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. Ancak kanunda düzenlenen söz konusu durumlar için belirli süreli iş sözleşmesinin düzenlenmesi sıkıntılı gözükmektedir. Çünkü kısmı süreli çalışan işçinin ne zaman tam süreliye çalışmaya geçeceği ve belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin iş sözleşmesinin ne zaman sona ereceğinin belirsizlik oluşturmaktadır¹⁸⁰. Bu gibi durumlarda ödünç işçi çalıştırmak ödünç alan işveren açısından daha avantajlı olacaktır, çünkü ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisiyle ödünç alan işverene daha ucuz

¹⁸⁰ Orhan Ersun Civan, “Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 66, S. 2, 2017, s. 336.

ve daha az sorumluluk sunulmaktadır¹⁸¹. Kısmi zamanlı çalışan daimi işçi tam zamanlı çalışmaya başladığı anda ödünç iş ilişkisi sona erecek ve ödünç işçi iş sözleşmesiyle bağlı bulunduğu ÖİB'e tekrar dönecektir. Bu duruma özgü olarak belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan ödünç işçinin ödünç verilmediği dönemlerde de ücretinin ödeneceği Civan tarafından ifade edilse de kanunda böyle bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁸². Kanaatimizce ücret gelirinden başka bir geliri olmayan işçinin bu dönemdeki ücretinin verilmesi gerekmektedir.

İşK md. 7/2-a uyarınca ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulacağı bir başka durum ise, işçinin askerlik hizmetine gitmesi ve iş sözleşmesinin askıya alındığı diğer durumlardır. İşçinin askerlik nedeniyle iş sözleşmesi iki farklı şekilde fesih edilmektedir. Bunlardan ilki işçinin askerlik sebebi ile iş sözleşmesini feshederek işten ayrılması, diğer durum ise manevra, tatbikat vb. nedenlerle geçici olarak askere çağrıldığı veya kanuni ödev dolayısıyla iş sözleşmesinin askıya alınması durumudur (İşK md. 31). İlk durumda yani muvazzaf askerlik¹⁸³ görevi sebebiyle işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden askıya alınmadığından, iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal fesih etmiş sayılacaktır. Ancak bu fesih ihbar öneli gerektirmeksizin kendine özgü fesih biçimi olarak kabul edilmektedir¹⁸⁴. Bu nedenle iş sözleşmesini askerlik görevini yerine getirmek amacıyla fesih eden işçinin yerine ÖİB aracılığıyla ödünç işçinin çalıştırılması söz konusu değildir¹⁸⁵. Diğer durumlarda ise (geçici askerlik vb.) işçinin iş sözleşmesi fesih edilmediğinden ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir. Zira 4857 sayılı İşK'nın 31. maddesinde bu durumlar belirtilmiştir. Bu anlamda, işçinin bir yıllık kıdemi olması şartıyla muvazzaf askerlik görevi dışında manevra vb. geçici askerlik herhangi bir nedenle silah altına alınan ya da herhangi bir kanundan doğan çalışma görevi yüzünden işten ayrılabilen, bu durumlarda işçinin iş sözleşmesi işten ayrıldığı günden itibaren iki ay sonra işveren

¹⁸¹ Ali Güzel-Hande Heper, *a.g.m.*, s. 32.

¹⁸² Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...*, s. 337.

¹⁸³ Muvazzaf askerlik görevi geçici nitelikte sayılmayacağına iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğurmayacaktır. Bu nedenle muvazzaf askerlik görevine giden işçiler iş sözleşmelerini feshederek işten ayrılırlar ve iş sözleşmeleri askıda sayılmaz. Bkz. Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 547

¹⁸⁴ Aigül Nurmukhambetova, "İş Kanununun Yeni Düzenlemesi Karşısında Geçici İş İlişkisi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 2, 2017, s. 185.

¹⁸⁵ Nuri Çelik-Nurşen Caniklioğlu-Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 30. Basım, Beta yayıncılık, İstanbul-2017, s. 212.

tarafından fesih edilecektir. Söz konusu işçinin çalışma süresi bir yıldan fazla ise her yıl için iki gün eklenecek olup, toplamda doksan günü geçemeyecektir (İşK. 31). İşte bu iki aylık ve doksan günlük süreler kanuni askı hali sayıldığından işveren ödünç işçi çalıştırabilecektir¹⁸⁶.

İşK'nın 7/2-a hükmü uyarınca iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer tüm durumlarda ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir. İş sözleşmesinin askıya alınma nedenleri işçi kaynaklı olabileceği gibi işyerinden de kaynaklanmış olabilecektir¹⁸⁷. Belirtelim ki kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte işçiyle yapılan bireysel bir anlaşmadan kaynaklı olarak da (ücretsiz izin, vb.) iş sözleşmesi askıya alınabilir¹⁸⁸. Hatta toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ve sözleşmesel bir askı durumu da mevcut olabilmektedir. Nitekim kanunun gerekçesinde belirtildiği gibi iş sözleşmesinin askıya alınma durumları yıllık izin ve hastalık hali gibi işçinin iş görme borcunu yerine getiremediği dönemlerde sayılmıştır. Ayrıca bunların yanında işçinin yakalandığı bir hastalık halinde, gözaltına alınması ve tutuklanması durumunda, ücretli ve ücretsiz izinli olduğu tüm durumlarda işçinin iş sözleşmesi askıya alınmış olmaktadır. Daimi işçinin iş görme borcunu yerine getiremediği bu gibi durumlar belirli bir olgunun ortaya çıkması durumu olarak kabul edildiğinden belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi çalıştırılması imkânı da sağlamaktadır. Bu anlamda belirli süreli iş sözleşmesinin kurulabileceği hallerde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin de kurulabileceğinin kabul edilmesi gerekecektir¹⁸⁹.

Yukarıda değinilen bu gibi durumlarda ÖİB aracılığıyla ödünç işçi çalıştırılması söz konusu durumunun yasal süresi kadar olup her bir ilişkinin kendi süresiyle sınırlıdır. Nitekim yasada bu durumlar için kurulacak olan ödünç iş ilişkisinin süresine yönelik olarak “*a bendinde sayılan hallerin devamı süresince*” denilerek yasal sınırlama getirilmiştir (İşK md. 7/3). Ayrıca ödünç alan işveren

¹⁸⁶ Ş. Esra Baskan, “Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXI, S. 2, 2017, s. 20.

¹⁸⁷ Hamit Tiryaki, “İş Akdinin Askıya Alınması,” *Mali Çözüm*, S. 99, 2010, s. 333. <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/99malicozum/19%20hamit%20tiryaki.pdf> (Erişim, 13.09.2018)

¹⁸⁸ DİSK, “Kıralık İşçilik Anayasaya Aykırıdır!” *DİSK Raporu*, Haziran, 2016, s. 7.

¹⁸⁹ Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...*, s. 337.

belirtilen sürenin sonunda aynı iş için altı ay geçmedikçe yeniden ödünç işçi çalıştıramayacaktır.

4857 Sayılı İşK md. 7/2-a bendinde sayılan hallerde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin çalışma hayatında uygulama bulduğuna dair istatistiksel veriler mevcut değildir. Konuya ilişkin ödünç iş ilişkisi faaliyetinin yürütülen ÖİB’ler le yapılan görüşmelerde bu bent kapsamında ödünç iş ilişkisinin uygulamada daha sık talep edildiği, özellikle kadın çalışanların hamilelik nedeniyle iş sözleşmelerinin askıda olduğu dönemlerde bu çalışanların yerine ödünç işçilerin tercih edildiği yönündedir.

2.3.1.2. Mevsimlik Tarım İşlerinde

İşK md. 7/2-b bendi gereğince ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin mevsimlik tarım işlerinin tamamında değil yılın belli bazı dönemlerinde yapılan tarım işlerinde kurulacağı şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Örnek olarak pamuk veya fındık toplama veya karpuz hasadı zamanlarında ülkemizde yaşanan tarım işlerinde durum böyledir¹⁹⁰. Zaten söz konusu tarım işyerlerinde çalışan sayısının 50’den az olması durumunda iş kanunu uygulanmamaktadır (İşK md. 4/1-b). Ancak söz konusu işyerlerinde ÖİB aracılığıyla ödünç işçi çalıştırılabilecek ve söz konusu ödünç işçilere İş K md. 7 hükümleri uygulanacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki ülkemizde mevsimlik tarım işlerinde kayıt dışı istihdam oldukça yaygındır. Nitekim Türkiye İstatistik Kurumu’nun (TÜİK) verilerine göre 2015 yılında tarımda kayıt dışı çalışma oranı tahminen % 81,2 olarak verilmiştir. Dolayısıyla kayıt dışılığın bu kadar fazla olduğu mevsimlik tarım işlerinde, çalışanların belirli ölçüde kayıt altına alınması için ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin düzenlenmiş olması yerinde kabul edilebilir¹⁹¹.

Bu bent kapsamında ÖİB aracılığıyla kurulacak olan ödünç iş ilişkisi süre sınırı olmaksızın yıllarca uygulanabilecek ve söz konusu durum için yasal bir engel bulunmamaktadır¹⁹². Kanaatimizce ödünç iş ilişkisinin “süresiz” olarak uygulanması yerinde görülmemektedir.

¹⁹⁰ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s.177.

¹⁹¹ Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...* , s. 337.

¹⁹² Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s.177.

Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre, mevsimlik tarım işlerinde süre sınırının bulunmaması, bu işlerin ÖİB işçisi vasıtasıyla yapılmasına sebep olacağı ve söz konusu işin geçici olma özelliğini ortadan kaldırarak bu tür çalışmayı sürekli hale getireceğidir. Böylece ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi istisnai değil, asli çalışma biçimine dönüşecektir¹⁹³.

2.3.1.3. Ev Hizmetlerinde

Ev hizmetleri bir evin gündelik temizlik, ütü, bulaşık, çamaşır ile hasta, çocuk, yaşlı bakımı şeklinde bir evin sürekli ihtiyaçları biçiminde yapılan işler şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Zaten kanunun gerekçesinde ev hizmetleri temizlik işleri, hasta, çocuk ve yaşlı bakım hizmetleri şeklinde ifade edilmiştir. Mevsimlik tarım işlerinde olduğu gibi ev hizmetlerinde de ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir. İşK md. 4/1-e fıkrası uyarınca ev hizmetlerinde çalışanlar için iş kanunu hükümleri uygulanmamaktadır. Dolayısıyla ev hizmetlerinde çalışanlar iş kanunun dışında bırakılmakta olup, söz konusu işlerde ÖİB aracılığıyla ödünç işçi olarak çalışan kişilere İşK md. 7 hükümleri uygulanabilecektir. Ancak İşK md. 7 hükümlerinin dışında öngörülemeyen bir durumun ortaya çıkması halinde söz konusu çalışanlar için borçlar kanunu hükümleri uygulanacaktır¹⁹⁴.

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi mevsimlik tarım işlerinde olduğu gibi ev hizmetlerinde de süre sınırı olmaksızın uygulanacaktır. Tarafların istemesi halinde bu işlerde aynı ödünç işçiyle belirli veya belirsiz süreli olarak yıllar boyunca ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir¹⁹⁵. Mevsimlik tarım işlerinde olduğu gibi süre sınırlamasının bulunmaması ev hizmetlerinde de ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisini yaygın bir uygulama haline getirebilecektir.

2.3.1.4. İşletmenin Günlük İşlerinden Sayılmayan ve Aralıklı Olarak Görülen İşlerde

İşK md. 7/2-d bendi uyarınca işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerinde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir.

¹⁹³ Ali Güzel-Hande Heper, *a.g.m.* , s. 32.

¹⁹⁴ Sarper Sözek (2016), *İş Hukuku*, s. 308.

¹⁹⁵ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s.178.

Burada önemli durum işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işleri ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Yasanın gerekçesinde bu işlere örnek olarak “*yeni bir yazılım geliştirilmesi, teknik bakım, onarım gibi ihtiyaçların ortaya çıkması, belirli süreli proje*” gibi işler gösterilmiştir. Sayılan bu örnekler ödünç iş ilişkinden ziyade belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması için aranan objektif nedenlerle uyusmaktadır¹⁹⁶.

Söz konusu düzenleme kapsamında tespit edilmesi gereken en önemli durum günlük iş ve aralıklı iş deyiminden ne kast edildiğidir¹⁹⁷. Bu durumda salt yasanın gerekçesinden hareket edildiğinde işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işleri hükmünden anlaşılan belirli süreli işler veya belirli bir işin tamamlanmasıdır. Ancak bu durumda gerekçeyle hükmün lafzı arasında bir çelişkinin olduğu söylenebilecektir. Çünkü söz konusu yasa gerekçesinin daha geniş yorumlanması olanaklı hale gelebilecektir. Zira günlük iş ifadesinin nasıl algılanacağı net olmadığı gibi, üretimin yapısı gereği haftada bir veya birkaç günde bir yapılan işlerin aralıklı iş olarak kabul edilip edilemeyeceği düşündürücüdür¹⁹⁸. Dolayısıyla öğretide kabul edilen bir görüşe göre işletmenin günlük işleri ifadesinden işin mutlaka her gün yapılan işler olarak değerlendirilmeyeceği, düzenli ve kısa süreli işlerin de günlük iş olarak değerlendirilmesi gerekecektir¹⁹⁹. Dolayısıyla düzenli bir şekilde tekrar eden işler için ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulamayacağı kabul edilmelidir. Zaten yasanın hükme ilişkin gerekçesinde “*sürekli nitelikte olan işler için zorunlu haller dışında geçici çalışmanın kullanılması engellenmiştir*” şeklindeki ifadesine yer verilmiştir. Kısaca bir işyerinde sürekli olarak her gün yapılan faaliyetler içerisinde her an yer almayan ancak genelde önceden bilinen/bilinmeyen durumlarda aralıklı olarak gündeme gelen işle söz konusu olmaktadır. Örnek olarak işletimdeki makine ve tesisatın periyodik bakımının ve kontrolünün yapılması işleri bu hüküm kapsamında değerlendirilebilir²⁰⁰.

¹⁹⁶ Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...* , s. 341.

¹⁹⁷ Ş. Esra Baskan, *a.g.m.* , s. 21.

¹⁹⁸ Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...* , s. 341.

¹⁹⁹ Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 308.

²⁰⁰ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 178.

İşK md. 7/3 gereğince bu işler için ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi dört ay süreyle toplam sekiz ayı geçmemek üzere en fazla iki kez yenilenebilecektir. Yenileme süreleriyle birlikte toplam sürenin sekiz ay olacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisindeki süreye ilişkin öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretide ki bir görüşe göre ilk seferde dört aylık bir sözleşme yapılacağından ve yasada da iki defa yenilenebileceği ifade edildiğinden ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin yenilemelerle birlikte toplamda sekiz ay değil, on iki ay olarak uygulanacağı yönündedir²⁰¹. Diğer bir görüşse ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin en fazla sekiz ay kurulabileceği yönündeki hükmü karşısında yenilemenin bir kez yapılabileceği anlaşılabileceği ve söz konusu ödünç iş ilişkisinin sekiz ay olarak uygulanacağıdır²⁰².

Hangi görüş benimsenirse benimsensin ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin toplamda kaç aylık süre için kurulacağı ve her bir yenilemede azami sürenin ne olacağı çözüm bekleyen bir sorudur. Ödünç iş ilişkisinin geçicilik unsurundan hareketle toplam sekiz aylık yasal süreye riayet edilmek şartıyla ilk dört aylık yapılan sözleşme, her iki yenileme sonucunda da toplamda sekiz ayı geçemeyecektir. ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde yapılacak ilk sözleşmenin dört ay yapıldığı düşünülürse ve sonrasında sözleşmenin yenilenmesi söz konusu olduğunda, sözleşme toplamda iki defa yenilenebilecek olsa da yenileme süreleriyle birlikte kurulan ödünç iş ilişkisinin toplamda sekiz ayı geçemeyeceği kanaatindeyiz.

2.3.1.5. İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Acil İşler veya Zorlayıcı Nedenlerin Varlığında

İşK md. 7/2-e bendi uyarınca İş Sağlığı ve Güvenliği (İSG) bakımından acil işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı durumların ortaya çıkması durumunda ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması çalışma hayatının vazgeçilmez unsurlarındandır. Yasanın gerekçesinde İSG bakımından acil işler çalışanların güvenliği açısından acil olan tamir ve tadilat işleri şeklinde sıralanmıştır. Ancak işyerlerinden acil durumlar

²⁰¹ Nur Çelik-Nurşen Caniklioğlu-Talat Canbolat, *a.g.e.* , s. 241.

²⁰² Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...* , s. 340.

hakkındaki yönetmelikte²⁰³ acil durum, işyerinin tamamında veya bir kısmında meydana gelebilecek yangın, patlama, tehlikeli kimyasallardan kaynaklanan yayılım, doğal afet gibi acil müdahale, mücadele, ilkyardım veya tahliye gerektiren olaylar şeklinde ifade edilmiştir. Zaten yasa tasarısı inceleyen komisyon tarafından hazırlanan muhalefet şerhinde²⁰⁴ acil durum hakkında bu yönde bir ifade de bulunulmuştur. Söz konusu muhalefet şerhinde, acil durumlar ölüm ve yaralanmaya neden olabilecek, fiziksel veya çevresel zararlara yol açabilecek olaylar şeklinde belirtilmiş olup bu tür hallerde can güvenliği ortadan kalkacağından bu gibi durumlarda çalışmanın durdurulması gerekecektir. Söz konusu hallerde çalışma yapılması Anayasa'da belirtilen sağlıklı bir ortamda çalışma hakkını zedeleyecektir²⁰⁵. Nitekim ödünç işçiler ödünç alan işveren daimi işçisine oranla işyerini daha az tanıyan, iş yerinde oraya çıkabilecek muhtemel riskleri ve tehlikeleri belirleyecek kadar uzun süre çalışmadıkları için tecrübe kazanmamış olacaklardır. Dolayısıyla ödünç işçilerin iş kazası geçirme olasılıkları ödünç alan işverenin daimi işçilerine nazaran daha yüksektir²⁰⁶. Buradaki başvuru nedeniyle ifade edilmek istenen İSG bakımından acil durumlarda teknik bilgiye sahip kişiye ihtiyaç duyulmasıdır. İşte bu nedenle ilgili kişiyi iş sözleşmesiyle işe almak yerine ÖİB aracılığıyla kurulacak olan ödünç iş ilişkisi kapsamında çalıştırılması mümkün olacaktır. Burada konunun aciliyet taşınması, İSG personelinin bulunup işe alınmasında meydana gelebilecek zaman kaybını önlemek ayrıca ÖİB aracılığıyla çalıştırılacak olan İSG personelinin kolay bulunması ve iş güvencesi olmadan çalıştırılması rol oynamaktadır²⁰⁷.

Zorlayıcı neden olarak ifade edilen durumları işyerine yeni işçilerin alınması ihtiyacını doğuran olgular olarak değerlendirmek gerekecektir. Bu olgular önceden öngörülemez bir şekilde dıştan gelen ve engellenemeyen şekilde olabileceği gibi halen çalışmakta olan işçilerin hukuki alanlarından doğan bazı sebeplerle de ortaya

²⁰³ İşyerlerinde Acil Durumlar Hakkında Yönetmelik, RG. 18.06.2013, S. 28681

²⁰⁴ Söz konusu Komisyon metninde yer alan Muhalefet Şerhi için Bkz. Sıra Sayısı: 170 İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/597) ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss170.pdf> (Erişim, 30.08.2018)

²⁰⁵ Komisyon Raporu (2016), a.g.e. , s. 58.

²⁰⁶ Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...* , s. 342.

²⁰⁷ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 179.

çıkabilecektir. Örnek olarak sel, deprem, yangın vb. şekilde doğal afetlerin meydana gelmesinde veya terör olayları sebebiyle üretimin yetiştirilmemesi hatta üretimi önemli derecede etkileyecek işçilerin toplu bir şekilde katıldıkları bir toplu yemekte zehirlenmiş ve bu nedenle işe devam edememe durumları olarak ifade edilebilecektir²⁰⁸. Ancak söz konusu durumlar ile yasa gerekçesinde, “sel yangın ve benzeri doğal afet durumunda veya terör olayları sırasında işletenin gerekli üretimi yetiştirmesi amacıyla”, şeklinde ifade edilen olguların tamamı için belirli süreli iş sözleşmesi kurulabilecektir. Belirli süreli iş sözleşmelerine olanak sağlayan bu hususların aynı zamanda İşK md. 7/2-e bendinde düzenlenmiş olması tartışmaları ve karışıklıkları beraberinde getirebilecektir²⁰⁹. Bu nedenle ilgili hükmün bir yasa değişikliğiyle kaldırılması yerinde olacaktır.

İşK md. 7/3 gereğince bu durumlar için ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi dört ay süreyle toplam sekiz ayı geçmemek üzere en fazla iki kez yenilenebilecektir. Yukarıda İşK md. 7/2-d bendinde bahsedilen süreye yönelik bahsettiğimiz tartışmalar bu bent içinde geçerli olacağından kanaatimiz ödünç iş ilişkisinin geçicilik unsuru nedeniyle toplam sekiz aylık yasal süreye riayet edilmek şartıyla söz konusu ilişkinin iki kez yenilenebileceği yönündedir.

2.3.1.6. İşletmenin İş Hacminin Öngörülme Yen Şekilde Arttığı Hallerde

İşK md. 7/2-f bendi uyarınca işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ve öngörülemez şekilde artması durumunda ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir. Yasanın gerekçesinde ihracat talebinin artması, iç piyasada öngörülme Yen talep artışı gibi durumlar örnek olarak gösterilmiştir. Söz konusu mal ve hizmet üretim talebinin geçici işçi ihtiyacını doğurmuş olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle işletmenin normal işleyişi içinde meydana gelen iş hacminin genişlemesi nedeniyle yeni işçi istihdam ihtiyacının doğması değil beklenmeyen bir sipariş veya iç piyasada ya da ihracatta talep artışı gibi öngörülme Yen durumların ortaya çıkması durumudur²¹⁰. İş

²⁰⁸ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 179.

²⁰⁹ Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...*, s. 343.

²¹⁰ Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 309.

hacminde meydana gelen genişleme eğer ki yeni işçilerin işe alınmasını gerektiriyorsa bu durumda ödünç işçilerin çalıştırılması söz konusu olmayacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken konu işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin nasıl ve hangi ana ve geçmişe bakılarak belirleneceğidir. Kanun koyucu bunu tam olarak ifade etmekten ziyade, anlaşılması zor bir ifade kullanmayı tercih etmiştir. Öğretide bu durum eleştirilmekte ve söz konusu işletmedeki ortalama mal ve hizmet üretim artışını belirlenmesinde muğlâk ifadeler yerine daha somut süre vb. ölçütlerin kullanılmasıyla anlatımın daha doyurucu ve anlamlı olabileceği şeklinde ifade edilmiştir. Herhalde ödünç işçiye duyulan talep anında geçmişe dönük olarak işletmenin tüm üretiminin temel alınarak ortalamasının bulunması şeklinde düşünülebilecektir. Yine de bunun sorunu tam olarak çözemeyeceği açıktır. Yeni kurulan bir işletmedeki ortalama mal ve hizmet üretim artışının nasıl ölçüleceği ve ayrıca uzun yıllar faaliyette bulunan bir işletmenin, içinde bulunduğu yılın mı yoksa kurulduğu andan itibaren faaliyet döneminin tamamının mı dikkate alınacağı şeklinde iki farklı durum söz konusu olacaktır²¹¹. Kanaatimizce işletmenin faaliyette olduğu dönemler içindeki mal ve hizmet üretim miktarı değişkenlik gösterebileceğinden, içinde bulunulan faaliyet döneminin temel alınması gerekecektir.

Bu bent (İşK md. 7/2-f) kapsamında diğer hallerde olmayan bir durumda ödünç işçi sayısında sınırlamanın olduğudur. Söz konusu bente göre ödünç iş ilişkisi ile çalıştırılan işçi sayısının işyerinde çalışan işçi sayısının dörtte birini geçemeyecektir. Ancak söz konusu işletmede çalışan iş sayısı on ve daha az ise bu işyerlerinde beş işçiye kadar ödünç işçi çalıştırılacaktır. İşyerinde bulunan kısmı süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülerek işçi sayısına dâhil edilir (İşK md. 7/6).

Türkiye’de işletmelerin büyük bir çoğunluğu on ve altında işçi çalıştıran mikro işletmelerden²¹² meydana gelmektedir. Söz konusu işletmelerin sayısı yaklaşık

²¹¹ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 180.

²¹² Mikro işletme: On kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri üç milyon Türk Lirasını aşmayan işletmeler. [http://www.kosgeb.gov.tr/Content/Upload/Dosya/Mevzuat/KOBI%CC%87%E2%80%99lerin_Tan%](http://www.kosgeb.gov.tr/Content/Upload/Dosya/Mevzuat/KOBI%CC%87%E2%80%99lerin_Tan%20)

1,5 milyon olması nedeniyle toplam işyerlerinin %85’inde ÖİB aracılığıyla ödünç işçi çalıştırılması söz konusu olacaktır²¹³. Bu durum mikro işletmelerde sürekli istihdamın yerini ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin alabileceği şeklinde yorumlanabilir. Konuya yönelik istatistiksel veriler mevcut olmamakla birlikte, yapmış olduğumuz görüşmelerde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin çalışma hayatında tam olarak bilinmediği ve Türkiye’deki çalışma modeline uygun olmaması gibi nedenlerden dolayı tercih edilmediği belirtilmiştir.

İşyerinde çalışan işçi sayısından kastedilen, ödünç iş ilişkisinin kuruluşu anında ödünç alan işverene iş sözleşmesiyle bağlı olan işçi sayısıdır. Söz konusu işçilerin iş sözleşmesiyle bağlı olduktan sonra, o işyerinde fiilen çalışıyor olması, izinli veya istirahatli olup fiilen çalışmıyor olması arasında bir fark olmayacaktır. Hatta söz konusu işçilerin iş sözleşmelerinin askıya alınmış olması veya bu işveren tarafından başka bir işverene ödünç olarak verilmesi dahi, söz konusu işçilerin o işverenin işçisi olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Zira yasa hükmünde sadece İşK md. 30’da sayılan engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu bulunan işyerlerinde bu hükmün uygulanması aşamasında ödünç işçilerin hem ÖİB hem de ödünç alan işverenin işçi sayısına katılamayacağını belirtmektedir, yoksa genel bir hesap dışılık söz konusu değildir²¹⁴.

Ödünç işçilerin, ödünç alan işverenin işçi sayısına katılamayacağı yönündeki düzenlemenin isabetli olduğu görülmekle beraber, ödünç işçilerin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu ÖİB’in işçi sayısına katılamayacağı yönündeki düzenleme isabetsizdir. İşK md. 30’un uygulanması aşamasında ödünç işçilerin ÖİB’in işçisi olarak kabul edilmeyeceği yönündeki düzenleme ile ÖİB söz konusu engelli işçi çalıştırma zorunluluğundan muaf tutulmuş olacaktır. Bu durum engelli işçi çalıştırma zorunluluğuna ilişkin İşK md. 30’un uygulanması aşamasında sorunları beraberinde getirecektir. İlgili yasa hükmünün uygulanması aşamasında ÖİB’in, diğer işverenlerden ayrı tutularak ayrıcalıklı hale getirilmesini haklı gösterecek

C4%B1m%C4%B1,_Nitelikleri_ve_S%C4%B1n%C4%B1fland%C4%B1r%C4%B1lmas%C4%B1_Hakk%C4%B1nda_Yo%CC%88netmelik.pdf (Erişim, 17.09.2018)

²¹³ Hatice Erol – Abdullah Özdemir, “Türkiye de Özel İstihdam Büroları ve Geçici İş İlişkisi”, *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C. 30, S. 5, 2016, s. 1106.

²¹⁴ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 181-182.

objektif bir nedenin varlığı mevcut değildir²¹⁵. Her ne kadar kanun gerekçesinde ödünç işçilerin sürekli sayılarının takibinin zor olması ve kontenjan değişikliklerinin engelli işçiler açısından olumsuz sonuçlar doğurabileceği şeklinde bir ifadeye yer verilmiş olsa da, İşK md. 30 hükmünün ÖİB bakımından uygulanamayacağına kabulü AY md. 10'da düzenleme bulmuş olan eşit eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağı kanaatindeyiz. Ayrıca yine AY md. 50'de düzenleme bulmuş olan bedeni yetersizliği olanların çalışma hayatına ilk giriş dönemini kapsayıcı bir hüküm olarak, kabulü öğretide de eleştirilmektedir²¹⁶. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre ödünç işçi her ne kadar başka bir işverene ödünç verilmek üzere işe alınsa dahi ÖİB ile aralarında iş sözleşmesi kurulduğundan ÖİB'in işçisi sayılmaktadır. Bundan dolayı iş sözleşmesinin tarafı olması sebebiyle İşK md. 30'da ortaya çıkan yükümlülükler ÖİB açısından bağlayıcı kabul edilmelidir. Söz konusu durumun giderilmesi amacıyla ödünç işçilerin iş sözleşmesi ile bağlı bulunduğu ÖİB'in, engelli çalıştırma bakımından işçi sayısına dâhil edilmesi yönünde bir düzenlemenin getirilmesi isabetli olacaktır²¹⁷.

4857 Sayılı İşK md. 7/2-f bendi kapsamında kurulan ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde, ödünç alan işverene, ödünç işçi sağlama sözleşmesiyle çalıştırdığı ödünç işçilerin ücretlerini, ÖİB tarafından ödendiğinin kontrol edilmesine yönelik bir yükümlülüğün getirilmiş olmasıdır. İşK md. 7/12 uyarınca ikinci fıkranın "f" bendi kapsamında kurulan ödünç iş ilişkisinde, ödünç alan işverenin işyerinde bir ayın üzerinde çalışan ödünç işçilerin ücretlerinin ÖİB tarafından ödenip ödenmediğini ödünç işçinin çalıştığı süre boyunca her ay kontrol etmekle yükümlü tutulmuştur. Söz konusu ödünç işçilerin ücretlerinin ödendiğini gösterir belgenin ÖİB tarafından her ay ödünç alan işverene ibrazı zorunludur. Ancak ödünç işçilerin ödenmeyen ücretleri mevcut ise işçi alacakları ödenene kadar ödünç alan işveren tarafından ÖİB alacağı ödenmeyecek olup, söz konusu ÖİB'in alacağından mahsup edilmek üzere ödünç işçilerin en çok üç aya kadar olan işçilik alacakları ödünç alan işveren tarafından doğrudan ödünç işçilerin banka hesabına yatırılacaktır. Ayrıca ödünç alan

²¹⁵ Seçkin Nazlı, İş Kanununda Düzenlenen Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisine Yönelik Hükümlerin Değerlendirilmesi, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (1), Bahar 2016, s. 163.

²¹⁶ Seçkin Nazlı, *İş Kanununda...*, s. 163.

²¹⁷ Aigul Nurmukhambetova, *a.g.m.*, s. 193-194.

işveren tarafından ücreti ödenmeyen söz konusu işçilerin sayısı ve ödenmeyen ücretleri çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne bildirilmesi zorunludur. İşK md. 99/son fıkrasında “md. 7/2-f bendine aykırı davranan işveren veya işveren vekiline ise birinci fıkranın “b” bendinde belirtilen para cezası²¹⁸ dört katı arttırılarak uygulanır”. Ayrıca İşKur Kanunu md. 17/13 fıkrasında “4857 sayılı Kanunun md. 7/2-f bendi uyarınca Kuruma yapılan şikâyet bildirimleri incelenmek üzere İş Teftiş Kurulu Başkanlığına iletilir. Bu durumda özel istihdam büroları, istenilen her türlü bilgiyi vermek ve bu bilgilerin doğruluğunu ispata yarayan defter, kayıt ve belgeleri ibraz etmek zorundadırlar” şeklindeki ifadeye yer verilmiştir.

İşK md. 7/2-f bendine göre kurulan ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulması haline özgü getirilen düzenlemelerin yerinde olduğu, ücret gelirinden başka geliri olmayan işçilerin ücretlerinin düzenli olarak ödenip ödenmediğinin kontrol edilmesine yönelik getirilen yükümlülük isabetlidir. Ancak bahse konu düzenlemelerin neden sadece “f” bendiyle sınırlı tutulduğu öğretilde tartışmalı olup, bizim de katıldığımız bir görüşe göre ilgili düzenlemelerin İşK md. 7/2 fıkrasında sayılan tüm başvuru nedenlerine göre kurulacak olan ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkilerini içerir şekilde yeniden düzenlenmesi şeklindedir²¹⁹. ÖİB Yönetmeliği md. 11/3 uyarınca ÖİB’ler ödünç işçilerin alacaklarının ödendiğine yönelik belgeleri ödünç alan işverene ibraz etmekle yükümlü kılınmıştır. Bu düzenleme yerinde olmakla birlikte yeterli değildir. Çünkü İşK md. 7/2-f bendine aykırılık durumunda bir yaptırım öngörülmüş olup diğer başvuru nedenleri için böyle bir yaptırım söz konusu değildir.

İşK md. 7/3 gereğince bu durumlar için ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi dört ay süreyle toplam sekiz ayı geçmemek üzere en fazla iki kez yenilenebilecektir. Yukarıda İşK md. 7/2-d bendinde ki süreye yönelik bahsettiğimiz tartışmalar bu bent için de geçerli olacağından kanaatimiz ödünç iş ilişkisinin geçicilik unsuru nedeniyle toplam sekiz aylık yasal süreye riayet edilmek şartıyla söz konusu ilişkinin iki kez yenilenebileceği yönündedir.

²¹⁸ İş K. md. 99 / 1-b bendinde ceza miktarı her işçi için iki yüz elli Türk lirası olarak belirlenmiştir.

²¹⁹ Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...* , s. 344-345.

Bu bent kapsamında ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin çalışma hayatında uygulama bulunduğu dair istatistiksel veriler mevcut değildir. Ancak konuya ilişkin ödünç iş ilişkisi faaliyetinin yürütülen ÖİB’ler ile yapılan görüşmelerde bu bent kapsamında ödünç iş ilişkisinin genellikle gıda sektöründe uygulama bulunduğu yönündedir.

2.3.1.7. Mevsimlik İşler Hariç Dönemsellik Arz Eden İş Artışlarında

İşK md. 7/2-g bendi uyarınca ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin uygulanacağı son başvuru nedeni ise mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışlarıdır. 6715 sayılı yasanın tasarı metninde sadece dönemsellik arz eden iş artışı halleri başvuru nedeni olarak düzenlenmişken, söz konusu kanun genel kurulda görüşülürken mevsimlik işler hariç ibaresi kanun metnine işlenmiştir. Düzenleme isabetli olup, oteller, plajlar ve eğlence yerleri gibi mevsimlik iş sözleşmesiyle işçi çalıştırmanın yaygın olduğu sektörler kapsam dışında tutulmuştur²²⁰. Dolayısıyla mevsimlik işler hariç ibaresiyle (mevsimlik tarım işleri dışında) tüm mevsimlik işlerde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulması yasaklanmıştır²²¹.

Burada her yıl mevsimi aşan şekilde faaliyette bulunan faaliyeti yıl boyu devam eden bir işyerinde belli bir mevsimde yaşanan iş artışından değil, normal zamanlarda işleyişi devam ederken yaşanan ve dönemsellik gösteren iş artışları ve buna bağlı olarak ortaya çıkan geçici işçi ihtiyacının söz konusu olduğu durumlardan söz edilmektedir²²². Zaten söz konusu yasanın gerekçesi incelendiğinde İşK md. 7/2-g bendine göre ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulması için, gerçekleşmesi önceden öngörülen bayram öncesi şeker üretimi veya paketlemesi, seçim öncesi bayrak üretimi gibi iş hacminin artmasına neden olan durumlardan bahsedilmektedir. Bu anlamda bu bent kapsamında ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulacak ise önceden öngörülen iş artışlarının ortaya çıkmış olması gerekecektir. Öngörülemeyen iş artışları durumu ise yukarıda (f) bendinde incelenmiştir. Yasanın gerekçesinde bayram öncesi şeker üretimi ve paketlenmesi ile seçim öncesi bayrak üretimi gibi haller sayılmışsa da inşaat iş kolunda meydana gelen dönemsellik arz eden iş

²²⁰ Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...* , s. 345.

²²¹ Sarper Sözek (2016), *İş Hukuku*, s. 310.

²²² Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 182.

artışlarını da kapsayacak şekildedir. İnşaat işlerinin büyük çoğunluğu İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği uyarınca tehlikeli ve çok tehlikeli işyerleri olarak görülmektedir. Dolayısıyla inşaat sektörü gibi tehlikeli ve çok tehlikeli işlerin yapıldığı işyerlerinde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulmasını yasaklayacak düzenlemelere yer verilmesi isabetli olacaktır²²³. Bu bent kapsamında kurulacak olan ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi en fazla dört ay süreyle kurulacak olup söz konusu süre uzatılmayacaktır.

2.3.2. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinin Yasak Olduğu Haller

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin bazı durumlarda yasaklandığı ve sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu yasaklama ve sınırlamaların bazılarının sadece bazı sektörlere yönelik süre sınırı olmaksızın uygulanacağı yönünde iken bazı yasak ve sınırlamaların bazı olguların varlığı durumunda söz konusu olacaktır.

Bu yasaklama ve sınırlamanın altında yatan temel düşünce ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılmasının önüne geçilmek istenmesidir. ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi hakkında yayınlanan 2008/104/EC sayılı direktifinin 4. maddesinde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin hangi hallerde yasaklanacağı düzenlenmiştir. Buna göre kısıtlamalar veya yasaklamaların gerekçesi başta ödünç işçilerin korunması olmak üzere iş sağlığı ve güvenliğinin gerektirdiği haller, iş gücü piyasasının düzgün işleyişinin korunması ve ödünç iş ilişkisinin kurumunun suiistimal edilmesinin engellenmesi gerekçelerine dayandığı takdirde sadece kamu yararı söz konusu olduğunda olabilecektir. Zaten 6715 sayılı kanunun gerekçesinde, yapılan düzenlemenin Avrupa Birliği'nin 2008/104/EC sayılı direktifine uyum sağlanması açısından önem arz ettiği ifade edilmiştir. Ayrıca söz konusu gerekçede bu yasak veya kısıtlamaların Avrupa Birliği'nin 2008/104/EC sayılı direktifinde yer alan ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkine yönelik olarak düzenlenen hükmünün dikkate alındığı vurgulanmıştır. Dolayısıyla 6715 sayılı kanunla 4857 sayılı İşK'nın değişik 7. maddesi incelendiğinde bazı yasak ve sınırlamaların olduğu görülecektir. Bu

²²³ Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...*, s. 346.

bağlamda aşağıda sayılan hallerin bazılarında ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin yasaklandığı bazı hallerde ise yasak halinin sınırlandırıldığı görülecektir.

Tablo 2.2: Yasak Olan Haller

ÖİB Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinin Yasak Olduğu Haller	Yasak Olduğu Süreler
1. Daha Önce Ödünç İşçi Çalıştırılan İşlerde	6 Ay Geçmedikçe
2. Toplu İşçi Çıkarılan İşyerlerinde	8 Ay Geçmedikçe
3. Grev ve Lokavt Yapılan İşyerlerinde	Yasal Grev ve Lokavt Süresince
4. Kamu Kurum ve Kuruluşlarında	Süresiz
5. Yer Altında Maden Çıkarılan İşyerlerinde	Süresiz
6. Eski İşçinin Ödünç İşçi Olarak Çalıştırılması	6 Ay Geçmedikçe

Kaynak: 4857 Sayılı İşK'nın 7. maddesi uyarınca derlenmiştir.

2.3.2.1. Daha Önce Ödünç İşçi Çalıştırılan İşlerde

İşK md. 7/3. fıkrasında ÖİB aracılığıyla ödünç işçi çalıştıran ödünç alan işverenin, ödünç işçi çalıştırmaya konu olan aynı işler için altı ay geçmedikçe yeniden ödünç işçi çalıştırmayacaktır. Düzenlemede aynı iş ibaresine yer verilmiş olmasından dolayı söz konusu ödünç alan işverenin işyerinde farklı bir iş için ödünç iş ilişkisi kurabilecektir. Dolayısıyla farklı işte çalışacak olan ödünç işçinin daha önce ödünç alan işveren yanında çalışmış ödünç işçi olabileceği gibi farklı bir ödünç işçinin de çalışması mümkündür. Buradan da anlaşıacağı üzere farklı bir iş için kurulacak olan ödünç iş ilişkisinde aynı veya farklı bir ödünç işçinin çalıştırılması mümkün görülmekle birlikte, aynı iş için kurulacak olan ödünç iş ilişkisi kapsamında aynı veya farklı bir ödünç işçinin çalıştırılabilmesi mümkün değildir²²⁴. Bu süre kısıtlamasının sadece ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kapsamında olduğu görülmektedir²²⁵.

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kanuni bir süreye tabi olup da mevcut veya yenilenmiş süresi sona erince ödünç alan işverenin ödünç iş ilişkisi kapsamında

²²⁴ Serkan Odaman, “Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulanması”, *SİCİL*, S. 36, 2016, s. 48.

²²⁵ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 187.

çalıştırdığı ödünç işçiyi veya farklı bir ödünç işçiyi, söz konusu aynı işte yeniden çalıştırması için belirli bir sürenin geçmiş olması gerekmektedir. Fakat bahse konu süre sınırlamasının neden sadece ödünç iş ilişkisinin süre bitimiyle sona erdiği hallere uygulanacağı anlaşılamamıştır. Süre bitimi değil de tarafların anlaşması ile ödünç iş ilişkisinin sona ermesi durumunda o işte yeniden ödünç işçinin çalıştırılmasının yasak kapsamına girmediği düşünülmektedir²²⁶.

2.3.2.2. Toplu İşçi Çıkarılan İşyerlerinde

İşK md. 7/4. fıkrasına göre yine aynı kanunun 29. maddesi kapsamında toplu işçi çıkarılan işyerlerinde sekiz ay süreyle ödünç işçinin çalıştırılması yasaklanmıştır. Toplu işçi çıkarılması İşK md. 29/1’ de düzenlenmiş olmakla beraber, kanun uyarınca işveren ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarma yoluna gidebilecektir. Ayrıca kanunda işveren tarafından toplu işçi çıkarılmasının kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki işler için yeniden işçi alınmak istenmesi durumunda nitelikleri uygun çıkarılan işçilerin tercihen işe çağrılacağı düzenlenmiştir.

İşK md. 7’nin eski halinde sadece “*toplu işçi çıkarılma konusu olan işler*” deyiimi kullanılmışken, 6715 sayılı yasayla getirilen düzenleme ile “*toplu işçi çıkarılan işyerlerinde*” şeklinde yeniden düzenlenmiş ve yasak genel bir yasak halini almıştır. Yine toplu işçi çıkarılan işlerde altı ay süresince ödünç iş ilişkisi kurulamaz hükmü 6715 sayılı yasayla getirilen hüküm kapsamında altı aydan sekiz aya çıkarılmıştır. Bu durum öğretilerde farklı şekilde eleştirilmektedir. Bu eleştirilerden ilki söz konusu yasak halinin genel yasak halini almış olmasına yöneliktir. Bu düzenlememin isabetsiz olduğu ve söz konusu yasak halinin sadece toplu işçi çıkarılan işlerle sınırlandırılması gerektiği yönündedir²²⁷. Kanaatimizce toplu işçi çıkarılan işyerlerinde, işverenin işyerinde bulunan başka işçileri toplu işçi çıkarılma konusu olan işlere kaydırması mümkün olabilecek ve söz konusu işveren toplu işçi çıkarmaya konu olmayan işler için ödünç iş ilişkisi kapsamında ödünç işçi çalıştırabilecektir. Bu nedenle düzenlemenin isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

²²⁶ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 187.

²²⁷ Ş. Esra Baskan, *a.g.m.*, s. 25.

Bir başka eleştirisi ise süreye yöneliktir. Toplu işçi çıkarılan işyerlerinde aynı iş için yeniden işçi alınmak istenmesi durumunda sürenin altı ay olarak düzenlediği ve ödünç iş ilişkisi kapsamında ödünç işçi çalıştırma yasağının bu süreyle uyumlu olması yönündedir²²⁸. Kanaatimizce sürenin uzun bir şekilde düzenlenmiş olması kanun gerekçesinde ifade edilen işlerin devamlılık arz etmesi ve altı ay içinde yine aynı nitelikte işçi alınması durumunda söz konusu işçilerin işe alınması ve bu kapsamda çıkarılan işçilerin altı ay sonra ödünç işçi olarak çalıştırılmasının engellenmek istenmesidir.

2.3.2.3. Grev ve Lokavt Yapılan İşyerlerinde

İş K md. 7/5. fıkrası uyarınca ödünç işçi çalıştıran işveren yasal grev ve lokavt uygulaması esnasında 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun (STİSK) 65. maddesi hükümleri saklı kalmak şartıyla ödünç iş ilişkisiyle ödünç işçi çalıştıramaz. 6356 sayılı yasanın ilgili maddesine göre *“Hiçbir surette üretim veya satışa yönelik olmamak kaydıyla niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını veya işyeri güvenliğini, makine ve demirbaş eşyalarının, gereçlerinin, hammadde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını ya da hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlayacak sayıda işçi, kanuni grev ve lokavt sırasında çalışmak, işveren de bunları çalıştırmak zorundadır.”* Bu anlamda istisnai olarak 6356 sayılı STİSK md. 65’te sayılan işlerde ödünç işçi çalıştırılacak, bunun dışında söz konusu işyerlerinde ödünç iş ilişkisi kurulamayacağı gibi söz konusu ilişki kapsamında ödünç işçi de çalıştırılmayacaktır.

Gerçekten de böyle bir yasağın olmaması durumunda yasal olarak yapılan grev ve lokavtın yapılması anlamsızlaşacaktır. Grev halinde olan işçilerin yerine ödünç işçi çalıştırılarak grevin yapılmasını engellediği gibi grev kırılcılığına da yol açabilecektir. Dolayısıyla bu yasak hali hem aynı holding bünyesinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka işverenler arasında kurulacak olan ödünç iş ilişkisi hem de ÖİB aracılığıyla kurulacak olan ödünç iş ilişkisinde geçerli olacaktır²²⁹.

²²⁸ Ş. Esra Baskan, *a.g.m.* , s. 25.

²²⁹ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 188.

2.3.2.4. Kamu Kurum ve Kuruluşlarında

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kamu kurum ve kuruluşlarında da yasaklanmıştır. Kamu kurum ve kuruluşlarında ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulamayacağına yönelik yasak hem İşK md. 7/4. fıkrasında hem de 4904 sayılı İşKur Kanunu md. 17/7. fıkrasında düzenlenmiştir. İşK md. 7/4’de ÖİB’ler kamu kurum ve kuruluşlarında ödünç iş ilişkisi kuramayacakları düzenlenmiş iken 4904 sayılı İşKur kanununda ÖİB’lerin kamu kurum ve kuruluşlarının kadro ve pozisyonları için hem aracılık faaliyetinde bulunamayacakları hem de ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurmayacakları düzenlenmiştir. Her iki kanunda düzenlenen bu yasak hali her hangi bir süreyle de sınırlı değildir. Kısaca süresiz şekilde uygulanacaktır. Söz konusu yasakla ilgili olarak kanun gerekçesinde kamu kesiminde yürütülen işlerin devamlılık arz etmesi, kamu hizmetlerinin sürdürülebilirliğinin sağlanması ve kamu kesiminde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin suiistimallere açık olduğu düşüncesi ile yasaklanmış olduğu ifade edilmiştir. Kanaatimizce kamu kurumlarında yürütülen hizmetlerin devamlılık arz etmesi sebebiyle ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin yasaklanmış olmasını isabetli olmakla beraber, kanun gerekçesinde kamuda söz konusu ilişkinin suistimallere açık olduğu düşüncesini doğru bulmuyoruz. Çünkü yapılan bütün yasal düzenlemelere öncelikli olarak uyması gereken kuruluşların da başında kamu kurumları gelmektedir.

Kamu kurum ve kuruluşlarında hiçbir şekilde ödünç iş ilişkisi kurulamaz ve böylesi ilişki kapsamında ödünç işçi çalıştırılmaz şeklinde genel bir ödünç iş ilişkisi kurma yasağı söz konusu değildir. İşK md. 7/4’ de belirtilen yasak sadece ÖİB aracılığıyla kurulacak olan ödünç iş ilişkisinde geçerlidir. Yoksa aynı Bakanlık veya aynı kamu kuruluşuna bağlı işverenler arasında ödünç iş ilişkisi kurulmasına ve bu kapsamda ödünç işçi çalıştırılmasına yönelik bir engel söz konusu olamayacaktır. Zaten yasada *“kamu kurum ve kuruluşlarında... bu maddenin ikinci fıkrası kapsamında”* ödünç iş ilişkisinin kurulmayacağı düzenlenmiş olup söz konusu ifadeyi desteklemektedir.

Kamu kurum ve kuruluşlarında anılan yasağa rağmen ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulup ödünç işçi çalıştırılması durumunda nasıl bir hukuki sonucun ortaya çıkacağı net değildir. Yasada söz konusu ilişkinin geçersizliği vb. bir ifadeye yer verilmediği gibi her hangi bir idari para cezasına da yer verilmemiştir. Bu durumda ya emredici hukuk kuralına aykırılıktan dolayı ödünç işçi sağlama sözleşmesinin geçersiz olduğu ve hukuki sonuçlarının da bu ilişkiyle ödünç işçinin çalıştırılmasında ifaya geçilip geçilmediğine bakılarak saptanmasının doğru olabileceğidir. Söz konusu kanun hükmünü ihlal eden kamu yöneticisine de ilgili kamu kurum ve kuruluşunca rücu edilmelidir. Aksi halde olayın hukuki ve mali boyutu kamu kurum ve kuruluşuna kalırsa bu kuralın anlamsızlaşacağı ve beklenen amacı sağlamakta zorlanacağı düşünülmektedir²³⁰.

2.3.2.5. Yer Altında Maden Çıkarılan İşyerlerinde

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin yasak olduğu bir başka alan da yer altında maden çıkarılan işyerleridir. Nitekim İŞK md. 7/4. fıkrasında yer altında maden çıkarılan işyerlerinde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca düzenlemede yer altında maden çıkarılan işyerleri için herhangi süre sınırı öngörülmediğinden kamu kurum ve kuruluşlarında olduğu gibi süresiz bir yasak hali söz konusudur.

Düzenlemede yer alan sınırlandırma tüm maden işyerlerini veya yer altında yapılan işlerin tamamını değil sadece yer altında maden çıkarılan işyerlerini kapsamaktadır²³¹. Bu anlamda yer altında maden çıkarılan işyerleri ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Düzenlemede madenin türü konusunda herhangi bir ayrıma gidilmediği için madenin türünün ne olduğu önemli değildir. Söz konusu maden kömür, altın veya gümüş olabilir. Ancak maden olarak nitelendirilmeyen taş ocaklarında, yerin altında yapılan taş çıkarma işlerinin düzenlemenin dışında tutulmuş olması eksikliklerdir. Bir başka eksiklik ise yer altında maden çıkarılan işyerlerinin yer üstünde yürütülen işleri (muhasibeci, insan kaynakları vb.) için ÖİB aracılığıyla ödünç işçinin çalıştırılmasına izin verilip verilmeyeceğidir. Madde metninde yer altında maden çıkarılan işlerden bahsedildiği için yer üstünde maden

²³⁰ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 189-190.

²³¹ Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...*, s. 352.

çıkaran işyerlerinde ödünç işçinin çalıştırılmasının mümkün olduğu görülmektedir²³². Dolayısıyla yer altında maden çıkarılan işyerlerinde, yer üstünde yürüttükleri faaliyetler için ödünç işçinin çalıştırılabilecektir. Aslında söz konusu düzenleme de sadece yer altında maden çıkarma işinde çalışmak üzere ödünç işçinin alınmasına yönelik bir yasak olması gerekirdi²³³.

Yer altında maden çıkarılan işyerlerinde alt işverenlik ilişkisi ile ödünç işçilerin çalıştırılması söz konusu olabilecektir. Yer altında maden çıkaran asıl işverenden, alt işverenin kanunda belirtilen şekilde iş alması mümkündür. Bu durumda alt işveren, asıl işverenden aldığı işleri kendi işçileri ile yerine getireceğinden, ÖİB'den ödünç olarak aldığı işçilerin de kendi işçisi sayılacağından hareketle, asıl işverenden aldığı işlerde ödünç işçi çalıştırabilecektir. Nitekim kanunun muhalefet şerhinde bu konuya vurgu yapılmış ve söz konusu alt işverenlerin ödünç işçi çalıştırmalarının önünde yasal bir engelin olmadığı belirtilmiştir²³⁴. Bu durumun önüne geçilmesi ve ödünç işçilerin bu şekilde istihdamına yol açabilecek bir uygulamanın meydana gelebilmesi için düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Yasanın gerekçesine göre iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlikeli olan ve iş kazalarının bir hayli yüksek olduğu yer altında maden çıkarılan işyerlerinde sektörel bir sınırlandırılmaya gidilmiştir. İş sağlığı ve güvenliği gibi hassas bir konunun kanun gerekçesinde gösterilmesi ve yer altında maden çıkarılan işyerlerinde ödünç işçinin çalıştırılmasının yasaklanması son derece isabetli ise de yeterli değildir. ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurma yasağının, ciddi anlamda iş sağlığı ve güvenliği sorunları yaratacak tehlikeli ve çok tehlikeli işyerleri için de genişletilmesi gerekmektedir²³⁵. Ülkemizde iş kazalarının yüksek olduğu işyerleri sadece yer altında maden çıkarılan işyerleri değildir²³⁶. Sosyal Güvenlik Kurumunun (SGK) 2014 yılı istatistikleri²³⁷ incelendiğinde inşaat sektöründe ölümle sonuçlanan iş kazalarının tüm ölümle sonuçlanan iş kazalarına oranının %30 olduğu görülmektedir. Maden sektöründe faaliyette bulunan işyerlerinde ölümlü iş kazası

²³² Nur Çelik-Nurşen Caniklioğlu-Talat Canbolat, *a.g.e.*, s. 214.

²³³ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 184.

²³⁴ Komisyon Raporu, *a.g.e.*, s. 59.

²³⁵ Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...*, s. 352.

²³⁶ Sarper Sözek, (2016), *İş Hukuku*, s. 311.

²³⁷ Bkz. <https://www.csgb.gov.tr/media/4578/kitap09.pdf> (Erişim, 25.09.2018)

oranı ise %23,5 olarak gösterilmiştir. Nitekim yasa gerekçesinde yer altında maden çıkarılan işyeri için getirilen yasağın sebebinin iş sağlığı ve güvenliği olduğu vurgulanmış ancak ölümlü iş kazasının en fazla görüldüğü inşaat sektörüne yönelik her hangi bir düzenleme getirilmemiştir. Kanaatimizce yer altında maden çıkarılan işyerlerinde ödünç iş ilişkisinin yasaklanması isabetli olmakla birlikte, inşaat sektörü gibi ölümlü iş kazalarının olduğu diğer sektörlerde de ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin yasaklanması isabetli olacaktır.

Belirtelim ki söz konusu yasak hali hem ÖİB aracılığıyla kurulacak olan ödünç iş ilişkisinde hem de holding bünyesinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde kurulacak olan ödünç iş ilişkisinde geçerlidir (İşK md. 7/ 4,15).

2.3.2.6. Eski İşçinin Ödünç İşçi Olarak Çalıştırılması

Bir işverenin kendi emir ve talimatları altında çalışan işçisini, ödünç işçi olarak çalıştırılması suretiyle ortaya çıkabilecek kötü niyetli uygulamaların önüne geçebilmek amacıyla yasada özel bir düzenlemeye yer verilmiştir²³⁸. Söz konusu düzenlemede ödünç işçi çalıştıran işverenin, iş sözleşmesi fesih edilen işçisini fesih tarihinden itibaren altı ay geçmeden ödünç iş ilişkisi kapsamında çalıştıramayacağı şeklindedir (İşK md. 7/7). Sistemimizde daha önce olmayan ancak 6715 sayılı kanunla getirilen ve sadece ÖİB aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinde işverenin iş sözleşmesi sona eren işçisini ödünç işçi olarak tekrardan çalıştırmasının belirli bir süreyle yasaklanmış olmasıdır²³⁹.

İşveren yanında çalışmakta olan işçinin iş sözleşmesini fesih edilerek işten çıkarması olağan bir durumdur. Keza aynı şekilde işçinin de iş sözleşmesini fesih ederek bağlı bulunduğu işyerinden ayrılması söz konusu olabilecektir. Zaten hayatın olağan akışı dikkate alınınca bir sözleşmenin süresiz olarak kurulması söz konusu olamayacaktır. Ancak iş sözleşmesinin fesih edilmesi her ne kadar olağan bir durum olarak karşımıza çıksa da uygulamada bazı kötü niyetli uygulamaların olduğu görülmektedir. Kanun gerekçesinde de ifade edildiği gibi belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan daimi işçilerin ödünç işçi olarak çalıştırılmak amacıyla işten

²³⁸ Aigul Nurmukhambetova, *a.g.m.* , s. 198

²³⁹ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 185.

çıkarılarak ödünç işçi statüsünde tekrar işe alınmak suretiyle uygulamanın suistimal edilebileceği ifade edilmiş ve bu yasak halinin söz konusu durumların ortaya çıkmaması amacıyla konulduğu vurgulanmıştır.

Bahsi geçen düzenlemeye göre hangi sektör olduğuna ve hangi alanda faaliyet gösterdiğine bakılmaksızın bir işverenin kendi yanında iş sözleşmesi ile çalışan işçisini iş sözleşmesi fesih edildikten sonra ve bu fesih tarihinden itibaren altı ay geçmedikçe ÖİB aracılığıyla ödünç işçi olarak çalıştıramayacaktır. Burada feshin nasıl ve kim tarafından yapıldığı bir önem arz etmeyecektir. Ancak bu durum öğretide eleştirilmektedir. Şöyle ki söz konusu yasaklamanın kim tarafından ve hangi tür fesihte uygulanacağı yönünde bir açıklık söz konusu değildir. Ayrıca işveren tarafından değil de işçi tarafından yapılan fesihlerden sonra böyle bir yasağın gerekli olmadığı düşünülmektedir. Örneğin işçinin emeklilik için yaş haricinde diğer koşulları sağlamak suretiyle işten ayrılması veya emeklilik yahut evlenme nedeniyle iş sözleşmesinin işçi tarafından fesih edilmesinde durum böyledir. Ancak işçinin muvazzaf askerlik nedeniyle iş sözleşmesi fesih ettiğinde, söz konusu durumla ilgili İşK md. 31’de öngörülen (iki aylık) süre bitmeden ödünç işçi olarak işe alınmasını geçerli görmeyip işverence kendi işçisi olarak yeniden işe alındığı şeklinde değerlendirmek gerekecektir.

Düzenlemeyle ilgili olarak karşımıza çıkan en önemli sorunlardan biri de henüz altı aylık süre dolmadan iş sözleşmesi fesih edilen işçinin aynı işveren tarafından ödünç işçi olarak işe alınması durumunda yaptırımın ne olacağıdır. Öğretide bizimde katıldığımız görüşe göre, işçinin kanunda öngörülen süre dolmadan ödünç işçi olarak işe alınması durumda söz konusu işçiyle belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır. Ayrıca fesihten itibaren henüz altı ay geçmemesi durumunda önceki sözleşme ile yeni sözleşmenin tek bir sözleşme olarak kabul edilmesi veya işçinin kıdem birleştiriminin gündeme gelmesi ifade edilmiştir²⁴⁰. Aksi halde söz konusu yasaklar için ciddi anlamda bir yaptırım uygulanmaz ise, kanun gerekçesinde ifade edildiği gibi söz konusu uygulamalar suiistimal edilebilecek ve işveren daimi işçilerini ödünç işçi olarak çalıştırabilecektir.

²⁴⁰ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 187.

2.4. 6715 Sayılı Yasada Belirtilen Durumlara Aykırılık Halinde Uygulanacak Yaptırımlar

6715 sayılı kanunla değiştirilen 4857 İşK'nın 7. maddesinde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulması aşamasında uyulması gereken yasakların ve sınırlamaların olduğu göze çarpmaktadır. Getirilen bu yasaklamalar ve sınırlamaların genel amacı ÖİB aracılığıyla kurulacak olan ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılmasının önüne geçmektir. Bundan dolayıdır ki ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin geçici bir süre için kurulmasını sağlamak amacıyla süre sınırlamasına gidilmiş olup aynı zamanda ödünç işçilerin uzun yıllarca ödünç iş ilişkisi adı altında çalışması önlenmek suretiyle ödünç işçilerin korunması sağlanmak istenmiştir. Buna ek olarak 6715 sayılı kanunla getirilen düzenlemelerde genellikle ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulmasına dair koşullara ve belirtilen sürelerle aykırılık durumunda uygulanacak olan idari cezalar üzerinde de durulmuştur. Ancak hukuki yaptırımlara birkaç durumun dışında yer verilmemiş olması eksiklik olarak değerlendirilmekle birlikte kanunda açıkça değerlendirilmese dahi, öngörülen yasaklara ve sınırlamalara aykırılık halinde hukuki yaptırımların uygulanmayacağı düşünülmemelidir²⁴¹.

2.4.1. Başvuru Nedenlerine Aykırılık

ÖİB aracılığıyla ödünç ilişkisinin iş kanununda belirtilen nedenlerin dışında kurulması halinde uygulanacak idari yaptırımlar kanunda düzenlenmiştir. İşK md. 99/1-b bendi uyarınca “7. maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülüklerine aykırı olarak geçici işçi çalıştıran işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için iki yüz elli Türk Lirası” idari para cezası uygulanacaktır. Dolayısıyla başvuru nedenleri bulunmaksızın veya başvuru nedenlerine aykırılık oluşturacak şekilde kurulacak olan ödünç iş ilişkisinde idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca İşK md. 7/2-f bendine aykırı şekilde kurulan ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde daha ağır bir idari para cezası getirilmiştir. Buna göre “7. maddenin ikinci fıkrasının (f) bendine aykırı olarak davranan işveren veya işveren vekiline birinci

²⁴¹ Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...* , s. 354.

fıkranın (b) bendinde belirtilen dört katına artırılarak uygulanır” denilmek suretiyle idari para cezalarının caydırıcı bir nitelik taşıması düşünülmüştür (İŞK md. 99/son).

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulmasına aykırılık oluşturabilecek bir başka durum ise ortada geçerli bir başvuru nedeni yokken varmış gibi gösterilmesi veya başvuru nedenlerinin hatalı olarak değerlendirilmesi sonucunda kurulmuş olmasıdır. Bu gibi durumlarda taraflar açısından doğuracağı hukuki sonuçların tespiti, uygulama ve ödünç işçilerin korunmaları gerekliliği açısından önem taşımaktadır. Kanunda belirtilen başvuru nedenleri gerçekte yokken, varmış gibi gösterilerek ÖİB ile ödünç alan işveren arasında ödünç işçi sağlama sözleşmesinin kurulması ve bu kapsamda ödünç işçinin ödünç alan yanında çalıştırılmaya başlanması ile muvazaalı bir hukuki ilişkinin kurulmuş olduğu nitelendirilebilir.

Başvuru nedenleri mevcut olmaksızın kurulan ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde nisbi muvazaadan bahsedilebilecektir. Nisbi muvazaanın; sözleşmenin niteliğinde muvazaa, kısmi muvazaa ve tarafta muvazaa olmak üzere üç türü olmasından hareketle, bu gibi hallerde kurulan ilişkinin tarafta muvazaa olduğunu belirtmek gerekecektir. Tarafta muvazaada sözleşme, taraf olarak gözükken kişiyle değil de başka bir kişiyle yapılmaktadır. Dolayısıyla nisbi muvazaanın bu türünde biri görünüşte, diğeri gizli olmak üzere iki hukuki ilişki bulunmaktadır. Bu anlamda ÖİB aracılığıyla ödünç ilişkisinin başvuru nedenleri olmaksızın kurulmasından hareketle, görünürdeki işlem ÖİB aracılığıyla ödünç ilişkisi, gizli işlemin ise ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında kurulan iş sözleşmesi olarak kabul etmek gerekecektir. Kısaca ortada başvuru nedenleri yokken ÖİB ile ödünç alan işverenin aralarında ödünç işçi sağlama sözleşmesi kurarak, aslında ödünç alan işverenin istihdam etmesi gereken işçileri ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam ediyormuş gibi göstererek kendi işyerinde çalıştırma olanağına kavuşmaktadır²⁴². Diğer bir ifadeyle ortada herhangi bir başvuru nedenini gerektirecek bir durum mevcut değilken tarafta muvazaalı olarak ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulmakta, böylece tarafların gerçek amacı ÖİB tarafından istihdam

²⁴² Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...*, s. 355.

edilen ödünç işçi karşısında, ödünç alanın iş sözleşmesiyle işçi istihdam ettirilmeksizin işverenlik sıfatının devam ettirilmesi amaçlanmaktadır²⁴³.

Muvazaalı olarak vuku bulan ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde tarafların sadece görünüşteki beyanları birbiriyle uygun olup, işlem beyanları birbiriyle uygun değildir. Dolayısıyla ödünç iş ilişkisinin arkasına gizlenen ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında iş sözleşmesinin varlığı kabul edilebilecek, görünüşteki işlem olarak karşımıza çıkan ödünç iş ilişkisi ise taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Ödünç işçi ile ödünç alan arasındaki iş sözleşmesi tarafların gerçek iradelerine uygun olduğundan kanunun aradığı şekil ve esas şartlarını da taşıması şartıyla muvazaadan etkilenmez ve geçerli bir sözleşme olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu anlamda buradaki iş sözleşmesinin, en başından itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında kurduğunu kabul etmek gerekecektir.

2.4.2. Süre Sınırlamasına Aykırılık

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işveren ile ÖİB arasında bağtlanan ödünç işçi sağlama sözleşmesinde, ödünç işçinin işe başlama ve bitiş tarihinin mutlaka belirlenmiş olması gerektiği kanunda açıkça belirtilmiştir (İŞK md.7/11). Bu durum ödünç iş ilişkisinin geçici bir süre için kurulmasının bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir anlatımla ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi ister süre sınırı öngörülmüş isterse de süre sınırı öngörülmemiş olan başvuru nedenleri doğrultusunda kurulsun her iki durumda da geçici bir süre için kurulacaktır. Kanunda süre sınırı öngörülen haller bakımında azami süre en fazla sekiz ay iken, süre sınırı olmayan hallerde ise işin niteliğine göre ödünç işçi sağlama sözleşmesinin devam edeceği süre belirlenebilecektir. Ödünç işçi sağlama sözleşmesinde öngörülen sürenin dolmasına rağmen ödünç işçi, ödünç alan yanında çalışmaya devam etmesi durumunda bir yaptırımın uygulanması gerekecektir. Bu anlamda 6715 sayılı kanunla getirilen değişiklik ile ödünç işçi sağlama sözleşmesinde belirlenen ya da kanunda belirlenen azami sürenin aşılmasına rağmen

²⁴³ Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 182.

ödünç işçinin ödünç alan yanında çalışmaya devam etmesi durumuna ilişkin hem kanuni hem de idari yaptırım uygulanacağı belirtilmiştir.

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisine yönelik kanunda belirlenen sürelerle uyulmaması halinde İşKur Kanunu md. 18/2 uyarınca ÖİB'lerin ödünç iş ilişkisi kurma yetkilerinin iptalinde dikkate alınabilecektir. Ayrıca ÖİB'lerin ödünç iş ilişkisi kurmasına ilişkin kanunda belirlenen sürelerle iki yıllık süre içinde üç kez uyulmadığı tespit edilmesi durumunda ÖİB'lerin ödünç iş ilişkisi kurma yetkileri iptal edilebilecektir. İki yıllık süre 4857 sayılı İşK'da belirlenen süre sınırına uyulmayan son fiilin tespit tarihinden geriye doğru gidilerek belirlenecektir. Söz konusu iptal durumu süre sınırı öngörülen başvuru nedenleri bakımından azami sürenin aşılması halinde dikkate alınacaktır. Ayrıca 4857 sayılı İşK md. 99/1-b bendi uyarınca İşK'nın 7. maddesinde düzenlenen durumlara aykırı olarak ödünç işçi çalıştıran ödünç alan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için iki yüz elli Türk Lirası idari para cezası uygulanacaktır. Dolayısıyla ödünç işçi sağlama sözleşmesinde öngörülen süre veya kanunda belirlenen azami sürelerle uyulmaması halinde de söz konusu idari para cezaları uygulanabilecektir.

Ayrıca 4857 sayılı İşK md. 7/13 fıkrasında süre sınırına uyulmadığı takdirde uygulanacak olan yaptırım düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca, sözleşmede belirlenen sürenin dolmasına rağmen ödünç iş ilişkisinin devam etmesi durumunda ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır. Bu durumda ÖİB ödünç işçinin ödünç iş ilişkisinden kaynaklanan ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden sözleşme süresiyle sınırlı olmak üzere sorumludur. Düzenleme gereği ödünç işçi sağlama sözleşmesinde belirlenen sürenin sona erme tarihinden itibaren ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi durumunda ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI ARACILIĞIYLA ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNDE TARAFLAR VE TARAFLAR ARASINDA MEYDANA GELEN HUKUKİ İLİŞKİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinde Taraflar

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin üç tarafın bir arada bulunması ile kurulan bir sözleşme türü olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Bundan dolayı bu çalışma biçimi “üçlü ilişki” veya “üç köşeli ilişki” olarak adlandırılmakla birlikte üçlü bir yapıya sahip olması nedeniyle aynı zamanda bu hukuki kurumun, karmaşık bir a-tipik iş ilişkisi çeşidi olduğunu göstermektedir²⁴⁴. Dolayısıyla ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi, klasik iş ilişkisi olarak nitelendirdiğimiz bir tarafın işçi diğer tarafın ise işveren olarak kurulan iş ilişkisinden üçüncü taraf olan işverenin eklenmesi sonucu ayrılmaktadır.

Bu çalışma biçiminde ilk taraf olarak kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olan işçisini başka bir işverenin emir ve talimatlarına veren ÖİB karşımıza çıkmaktadır. İkinci taraf ise işletmesinde çeşitli nedenlerle ortaya çıkan işçi ihtiyacını karşılamak amacıyla ÖİB’den, işçi talebinde bulunan ancak talep ettiği işçi ile aralarında herhangi bir şekilde iş sözleşmesi kurmayan işveren olarak karşımıza çıkan ödünç alan işverendir. ÖİB ile ödünç alan işveren arasında kurulacak olan sözleşme ÖİBY’nin 3/d fıkrasında düzenlenmiş olup geçici işçi sağlama sözleşmesi şeklinde karşımıza çıkmakla birlikte biz çalışmanın tamamında bahse konu sözleşmeyi ödünç işçi sağlama sözleşmesi olarak ifade etme kanaatindeyiz. Ödünç işçi sağlama sözleşmesi kapsamında geçici bir süre için ödünç alan yanında ve onun nam ve hesabına çalışmakla birlikte ÖİB ile aralarındaki iş sözleşmesi devam eden işçiyi ödünç işçi olarak ifade etmeyi kavramsal karmaşa yaşanmaması nedeniyle uygun görmekteyiz. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, ödünç işçi kavramı

²⁴⁴ Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...*, s. 12.

nedeniyle işçinin bir meta olarak algılanmasını ve bu şekilde görülmesini kabul etmemekteyiz. Çünkü işçinin bir başka işverene ait işyerinde çalışmakla birlikte bu çalışmayı kendi işvereni nam ve hesabına yapıyorsa ödünç iş ilişkisinden söz edilemeyecektir²⁴⁵. Bundan dolayı ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam edilen işçi ile bir iş sözleşmesi dâhilinde sadece bir işverenin otoritesi altında çalışan işçinin karışıklığa neden olmasının önlenmesi amaçlanmaktadır.

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin de işçi ile işvereni arasında mevcut bir iş sözleşmesinin varlığı göze çarpmaktadır. Ancak klasik iş sözleşmesinden farklı olarak düzenlenen iş sözleşmesi ile işçi iş görme borcunu iş sözleşmesi ile bağlı bulunduğu işverenine ifa etmemekte iş görme borcunu ifa etmek için ödünç alan işveren yanında çalışmaktadır. İş sözleşmesi ile bağlı bulunduğu işvereni aynı kalmakla beraber ödünç alan işvereni her ödünç süresince değişiklik göstermektedir. Ödünç işçi ödünç süresince her ne kadar ödünç alanın emir ve talimatları doğrultusunda çalışsa da ödünç işçi ile ödünç alan arasında iş sözleşmesi bulunmamakta olup, ancak aralarında iş sözleşmesi benzeri ilişkinin olduğu düşünülmektedir²⁴⁶. İş sözleşmesi benzeri bu ilişki kapsamında ödünç alan işveren, salt iş sözleşmesinden doğan işin görülmesi aşamasında işçiye, yönetim hakkına dayalı olarak emir ve talimat verme haklarına sahip olmaktadır. Ancak bu yetki yönetim hakkı sınırları içinde kullanılabilecektir²⁴⁷. Ödünç işçi ise ödünç alanın işe yönelik olarak emir ve talimatlarına uymakla yükümlü olmaktadır. Ödünç alan taraf ile ödünç işçi arasındaki ilişki iş sözleşmesi olmadığından işçiye ücret ödeme yükümlülüğü asıl işvereni olan ÖİB'e ait olacaktır. Bu durum 4857 sayılı İşK. 8. maddesinde iş sözleşmesini bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme olduğu şeklinde tanımlanmaktadır. ÖİB ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesi olduğundan ücret ödeme borcu ÖİB'e ait bir borçtur. Bununla birlikte öğretide tarafların anlaşması ile ücret ödeme borcunun ödünç alan işveren tarafından yerine getirilmesi de mümkündür²⁴⁸.

²⁴⁵ Şahin Çil-Osman Güven Çankaya, *a.g.e.* , s. 305.

²⁴⁶ Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...* , s. 13.

²⁴⁷ Nuri Çelik, *a.g.e.* , s. 112.

²⁴⁸ Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...* , s. 142.

Türk iş hukuku öğretisinde ödünç iş ilişkisi kurumunun taraflarına farklı isimlerin verildiği görülmektedir. Örnek olarak Süzek, asıl işveren olan özel istihdam bürosu için “büro”, özel istihdam bürosuna bağlı olarak çalışan işçi için “özel istihdam bürosu işçisi” ve son olarak geçici işveren için ise herhangi bir özel ibare kullanmamıştır. Akyiğit ise, asıl işveren olan özel istihdam bürosunu “ÖİB” şeklinde tanımlarken işçi için “geçici işçi” ve geçici işveren için ise “ödünç alan” ibaresini kullanmıştır.

3.1.1. İşveren Olarak Özel İstihdam Bürosu Kavramı

Ödünç iş ilişkisinin merkezinden yer alan kavramı, ödünç veren veya asıl işveren olarak ifade edilen kişi oluşturmaktadır. Bu kişinin ödünç veren olarak nitelendirilmesinin en önemli özelliği işçiyle arasında, işçinin ödünç verilmesini içerir bir sözleşmenin kurulmuş olmasıdır²⁴⁹. Burada işveren kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olan işçisini, iş görme borcunu yerine getirmesi için, başka bir işveren yanına genellikle geçici bir süreliğine gönderen kişidir. Bundan dolayı ödünç veren bir işveren olmasına karşın iş kanununda tanımlanan işveren kavramından farklıdır.

Ayrıca asıl işveren kavramının ödünç iş ilişkisinin türüne göre farklılık gösterdiği görülmektedir. Nitekim yukarıda görüldüğü gibi ödünç iş ilişkisinin iki farklı şekilde uygulandığı görülmektedir. Bunlar ilki mesleki faaliyet olarak yapılmayan şekli olan basit ödünç iş ilişkisinde, işverenle işçi arasında iş ilişkisi bulunmaktadır. İşçi bu sözleşme ile iş sözleşmesi kurduğu işveren yanında çalışmaktadır. Ancak iş sözleşmesi düzenlendikten sonra işçi başka bir işverene ödünç olarak verilmesi durumu ortaya çıktığında işçinin yazılı olarak onayının alınması gerekmektedir. Bu türü ülkemizde holding bünyesinde veya aynı şirketlere topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme borcunu yerine getirmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamızın konusu olan ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde ise durum biraz farklılık göstermektedir. Burada işçi ödünç vermeyi mesleki bir faaliyet olarak yapan işverenler karşımıza çıkmakta ve bu işverenler genellikle ÖİB olarak

²⁴⁹ Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...*, s. 83.

anılmaktadır. Bu anlamda ÖİB, ulusal ve uluslararası yasalar çerçevesinde başka işverenlere ödünç olarak gönderilmek üzere işçi temin eden, söz konusu işçilere karşı sorumlulukları olan, ödünç alan işverenlere göndereceği işçileri istenilen nitelikte eğitim veren ve söz konusu ödünç alan işveren ile sözleşme yapan taraf olarak karşımıza çıkmaktadır.

ÖİB kanunda tanımlanan işveren tanımından bazı yönleriyle farklılık göstermektedir. Kanunda işveren tanımı işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye işveren denir (İşK md. 7/2) şeklinde tanımlanmaktadır. Bu anlamda söz konusu ÖİB aralarında iş sözleşmesi yaptığı işçisini yanında çalıştırmadan başka bir işverenin nam ve hesabına çalışması için gönderdiğinden farklılık göstermektedir. Zaten ÖİB sadece büro şeklinde kurulduğundan ödünç vermek üzere işe aldığı işçilerini çalıştıracığı bir işyerine de sahip değildir zaten ÖİB'in kuruluş amacı ödünç alan işverenlere ödünç işçi tedarik etmektir. Burada ÖİB işçi ihtiyacı duyan işverenle ödünç işçi sağlama sözleşmesi yapmakta ve bu sözleşme kapsamında kendisine iş sözleşmesi ile bağlı bulunan işçisini iş görme borcunu yerine getirmesi için genellikle geçici bir süreliğine ödünç alan işverene devretmektedir. İşçi ise geçici bir süreliğine ödünç alan yanında ve onun emir ve talimatları doğrultusunda çalışmaya devam etmektedir²⁵⁰. Tabi ki kuruluş amacı ödünç işçi tedarik etmek olan ÖİB bu hizmetini bir bedel karşılığında yapacaktır.

Ödünç veren işveren konumunda bulunan ÖİB söz konusu faaliyeti yerine getirebilmesi için yetkili kurumlardan izin alması ve kanunun aradığı bazı şartları yerine getirmiş olması gerekmektedir. Yukarıda detaylı bir şekilde incelendiği gibi ÖİB'ler 4904 sayılı İşKur Kanunu'nun 17. maddesinde 6715 sayılı kanunla yapılan değişiklikle ifade edilen bazı şartları yerine getirmesi gerekmektedir. Aksi halde ÖİB tarafından yapılan ödünç iş ilişkisi faaliyeti kanuna aykırı ve geçersiz sayılacak ve ödünç alan işverenlere gönderdiği işçilerin tamamı ödünç alan işverenin işçileri olarak kabul edilecektir.

²⁵⁰ Ş. Esra Baskan, *a.g.m.* , s. 11.

3.1.2. Ödünç Alan İşveren Kavramı

Ödünç alan, bir işverenden herhangi bir bedel karşılığında veya bedelsiz olarak genellikle geçici bir süreliğine işçi alan ve ödünç olarak aldığı işçinin iş görme borcunu kendi yanında veya iş organizasyonunda yerine getirmesi için talep eden işveren olarak karşımıza çıkmaktadır. Ödünç iş ilişkisinde zorunlu olarak bulunması gereken ödünç alan tarafın her şeyden önce iş kanunu kapsamında işveren sıfatına sahip olması gerekmektedir. Nitekim işveren kavramı İşK.'nın 2. maddesinde bir iş sözleşmesine dayanarak “işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denir” şeklinde tanımlanmıştır. Kanundan da anlaşılacağı üzere ödünç alan işveren gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi kamu kurum ve kuruluşlarının da olabilmesi mümkündür. Bunun için ödünç alan işverenin ödünç işçi sağlama sözleşmesi kapsamında ödünç işçi çalıştırması yeterlidir. Ancak kamu kurum ve kuruluşları her ne kadar iş kanunu kapsamında işveren olarak nitelendirilse de ÖİB aracılığıyla ödünç işçi çalıştırması yasak olduğundan dolayı bu kapsamda ödünç işçi çalıştırmayacak olup ödünç alan işveren olarak tanımlanmayacaktır. Ayrıca holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğu içinde meydana gelen ödünç iş ilişkisi durumunda da ödünç işçinin çalışması için gönderildiği işletmeninde ödünç alan olarak tanımlanması gerekecektir.

Diğer taraftan bir kişinin işveren olarak nitelendirilmesi için, İş Kanunu kapsamında işçi çalıştırabileceği bir işyerinin olması gerekmektedir. Ancak burada açıklığa kavuşturulması gereken konu bir kişinin işçi çalıştırabileceği bir işyeri olmamasına rağmen ödünç işçi çalıştırmak istemesi durumunda bu kişinin ödünç alan işveren olarak tanımlanıp tanımlanmayacağıdır. Örnek olarak ev işlerinde çalıştırılmak üzere ödünç işçi çalıştırmak isteyen bir kişi işveren midir? Bu sorunun cevabını 4857 sayılı İşK'da değişiklik yapan 6715 sayılı kanunla getirilen düzenlemede görmemiz mümkündür. Düzenlemede ev hizmetlerinde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulabileceği ve bu bağlamda ödünç işçi çalıştırılacağı belirtilmiştir (İşK md. 7/ 2-c). Dolayısıyla söylenebilir ki ödünç alanın, işveren olarak nitelendirilmesi için işçilerini çalıştırabileceği işyerinin olmasına dahi gerek

yoktur²⁵¹. Dolayısıyla bir işverenin ödünç alan olarak isimlendirilmesi için söz konusu ödünç işçi sağlama sözleşmesinin tarafı olması yeterli görülecektir. Zira ÖİBY md. 3'te ÖİB'den ödünç işçi sağlama sözleşmesiyle ödünç iş ilişkisi kapsamında ödünç işçi temin eden işverenin ödünç alan işveren olarak tanımlanacağı belirtilmiştir. Bundan dolayı ÖİBY'de ifade edildiği gibi ÖİB'den ödünç işçi sağlama sözleşmesi kapsamında işçi temin eden her kişinin ödünç alan olarak tanımlanması gerekecektir. Ev hizmetlerinde ödünç işçi çalıştıran kişinin iş kanunu kapsamında bir işyeri olmasa dahi ödünç alan işveren olarak tanımlanması gerekir.

Herhangi bir işverenin ödünç alan olarak nitelendirilmesi için önemli olan bir diğer husus ise, mutlak sureyle bir ödünç işçi sağlama sözleşmesinin tarafı olması gerekmektedir. Akyiğit' inde ifade ettiği gibi ödünç alan sıfatının edinilebilmesi için ödünç veren işveren konumunda bulunan işverenle, işçi ödünç alma-verme hususunda bir sözleşmenin varlığı aranacaktır. Bu anlamda ÖİBY'de ödünç alanla ÖİB arasında ödünç işçi sağlama sözleşmesinin bulunması ve bu sözleşmenin de yazılı yapılması öngörülmüştür (ÖİBY md. 3/d).

3.1.3. Ödünç İşçi Kavramı

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin merkez kavramlarından biri de ödünç işçidir. Dolayısıyla ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin meydana gelebilmesi için ödünç işçinin varlığı gerekmektedir. Ödünç işçi ÖİB tarafından iş sözleşmesiyle işe alınan ve fakat ÖİB tarafından hiçbir zaman kendi iş organizasyonunda çalıştırılmayan, genellikle geçici bir süre için ödünç alan işverenlerin yanında iş görme borcunu yerine getirmesi için gönderilen işçi olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla ödünç işçinin aralarında iş sözleşmesi bulunmadığı ödünç alan işveren yanında iş görme borcunu fiilen yerine getirdiği ve ödünç alan işverenin işe yönelik olarak vereceği emir ve talimatlarına uygun davrandığı görülmektedir. Bundan dolayı ödünç işçinin iş sözleşmesiyle bağlı olduğu ÖİB yanında çalışmadığı görülecektir.

Ödünç işçi tanımına iş kanununda yer verilmemiş olmasına rağmen ÖİBY'de yer verildiği görülmektedir. Söz konusu yönetmelik uyarınca ödünç işçi,

²⁵¹ Orhan Ersun Civan, *Meslek Edinilmiş...* , s. 20.

ödünç işçi sağlama sözleşmesi kapsamında ÖİB aracılığıyla başka bir işverene ait işyerinde çalıştırılan işçi olarak tanımlanmıştır.

ÖİBY’de her ne kadar ödünç işçinin tanımı yapılmış olsa da bir kişinin işçi olarak kabul edilebilmesinin ön koşulu, o kişinin İş Kanunu kapsamında işçi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu anlamda iş kanununda işçi tanımı bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi denir şeklinde açıklanmıştır (İşK md. 2). Buna ek olarak işçi sayılabilmek için İşK. 4. maddesinde belirtilen istisnai durumların da dışında olmak gerekecektir. Klasik anlamıyla iş sözleşmesi iki taraflı bir ilişki olup, serbest bir irade açıklaması sonucunda kurulmaktadır. Bundandır ki kamu hukuku yaptırımını olan cezaevi vb. çalışmaları serbest bir iradenin varlığına dayanmadığı için, bu durum kurulmuş olan bir iş sözleşmesinin varlığına veya çalışan bu kişilerin işçi niteliği kazanmasına dayanak oluşturmayacaktır. Kısaca bu çalışma sonucunda işçi ve işveren ve buna bağlı olarak iş sözleşmesi kavramları ortaya çıkmayacaktır çünkü bu durum söz konusu kişiye verilen cezanın infaz edilmesinin bir parçasıdır²⁵². Bazı hallerde aile içi yardımlaşma kapsamında yapılan çalışmalarda eş, çocuk vs. kural olarak bu çalışanlar işçi olarak değerlendirilmez. Ancak aralarında iş sözleşmesi yapmalarında yasal engel bulunmamaktadır. Ayrıca işçi sıfatının kazanılmasında yapılan işin niteliği de önem arz etmemekte olup, yapılan çalışmanın bedenen veya fikren yerine getirilmesi önemli değildir.

İş hukukunda ve doktrinde işçi benzeri kişiler olarak anılan çırak ve stajyerlerin varlığı görülmektedir. Çıraklık kurumun temel amacı işyerlerinin gereksinim duyduğu nitelikli işgücünün oluşturulmasıdır²⁵³. Bu amaçla çıraklar işçi sayılmamakla birlikte yasal durumları 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu kapsamında belirlenmektedir. Keza stajyerler özellikle yükseköğrenim döneminde meslek hakkında teorik bilgilere haiz olup ancak bu bilgilerin işyeri uygulamalarını izleyip mesleki bilgilerini geliştiren kişilerdir. Stajyerlere bazı işverenler tarafından bir ücret verilse dahi bu onların işçi olarak anılmasını gerektirmez. Stajyerlere iş kanunu uygulanmadığı ve fakat staj yaptıkları dönem içinde meydana gelebilecek

²⁵² Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 65.

²⁵³ Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 147.

herhangi bir iş kazası veya meslek hastalığına karşın sadece 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uygulandığı görülmektedir.

3.2. Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiler

Ödünç iş ilişkisi yukarda ifade edilen tanımından da anlaşılacağı üzere klasik iş ilişkisinden farklı olarak, üç farklı tarafın bir araya gelmesiyle oluşan karmaşık bir hukuki yapıya sahiptir. Keza üç tarafın bir araya gelmesiyle meydana gelen bu hukuki kurumda; ÖİB ile ödünç işçi arasında, ÖİB ile ödünç alan işveren arasında ve son olarak ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında olmak üzere üç farklı hukuki ilişki bulunmaktadır. İlk olarak ÖİB ile ödünç işçi arasında bulunan iş sözleşmesi ilişkisidir. Diğer taraftan ödünç alan işveren ile ÖİB arasında yazılı şekilde yapılması zorunlu olan ödünç işçi sağlama sözleşmesi bulunmakta olup söz konusu sözleşme ile ödünç alan işverene işin görülmesine yönelik, ödünç işçiye emir ve talimat verme hakkı devredilmektedir. Ayrıca bu sözleşme ile ÖİB ile ödünç alan işveren arasında meydana gelen tüm hukuki ilişkiler düzenlenmektedir. Son olarak iş sözleşmesi ile ÖİB'e bağlı olan, ödünç işçi sağlama sözleşmesi ile de ödünç alan yanında fiilen çalışmasına karar verilen ödünç işçi bulunmakla birlikte, söz konusu sözleşme ile ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında hukuki ilişki ortaya çıkmaktadır. Aralarında iş sözleşmesi bulunmamakla birlikte, fiili çalışmadan ve ödünç işçi sağlama sözleşmesinden kaynaklanan bazı hak ve yükümlülükler nedeniyle söz konusu iki taraf arasında iş sözleşmesi benzeri bir ilişkinin varlığı görülmektedir²⁵⁴.

Ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi, ÖİB tarafından belirli bir süre için üçüncü bir işverenin yani ödünç alan işverenin hizmetinde çalıştırılmak üzere işe alınmaktadır. Dolayısıyla bu hukuki ilişkilerden sadece ödünç işçi ile asıl işveren konumunda bulunan ÖİB ile arasında bir iş sözleşmesi ilişkisi olup ÖİB ile ödünç alan işveren arasındaki ilişki daha çok ticari bir ilişki niteliği taşımaktadır²⁵⁵.

²⁵⁴ Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 315.

²⁵⁵ Şelale Uşen, *Avrupa Birliğinde Ödünç İş İlişkisi, İtalya Uygulaması ve Türkiye*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). İstanbul Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul-2005, s. 24.

3.2.1. Özel İstihdam Bürosu ile Ödünç İşçi Arasındaki Hukuki İlişki

Ödünç iş ilişkisinin türü ne olursa olsun ister mesleki olmayan ödünç ilişkisinde isterse ÖİB aracılığıyla kurulan (mesleki) ödünç iş ilişkisinde ÖİB ile ödünç işçi arasında kurulmuş olan bir iş sözleşmesinin varlığı zorunludur. Bu zorunluluk ödünç iş ilişkisi kurumunu işe aracılık faaliyetinden ayıran en belirgin özelliiktir²⁵⁶. Bu iş sözleşmesiyle ödünç işçi, ÖİB yanında iş görme edimini yerine getirmeyi taahhüt etmemekte, ÖİB'in ödünç alan işveren ile yaptığı ödünç işçi sağlama sözleşmesi uyarınca ödünç işçinin belirli ve geçici sürelerle ödünç alan işveren yanında çalışmasını taahhüt etmektedir. Diğer bir ifadeyle ÖİB ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin amacı kural olarak ödünç işçinin iş sözleşmesinden doğan iş görme borcunun talep hakkının ödünç alan işverene devridir²⁵⁷.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki bu iş sözleşmesi mesleki olmayan ödünç iş ilişkisinde normal bir iş sözleşmesi olarak karşımıza çıkarken, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ödünç işçinin üçüncü bir kişinin işyerinde, ödünç alan yanında, çalıştırılmak üzere işe alınmasına yöneliktir²⁵⁸.

ÖİB ile ödünç iş ilişkisi kurmak üzere iş sözleşmesi yapan ödünç işçinin, sözleşmeyi yaptığı sırada ödünç işçi olarak farklı ödünç alan işverenler yanında iş görme borcunu yerine getireceğini biliyor olması nedeniyle basit (meslek edinilmemiş) ödünç iş ilişkisinde olduğu gibi ödünç işçiden ayrıca rıza alınmasına gerek olmayacaktır.

ÖİB ile ödünç işçi arasındaki kurulmuş olan iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi mi, yoksa belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu üzerinde durulması gerekmektedir. Bir görüşe göre sözleşmenin belirli süreli yapılması ancak sözleşme süresinin sonunda işçiye ödünç süresiyle uygun bir tazminatın verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁵⁹. Öğretide başka bir görüşe göre ise sözleşme belirli veya belirsiz süreli yapılabilir. Ancak belirli süreli yapılabilmesi için kanunda belirtilen objektif nedenlerin dikkate alınması gerekir, ödünç iş ilişkisinde ki geçicilik ÖİB ile ödünç

²⁵⁶ Şelale Uşen, *Avrupa Birliğinde Ödünç İş...*, s. 24.

²⁵⁷ Ş. Esra Baskan, *a.g.m.*, s. 13.

²⁵⁸ Şelale Uşen, *Avrupa Birliğinde Ödünç İş...*, s. 25.

²⁵⁹ Erdem Özdemir, *a.g.m.*, s. 29.

işçi arasındaki hukuki ilişkinin devamlılığını etkilemeyeceğinden salt bu durum objektif neden olarak değerlendirilmeyecektir²⁶⁰. Bundan dolayı ÖİB ile ödünç işçi arasında kurulacak olan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olarak kurulması kanaatindeyiz.

Ödünç iş ilişkisi kapsamında ödünç işçiyle ÖİB arasında yazılı olarak kurulmuş olan bir iş sözleşmesinin varlığı gerekmektedir. İş sözleşmesinin yazılı olarak kurulması hem kanunun istediği bir zorunluluk hem de ispat şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim iş sözleşmesinin yazılı bir şekilde yapılmamış olması durumunda 6715 sayılı kanunun 8. maddesiyle değiştirilen 4904 sayılı İşKur Kanunu'nun 18. maddesinde bazı yaptırımlar öngörülmüştür. Buna göre son fiilin tespitinden geriye yönelik iki yıl içerisinde üç kez yazılı şekil koşuluna uyulmadığının tespiti durumunda ÖİB'in ödünç iş ilişkisi kurma yetkisi iptal edilir ve söz konusu ÖİB'e üç yıl süreyle izin verilmez. Buradan da anlaşılacağı üzere ÖİB ile ödünç işçi arasında kurulacak iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca kanun gerekçesinde bu durumun suistimalleri engelleyeceği ve ispat yükümlülüğü açısından kolaylık getireceği vurgulanmış ve ayrıca sözleşmenin yazılı yapılması ödünç işçinin emsal işçi karşısında eşit muamele ilkesince kontrolü açısından da önem arz etmektedir.

Ödünç işçi sağlama sözleşmesi kapsamında kurulacak olan ödünçlerde kanunun aradığı şekilde bir iş sözleşmesinin olmaması ortada yasak bir iş aracılığı faaliyeti olarak karşımıza çıkabilmektedir. ÖİB ile ödünç işçi arasındaki kurulacak olan iş sözleşmesine “ödünç işçinin İşKur veya bir başka ÖİB’ den hizmet almasını ya da iş görme edimini yerine getirdikten sonra farklı bir işveren yanında çalışmasını engelleyen hükümler konulamaz” (İşK md. 7/11). Bu madde doğrultusunda ödünç işçinin ÖİB’ e sürekli bağlılığı engellenmiş olup taraflar arasındaki sözleşme özgürlüğünün korunduğu kabul edilmektedir²⁶¹. Madde gerekçesinde belirtildiği gibi ödünç işçinin belirsiz süre çalışma hakkının engellenmesi ve bu anlamda ÖİB'in iş arayanların başka iş arama kanallarını kullanmalarını engelleyen hükümler içeren sözleşmelerin yapılması yasaklanmıştır. ÖİB ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesi

²⁶⁰ Ş. Esra Baskan, *a.g.m.*, s. 13.

²⁶¹ Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 312.

kurulduğu için ödünç işçinin ücretini ödeme yükümlüsü iş görme borcunu yerine getirdiği ödünç alan olmayıp iş sözleşmesinin tarafı olan ÖİB'dir. Ayrıca iş kanunu kapsamında işçi ücretleri üçüncü kişiler tarafından ödeneceği için sözleşmede ayrıca kararlaştırılarak ücret ödünç alan tarafından da ödenebilecektir (İşK md. 32). Ancak burada dikkat edilmesi gereken ücretin nasıl belirleneceğidir. ÖİB ile anlaşarak bir ücretin mi belirleneceği Yoksa 2008/104 sayılı AB direktifine dikkat edilerek ödünç işçilerin aynı iş için doğrudan işe alınmış olsalardı hangi koşullar uygulanacaksa o koşulların mı uygulanacağıdır. Kanaatimizce ücret konusunda işçilerin mağdur edilmemesi için aynı iş için işe alınacak olan işçilere uygulanacak olan şartların uygulanmasıdır. Aksi halde ödünç alan yanında aynı işi yapmasına rağmen diğer işçilerden daha az ücret karşılığında çalışmak zorunda kalabilecektir. Ödünç işçilerinde ödünç alan yanında çalıştıkları süre içinde uygulama olarak varsa ikramiye veya prim gibi haklardan ödünç işçilerinde yararlandırılması ücrette eşitlik ilkesi açısından bir gerekliliktir. Ayrıca ödünç iş ilişkisini geçici bir karakter taşıması ve bu anlamda bir geçicilik tazminatının çalışılan süreyle orantılı olarak belirlenmesi gerekecektir²⁶².

3.2.2. Özel İstihdam Bürosu ile Ödünç Alan İşveren Arasındaki Hukuki İlişki

ÖİB ile ödünç alan işveren arasında ödünç işçi sağlama sözleşmesinin varlığı gerekecektir (İşK md. 7/11). Nitekim kanunda “*ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi Türkiye İş Kurumunca izin verilen ÖİB'in bir işverenle geçici (ödünç) işçi sağlama sözleşmesi yaparak bir işçisini geçici olarak bu işverene devri ile*” iş kanununda sayılan hallerde kurulacağı hüküm altına alınmıştır (İşK md. 7 / 2-11). Ödünç işçi sağlama sözleşmesi de her sözleşmede olduğu gibi karşılıklı ve uygun bir irade beyanıyla kurulabilecektir (BK md. 1). Bu sözleşme aynı zamanda yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Yazılı şekil koşuluna aykırılık halinde ödünç işçi sağlama Türk BK md. 12 uyarınca en başından itibaren geçersiz kabul edilecektir. Kanaatimizce bu durumda ödünç işçi ödünç alan işveren yanında işe başladığı günden itibaren, ödünç

²⁶² Serkan Odaman, “Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi” *Osman Güven Çankaya'ya Armağan*, Kamu-İş yayınları, Ankara-2010, s. 74.

alan işverenin işçisi olarak kabul edilmelidir. Aksi durumda işçinin mağduriyeti gibi bir durum söz konusu olabilecektir.

Ödünç işçi sağlama sözleşmesi ile ÖİB kendisine iş sözleşmesiyle bağlı ve işe hazır halde bulunan işçisini, sözleşme uyarınca kararlaştırılan süre zarfında iş görme borcunu yerine getirmek üzere ödünç alan işveren yanına göndermeyi taahhüt etmektedir. Buna karşılık söz konusu hizmet için ödünç alan işveren ÖİB'e belirli bir ücret ödemeyi kabul etmektedir. Diğer bir anlatımla ödünç işçi sağlama sözleşmesi, ÖİB'e bazı işveren haklarını ödünç alan işverene devrini sağlayan, ödünç alan işverene de ÖİB karşı bir takım borçlar yükleyen bir nitelik taşımaktadır. Bu bakımdan taraflar arasında sözleşme süresince karşılıklı bir borç ilişkisi doğuran ödünç işçi sağlama sözleşmesi, hukuki niteliği yönünden kanunda düzenlenen sözleşme türlerinden herhangi birine girmediğinden, öğretide kendine özgü bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir²⁶³.

Yukarıda ifade edildiği gibi ödünç işçi sağlama sözleşmesi kural olarak yazılı yapılmak zorundadır. Yazılık şartı hem kanunu bir şart hem de ispat şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu sözleşme içeriğine yönelik olarak İşK md. 7-11. bendinde ve ÖİBY md. 6 da özel düzenlemelere yer verilmiştir. Bu anlamda ödünç işçi sağlama sözleşmesinde, sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihi, işin niteliği, ÖİB hizmet bedeli, varsa ödünç işçi çalıştıran işverenin ve ÖİB'in özel yükümlülüklerine yer verilmiştir. Ayrıca sözleşmenin içerisine ödünç işçinin İşKur'dan veya başka bir ÖİB'den hizmet almasını ya da iş görme borcunu yerine getirdiği ödünç alan yanında veya başka bir işveren yanında çalışmasını engelleyici hükümler konulamayacaktır²⁶⁴. Aksi durumda kanun gerekçesinde ifade edilen işgücü piyasası dışında bulunan kişilerin işgücü piyasasına girmeleri ve tecrübe kazanmaları ve bu yolla daimi iş bulmaları hedefinden uzaklaşılması anlamına gelecek ve ödünç olarak çalışan kişilerin suistimaline neden olabilecektir.

Ödünç işçi sağlama sözleşmesi kapsamında ÖİB ödünç alan işverene kararlaştırılan zamanda ve belirtilen nitelikteki işçiyi ödünç olarak vermek zorundadır. Ödünç olarak verilen işçinin işin kötü ifasından ÖİB sorumlu

²⁶³ Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...* , s. 325.

²⁶⁴ Ali Güzel-Hande Heper, *a.g.m.* , s. 44.

olmayacaktır. Aksi halde ÖİB işin görülmesini üstlenmiş sayılabilecektir²⁶⁵. Kanaatimizce bu durum söz konusu olmayacak ve sözleşmede kararlaştırılması durumunda söz konusu işçi başka bir işçiyle değiştirilmek istenebilecektir. Ödünç alan işveren meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığı hallerini ÖİB'e derhal, ilgili mercilere ise 5510 sayılı kanunun 13 ve 14.maddelerine göre bildirmekle yükümlüdür.

Bu sözleşme bağlamında bazı haklar ve borçlar ödünç alana geçmektedir. Ödünç alan bu sözleşme kapsamında ödünç işçiden işin görülmesini ve yönetim hakkını elinde bulundurabilecektir.

İşKur Kanunu 19/1 uyarınca ÖİB, ödünç alandan aracılık ve ödünç işçi sağlama sözleşmesi kapsamında bir hizmet bedeli alma hakkını elde edebilecektir. Ancak ÖİB her ne durumda olursa olsun istisna meslekler dışında, ödünç işçilerden bir hizmet bedeli isteme hakkına sahip olmayacaktır.

3.2.3. Ödünç İşçi ile Ödünç Alan İşveren Arasındaki Hukuki İlişki

Ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçinin iş sözleşmesi ile bağlı bulunduğu ÖİB yanında yapmakla yükümlü olduğu iş görme borcunu aralarında bir anlaşma yaparak bir üçüncü kişi olan ödünç alanın yanında onun emir ve talimatlarına bağlı olarak geçici bir süreliğine yerine getirmektedir²⁶⁶. Bu anlamda ödünç işçinin ödünç alana karşı sadakat ve itaat borcu bulunmaktadır. Ödünç alana da işe yönelik olarak ve sözleşme süresince iş kanunu kapsamında yönetim hakkı geçmektedir (İşK md. 7/9). Buradaki yönetim hakkından kasıt sadece işe yönelik olmayıp işyerinde uyulması gerekli olan İSG kuralları ve işyerinin düzenine, güvenliğine yönelik olarak değerlendirilmesi gerekmektedir²⁶⁷.

Bu ilişki kapsamında ödünç işçi ile ÖİB arasındaki iş sözleşmesi devam etmekle birlikte, ödünç alanla ödünç işçi arasında bir iş sözleşmesi olmadığı için aralarında “iş hukuku karakterli akit benzeri bir hukuki ilişki” olduğu söylenebilmektedir²⁶⁸. Ödünç işçinin iş görme borcunu yerine getirirken vermiş

²⁶⁵ Arkın Günay, *a.g.e.* , s. 122.

²⁶⁶ Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...* , s. 119.

²⁶⁷ Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 316.

²⁶⁸ Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...* , s. 123.

olduğu zarardan sorumlu tutulmuştur (İşK md.7/14). Bu anlamda iş görme borcunun yerine getirilmesinde zorunlu olan özen borcunun korunduğu görülmektedir. Ücret ödeme yükümlüsünün ÖİB olduğu yukarda aktarılmıştır. Ancak ödünç işçinin ödenmeyen ücretinden, sosyal güvenlik primlerinden ÖİB ile ödünç alan birlikte sorumlu tutulmamıştır. Fakat birlikte sorumluluk basit ödünç iş ilişkisinde karşımıza çıkmaktadır. ÖİB ile kurulacak olan ödünç iş ilişkisinde böylesi bir sorumluluğun olmaması ödünç işçi aleyhine sonuçlar doğurabilecektir. Sadece işletmenin iş hacminin öngörülmeyle şekilde arttığı hallerde kurulacak olan ödünçlerde ödünç alanın çalışılan her ay ödünç işçilerin ücretini ödenip ödenmediğini kontrol etmeleri ve ödenmeyen ücretleri varsa ÖİB alacağında mahsup edilmek şartı ile ödünç işçilerin üç aya kadar olan ücretlerinin ödenmesi öngörülmüştür (İşK md. 7/12). Ödünç işçilerin ödünç alan yanında avans alması söz konusu olmamaktadır. Ayrıca ücreti ödenmeyen ödünç işçilerin çalışma ve iş kurumuna bildirilmesi ödünç alanın sorumluluğuna bırakılmıştır. Böylesi bir ayırım tarafımızca uyum görülmemiş olup ödünç iş ilişkine konu olan bütün hallerde ücretin garanti altına alınması gerekmektedir. Ödünç alanın ödünç işçilere karşı eşit davranma borcu bulunmaktadır. Bu anlamda yasada belirtildiği üzere temel çalışma koşulları AB'nin 2008/104 sayılı direktifi doğrultusunda kabul edilmiş olup, bu çalışma koşulları direktif kapsamındaki gibi açıkça belirtilmemiştir. Türk iş hukuku öğretisinde çalışma koşullarından kast edilen temel çalışma koşulları olup olmadığına dikkat edilmeksizin, anayasa, yasalar, tüzükler, yönetmelikler, iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmeleri, işyeri uygulamaları ve işyeri iç yönetmelikleri gibi çalışma hayatını düzenleyen kurallar akla gelmektedir²⁶⁹. Bununla beraber hukukumuz açısından bağlayıcı olmayan 2008/104 sayılı direktifinin 5. maddesinde belirtilen aynı iş için doğrudan işe alınsalardı ibaresi çerçevesinde ödünç işçilerin ücretlerini ÖİB ile belirleyip ödünç alan yanındaki işçilerle eşit ücret alma ihtimalleri ne yazık ki mümkün görülmeyeceği kanaatindeyiz. Ödünç iş ilişkisi kapsamında geçici işçi olarak çalışan ödünç işçilerin sürekli istihdam içinde bulunmaları için ödünç alanların işyerindeki açık pozisyonları ödünç işçilere bildirmekle yükümlü tutulmuştur (İş K md. 7/9).

²⁶⁹ Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 317.

3.3. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinde Meydana Gelen Yükümlülükler

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi üçlü bir hukuki ilişkiye sahip olduğundan bu ilişki süresince her üç taraf açısından bir takım yükümlülükler ortaya çıkmaktadır. Bu başlık altında taraflar arasındaki meydana gelen yükümlülüklerin Bireysel İş Hukuku, Toplu İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku ve İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku açısından değerlendirilmesi yapılacaktır.

3.3.1. Bireysel İş Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Yukarıda ifade edildiği gibi ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde üç farklı taraf bulunmaktadır. Dolayısıyla bu taraflar arasında meydana gelen hukuki ilişkilerin bireysel iş hukuku açısından değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Bu başlığı altında, ödünç işçinin borçları ve ÖİB ile ödünç alan işverenin hak ve borçları olmak üzere iki başlık altında incelenecektir.

3.3.1.1. Ödünç İşçinin Borçları

Ödünç işçinin bireysel iş hukuku açısından borçlarının ne olduğu ve söz konusu borçları kime karşı yerine getireceği çalışmanın bütünü açısından önem arz etmektedir. Dolayısıyla bu bölümde ödünç işçinin borçları, iş görme borcu ve sadakat borcu olmak üzere iki başlık altında incelemeye çalışılmıştır.

3.3.1.1.1. İş Görme Borcu

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde işçi başka işverenlere ödünç verilmek üzere iş sözleşmesiyle işe alınmakla birlikte, iş sözleşmesinin bir tarafında ÖİB diğer tarafında ise işçi bulunmaktadır. İş sözleşmesi iki tarafa sürekli borç yükleyen bir sözleşme olması sebebiyle işçinin iş sözleşmesi kapsamında ki en temel borcunun iş görme borcu olduğu görülmektedir. İşçi iş görme borcunu genel olarak iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin yanında ve onun emir talimatları doğrultusunda yerine getirir.

Ancak normal bir iş ilişkisinden farklı olarak düzenlenen ödünç iş ilişkisinde üç farklı tarafın olduğunu ve söz konusu işverenler arasında ödünç işçi

sağlama sözleşmesinin bulunduğunu yukarıda söylemiştik. Dolayısıyla ödünç işçi sağlama sözleşmesiyle işin görülmesini isteme hakkı ödünç alan işverene devredildiğinden ödünç işçi ödünç süresiyle sınırlı olmak kaydıyla iş görme borcunu ödünç alan işverenin yanında yerine getirmektedir. Ödünç işçi iş görme borcunu yerine getirirken işe yönelik olarak emir ve talimatları ödünç alan işverenden alacaktır. Ödünç işçi de, işe yönelik olarak verilen söz konusu emir ve talimatlara uymakla yükümlüdür. Burada dikkat edilmesi gereken konu ödünç işçinin iş görme borcunun ikiye bölünmediğidir. Bu anlamda ödünç işçinin iş görme borcunu hem iş sözleşmesiyle bağlı bulunduğu ÖİB'e hem de ödünç işçi sağlama sözleşmesiyle verildiği ödünç alan işveren yanında yerine getirmesi söz konusu değildir. Zaten ödünç işçi yine tek olan iş görme borcunu yerine getirmektedir²⁷⁰. Ödünç işçi iş görme borcunu fiili olarak ödünç alan işveren yanında yerine getirmekle birlikte, kanunu çalışma koşuluyla işçiye tanımış olduğu hakların doğması için öngörülen süreler kesintiye uğramadan işlemeye devam edecektir. Örneğin yıllık ücretli izin, hafta tatili izni ve kıdem tazminatı ile ilgili süreler kesintiye uğramadan, ödünç alan işveren yanında çalıştığı sürelerde eklenerek hesaplanacaktır²⁷¹.

Ödünç işçi iş görme borcunu yerine getirirken özenli davranmak ve işini özenle yapmak zorundadır. Özen borcu işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan asli borcu olan iş görme borcunu yerine getirirken, gereken tüm dikkati göstermesi, mesleki bilgisini, fikri ve bedeni yeteneklerini gerektiği şekilde kullanmasını ifade eder²⁷². Aynı zamanda özen borcu işin görülmesi sırasında işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesis ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmayı gerekli gerektirmekte ve aynı zamanda işçi, işin yürütümü sırasında kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermek zorundadır (BK md. 396/1). Aslında özen borcu bağımsız bir borç olmayıp iş görme borcu içinde yer alan ve onu tamamlayan bir borç olarak karşımıza çıkmaktadır²⁷³. Bundan dolayı ödünç işçi, ödünç alan işveren yanında ve onun emir ve talimatları doğrultusunda iş görme borcunu ifa ettiğinden söz konusu özen borcuna uymakla yükümlüdür. Zaten kanunda ödünç

²⁷⁰ Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...*, s. 125.

²⁷¹ Algin Çifter-Özge Demir, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisinin Hükümleri ve Sonuçları, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl. 6, S. 12, Güz 2007/2, s. 14.

²⁷² Nuri Çelik-Nurşen Caniklioğlu-Talat Canbolat, *a.g.e.*, s. 266.

²⁷³ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 217.

işçinin iş yerine ve işe ilişkin olmak kaydıyla kusuru ile neden olduğu zarardan ödünç alana karşı sorumlu tutulmuştur (İşK md. 7/14). Buradan anlaşılacağı üzere ödünç işçinin iş sözleşmesi uyarınca ortaya çıkan özen borcunu ödünç alan işverenin işyerinde de uygulamakla yükümlüdür. Özen borcuna aykırı davranışlarda bulunan işçinin iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin tarafı olan ÖİB aracılığıyla derhâl fesih edilebilecektir. Ancak bu durumda ödünç alan işverenin işini kimin yapacağı sorunu ortaya çıkabilir. Bu durumda kanaatimizce ödünç işçi sağlama sözleşmesinde kararlaştırılmak şartıyla ödünç işçinin her zaman değiştirilmesi yönünde bir hüküm konulmasıyla sorun çözülebilecektir.

Ödünç işçinin iş görme borcu olduğu kadar, iş görmekten kaçınma hakkı da mevcuttur, ancak sorun bu hakkın nasıl kullanacağıdır. Çalışmaktan kaçınma hakkı İSG kanunun çalışmaktan kaçınma hakkı başlığı altında düzenlenmiştir. Söz konusu kanun uyarınca işçi, ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar işverene başvurarak durumun tespit edilmesin ve gerekli önlemlerin alınmasını talep edebilecektir. İşveren tarafından gerekli önlemler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınma hakkın ortaya çıkmaktadır ve söz konusu hakkın uygulanması aşamasında ücret ile kanun ve iş sözleşmesinden doğan haklar saklı olduğu belirtilmiştir (İSG md. 13). Ödünç alan işverenin iş sağlığı ve güvenliğine yönelik önlemleri almaması durumunda iş sözleşmesinin tarafı olmamasına rağmen ödünç işçi çalışmaktan kaçınma hakkına sahiptir. Dolayısıyla ödünç alan işverenin işyerinde söz İSG'ye yönelik önlemler alınıncaya kadar iş görme borcunun yerine getirilmesi imkânsız hal alırsa ödünç işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir. Ödünç işçi çalışmaktan kaçınma hakkını iş sözleşmesinin tarafı olan ÖİB'e karşı kullanabileceği gibi, iş sözleşmesinin tarafı olmamasına rağmen iş görme borcunu yerine getirdiği ödünç alan işverene karşı da kullanabilecektir. Zaten ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçi genel olarak iş görme borcunu ödünç alan işveren yanında ifa ettiğinden kanaatimizce çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması da burada ortaya çıkabilecektir.

Çalışmak kaçınma hakkı sadece İSG önlemlerinin alınmadığı durumlarda değil, ödünç işçinin ücretinin ödenmediği durumlarda da ortaya çıkmaktadır. Bu durum aşağıda incelenecek olmakla beraber, ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde işçi

her ne kadar ödünç alan yanında iş görme borcunu yerine getirirse de ödünç işçinin ücretini ödeme yükümlüsü ÖİB'dir. Bu anlamda ÖİB tarafından ödünç işçinin ücretinin yirmi gün içinde ödenmemesi durumunda ödünç işçi çalışmaktan kaçınma hakkına sahip olacaktır. Bu durumda ödünç işçinin iş sözleşmesi fesih edilemeyeceği gibi yerine başka işçinin alınması da söz konusu değildir (İşK md. 34).

3.3.1.1.2. Sadakat Borcu

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde işçinin bir diğer borcu olarak karşımıza sadakat borcu çıkmaktadır. Sadakat borcu doğruluk ve dürüstlük ilkesi esasına bağlı olarak, işçinin iş görme borcunu yerine getirirken, işe ve işyerine yönelik olarak zarar verecek her türlü davranıştan kaçınması anlamına gelmektedir. Zaten BK md. 396/1. fıkrasında “*işçi, ...işverenin haklı menfaatlerinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır*” şeklinde düzenlenmiştir. Sadakat borcu işçiye bazen haber verme, bazen yapmama ve bazen de bir şeyler yapma yükümü şeklinde ortaya çıktığı söylenebilir²⁷⁴. Kısaca sadakat borcu işçiye bazı hareketleri yapmasını (Olumlu – Pozitif), bazı hareketlerden de kaçınmasını (Olumsuz - Negatif) emretmektedir²⁷⁵.

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde üç farklı tarafın olduğunu söylemiştik, bununla birlikte ödünç işçinin söz konusu ilişkide yanında fiilen bir çalışması bulunmasa da hem ÖİB karşı hem de yanında fiilen çalıştığı ödünç alan işverene karşı yerine getirmekle yükümlüdür. Bu anlamda işçinin sadakat borcunun hem ÖİB'e hem de ödünç alan işveren olması bakımından çifte sadakat borcu olduğunu söyleyebiliriz. Zaten işçi ile ÖİB arasında iş sözleşmesinin olması nedeniyle sadakat borcunun varlığı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla ödünç işçinin ÖİB yanında fiilen bir çalışması bulunmasa dahi iş sözleşmesinden doğan borçları arasında yer almaktadır.

Sadakat borcunun iş sözleşmesinden kaynaklanan bir borç olduğu görülmekle birlikte, ödünç alan işverenle ödünç işçi arasında iş sözleşmesi benzeri bir ilişkinin olduğu ve bu ilişkinin varlığı sebebiyle söz konusu bu iki taraf arasında sadakat borcunun olduğu söylenebilecektir. Ancak söz konusu sadakat borcu, ödünç

²⁷⁴ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 219.

²⁷⁵ Nuri Çelik-Nurşen Caniklioğlu-Talat Canbolat, *a.g.e.*, s. 277.

işçinin ödünç alan işverene karşı daimi bir borcu olmaktan ziyade ödünç süresince ve işin görülmesini isteme hakkıyla birlikte geçen bir borçtur. Dolayısıyla sadakat borcu iş görme borcu ile bağlantılı olarak ve iş görme borcuyla iç içe geçmiş bir nitelik taşır²⁷⁶. Bu durum kanunda ödünç alan işveren işin gereği ve ödünç işçi sağlama sözleşmesine uygun olarak ödünç işçiye talimat verme yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir (İş K md. 7/9). Ödünç işçi sağlama sözleşmesiyle birlikte ödünç alan işverene işe yönelik olarak işçiye talimat verme yetkisi devredildiğinden dolayı ödünç işçinin de söz konusu sözleşme uyarınca sadakat borcu içine girdiği kanaatindeyiz.

Ödünç işçi, hem ÖİB hem de ödünç alan işveren karşı yerine getirmek zorunda olduğu sadakat borcunu ihlal etmesi durumunda hukuki sonuçlarla karşı karşıya kalabilecektir. Zaten İşK md. 25/II-e bendinde işçinin sadakat borcuna yönelik aykırı davranışlarının düzenlendiği görülmektedir. Buna göre işçinin güvenin kötüye kullanması, hırsızlık yapması, işverenin meslek sırlarını oraya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması, durumları sayılmış ve bu davranışlarda bulunan işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle derhal fesih edileceği kabul edilmektedir. Bununla beraber sadakat borcunun ihlali bu durumlarla sınırlandırılmayacak kadar geniştir. Örnek olarak, işçinin işyerinde uyuması, hastalık bahanesiyle veya raporlu iken başka bir yere çalışmaya gitmesi, hesap vermekten veya işveren adına aldığı parayı vermekten kaçınması (BK md. 397), normal ölçüleri aşan hediyeler veya rüşvet alması, diğer işçileri işverene zarar verecek davranışlara kışkırtması, vb. durumlarında sadakat borcuna aykırılık oluşturduğu söylenebilir²⁷⁷. Bunlarla birlikte ödünç işçinin iş yaptığı sırada öğrendiği, üretim ve iş sırlarına yönelik bilgileri saklaması ve üçüncü kişilere karşı koruması da sadakat borcu kapsamında değerlendirilmektedir (BK md. 396/4).

Ödünç işçinin yukarıda belirtilen ve sadakat borcu kapsamında değerlendirilen durumlardan birine veya bir kaçına aykırı davranması sonucu iş sözleşmesi ÖİB tarafından derhal feshini gerektirebilecektir. Ödünç işçinin söz konusu ihlalleri ödünç alan işveren yanında yapması durumunda ödünç alan işveren,

²⁷⁶ Arkın Günay, *a.g.e.*, s. 139.

²⁷⁷ Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 379-380.

ödünç işçiden kusuru ile verdiği zararın tanzimini talep edebilecektir. Dolayısıyla İşK md. 7/14. fıkrasında ödünç işçinin işe yönelik olmak kaydıyla kusuru ile neden olduğu zarardan, ödünç alan işverene karşı sorumlu tutulduğu görülmektedir. Ödünç işçinin işe yönelik olarak vermiş olduğu zarardan dolayı sadece ödünç alana karşı sorumlu tutulmuş olmasıyla beraber yukarıda sayıldığı gibi bazı durumları varlığı durumunda ÖİB'e karşı sorumluluğu da söz konusu olacaktır. Bu sorumluluk iş sözleşmesinin işçiye yüklediği sadakat borcunun bir gerekliliğidir.

Ödünç işçi her ne kadar sözleşmesi süresince sadakat borcuna sadık olmakla yükümlüyse de sözleşmesi bittikten sonra da sadakat borcunu yerine getirmeye devam edecektir. Nitekim işçinin sözleşmesinin devamı süresince öğrendiği, üretim ve iş sırlarını iş sözleşmesi sona erdikten sonra da sadakat borcu kapsamında saklamakla yükümlüdür (BK md. 396/4). Kanaatimizce bu durum hem ÖİB' e karşı hem de ödünç alan işveren karşı yerine getirilmesi gerekmektedir. Ödünç işçi, ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kapsamında birçok ödünç alan işveren yanında çalışacağından dolayı söz konusu işverenlerin sırlarını korumakla yükümlüdür. Ancak ödünç işçinin, ÖİB veya ödünç alan işverenin işyerinde çalışması sonucu öğrendiği hukuka veya etik kurallarına aykırı uygulamaları, işverenlerin zararına olsa dahi kamunun menfaati söz konusu olduğunda açıklaması sadakat borcuna aykırılık oluşturmayacaktır²⁷⁸.

3.3.1.2. Özel İstihdam Bürosu ile Ödünç Alan İşverenin Hak ve Borçları

Bu başlık altında ÖİB ile ödünç alan işverenin ödünç işçiye karşı olan hak ve borçlarına değinilecektir. Bu anlamda ücret ödeme borcu, gözetme ve eşit davranma borcu ve emir ve talimat verme hakkı gibi konu başlıkları altında incelenecektir.

3.3.1.2.1. Ücret Ödeme Borcu

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin en hassas ve karmaşık konularından biri ödünç işçinin ücret konusudur. Burada önemle üzerinde durulması gereken konuların

²⁷⁸ Nuri Çelik-Nurşen Caniklioğlu-Talat Canbolat, *a.g.e.* , s. 279.

biri ücretin kim tarafından ödeneceğidir. İşK md. 8 uyarınca ücret iş sözleşmesinin tarafı olan işveren tarafından ödeneceği yönündedir. Bu anlamda bahsi geçen konuyla ilgili kabul edilen genel görüş, ödünç işçinin ücretinin iş sözleşmesinin tarafı olan ve bu anlamda ödünç işçinin işvereni konumunda bulunan ÖİB tarafından ödenmesidir²⁷⁹. ÖİB ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesi mevcut olduğundan ve söz konusu iş sözleşmesi ödünç süresi boyunca devam ettiğinden dolayı asıl işveren olarak ÖİB'in ücret ödeme yükümlülüğü devam edecektir. Zira 6715 Sayılı kanunun genel gerekçesinde ödünç iş ilişkisi kurulması amacıyla ÖİB ile yazılı iş sözleşmesi düzenleyen ödünç işçi, iş görme borcunu ödünç alan işverene karşı yerine getireceği ve ödünç işçinin ücretinin ise ÖİB tarafından ödeneceği belirtilmiştir.

Ancak bazı durumlarda ücretin üçüncü kişiler aracılığıyla ödenmesi de muhtemeldir. Nitekim 4857 Sayılı İşK.'nın 32. maddesinde ücretin üçüncü kişiler tarafından ödenebileceği şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Dolayısıyla işçi ücretleri iş sözleşmesinin tarafı olan işveren dışında üçüncü bir kişi tarafından ödenmesi de mümkündür. Bundan anlamda ödünç işçinin ücretinin ÖİB ile ödünç alan işveren arasındaki anlaşma uyarınca ödünç alan işveren tarafından ödenmesi mümkündür²⁸⁰. İş kanununda aksi bir düzenleme olmadığından ücretin ödünç alan tarafından ödenmesinde yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak böyle bir anlaşma ÖİB'in ücret ödeme borcundan bağışık tutulması şeklinde düzenlenemez. Bir diğer ifade ile bu anlaşma ÖİB'in ücret ödeme yükümünü ortadan kaldırmayacaktır²⁸¹.

Ücret konusuyla ilgili önemle üzerinde durulması gereken konulardan bir diğeri de ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde ödünç işçinin ne kadar ücret alacağı tartışmalıdır. Ödünç işçinin sürekli olarak farklı ödünç alan işverenler yanında çalışması nedeniyle ücretinin değişkenlik göstermesi söz konusudur. İlk ödünç süresi için belirlenecek olan, ödünç işçinin ödünç alan işverenin yanında iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ücretine denk gelecek şekilde olmalıdır. Ödünç işçinin bu ödünç alan yanında çalıştığı süre içinde emsal işçi olarak belirlenen işçiyle aynı ücret

²⁷⁹ Ş. Esra Baskan, *a.g.m.*, s. 26.

²⁸⁰ Sarper Süzek (2013), *İş Hukuku*, S. 286.

²⁸¹ Ünal Narmanlıoğlu, "İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre ile Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç "Geçici" İş İlişkisi)", *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, Eylül 2011, Yıl. 6, S. 23, s. 20.

seviyesinde ücret alması gereklidir. Söz konusu ödünç işçinin başka bir ödünç alan işveren yanına çalışması için gönderildiğinde ise ücreti, bu ödünç alan işveren yanında çalışan emsal işçinin ücretinin temel alınarak belirlenmesi gereklidir. Zira yasanın genel gerekçesinde Avrupa Birliğinin 2008/104/EC sayılı direktifinde kabul edilen eşit işlem ilkesi uyarınca ÖİB'in de ücret konusunda eşit muamele ilkesine uygun davranması gerektiği vurgulanmıştır. Bu anlamda ÖİB iş sözleşmesiyle işe aldığı ödünç işçinin ücretini her ödünç verilen yere göre değişiklik göstermesi gibi nedenlerden dolayı, ücretin iş sözleşmesinde belirtmesi söz konusu olmayacak, ödünç işçinin gönderileceği her ödünç alan işveren yanındaki emsal işçiyle aynı ücret seviyesinde belirlenen ücretin verilmesi gerekecektir.

Buradaki ücretin asıl ücret dışında diğer ücret eklerini de kapsadığını düşünmek gerekmektedir. Nitekim Yargıtay'a göre, yasada sözü edilen ücretin geniş anlamda ücret olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Öyle ki, ödenmeyen prim, ikramiye, sosyal yardımlar ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel ücretleri de bu kapsamda değerlendirmek gerekecektir²⁸².

Ödünç işinin ödünç alan işveren yanında fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yapması pekâlâ mümkündür. Böylesi bir durumda ödünç işçinin fazla çalışması sonucu ortaya çıkan mesai ücretinin ödeme sorumluluğunun hangi işverende olduğu önem arz etmektedir. Öğretide konuyla ilgili çeşitli görüşler ortaya sürülmüştür. Bir görüşe göre ödünç işçinin, ödünç alan işveren yanında yapmış olduğu fazla çalışma ücretinin ödenmesinden ödünç alan işverenin sorumlu olduğudur. Bu görüşe göre fazla saatlerle çalışma talebi ödünç alan işveren tarafından yapıldığından, ödünç işçinin fazla çalışmasından kaynaklanan ücretinden de ödünç alanın sorumlu olacağıdır. Öğretide ifade edilen bir başka görüş ise ücret ödeme borcunun fazla saatlerle çalışma ücretini de kapsadığından söz konusu ücretin ÖİB tarafından ödeneceği yönündedir²⁸³. Kanaatimizce de söz konusu fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma talebi ödünç alan işveren tarafından yapıldığından, bu durum ödünç işçinin asıl işvereni olan ÖİB'e bildirilir ve ÖİB ücret ödeme borcu kapsamında ödünç işçinin fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmasından kaynaklanan

²⁸² Ünal Narmanlıoğlu, *a.g.m.* , s. 20.

²⁸³ Arkan Günay, *a.g.e.* , s. 158.

ücretinin ödenmesinden sorumlu olacaktır. Bu durumun ödünç alan ile ÖİB arasında kurulan ödünç işçi sağlama sözleşmesinde açıkça belirtilmiş olmalıdır. Aksi halde ödünç işçi aleyhine olumsuz durumların yaşanmasına neden olabilir.

Ödünç alan işveren yanında iş görme borcunu yerine getiren ödünç işçinin çalışmadığı halde ücret almaya hak kazanması söz konusu olabilecektir. Çalışmadığı halde ücrete hak kazanılmasına yönelik düzenlemeye İşK md. 40'da yer verildiği görülmektedir. Söz konusu düzenlemede yer alan durumlar ise İşK md. 24/III ile İşK md. 25/III bentlerinde gösterilen zorlayıcı sebepler nedeniyle işçinin iş görme borcunu yerine getiremediği durumlardır. Düzenlemeye göre işçiye çalışmadığı halde en çok bir haftaya kadar yarım ücret ödenmesi gerekmektedir. Bahse konu zorlayıcı sebepler ÖİB ile ödünç alan işveren arasında var olan ödünç işçi sağlama sözleşmesi kurulduktan sonra meydana gelirse, ödünç alan işveren kendi işyerinde meydana gelen bu durumlardan ötürü ücret ödeme sorumluluğu altına girebilecektir²⁸⁴. Ancak bazı olayların aksi yönde gerçekleştiği görülebilecektir. Şöyle ki ÖİB ile ödünç alan işveren arasında olan ödünç işçi sağlama sözleşmesinde böylesi durumların meydana gelmesi halinde ödünç işçilerin ÖİB yanına tekrar döneceği kararlaştırılabilir. Bundan dolayı ödünç işçinin başka bir ödünç süresine kadar ÖİB yanında beklemesi söz konusudur. Bu durumda hem ÖİB hem de ödünç alan işverenin her hangi bir ücret ödeme sorumluluğu söz konusu değildir.

Çalışmaya hazır halde bekleyen ödünç işçilerin ücretlerinin ne olacağı tartışılması gereken en önemli konulardandır. Ödünç alan işveren yanında çalışmaya hazır halde bekleyen ödünç işçiler ücrete hak kazanacaktır. Ancak ÖİB yanında çalışmaya hazır halde bekleyen ödünç işçilere büro tarafından ücretin ödenmeyeceği kanun metninin incelenmesi sonucunda ulaşılmaktadır. Zaten ödünç işçilerin üç aylık bir boyunca işe çağrılmazlarsa ise iş sözleşmelerini haklı nedenle fesih edecekleri belirtilmiştir. Bu düzenleme ile ödünç işçilerin ücret gelirinden yoksun olarak ÖİB'e bağlı kalması önlenmiştir. Ancak daha önce veto edilen 5920 sayılı kanunda ödünç işçilerin boşta kaldıkları dönemlerde asgari ücretten az olmamak üzere sözleşmede belirtilen ücretinin yarısının verilmesi şeklinde bir düzenlemenin olduğu görülmektedir. 6715 sayılı kanunla getirilen düzenlemede bu yönde bir hükme yer

²⁸⁴ Arkan Günay, *a.g.e.*, s. 155.

verilmemiş olması ödünç işçilerin çalışmaya hazır oldukları halde ücret gelirinden yoksun olarak bekletilmesine neden olacaktır. Ancak İşK md. 66'da çalışmaya hazır halde bekleyen işçilerin boшта geçirdikleri sürelerin normal çalışma olarak değerlendirileceğinden ücretlerini tam olarak ödeneceği açıktır²⁸⁵. Bu anlamda ödünç işçilerin çalışmaya hazır halde bekledikleri süre boyunca ücretlerinin ödenmesi yönünde bir düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır.

Ödünç işçinin ücreti konusunda ÖİB ile ödünç alan işverenin birlikte sorumluluğundan kaçınılmıştır. Sadece İşK md. 7/2-f bendi kapsamında kurulan ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işveren açısından da sorumluluk öngörülmüştür²⁸⁶. Bu anlamda İşK md. 7/12. fıkrası uyarınca sadece işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin öngörülemez şekilde artması halinde kurulan ödünç iş ilişkisinde, ödünç alan işverenin işyerinde bir ayın üzerinde çalışan ödünç işçilerin ücretlerinin ödenip ödenmediğini çalıştığı süre boyunca her ay kontrol etmekle yükümlü tutulmuştur. Yine aynı fıkra uyarınca ÖİB, ödünç işçilerin ücretlerinin ödendiğini gösteren belgeleri aylık olarak ödünç alan işverene ibraz etmekle yükümlüdür. Ödünç işçilerin ödenmeyen ücretlerinin mevcut olduğu durumlarda ödünç alan işveren, ödünç işçilerin söz konusu ücretler ödenene kadar ÖİB alacağından mahsup etmek kaydıyla en çok üç aya kadar olan ücretlerini doğrudan ödünç işçilerin banka hesabına yatırır²⁸⁷. Kanaatimiz söz konusu uygulama ödünç işçilerin ücretinin korunması yönünde olumlu olmakla birlikte ÖİB aracılığıyla kurulan tüm ödünç iş ilişkilerinde uygulanması yönündedir.

Ödünç işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda ÖİB'in ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin iptal edilmesi şeklinde bir yaptırımla karşı karşıya kalabileceği görülmektedir. İşKur Kanunu md. 18/2-b bendi uyarınca ÖİB tarafından istihdam edilen ödünç işçilerin yüzde onunun ücretinin ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir neden dışında ödenmediği durumlar ile md. 18/2-c bendi uyarınca bir yıl içinde en az bir işçinin ücretinin, en az üç defa sözleşme ile belirlenen ücretin altında ödenmesi veya süresinde ödenmemesi durumunda ÖİB'in ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin iptal edileceği ve üç yıl süreyle izin verilmeyeceği düzenlenmiştir.

²⁸⁵ Davuthan Günaydın-Özkan Edemir, *a.g.m.*, s. 12.

²⁸⁶ Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...*, s. 366.

²⁸⁷ Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 316.

3.3.1.2.2. Gözetme ve Eşit Davranma Borcu

Eşit davranma borcu işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan bir diğer borcu olarak karşımıza çıkmaktadır. İşveren yanında iş sözleşmesiyle aynı şartlarda çalışan işçilerine haklı neden olmadıkça keyfi şekilde farklı davranmamasını ifade eder. Bu anlamda eşitlik ilkesinin temelinde adalet ve hakkaniyet düşüncesi yatmakta olup, adaletin eşitlik ilkesinden ayrı düşünülmesi söz konusu değildir. Hukukumuzda eşitlik ilkesinin pozitif dayanakları anayasanın 10. maddesi ile İşK md. 5'te yer almaktadır. Anayasanın anılan maddesinde eşitlik ilkesi düzenlenmiş ve herkesin kanun önünde eşit haklara sahip olduğu ve devletin bu eşitliği sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir (AY md. 10). İşK md. 5'te yer alan eşitlik düzenlemesi ise iş ilişkilerinde ayırım yasağı şeklinde hükme bağlanmıştır. Söz konusu maddenin 1. fıkrasına göre “İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak ayırım yapamaz”. Hükümde benzeri sebepler ifadesine yer verildiğinden ayırım yasağı sadece sayılan hallerle sınırlı olmayıp benzer nedenlerle de ayırım yasağı işveren tarafından ihlal edilemeyecektir²⁸⁸.

Normal iş ilişkisinde iş sözleşmesinin tarafı olan işverene ait olan eşit davranma borcu, üçlü bir yapıda meydana gelen ödünç iş ilişkisinde ne gibi özellikler göstereceği tartışmalıdır. Nitekim eşit işlem borcunun ne şekilde kabul edilip edilmeyeceğine yönelik olarak AB tarafından 2008/104/EC Sayılı Direktif 2008 yılında kabul edilmiştir. Söz konusu direktifle ilgili bilgiler yukarıda verilmiş olmakla birlikte eşit işlem borcuna yönelik düzenlemeye söz konusu direktifin 5. maddesinde yer verilmiştir. Direktifin 5. maddesi eşit muamele başlığıyla düzenlenmiş olup, söz konusu maddeye göre geçici (ödünç) işçilerin temel çalışma ve istihdam koşulları geçici çalışma süresi boyunca bu işçiler ödünç alan işveren tarafından aynı iş için doğrudan işe alınmış olsalardı onlara hangi çalışma koşulları uygulanacak idiyse o çalışma koşullarının altında olamayacağıdır. Bu anlamda ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işverenin İşK md. 7/10 gereği ödünç işçilere eşit davranmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Söz konusu fıkra uyarınca ödünç işçilerin, ödünç alan işveren yanında çalıştıkları süre boyunca temel çalışma

²⁸⁸ Sarper Süzek (2013), *İş Hukuku*, s. 461.

koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı halinde sağlanacak koşulların altında olamayacağıdır. AB'nin 2008/104/EC sayılı direktifinden aynen alınan bu hükmün amacı, ödünç işçilerin ödünç alan işverenin işçileri ile temel çalışma koşullarında çalıştırılmalarıdır. Diğer ifadeyle iş görme borcunu ödünç alan işveren yanında yerine getiren ödünç işçilerin bu işveren tarafından ödünç olarak değil de aynı iş için iş sözleşmesiyle işe alınsaydı temel çalışma koşulları ne olacak idiyse o çalışma koşullarında çalıştırılacaktır²⁸⁹.

Söz konusu maddenin AB'nin 2008/104/EC sayılı direktifinden esas alınarak düzenlendiğinden, hükmü anılan direktif ışığında değerlendirmek gerekecektir. Direktife göre ödünç alan işveren ödünç işçiye sağlanacak çalışma koşullarını belirlerken ödünç işçi ile sözleşmeyi kendisi yapmış olsaydı ona hangi çalışma koşullarını sağlayacaksa ödünç işçiye de aynı çalışma koşullarını sağlaması gerekecektir. Maddede geçen çalışma koşulları ise, çalışma süresi, fazla çalışma, ara dinlenmesi, gece çalışması, bayramlar, genel tatiller ve ücrete ilişkindir. Bu anlamda ödünç alan işveren, emsal durumdaki kendi işçisine sağlayacağı temel çalışma koşullarını ödünç işçilere de sağlamak zorundadır²⁹⁰.

Burada dikkat edilmesi gereken konu ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin her ne kadar AB'nin 2008/104/EC sayılı direktifine uygun olarak düzenlendiği savunulsa da Türk hukuku açısından bağlayıcılığı olmayan AB'nin 2008/104/EC sayılı direktifinin nasıl uygulama alanı bulacağıdır. Öğretide bir görüşe göre, ÖİB tarafından ödünç işçilere ödenecek ücretler bakımından AB ülkelerindeki düzenlemeden farklı olarak hukukumuzda kanuni bir düzenleme bulunmadığından, ücret konusunda eşitlik ilkesinin uygulanmasının mümkün olmadığıdır²⁹¹. Bir diğer görüş ise yukarda bahsedilen ve düzenlemenin örnek alındığı AB'nin 2008/104/EC sayılı direktifi ışığında yorumlanması ve ücretin de temel çalışma koşulu olarak değerlendirilmesidir²⁹². Ödünç işçinin, ödünç alan yanındaki çalışması süresince hak kazandığı ücretinin temel çalışma koşullarının dışında değerlendirilmesi mümkün olmamakla birlikte, ücret iş sözleşmesinin en temel unsurlarından olup en önemli

²⁸⁹ Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 317.

²⁹⁰ Nuri Çelik-Nurşen Caniklioğlu-Talat Canbolat, *a.g.e.*, s. 217-218.

²⁹¹ Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 218.

²⁹² Nuri Çelik-Nurşen Caniklioğlu-Talat Canbolat, *a.g.e.*, s. 217.

işçilik alacaklarındandır. ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin düzenlediği 6715 sayılı kanunun genel gerekçesinde sürekli olarak AB'nin 2008/104/EC sayılı direktifine vurgu yapıldığından temel çalışma koşulları içerisinde ücretin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hukukumuz açısından da ücret konusunda eşit davranma yükümlülüğünün varlığı kabul edilmelidir²⁹³. Dolayısıyla ödünç işçiler ile ödünç alan işveren yanında çalışan daimi işçiler arasında herhangi bir ayrıma yer verilmeyeceği ve ödünç işçiler ile aynı yerde çalışan diğer işçilere ödenen ücret ve sosyal hakların aynen sağlanacağı yasa da açıkça düzenlenmelidir²⁹⁴.

Ödünç işçiye yönelik eşit işlem borcuna aykırı davranılması sonucu nasıl bir yaptırım uygulanacağına ise kanunda yer verilmemiştir. Ayrıma maruz kalan ödünç işçinin İşK md. 5'teki hükmün kıyasen uygulanması ile hem yoksun kaldığı hakları hem de ayrımcılık tazminatını talep edebileceği öğretide savunulmaktadır²⁹⁵. Öğretide savunulan bu görüşe katılmakla birlikte, ücret konusunu da içeren temel çalışma koşulları gibi hassas bir konunun kanunda ayrıca düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.

3.3.1.2.3. Emir ve Talimat Verme Hakkı

İşin görülmesine yönelik olarak ödünç işçiye emir ve talimat verme hakkının hangi işverende olduğu üzerinde durulması gereken bir başka konudur. Bilindiği üzere ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde ödünç işçinin asıl işvereni aralarında iş sözleşmesi bulunan ÖİB'dir. İşe yönelik olmak kaydıyla işçiye emir ve talimat verme hakkı iş sözleşmesiyle bağlı olunan işverene aittir. Ancak söz konusu ilişkinin niteliği gereği ödünç işçi başka bir işverenin iş organizasyonuna dâhil olmakta ve onun emir ve talimatları doğrultusunda iş görme borcunu yerine getirmektedir. Bu anlamda ödünç işçiye emir ve talimat verme hakkı ve yetkisi ödünç iş ilişkisi süresince geçici bir süreliğine de olsa ödünç alan işverene geçmektedir. Nitekim bu durum kanunda düzenlenmiş ve “*ödünç işçi çalıştıran işveren işin gereği ve ödünç işçi sağlama sözleşmesine uygun olarak ödünç işçiye talimat verme yetkisine sahiptir*” şeklinde ifade edilmiştir (İşK md. 7/9-a).

²⁹³ Ş. Esra Baskan, *a.g.m.* , s. 32.

²⁹⁴ Savaş Taşkent-Dilek Kurt, “Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi”, *Kamu-İş Dergisi*, C. 13, S. 1, 2013, s. 8.

²⁹⁵ Nuri Çelik-Nurşen Caniklioğlu-Talat Canbolat, *a.g.e.* , s. 217.

Ödünç alan işverenin sahip olduğu emir ve talimat verme hakkını ödünç süresince ve işin görülmesine yönelik talimat verilmesi şeklinde sınırlı tutmak gerekir. Zira kanunda emir ve talimat verme hakkının ödünç alana sınırlı bir şekilde tanımlandığı ve ödünç alan işverenin ancak işin gereği ve ödünç işçi sağlama sözleşmesine uygun olarak emir ve talimat verme hakkının olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. Bu hakkın yönetim hakkı sınırları içinde kullanılacağı da açıktır. Ayrıca ödünç alan işveren işin görülmesine yönelik olarak vereceği talimatlar konusunda ödünç işçi ile diğer işçiler arasında ayırım yapamaz²⁹⁶. Ödünç alan işveren işyerine giriş ve çıkışlarda uyulacak kurallara veya iş yerinde varsa uyulması gereken her türlü yasağa ödünç işçinin de uymasını isteme hakkına sahiptir. Ödünç alan işverenin ödünç işçiye emir ve talimat verme hakkı bulunmasına rağmen, ödünç işçinin disiplin kurallarına aykırı davranması nedeniyle ödünç alan işverenin ait disiplin hükümleri çerçevesinde ödünç işçiye disiplin cezası verme hakkı olduğu düşünülemez. Ancak ödünç alan işverenin işyerinde her hangi bir disiplin kuralına uygun davranmayan ödünç işçinin, ödünç alan işveren tarafından başka bir ödünç işçiyle değiştirilmesi düşünülebilir. Bu anlamda ÖİB ile ödünç alan işverenin aralarında var olan ödünç işçi sağlama sözleşmesine koyacakları bir hükümle ödünç işçilerin değiştirilmesini her zaman isteyebilir.

Yasada her ne kadar değinilmemiş olsa da ÖİB ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesi mevcut olduğundan ÖİB'in ödünç işçiye yönelik her zaman emir ve talimat vermesi söz konusudur. Ödünç alan işveren yanında çalışan bir işçinin her zaman ÖİB tarafından geri çağırılması veya ödünç işçinin yıllık iznini kullandırılması gibi konularda yönetim hakkı çerçevesinde ödünç işçiye talimat verme yetkisi olduğunu düşünmek gerekir²⁹⁷.

3.3.2. Toplu İş Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin bireysel iş hukuku açısından olduğu kadar toplu iş hukuku açısından da değerlendirilmesi önemlidir. Söz konusu ilişkinin üçlü yapısı gereği ödünç işçinin iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işvereni ile iş görme borcunu yerine getirdiği işvereni farklı olduğundan ödünç işçinin sendika üyeliği,

²⁹⁶ Algun Çifter-Özge Demir, *a.g.m.* , s. 12.

²⁹⁷ Nuri Çelik-Nurşen Caniklioğlu-Talat Canbolat, *a.g.e.* , s. 217.

toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkı ve grev-lokavt sırasında nasıl bir uygulamanın vuku bulacağı tartışmalıdır. Bu anlamda sırasıyla ödünç işçinin sendika üyeliği, toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkı ve iş mücadelesi araçlarından grev-lokavt konuları üzerinde durulacaktır.

3.3.2.1. Ödünç İşçinin Sendika Üyeliği

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin üçlü yapısı gereği ödünç işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işvereni ile fiilen çalıştığı işvereni birbirinden farklıdır. Ödünç işçinin iş sözleşmesiyle bağlı olduğu ÖİB yanında hiçbir zaman çalışmayıp, iş görme borcunu üçüncü bir işveren işyerinde yerine getirdiğinden ödünç işçinin fiilen çalıştığı ödünç alan işverenin ve yaptığı işin her ödünç süresince değişiklik gösterdiği görülmektedir. Bundan dolayı ödünç işçinin değişik iş kollarında faaliyet gösteren ödünç alan işverenlerin yanında iş görme borcunu yerine getirdiğinden, ödünç işçinin hangi sendikaya üye olacağı daha da tartışmalı bir hal almaktadır.

Ülkemizde 6356 Sayılı STİSK sendikal örgütlenmede zorunlu iş kolu²⁹⁸ esası benimsenmiştir. Söz konusu ilke uyarınca işçinin hangi sendikaya üye olacağının belirlenmesinde işçinin çalıştığı işyerinde yürütülen faaliyetin girdiği iş kolu belirleyici olmaktadır. Dolayısıyla sendika seçme özgürlüğü işçinin çalıştığı işyerinin girdiği iş kolunda kurulan sendikalarla sınırlandırılmıştır²⁹⁹.

Ödünç işçi iş sözleşmesiyle ÖİB'e bağlı olduğundan dolayı ödünç işçinin asıl işvereni ÖİB'dir. Bundan dolayı ödünç işçi, ÖİB'in faaliyet alanının girdiği iş kolunda örgütlü bir sendikanın kuruluşuna katılabilecek veya o iş kolunda kurulu bir sendikaya üye olabilecek yahut bahse konu sendikanın üyesi ise o sendika ile üyelik ilişkilerini sürdürebilecektir³⁰⁰. Bu anlamda ödünç işçinin üye olabileceği sendika asıl işverenin faaliyet alanı ile ilgili girdiği iş kolundaki sendikadır. Dolayısıyla ÖİB'in faaliyetlerinin girdiği iş kolu, İşkolları Yönetmeliği'nde ³⁰¹ belirtilmiş olan 10

²⁹⁸ İşkolu sendikacılığı o işkolunda çalışan en niteliksiz işçi ile en nitelikli işçiyi aynı örgüt çatısı altında toplayan ve bu yolla işçiler arası dayanışmayı sağlayan bir örgütlenme modelidir. Detaylı bilgi için Bkz. <http://calismatoplum.org/sayi39/yenisey.pdf>, (Erişim, 10.05.2019)

²⁹⁹ Kübra Doğan Yenisey, "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İş Kolunun Belirlenmesi", *Çalışma ve Toplum* 39. 4, 2013, s. 49.

³⁰⁰ Nuri Çelik-Nurşen Caniklioğlu-Talat Canbolat, *a.g.e.*, s. 229.

³⁰¹ İşkolları Yönetmeliği, RG. 19.12.2012, S. 28502

İşkolu Yönetmeliği'nde belirtilen İşkolları Listesi aşağıdaki gibidir.

numaralı ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar iş kolunda yer alacağından ÖİB tarafında iş sözleşmesiyle istihdam edilen ödünç işçilerin bu iş kolundaki sendikalara üye olabilecektir³⁰². Ödünç işçinin fiilen çalıştığı ödünç alan işverenin işyerinde örgütlenmiş olan bir sendikaya üye olması söz konusu değildir ve fakat ödünç alan işverenin ÖİB ile aynı işkolunda faaliyet göstermesi durumunda ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerindeki sendikaya üye olması gündeme gelebilecektir³⁰³.

Belirtelim ki iş sözleşmesiyle bağlı olduğu ÖİB yanında iş görme borcunu yerine getirmeyen ödünç işçinin, ÖİB işyerinde bir sendikal örgütlenme yoksa fiilen çalıştığı ödünç alan işverenin işyerinde var olan sendikaya da üye olması söylenemez. Ancak yukarıda ifade ettiğimiz ödünç alan işverenin ÖİB ile aynı iş kolunda faaliyet göstermesi durumunda ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerindeki sendikaya üye olabilecektir.

Burada karşımıza çıkan bir başka konu da ödünç işçinin sendika temsilcisi görevinde bulunmasının nasıl olacağıdır. Ödünç işçinin iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işveren ile iş görme borcunu fiilen yerine getirdiği işverenin ayrı olması söz konusu işçinin sendika temsilcisi seçilmesine olumsuz anlamda bir etkisi olmayacaktır. Zira 6356 sayılı kanunun 27. maddesinde “o işyerinde çalışan” sendika üyelerinden

-
1. Avcılık, balıkçılık, tarım ve ormancılık,
 2. Gıda sanayi,
 3. Madencilik ve taş ocakları,
 4. Petrol, kimya, lastik, plastik ve ilaç,
 5. Dokuma, hazır giyim ve deri,
 6. Ağaç ve kâğıt,
 7. İletişim,
 8. Basın, yayın ve gazetecilik,
 9. Banka, finans ve sigorta,
 10. Ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar,
 11. Çimento, toprak ve cam,
 12. Metal,
 13. İnşaat,
 14. Enerji,
 15. Taşımacılık,
 16. Gemi yapımı ve deniz taşımacılığı, ardiye ve antrepoculuk,
 17. Sağlık ve sosyal hizmetler,
 18. Konaklama ve eğlence işleri,
 19. Savunma ve güvenlik,
 20. Genel işler

Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121219-8.htm>, (Erişim, 01.05.2019)

³⁰² Onur Bakır, *a.g.m.*, s. 135.

³⁰³ Algun Çifter-Özge Demir, *a.g.m.*, s. 15.

birinin temsilci olarak seçilmesini hükmetmektedir. Dolayısıyla ödünç işçinin ÖİB yanında fiilen çalışmaması sendika temsilcisi olmasına engel değildir. Ancak burada ortaya çıkması muhtemel sorun ödünç işçinin ÖİB yanında sendika temsilcisi olarak seçilmesi durumunda, iş görme borcunu fiilen yetine getirdiği ödünç alan yanında iken görevini ne şekilde yerine getireceğidir. Bir görüşe göre ödünç işçinin, fiili olarak ödünç alan işveren yanında çalışması sebebiyle işyeri ile sınırlandırılmış olan sendika temsilciliği görevini yerine getirmesinin imkânsız olduğu ve nedenle sendika temsilcisi seçilemeyeceği yönündedir³⁰⁴. Konuya ilişkin düşüncemiz ödünç işçinin fiilen çalıştığı yerin ödünç alan işverenin işyeri olması sendika temsilcisi seçilmesine engel değildir ancak sendika temsilciliği görevlerini yerine getirirken bazı zorlukların yaşanmasına neden olabilir.

3.3.2.2. Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma

Toplu iş sözleşmesi 6356 sayılı kanunun 2. maddesinde, “*iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek amacıyla işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren ile işçi sendikası arasında yapılan sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. Bu anlamda toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesinin içeriği, sona ermesi gibi konuların yanı sıra çalışma şartları ve en önemlisi işçi alacaklarının düzenleniyor olması, toplu iş sözleşmesinin çalışanlar için ne kadar önemli olduğunun bir göstergesidir. Çalışanların toplu iş sözleşmesinden iki şekilde yararlandıkları görülmektedir. Bunlardan birincisi toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın üyesi olmak diğeri ise dayanışma aidatı ödemek sureti ile yararlanmaktır. Toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya konumuz açısından bakıldığında ödünç işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanması için ya toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın üyesi olacak ya da taraf sendikaya dayanışma aidatı ödeyerek yararlanacaktır. Diğer bir ifade ile ödünç işçinin, iş sözleşmesi imzaladığı ÖİB’ in taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanması için taraf sendikanın ya üyesi olacak ya da taraf sendikaya dayanışma aidatı ödeyecektir.

Burada ödünç alan işverenin işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinden ödünç işçinin ne şekilde yararlandırılacağı konusu gündeme

³⁰⁴ Seçkin Nazlı, *Özel İş...*, s. 257.

gelmektedir. Söz konusu ödünç işçi ödünç alan işverenin iş sözleşmesiyle çalışan işçisi olmadığından durum biraz karışıktır. Ödünç işçi, ödünç alanın iş sözleşmesi ile bağlı işçisi olmadığından, bu işveren işyerinde imzalanan toplu iş sözleşmesinin dışında kalmaktadır³⁰⁵. Dolayısıyla ödünç işçinin ödün alan işveren yanında imzalanan toplu iş sözleşmesinden taraf sendikaya üye olarak yararlanması söz konusu değildir. Geriye ödünç işçinin dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanması durumu kalıyor. Bu durum ise öğretide, ödünç işçilerin ödünç alan işverenin işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek faydalanmasının da söz konusu olamayacağı yönündedir³⁰⁶. Böylesi bir durumun talep edilmesi de hukuki anlamda imkânsızdır. Çünkü dayanışma aidatı talep üzerine işveren tarafından işyerinde çalışan işçinin ücretinden kesilerek işyerindeki toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikaya ödenir. Ödünç işçi ise ücretini iş sözleşmesi yaptığı ÖİB’den almaktadır dolayısıyla ödünç alan işverenin ödünç işçinin ücretinden dayanışma aidatı kesmesi söz konusu değildir³⁰⁷. Nitekim bu yönde bir düzenlemenin Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’nın Kasım 2011 tarihinde sosyal tarafların görüşüne sunduğu taslak metninde yer verildiğini yukarıda incelemiş olmakla birlikte, dönem itibarıyla hem söz konusu taslak metni yasalaşamamış hem de bu yönde yapılmak istenen düzenleme eleştirilmiştir.

Bu neden ödünç işçinin de sadece iş sözleşmesiyle bağlı olduğu ÖİB işvereni işyeri için yapılan toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecek olup, iş görme borcunu yerine getirdiği ödünç alan işveren işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden yararlanması söz konusu olmayacaktır³⁰⁸. Bunun yanı sıra ödünç alan işverenin verebileceği prim ve ikramiye gibi yan ödemelerden, ödünç alan işverenin vermesi halinde yararlanması mümkündür³⁰⁹. Toplu iş sözleşmesinin paraya ilişkin hükümleri dışında kalan diğer hükümlerden ödünç işçinin yararlanması söz konusudur. Bu anlamda ödünç işçi, ödünç alan işverene ait işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan çalışma süresine, ara dinlenmesine ve o iş

³⁰⁵ Algun Çifter-Özge Demir, *a.g.m.* , s. 15.

³⁰⁶ Nurşen Caniklioglu, *a.g.m.* , s. 57.

³⁰⁷ D. Solmaz Coşkun, “Esnek Çalışma, Geçici Çalışma ve Özel İstihdam Büroları Kanun Taslakları Ne Getirecek? Ne Götürecek?”, *İşveren*, C. 50, S. 1, Ocak-Şubat, 2012, s. 47.

³⁰⁸ Nuri Çelik, *a.g.e.* , s. 115.

³⁰⁹ Emin Zeytinoglu, *a.g.m.* , s. 128.

yerine yönelik düzenlemelere tabi olur. Ayrıca ödünç alan işverenin işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde, işyerinde daha etkili iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması öngörülmüş ise söz konusu önlemler gözetme borcu kapsamında ödünç işçiye de uygulanır³¹⁰.

3.3.2.3. Grev ve Lokavt Uygulamaları Sırasında İşçinin Durumu

Toplu iş hukuku açısından önem taşıyan bir başka konu da ödünç işçinin, ödünç alanın işyerinde veya ÖİB işyerinde vuku bulacak grev ve lokavt uygulaması sırasındaki durumudur. Grev ve lokavt uygulamasının ödünç alan işyerinde meydana gelmesi ile ÖİB işyerinde meydana gelmesi arasında bazı farklı durumların ortaya çıkması muhtemeldir. Bundan dolayı konuya ilk olarak ödünç işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu ÖİB işyerinde bölesi bir olayın vuku bulması ile ortaya çıkması muhtemel durumlar açısından bakmak gerekir.

Grev-Lokavt uygulamasının ÖİB işyerinde vuku bulması durumunda, ödünç işçi ÖİB ile iş sözleşmesi devam ettiğinden ve greve katılma hakkının Anayasal bir hak olduğundan ödünç işçinin bu haktan yoksun bırakılmasının mümkün olmadığı söylenebilir. Grev kararı alınıp uygulanmaya başladığı anda ödünç işçi eğer boşta ise direkt olarak, herhangi bir ödünç alan yanında iş görme borcunu ifa ediyorsa iş görme borcunu bu anda bırakıp greve katılabilecektir. Ödünç aynı zamanda işçinin ÖİB işyerinde uygulanan lokavta maruz kalabileceğini de eklemek gerekir³¹¹. Bu durumda ödünç işçinin grev ve lokavt sırasında ödünç alan yanında iş görme borcunu hukuka aykırı biçimde yerine getirmeyerek temerrüde düştüğü ve borcunu ihlal ettiği şeklinde yorumun yapılması yerinde değildir. Bu durumda bir borç ihlalden söz edilecek ise de sadece ÖİB'in ödünç işçi sağlama sözleşmesi ile yerine getirmeyi taahhüt ettiği bir borcu ihlal ettiğinden söz edilebilecektir. Burada ödünç işçilerin ÖİB yanında uygulanan greve katılamayacağı şeklinde bir görüşün tercih edilmesi durumunda, ÖİB işyerinde hiçbir zaman etkin bir grevin uygulanamayacağı anlamına gelecektir³¹². Çünkü ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde işçiler genellikle başkasına ödünç verilmek üzere işe alındığından ÖİB'e iş sözleşmesiyle bağlı olan ödünç

³¹⁰ Sarper Süzek (2013), *İş Hukuku*, s. 291.

³¹¹ Nuri Çelik, *a.g.e.*, s. 114-115.

³¹² Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...*, s. 386.

işçilerin büyük çoğunluğu ödünç alan işverenlerin yanında iş görme borcunu yerine getirmektedir. Zira ÖİB'lerin söz konusu işçileri çalıştıracakları işyerlerinin mevcut olmadığı yukarıda ifade edilmiştir. Ödünç işçilerin iş sözleşmesiyle bağlı olduğu ÖİB işyerinde uygulanan greve katılmama hakkı da mevcuttur. 6356 sayılı kanunun 64. maddesi uyarınca grev uygulamasının olduğu işyerlerinde “*greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçilerin çalıştırılması hiçbir şekilde engellenemez*” denilmektedir. Söz konusu işçilerin greve katılmama hakları bakımından sendika üyesi olup olmaması şeklinde bir sınırlandırma getirilmemiştir. Dolayısıyla greve katılıp katılmama hakkı sendika üyesi olmayan işçilere tanınan bir hak olduğu gibi, grev karar alan sendika üyesi işçiler içinde geçerlidir³¹³.

Ödünç işçilerin İşK md. 7/5 hükmü uyarınca, ödünç alanın işyerinde uygulanan grev veya lokavt uygulaması esnasında, 6356 kanunun 65. madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, çalıştırılmasının yasak olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin amacı greve katılan işçilerin yerine ödünç işçilerin çalıştırılarak grev kırıcılığı yapılmasının önüne geçilmek istenmesidir. Söz konusu düzenleme yerinde ancak bu durumda ödünç işçinin ödünç alanın işyerinde uygulanan grev ve lokavt esnasında durumunun ne olacağı belirtilmemiştir. Söz konusu durumda ÖİB ile ödünç işçi arasında iş ilişkisi devam ettiğinden ödünç işçi ÖİB yanına geri dönecektir. Ancak ödünç alan işyerinde uygulanan grev ve lokavt süresi boyunca ödünç işçiye ücretinin ödeneceğinin veya ödenmeyeceğinin akıbeti net değildir. Böylesi bir durumda ödünç işçi iş görme borcunu yerine getirmeye hazır durumda iken ödünç işçinin iş görme borcu ödünç alan tarafından kabul edilmemektedir. Bu anlamda ödünç işçinin kusuru olmaksızın ücretinden yoksun kalması hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir³¹⁴. Dolayısıyla ödünç alan işyerinde meydana gelebilecek grev ve lokavt halinde ödünç işçinin alacağı ücrete yönelik düzenlemelerin yapılmış olması gerekmektedir. Fakat ödünç işçi sağlama sözleşmesinde bu yönde bir düzenlemenin bulunmaması durumunda ÖİB yaptığı bu hizmetinin karşılığını ödünç alan işverenden talep edebilecek, bu hizmet bedelinin içerisinde ödünç işçinin alacağı ücret de olduğundan, ÖİB sözleşme süresince ödünç

³¹³ M. Çağlar Özdemir, “İş Mücadelesine Katılmayan İşçilerin Hukuki Durumu”, *Kamu-İş*, C. 7, S. 2, 2003, s. 13.

³¹⁴ Orhan Ersun Civan, *Yeni Düzenlemeler...*, s. 387.

işçinin ücretini ödemeye devam edecektir³¹⁵. Söz konusu çalışma biçiminin yapısal özelliği göz önünde tutulduğunda ilerleyen süreçlerde tartışmaların ve uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçebilmek adına 18. 01. 2010 tarihli kanun tasarısında yer verilen “*devredilen işyerinde grev ve lokavt olması ve ÖİB’in işçiyi bu süre içerisinde başka bir işyerinde istihdam etmemesi halinde, ÖİB işçisinin asgari ücretten az olmamak üzere sözleşmede belirtilen ücretinin yarısını ödemek zorundadır*” ifadesinin ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisini düzenleyen İş K md. 7. maddesine eklenmesi yerinde olacaktır.

3.3.3. Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin Sosyal Güvenlik Hukuku kapsamında değerlendirilmesi de önem taşımaktadır. Ödünç işçinin, ödünç alan yanında çalışmaya devam ettiği ödünç süresi boyunca ücret ödemesinde olduğu gibi sosyal güvenlik primlerinin ödenmesi aşamasında da, iş sözleşmesi devam ettiği sürece ÖİB yükümlüdür. Ödünç işçinin sosyal güvenlik primlerine ilişkin kanunun gerekçesi de ödünç işçinin ikili yapısı gereği ödünç işçinin sosyal güvenlik haklarının güvence altına alınması gerektiği ve işçinin her ne kadar ödünç alan yanında iş görme borcunu yerine getirirse de ücret ve sosyal güvenlik primlerinin ödeme yükümlüsünün ÖİB olduğu üzerinde durulmuştur.

ÖİB’in ödünç işçinin ücret ve sosyal güvenlik primlerinin ödeme sorumluluğu açık bir şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen, bu konuda ÖİB ile ödünç alanın birlikte sorumluluğunu düzenleyen hükme yer verilmemiştir. Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus da kanun gerekçesinde ikili bir yapıdan bahsedilmiş ve işçinin sosyal güvenlik haklarının güvenceye alınması gerektiği belirtilmiş olmasına rağmen söz konusu her iki işverenin birlikte sorumluluğundan bahsedilmemiş olmasıdır. Oysaki 4857 sayılı İşK md. 7/15. fıkrasında düzenleme bulan basit ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında çalıştığı süre boyunca ödenmeyen sosyal güvenlik primlerinden ödünç veren işverenle birlikte sorumlu olacağı belirtilmiştir.

³¹⁵ Seçkin Nazlı, *Özel İş...*, s. 260.

Ancak her ne kadar iş kanununda ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde birlikte sorumluluk ilkesine yer verilmemiş olmasa da, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu' nda (SSGSSK) bu yönde bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Kanuna göre “...4857 sayılı iş kanununda tanımlanan geçici (ödünç) iş ilişkisi kurulan işveren, bu kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur” (SSGSSK md. 12/II, c.2). Dolayısıyla ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde ödün alan işveren, sosyal güvenlik kapsamındaki tüm yükümlülüklerden, bu kapsamda da 7. maddenin önceki metninde yer almasına rağmen yeni metne alınmayan “sosyal sigorta primlerinden” birlikte sorumluluğunun devam edeceğini kabul etmek gerekmektedir³¹⁶.

Ayrıca 5510 sayılı kanunun 12. maddesinin yanı sıra yine aynı kanunun 86. maddesinde bu yönde bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Düzenlemeye göre, işverenin, sigortalıyı, 4857 sayılı kanunun 7. maddesine göre başka bir işverene iş görme borcunu yerine getirmesi için geçici olarak devretmesi halinde, sigortalıyı devir alan, geçici (ödünç) iş ilişkisi süresine ilişkin birinci fıkrada belirtilen belgelerin aynı süre içinde işverene ait işyerinden Kuruma verilmesinden, işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur. Kanun metninde yer alan belgeler aylık prim ve hizmet belgeleri olup, bu belgelerin İşKur'a verilmesinden iki işveren birlikte sorumlu olacaktır. Ek olarak belirtelim ki Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği³¹⁷'nin 31/2. fıkrasında, “sigortalıyı geçici (ödünç) iş ilişkisi çerçevesinde devralan işveren, müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu yükümlülüklerini sigortalıyı devir aldığı işverenle yapmış olduğu sözleşmeyi Kuruma ibraz etmesi kaydıyla kendisine verilecek üç haneli numara ile sigortalıyı devir aldığı işverene ait işyeri dosyası üzerinden yerine getirebilir”. Bu düzenleme uyarınca ödünç alan işveren ile ÖİB'in ödünç işçiye karşı sosyal güvenlik anlamında birlikte sorumlu olacağını ifade edebiliriz.

İşK md. 7'de ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde ÖİB ile ödünç alanın birlikte sorumluluğuna yer verilmemiş olması, bu çalışma biçiminin karakteristik

³¹⁶ Nuri Çelik- Nurşen Caniklioğlu- Talat Canbolat, a.g.e. , s. 221.

³¹⁷ Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği, RG. 12.05.2010, S. 27579. Bkz. <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.13973&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=İşlemleri>, (Erişim, 05.05.2019)

yapısı gereği, önemli bir yasa eksikliği olarak kabul edileceğinden, yapılacak yasa değişikliğiyle birlikte sorumluluk ilkesinin açık bir şekilde düzenlenmiş olması uygun olacaktır.

Ödünç işçilerin kıdem tazminatı ile işsizlik sigortasından ne şekilde ve nasıl hak kazanacakları üzerinde durulması gereken önemli konulardandır. Kıdem tazminatı 1475 sayılı İşK md. 14. maddesinde düzenleme bulmuş olup, düzenleme uyarınca kıdem tazminatından yararlanmak için belirli koşulların yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Bu anlamda kıdem tazminatı kanunda gösterilen fesih hallerinde en az bir yıllık kıdemi bulunan işçiye veya bahse konu işçinin ölümü halinde işveren tarafından hak sahiplerine ödenmektedir³¹⁸. Söz konusu tazminatın miktarı, işçinin brüt ücreti ile kıdeminin çarpılarak hesaplanmış halidir.

Ödünç işçilerin kıdem süreleri belirlenirken hangi sürelerin dikkate alınacağı, süre hesabı açısından önemlidir. Zira 1475 sayılı kanunun 14. maddesinde işçilerin kıdem sürelerinin başlangıcı olarak, iş sözleşmesinin yapıldığı tarihin değil, işçinin fiilen işe başladığı tarihin baz alınacağı yönündedir. Dolayısıyla ödünç işçilerin kıdem sürelerinin başlangıcı da ÖİB ile iş sözleşmesi yaptığı tarih değil, ödünç alan işveren yanında fiilen çalışmaya başladığı tarih olarak dikkate alınacaktır. Ödünç işçiler, ÖİB yanında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile bir yıl çalışmış olmaları ve kanunda belirtilen diğer şartları da sağlamaları durumunda kıdem tazminatı almaya hak kazanmış olacaklardır.

Belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalışan ödünç işçiler kıdem tazminatından yararlanamayacaklardır. Burada önemli olan konu zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin kıdem süresine etkisidir. Kanun koyucu zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin objektif bir koşula bağlanması durumunda belirli süreli sözleşme olma vasfını kaybetmeyeceğini hüküm altına aldığından, ödünç işçilerin iş sözleşmesi objektif nedene bağlı olarak zincirleme uzatılması durumunda kıdem tazminatı hakları olmayacaktır. Lakin objektif nedenler olmaksızın zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak

³¹⁸ Müjdat Şakar, *a.g.e.* , s. 129.

kabul edileceğinden, ödünç işçiler kanunda sayılan diğer şartları da sağlamaları durumunda kıdem tazminatı almaya hak kazanacaklardır.

İşsizlik sigortası, 4447 sayılı “*İşsizlik Sigortası Kanunu*” nda düzenleme bulmuş olup yararlanmak için 4447 sayılı kanunun 50. maddesinde³¹⁹ belirtilen şartların sağlanması durumunda ve yine aynı maddede belirtilen sürelerle alınır. İşsizlik sigortası, çalışma arzu ve yeteneğine sahip olup da, kendi iradesi dışında işini kaybedenlere geçici bir süreliğine, önceki gelirlerinin bir kısmını karşılamak için kişinin sosyo-ekonomik bakımdan zor duruma düşmesini önlemek amacıyla geliştirilmiş sosyal güvenlik politikasıdır³²⁰. Ödünç işçilerin, işsizlik sigortasından yararlanmaları için kanunun aradığı şartları yerine getirmiş olmaları gerekmektedir.

3.3.4. İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde, İSG konusu değerlendirilmesi gereken bir başka husus olarak karşımıza çıkmaktadır. ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde işçi asıl işvereni olan ÖİB yanında değil de ödünç alan işveren yanında çalıştığı için ve ortaya çıkan bu ilişki de üç farklı tarafın olduğu göz önünde bulundurulduğundan iş sağlığı ve güvenliği konusunun önemli bir yere sahip olduğu görülmektedir. Zira yapılan araştırmalarda ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan ödünç işçilerin iş kazasına maruz kalma oranlarının diğer işçilere nazaran daha fazla olduğu görülmektedir. Örneğin, Hollanda’da 2004 yılında yapılan bir istatistiğe göre işçilerin sadece % 3’ü ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışmasına rağmen, ülke çapında meydana gelen iş kazalarının % 13’ü ödünç işçiler arasında meydana gelmektedir. Benzer durum Belçika’da 2009 yılında yapılan bir istatistikte

³¹⁹ Madde 50

Günlük işsizlik ödeneği, sigortalının son dört aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının yüzde kırkıdır. Bu şekilde hesaplanan işsizlik ödeneği miktarı, 4857 sayılı İş Kanununun 39 uncu maddesine göre onaltı yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının yüzde seksenini geçemez.

Hizmet akdinin sona ermesinden önceki son 120 gün hizmet akdine tabi olanlardan, son üç yıl içinde;

- a) 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 180 gün,
- b) 900 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 240 gün,
- c) 1080 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 300 gün,

Süre ile işsizlik ödeneği verilir.

³²⁰ Abdurrahman Ayhan, “4477 Sayılı Kanuna Göre İşsizlik Sigortasının Önemi, Yararlanma Koşulları ve Sağlanan Yardımlar”, *Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırmaları Dergisi*, S. 7, 2011, s. 2.

görülmektedir. Söz konusu istatistiğe göre ödünç işçilerin iş kazası oranı sürekli işte çalışan işçilerin iki katıdır³²¹.

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan ödünç işçilerin, her yeni ödünç alan işveren yanında çalışmaya başladığı ilk günlerinde iş kazasına uğradıkları görülmektedir³²². ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi ile çalışan ödünç işçilerin iş kazası yaşamasının çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Bu nedenlerden belki de en önemlisi ödünç iş ilişkisinde ödünç işçilerin başka bir işverenin iş yerinde genellikle geçici sürelerle çalıştıklarından dolayı buradaki ekipmanları ve iş risklerini yeteri kadar tanımadıklarından tehlikelere ödünç alan işverenin işçilerinden daha açık olmalarıdır. Ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışmak isteyenlerin çoğu bir iş bulma umudu ile bu yolu tercih eden, çoğunlukla eğitim düzeyi düşük işçilerdir. Söz konusu kişiler çalışmak ve işsizlikten kurtulmak amacıyla bilmedikleri ve aşına olmadıkları tehlikeli işlerde çalışmak durumunda kalan tecrübesiz ve işe yönelik eğitimleri olmayan kişileridir. Öyle ki ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin uygulandığı ülkelerde ödünç alan işverenlerin İSG eğitimlerini vermediği, işe yönelik gerekli bilgilendirmeleri yapmadığı, koruyucu malzeme vermediği veya kalitesiz koruyucu malzemeler verdiği gözlemlenmiştir³²³. Benzer durumların ülkemizde görülmesi pek muhtemeldir.

İşyerinde İSG önlemlerinin alınması geniş anlamda işçiyi gözetme ve koruma borcundan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu durum 20.06.2012 tarih ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu kanun ile çıraklar ile stajyerler de dâhil olmak üzere ve tüm çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin korunmasını amaçlamaktadır.

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan ödünç işçilerin maruz kalabilecekleri iş kazalarının önlenmesi için İSG önlemlerinin hangi işveren tarafından alınacağı ve herhangi bir iş kazası veya meslek hastalığı durumunda hangi işverenin sorumlu olacağı tartışmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki ödünç iş

³²¹ Berna Öztürk, “Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinde Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Hükümleri”, *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar* (Ed. Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey ve Araş. Gör. Seda Ergüneş Emrağ), Beta Yayınları, İstanbul-2017, s. 221-222.

³²² Canan Erdoğan, “Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerini Alma Yükümlülüğü”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)*, S. 2, 2017, s. 136.

³²³ Berna Öztürk, *a.g.m.*, s. 222.

ilişkisinde iş sözleşmesinin tarafı olan ÖİB, iş sözleşmesinden doğan koruma ve gözetme borcu kapsamında İSG önlemlerini almakla yükümlüdür. Ancak, ödünç işçilerin iş sözleşmesiyle bağlı bulundukları ÖİB yanında değil de ödünç alan işverenin yanında iş görme borcunu yerine getirdiklerinden söz konusu ödünç alan işverenin işyerinden kaynaklanan mesleki risklere maruz kalmaktadırlar. İş sözleşmesinin tarafı olmakla birlikte ÖİB'in kendisine ait olmayan bir işyerinde İSG önlemlerini alması pek mümkün değildir. Dolayısıyla söz konusu İSG önlemlerinin ödünç alan işveren tarafından alınacağı ve bu anlamda ödünç işçileri koruma yükümlülüğünün ödünç süresince ödünç alan işverene geçeceği kabul edilmelidir³²⁴.

Bu anlamda ödünç alan işverenlerin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin eşit davranma ilkesi gereğince, ödünç işçi ilişkisi kapsamında çalıştırdığı ödünç işçilerin de iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemleri alması, iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini vermesi zorunludur. Nitekim 4857 sayılı İşK md. 7/9-f bendi uyarınca ödünç alan işverenlerin 6331 sayılı İSG md. 17/6. fıkrasında öngörülen eğitimleri vermekle ve İSG açısından gereken tedbirleri almakla yükümlü olduğu açıkça belirtilmiştir. Ayrıca söz konusu maddede ödünç işçilerin bu eğitimlere katılmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir (İşK md. 7/9-f). Ayrıca bu durum ÖİBY md. 10'da ödünç alan işverenler tarafından 6331 sayılı İSG md. 7/6. fıkrası uyarınca verilmesi öngörülen eğitimleri vermekle yükümlü olduğu, ödünç işçilerin ise verilen bu eğitimlere katılmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Buradan da anlaşılabacağı üzere ödünç alan işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirleri almakla ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin eğitimleri vermekle yükümlüdür. Bu anlamda ödünç alan işverenin söz konusu eğitimleri verirken ve tedbirleri alırken yanında daimi iş ilişkisi ile çalışan işçiler ile ödünç işçiler arasında hiçbir şekilde ayırım yapamayacağı, ödünç alan işverenin söz konusu eğitim ve tedbirlere ilişkin eşit işlem ilkesi uyarınca işlem yapması gerekecektir.

İş sağlığı ve güvenliği kanununda öngörülen eğitimleri vermeyen ve iş sağlığı ve güvenliği açısından gerekli tedbirleri almayan ödünç alan işveren veya ödünç alan işveren vekiline İşK md. 99/1-b bendinde belirtilen idari para cezası dört kat arttırılarak uygulanır.

³²⁴ Ş. Esra Baskan, *a.g.m.*, s. 34.

Ödünç alan işverenin İSG tedbirlerini almasının yanı sıra, ödünç işçinin maruz kaldığı iş kazası ve meslek hastalığını ÖİB'e derhal, 31.05.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunun 13. ve 14. maddelerine göre ilgili mercilere bildirmekle yükümlüdür (İşK md. 7/9-c). Bununla birlikte belirtmek gerekir ki ödünç işçinin fiilen çalıştığı ödünç alan işverenin işyerinde İSG tedbirlerinin alınmaması durumunda ödünç işçi tarafından bu durum ÖİB'e bildirilebilir. Söz konusu durum ödünç işçi tarafından ÖİB'e bildirdiği halde ÖİB'in bu konuda bir işlem yapmaması durumunda ödünç işçinin çalışmaktan kaçınabileceği gibi iş sözleşmesini de derhal fesih edebileceği kanısındayız.



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI ARACILIĞIYLA ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ

4.1. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi

Buraya kadarki bölümlerde, ÖİB'in kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olan işçisini hiçbir zaman yanında çalıştırmayıp her zaman üçüncü bir işverenin yanına göndermesi ile oluşan ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kuruluşunu, taraflarını ve taraflar arasındaki hukuki ilişkileri incelenmiştir. Ödünç iş ilişkisi üç farklı tarafın bir arada bulunmasıyla meydana geldiğini ve bu taraflar arasında iki farklı sözleşmenin olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Kanunda söz konusu sözleşmelerin kuruluş biçimlerine değinilmiş olmasına rağmen fesih konusuna değinilmemiştir.

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin iki farklı sözleşmeden meydana gelmektedir. Söz konusu sözleşmelerden birisi ÖİB ile ödünç işçi arasında kurulmuş olan iş sözleşmesi iken diğeri ise ÖİB ile ödünç alan işveren arasında kurulmuş olan ödünç işçi sağlama sözleşmesidir. Kanunda ÖİB ile ödünç işçi arasında kurulmuş olan iş sözleşmesinin türüne ilişkin herhangi sınırlama getirilmemiştir. Bu anlamda bu iki taraf arasında kurulmuş olan iş sözleşmesi belirli süreli olabileceği gibi belirsiz süreli olarak da kurulabilecektir. Ancak ödünç işçi sağlama sözleşmesinin kuruluş biçimine ilişkin kanunda yer verilmiştir. Bu anlamda ödünç işçi sağlama sözleşmesi ya kanunda belirlenen sürelerle sınırlı olarak kurulabilecek ya da kanunun aradığı bazı durumlarda süresiz olarak kurulabilecektir. Dolayısıyla bu bölümde hem ÖİB ile ödünç işçi arasında kurulmuş olan iş sözleşmesinin hem de ÖİB ile ödünç alan işveren arasında kurulmuş olan ödün işçi sağlama sözleşmesinin, ne şekilde kurulduğuna bakılmaksızın bu bölümde söz konusu sözleşmelerin nasıl sona ereceği üzerinde durulacaktır. Bu başlık altında sırasıyla tarafların anlaşması (ikale) ile fesih, sözleşmelerin feshi ile sona erme, sözleşmelerin geçersizliği ve iptali, iş yerinin kapanması ve ölüm ile sona erme başlıkları şeklinde incelenecektir.

4.1.1. İkale ile Sona Erme

İkale sözleşmesi tarafların daha önce kurdukları hukuksal bir ilişkiyi başka bir hukuksal işlemle ortadan kaldırma veya daha önce yapılmış olan sözleşmenin, tarafların karşılıklı anlaşmaları ile yeni bir sözleşme yapılması suretiyle, söz konusu sözleşmenin bozularak ortadan kaldırılmasına ikale denir³²⁵.

Bu anlamda sözleşme hukukuna hâkim ilke olan sözleşme serbestisinin³²⁶ bir görünümü olarak nasıl ki taraflar aralarında serbestçe sözleşme yapabilmekte ise yine bu ilke uyarınca tarafların arasında kurulmuş bulunan sözleşmeler de serbestçe sona erdirilebilecektir. Bu anlamda ikale sözleşmesi ile taraflar aralarında kurdukları bir hukuksal ilişkiyi veya kurulmuş olan sözleşmeyi sona erdirmeleri mümkündür.

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi, normal iş sözleşmesinden farklı bir şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen, ikale anlaşması ile son bulacaktır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta ödünç iş ilişkisinin üçlü bir şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Bundan dolayıdır ki ödünç iş ilişkisinin her iki türünde de üç farklı kişinin bulunması nedeniyle taraflar arasında iki farklı sözleşmenin varlığı göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki ÖİB ile ödünç işçi arasında kurulmuş olan iş sözleşmesi ikincisi ise ödünç alan işveren ile ÖİB arasında kurulmuş olan ödünç işçi sağlama sözleşmesidir. Bu nedenle taraflar arasında ikale ile fesih konusunun iki başlık halinde incelenmesi önem arz etmektedir.

4.1.1.1. İş Sözleşmesinin İkale ile Sona Ermesi

Ödünç iş ilişkisinin ortaya çıkmasına neden olan ilk sözleşmesel ilişki, ödünç işçi ile ÖİB arasında kurulmuş olan iş sözleşmesidir. Bu iki tarafın serbest iradeleriyle kurulmuş olan iş sözleşmesi, tarafların istemeleri durumunda her zaman ikale sözleşmesi ile sona erdirilmesi mümkündür. Bu durum fesih olmadığından³²⁷

³²⁵ Hasan Nüvit Gerek (2011). “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi”, *Çalışma ve Toplum*, S. 31, 4, s. 44.

³²⁶ Sözleşmeler hukukuna hâkim olan temel ilke sözleşme serbestisi ilkesidir. Bu ilkeye göre, taraflar aralarında anlaşarak sözleşme yapmakta, sözleşmenin içeriğini, tarafını, tipini ve şekkini belirlemekte, sözleşmeyi değiştirmekte ve sona erdirmekte serbesttir. Bkz. Hazal Tolu, *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017 s. 5-6.

³²⁷ Tarafların anlaşmasıyla iş akdinin sona erdirilmesi bir fesih sayılmaz. Çünkü fesih, tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdiren bir bozucu yenilik doğuran haktır. Buna karşılık ikale, karşılıklı ve

taraflar arasında herhangi bir tazminat yükümü söz konusu olmayacaktır³²⁸. Ancak ikale ile iş sözleşmesinin sona erdirilmiş olması doğal olarak ödünç iş ilişkisini de etkileyecektir. Ödünç işçinin iş sözleşmesini ikale yoluyla sona erdirmesi durumunda, ÖİB ile ödünç alan işveren arasında kurulmuş olan ödünç işçi sağlama sözleşmesi ödünç işçiyi bağlamayacağından, ödünç işçinin bu sözleşme uyarınca ödünç alan işverene karşı yerine getirmesi gereken iş görme borcu ortadan kalkacaktır. İş sözleşmesinin ikale ile sona erdirilmiş olması ödünç iş ilişkisinin sona ermesine neden olamayacaktır. Buradan da anlaşılacağı üzere ödünç iş ilişkisi üçlü yapıya sahip olduğundan sadece iki tarafın bir araya gelerek bu ilişkiyi sona erdirmeye hakkı bulunmamaktadır³²⁹. Ancak bu durum ÖİB' in ödünç alan işverene karşı ödünç işçi sağlama sözleşmesinde belirtilen, işçi ödünç verme borcunu yerine getirmede kusurlu ifa imkânsızlığına³³⁰ yol açacağından, ÖİB'in, ödünç alan işverene karşı tazminat sorumluluğunu doğabilecektir³³¹. İki taraf arasında böylesi bir durumun önceden öngörülmesi de mümkündür. Bu anlamda söz konusu ilişkinin tarafları olan ÖİB ile ödünç alan işveren, aralarında kurmuş oldukları ödünç işçi sağlama sözleşmesine ödünç işçinin her zaman değiştirilmesine yönelik bir madde eklemeleri durumunda taraflar arasında her hangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Böyle bir durumda ödünç işçinin aynı niteliklere benzer başka bir işçi ile değiştirilmesi söz konusu olabilecektir.

4.1.1.2. Ödünç İşçi Sağlama Sözleşmesinin İkale ile Sona Ermesi

Ödünç iş ilişkisi, ödünç alan işveren ile ÖİB arasında kurulan ödünç işçi sağlama sözleşmesiyle oluşmakta ve bu sözleşmeyle ödünç iş ilişkisi kurumunun hukuki yapısı oluşturulmaktadır. Ödünç işçi sağlama sözleşmesi de iş sözleşmesi gibi tarafların serbest iradesi ile kurulduğundan ikale sözleşmenin süresi dolmadan yine tarafların serbest irade beyanlarıyla her zaman sona erdirilebilir. Ödünç işçi sağlama

birbirine uygun iki iradenin birleşmesiyle oluşur. Bkz. Sarper Süzek, *İş Hukuku Yenilenmiş* 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 549

³²⁸ Serkan Odaman, *Yeni Düzenleme...*, s. 56.

³²⁹ Onur Erdem, *Geçici İş İlişkisi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Aralık-2007, s. 113.

³³⁰ Kusurlu ifa imkânsızlığı, sözleşmenin kurulması anında mevcut olan edimin, ifa zamanında borçludan kaynaklanan bir sebeple ifa edilmesinin mümkün olmamasıdır. Bkz. Fatih Gündoğdu, *Borça Aykırılık Hallerinde Kusurlu İmkânsızlık ve Hukuki Sonuçları*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi). T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Aralık-2011, s. 41

³³¹ Abdurrahman Benli-Yusuf Yiğit, *a.g.m.*, s. 6a.

sözleşmesinin taraflarca ikale yoluyla sona erdirilmesi durumunda doğal olarak ödünç iş ilişkisi de son bulmuş olacaktır. Fakat böylesi bir durumda ÖİB ile ödünç işçi arasında kurulmuş bulunan iş sözleşmesi son ermeyecektir. Bu durumda ödünç işçi ÖİB'e geri dönerek, ÖİB tarafından başka bir ödünç alan işverenle yeni bir ödünç iş ilişkisi kurulacağı³³² zamana kadar burada bekleyecektir.

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin ikale ile son bulduğu halde, ödünç işçi ödünç alan yanında çalışmaya devam etmesi durumunda, ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında ödünç iş ilişkisinin bittiği andan itibaren geçerli olmak üzere belirsiz süreli iş sözleşmesinin kurulmuş olduğu anlamına gelecektir. Zira bu durum kanun koyucu tarafından hüküm altına alınmıştır. Söz konusu madde hükmü uyarınca ödünç işçinin, ödünç iş ilişkisi süresinin bitmiş olmasına rağmen ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi halinde, sözleşmesinin sona erdiği tarihten geçerli olmak üzere bu iki taraf arasında “*belirsiz süreli iş sözleşmesinin*” kurulduğu kabul edilecektir.

4.1.2. Fesih ile Sona Erme

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisine son verecek durumlardan birisi de sözleşmenin feshidir. ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi biri ÖİB ile ödünç işçi, diğeri ÖİB ile ödünç alan işveren arasında olmak üzere iki farklı sözleşmeden meydana gelen üçlü bir yapıya sahiptir. Her bir sözleşmenin taraflarından birisinin tek taraflı olarak sona erdirilmesini ifade eden fesih ile sona erme başlığı altında, ÖİB ile ödünç işçi arasında kurulmuş bulunan iş sözleşmesinin feshi ve ödünç alan işveren ile ÖİB arasında kurulmuş bulunan ödünç işçi sağlama sözleşmesinin feshi şeklinde ayrı ayrı değerlendirmek gerekecektir.

4.1.2.1. İş Sözleşmesinin Feshi ile Sona Erme

İş sözleşmesinin sona erme nedenlerinden bir olan fesih, işçi veya işveren tarafından birinin tek taraflı irade beyanıyla meydana gelmektedir. Fesih hakkı, tek taraflı kullanılmakla birlikte sürekli borç ilişkisini sona erdiren bozucu yenilik doğuran anlaşma olarak karşımıza çıkar³³³. Yukarıda ifade edildiği gibi ÖİB

³³² Ş. Esra Baskan, *a.g.m.* , s. 38.

³³³ Hazal Tolu, *a.g.e.* , s. 41.

aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin ortaya çıkmasında öncelikli olarak ÖİB ile işçi arasında kurulmuş olan bir iş sözleşmesinin varlığı gerekmektedir. Bu iki taraf arasında kurulmuş olan iş sözleşmesi tarafların birinin istemesi durumunda her zaman feshedilebilecektir. Ödünç alan işverenin iş sözleşmesinin feshine yönelik bir yetkisi bulunmamaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta bu feshin nasıl yapıldığıdır. İş kanununda iş sözleşmelerinin iki farklı şekilde fesih edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bunlardan biri süreli fesih (İşK md. 18 vd.) diğeri ise iş sözleşmesinin derhal feshidir (İşK md. 24-25).

İş sözleşmesi ÖİB ile ödünç işçi arasında kurulduğundan ödünç alan işverenin bu sözleşmeyi fesih etme yetkisi bulunmamaktadır. Ancak ödünç işçi ödünç alan yanında çalıştığı süre içerisinde haklı nedenle derhal feshe yol açabilecek bir davranışta bulunmuş olabilir. Bu durumda ödünç alan işveren ödünç işçinin kendisine karşı yapmış olduğu derhal fesih hakkına neden olan davranışı iş sözleşmesiyle bağlı olan ÖİB'e ileterek, söz konusu işçinin iş sözleşmesinin fesih edilmesini ÖİB'den talep edebilir, işçinin başka bir işçiyle değiştirilmesini isteyebilir veya ödünç iş ilişkisini sona erdirebilir. Ödünç alan işveren ödünç iş ilişkisini sona erdirmeye gibi bazı haklara sahip olsa dahi ödünç işçi ile aralarında iş sözleşmesi olmadığından, iş sözleşmesini fesih etme hakkı bulunmamaktadır³³⁴. Dolayısıyla ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında yapmış olduğu iş sözleşmesine aykırı davranışı nedeniyle derhal fesih hakkı, ödünç alan işveren tarafından değil ÖİB tarafından yerine getirilmesi gerekecektir³³⁵.

İş sözleşmesi ister bildirimli fesih isterse derhal fesih yoluyla sonlandırılırsa bu durumda ödünç işçi sağlama sözleşmesini sonlandırmayacak olup ÖİB'in ödünç alan işveren karşı sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak taraflar ödünç işçi sağlama sözleşmesinde böylesi bir durumun ortaya çıkacağını öngörüp kararlaştırmaları durumunda, iş sözleşmesi feshedilen işçi ile aynı niteliklere haiz başka bir işçiye ödünç alan işverene gönderebilir yahut ÖİB bu durumda ödünç alan işverene karşı tazminat ödemek durumunda kalabilecektir.

³³⁴ Ali Kılıç, (2011). "4857 Sayılı İş Kanun Ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ödünç İş İlişkisi", *Selçuk Üniversitesi Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi*, Yıl. 1,S.1, Mayıs, 2011, s. 70

³³⁵ Abdurrahman Benli-Yusuf Yiğit, *a.g.m.* , s. 6a.

4.1.2.2. Ödünç İşçi Sağlama Sözleşmesinin Feshi ile Sona Erme

ÖİB ile ödünç alan işveren arasında kurulmuş olan ödünç işçi sağlama sözleşmesi taraflar arasında karşılıklı ve sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Ödünç işçi sağlama sözleşmesinin feshine yönelik kanunda herhangi bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, sözleşmenin devamını çekilmez kılan haklı bir nedenin varlığı halinde söz konusu sözleşme ilgili tarafça fesih edilebilecektir³³⁶. Ayrıca ödünç işçi sağlama sözleşmesi süreli fesih yoluyla da sona erdirilebilir. Ödünç işçi sağlama sözleşmesinin fesih edilmesiyle birlikte ödünç iş ilişkisi sona ermiş olacak ancak belirtelim ki bu durum ÖİB ile ödünç işçi arasında kurulmuş olan iş sözleşmesini etkilemeyecektir. Dolayısıyla ödünç işçi, iş sözleşmesiyle bağlı olduğu ÖİB yanına dönecek ve başka bir ödünç süresine kadar bekleyecektir. Ancak bekleme süresi üç ayı geçemeyecektir.

4.1.3. Belirlenen Sürenin Dolması ile Sona Erme

ÖİB ile ödünç alan işveren arasında kurulan ödünç işçi sağlama sözleşmesinin yukarıda da açıklandığı üzere bazı haller dışında genellikle geçici bir süreliğine kurulduğu ve bu sürelerin 4857 sayılı İşK md. 7.'de belirtildiği görülmektedir. Dolayısıyla ÖİB ile ödünç alan işveren arasında kurulmuş olan ödünç iş ilişkisi belirlenen sürenin bitiminde kendiliğinden sona erecek olup bu sözleşmenin sona ermesiyle birlikte ödünç iş ilişkisi de son bulacaktır. Ödünç işçi belirlenen sürenin bitmesiyle birlikte, ödünç alan işveren yanında çalışmasına devam etmeyecek olup, iş sözleşmesinin tarafı olan ÖİB yanına dönecektir³³⁷.

Ancak ödünç işçi sağlama sözleşmesinde belirlenen sürenin bitimiyle birlikte, ödünç işçinin ÖİB yanına dönmeyip, ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi durumunda, ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında belirsiz süreli iş sözleşmesinin kurulduğunun kabulü gerekecektir³³⁸. Zira bu durum İşK md. 7/13 ile ÖİBY md. 11'de düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca ödünç işçi sağlama sözleşmesinde belirtilen sürenin son bulmasına rağmen ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi halinde ödünç alan işveren ile ödünç işçi

³³⁶ Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...*, s. 204.

³³⁷ Ünal Narmanlıoğlu, *a.g.m.*, s. 20.

³³⁸ Serkan Odaman, *Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde...*, s. 56.

arasında ödünç işçi sağlama sözleşmesinin sona erme tarihinden itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır.

Ödünç işçinin ilk ödünç süresi sonunda aynı ödünç alan işverenle yeniden ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışması da mümkündür. Böylesi bir durumda (iki ödünç süresi arasındaki kesinti süre olsun olmasın) yeniden aynı ödünç alan işverenle ÖİB'in kanunun elverdiği ölçüde ödünç işçi sağlama sözleşmesi yapması gerekecek ve ödünç işçinin bu sözleşme kapsamında ödünç alan işveren yanında çalışmasına devam etmesi sağlanacaktır³³⁹. Her ne kadar ilk ödünç süresi ile ikinci ödünç süresi arasında bir kesinti süre olmasa dahi bu durumun ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında belirsiz süreli iş sözleşmesinin kurulduğunu var saymak hatalıdır. Örnek olarak ÖİB ile ödünç alan işveren arasında kurulan ödünç işçi sağlama sözleşmesinin dört aylık bir süreyle kurulması durumunda ödünç işçi ödünç alan işveren yanında dört ay çalışabilecektir. Söz konusu sözleşmenin dört ay daha yenilenmesi durumunda ödünç işçi iki ödünç süresi arasında kesinti bir süre olmadan çalışmaya devam edecektir.

Ödünç işçi sağlama sözleşmesinin belirlenen sürenin sonunda ödünç işçinin her zaman ÖİB yanına döneceği kabul edilmemelidir. Bazı durumlarda ÖİB ile ödünç işçi arasında belirli süreli iş sözleşmesi kurulduğu ve bu sözleşmenin ödünç işçi sağlama sözleşmesinde belirtilen aynı tarihte bitmesi kararlaştırılabilir. Dolayısıyla bu iki durumun birbiriyle karıştırılmaması gerekir.

4.1.4. Sözleşmelerin Geçersizliği ile Sona Erme

Ödünç iş ilişkisini sona erdiren bir diğer neden de taraflar arasında kurulmuş olan her iki sözleşmenin birinin veya her ikisinin, kanunun aradığı şekilde olmaması durumudur. Öylesi bir durumda hangi sözleşmenin kanunun aradığı şekilde olmadığı ayırımına bakılacak ve söz konusu sözleşmenin geçersizliği kabul edilecektir. Bu başlık altında ÖİB ile ödünç işçi arasında kuruluş olan iş sözleşmesinin geçersizliği ile ÖİB ile ödünç alan işveren arasında kurulmuş olan ödünç işçi sağlama sözleşmesinin geçersizliği durumları ayrı başlıklar altında incelenecektir.

³³⁹ Abdurrahman Benli-Yusuf Yiğit, *a.g.m.* , s. 6a.

4.1.4.1. İş Sözleşmesinin Geçersizliği

İş sözleşmesinin geçersizliği genel olarak sözleşme yapıldığı sırada mevcut bir durum nedeniyle kesin olarak hüküm doğurmadığı veya doğuramayacağı anlamına gelmektedir. İş sözleşmesi tarafların gerekli fiil ehliyetine sahip bulunmaması, şekil şartına uyulmaması, sözleşmenin konusunun hukuka, ahlak kurallarına ve kamu düzenine aykırı olması ve imkânsız görülmesi gibi nedenlerden dolayı iş sözleşmesinin kanunen geçersiz olduğu sonucunu doğuracaktır³⁴⁰.

ÖİB ile ödünç işçi arasında kurulmuş olan iş sözleşmesi sayılan nedenlerden veya farklı bir nedenden dolayı geçersiz olarak kabul edilmesi durumunda iş sözleşmesinin geçersizliği ileriye dönük olarak sonuç doğuracaktır. Bu durum iş hukukuna hâkim ilke olan işçiyi koruma ilkesi gereği, kurulmuş olan iş sözleşmesi geçersiz kabul edilme anına kadar adeta geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuç doğurabilecektir. Dolayısıyla ödünç işçi ile ÖİB arasındaki kurulmuş olan iş sözleşmesi geçersiz kabul edilme anına kadar işlem görecektir olup, bu andan itibaren iş sözleşmesi geçersiz olarak değerlendirilip bir hüküm doğurmayacağından sona erecektir. Bundan sonra ÖİB ile ödünç işçi arasında kurulmuş olan ancak geçersiz olarak kabul edilen iş sözleşmesinin ödünç iş ilişkisini nasıl etkileyeceği üzerinde durulması gerekecektir. Eğer ödünç iş ilişkisi işçinin vasıfları göz önünde bulundurularak yapılmış ise ödünç iş ilişkisi de iş sözleşmesinin sona erme anından itibaren sona erecektir. Ancak ödünç işçinin vasfı veya kimliği ödünç işçi sağlama sözleşmesinin yapılmasında önemli bir unsur oluşturmuyorsa, ödünç işçi sağlama sözleşmesi geçerli kabul edileceğinden ÖİB'in söz konusu işçinin yerine ödünç alan işverene başka bir işçiyi ödünç olarak göndermesi durumunda ödünç iş ilişkisi devam edecektir³⁴¹.

4.1.4.2. Ödünç İşçi Sağlama Sözleşmesinin Geçersizliği

Sözleşmelerin geçersizliği ile sona ermesi başlığı altında karşımıza çıkan ikinci durum ise ödünç işçi sağlama sözleşmesinin bazı nedenlerden dolayı geçersiz kabul edilmesidir. Nitekim 4857 sayılı İşK md. 7'de ödünç işçi sağlama

³⁴⁰ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 203.

³⁴¹ Ali Kılıç, *a.g.m.*, s. 75.

sözleşmesinin hangi hallerde ve sürelerde kurulacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca kanunda ödünç işçi sağlama sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiği, sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihi, işin niteliği ve ÖİB'in hizmet bedelinin yer alması gerektiği hüküm altına alınmıştır (İşK md. 7/10). Söz konusu durumlara aykırı şekilde ÖİB ile ödünç alan işveren arasında kurulmuş olan ödünç işçi sağlama sözleşmesi, geçersiz olarak kabul edilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken konu ödünç işçi sağlama sözleşmesinin, kanunun aradığı şekilde ve kanunda belirlenen hallere ve sürelerle aykırı olarak kurulması ile söz konusu durumların yazılı olarak hüküm altına alınmaması durumunda sözleşme hukuken geçersiz olarak kabul edilecektir.

Geçersiz olarak kabul edilen ödünç işçi sağlama sözleşmesi işçiyi koruma ilkesi gereği geçersiz kabul edilme anına kadar adeta geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuç doğurabilecektir. Geçersizliğin öğrenildiği andan itibaren ise ileriye dönük olarak sonuç doğurabilecektir. Bu durum iş hukukunda temel ilke olan işçiyi koruma ilkesinden ileri gelmekte olup geçersiz olarak kabul edilen ödünç işçi sağlama sözleşmesinin geçmişe dönük etki yapması durumunda ödünç işçinin olumsuz şekilde etkileneceği açıktır. Dolayısıyla ödünç işçi sağlama sözleşmesinin geçersizliğinin tespit edilmesi anına kadar meydana gelen hüküm ve sonuçların aynen kabulü uygun olacaktır³⁴².

ÖİB ile ödünç alan işveren arasındaki kurulmuş olan ödünç işçi sağlama sözleşmesi geçersiz kabul edilme anına kadar işlem görecektir olup, bu andan itibaren ödünç işçi sağlama sözleşmesi bir hüküm ifade etmeyecektir ve dolayısıyla ödünç iş ilişkisi de sona erecek ve ödünç işçi asıl işvereni konumunda bulunan ÖİB yanına dönecektir³⁴³.

4.1.5. İş Yerlerinin Kapanması ile Sona Erme

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin sona ermesini etkileyecek nedenlerden bir diğeri de iş yerlerinden birinin veya her ikisinin aynı anda kapanması durumudur. Burada öncelikli olarak işyeri tanımının nasıl yapıldığına ve hangi yerlere iş yeri

³⁴² Arkın Günay, *a.g.e.* , s. 218.

³⁴³ Ali Kılıç, *a.g.m.* , s. 75.

denildiğine bakmak gerekir. Zira 4857 sayılı İşK’da iş yeri tanımlaması yapılmış ve söz konusu tanımlamaya göre iş yeri bir işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan veya olmayan unsurlarla işçinin birlikte örgütlendiği birime iş yeri denileceği ifade edilmiştir (İşK md. 2). Öyleyse bir yere iş yeri denilebilmesi için söz konusu yerin öncelikli olarak mal veya hizmetine ilişkin oluşturulmuş olması gerekmektedir.

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde iki işverenin bulunduğu yukarıda ifade edilmiştir. İşverenlerden biri ÖİB iken diğeri ödünç alan işverendir. Bu işletmelerin biri veya her ikisinin aynı anda kapanması söz konusu olabilir. Nasıl ki bir iş yeri işveren tarafından yasal sınırlar içerisinde serbestçe açılabiliyorsa aynı şekilde söz konusu işveren tarafından işyerinin kapatılması da mümkündür³⁴⁴. Ayrıca bir iş yerinin kapatılması işveren tarafından olmaksızın kanunen de ortaya çıkabilecektir. Bu ve benzeri şekilde iş yerlerinin kapanması durumunun ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin nasıl etkileyeceği, ödünç alanın işyerinin kapanması ile ÖİB işyerinin kapaması şeklinde iki ayrı başlık altında incelenecektir.

4.1.5.1. Ödünç Alanın İş Yerinin Kapanması ile Sona Erme

Ödünç alan işveren ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinde ikinci işveren olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu işverenin nasıl kapatıldığı ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisini sonuçları açısından önem taşımaktadır. İş yerinin kapanması ödünç alan işverenin isteği dışında gelişmişse böylesi bir durumda ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin son bulacağını kabul etmek yerinde değildir. Şöyle ki 6331 sayılı İSG 25. maddesi uyarınca işyerinde işçilerin yaşamı için tehlikeli bir durumun ortaya çıkması durumunda, bu durum giderilinceye kadar işin durdurulmasına karar verilebilecektir. Böylesi bir durumun ortaya çıkmasında ödünç alan işverenin kusuru söz konusu değil ve bu durum ödünç işçi sağlama sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkmış ise, tehlikenin giderilmesine kadar geçen süre için ödünç işçi sağlama sözleşmesinin askıya alındığını kabul etmek gerekecektir³⁴⁵. Bu askı süresi boyunca aynen iş sözleşmesine uygulanan askı halinin, ödünç işçi sağlama sözleşmesine de kıyasen uygulanacağı kabulünden hareketle, ödünç işçinin bu süre içerisindeki

³⁴⁴ Nuri Çelik, *a.g.e.* s. 69.

³⁴⁵ Arkin Günay, *a.g.e.* , s. 222.

ücretinden ve diğer haklarından, ödünç alan işverenin işçileri gibi yararlandırılması gerekecektir.

Ödünç alan işverenin iş yerini kendi isteğiyle kapatması durumunda ödünç işçi sağlama sözleşmesi sona ereceğinden bu sözleşmeye bağlı olarak ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi de sona erecektir. ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin sona ermesiyle birlikte ödünç işçi ile ÖİB arasında kurulmuş olan iş sözleşmesinin sona ermesi beklenen bir durum değildir. Bundan dolayı ödünç işçi iş sözleşmesiyle bağlı olduğu ÖİB yanına dönecektir. ÖİB yanına dönen ödünç işçinin ücretinin ödenip ödenmemesi konusunda kanunda bir düzenleme mevcut değildir. Kanaatimizce böylesi bir durumda ödünç işçi ne kadarlık süre için ödünç verilmişse en azından o sürelerin ücretinin ödenmesi gerekmektedir.

4.1.5.2. Özel İstihdam Bürosunun Kapanması ile Sona Erme

ÖİB işyerinin kapanması durumunu iki farklı şekilde olduğunu varsayabiliriz. Bunlardan ilki kanunen istenilen şartların yerine getirilmemesi durumu diğeri ise ÖİB işverenin kendi isteğiyle işyerini kapatması durumudur.

Birinci durumda ÖİB işverenin kendi iradesi dışında kanunun aradığı şartların yerine getirilmemesi durumu söz konusu olabilir. Böylesi bir durumda ÖİB işvereni eksiklikleri giderip büronun tekrardan açılmasını isteyebilir. Eğer böylesi bir durum ödünç iş ilişkisi devam ederken olmuş ise, ödünç iş ilişkisinin hemen son bulacağını kabul etmek uygun gözükmemektedir³⁴⁶. Zira ÖİBY md. 28/3³⁴⁷ uyarınca ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin iptal edilmesi durumunda, kanun kapsamında yapılmış ve devam eden sözleşmelerin uygulanmasına, ödünç işçi sağlama sözleşmesinde belirlenen süreler tamamlanıncaya kadar devam edeceği belirtilmiştir. Ancak bu süre içerisinde söz konusu ÖİB'in ödünç iş ilişkisi kurma ve kurulmuş olan ödünç işçi sağlama sözleşmesini uzatma yetkisi bulunmamaktadır.

³⁴⁶ Arkın Günay, *a.g.e.*, s. 220.

³⁴⁷ Geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin iptaline yönelik olarak Bkz. Madde 28-3

(3) Geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin iptali hâlinde; Kanun kapsamında yapılmış ve devam eden sözleşmelerin uygulanmasına, sözleşmede belirtilen süreler tamamlanıncaya kadar devam edilir. Ancak, özel istihdam bürosu bu dönem içerisinde geçici iş ilişkisi kurma veya geçici işçi sağlama sözleşmesini uzatma yetkisini kullanamaz.

Diğer taraftan ÖİB işverenin kendi iradesi ile işyerini kapatması durumunda, hem ödünç iş ilişkisi hem de ÖİB ile ödünç iş arasında kurulmuş bulunan iş sözleşmesi sona erer. Ancak ödünç alan işveren ödünç işçiyi çalıştırmaya devam eder ve işçi de bu durumu kabul ederse ödünç işçiyle ödünç alan işveren arasında ödünç iş ilişkisinin bittiği tarihten itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılır. Eğer ödünç alan işveren, ödünç işçiyle belirsiz süreli iş sözleşmesi yapmak istemiyorsa, ödünç iş ilişkisi kurulduğu süre boyunca devam edeceği ve bu sürenin sonunda aralarındaki ilişkinin kendiliğinden sona ereceği ifade edilebilir³⁴⁸.

4.1.6. Ölüm ile Sona Erme

Ödünç iş ilişkisinin ödünç alan işveren, ÖİB ve ödünç işçi olmak üzere üç taraflı bir ilişki olduğunu söylemiştik. Söz konusu taraflardan birinin veya bir kaçının ölmesi durumunda ödünç iş ilişkisi de doğal olarak etkilenecektir. Bu başlık altında, söz konusu tarafların ölmesi durumunda ödünç iş ilişkisinin nasıl etkileneceği ayrı ayrı incelenecektir.

4.1.6.1. Ödünç İşçinin Ölümü ile Sona Erme

İş sözleşmesi kural olarak işçinin kişiliği ve özellikleri göz önünde bulundurularak yapıldığından, işçinin ölmesi durumunda iş sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. İşçinin yerine mirasçılarının geçmesi ve iş sözleşmesinin mirasçılarla devam etmesi mümkün olmamakla birlikte bu durum sözleşmede kararlaştırılsa bile geçersizdir³⁴⁹. Bu anlamda ödünç işçinin ölümü ile iş sözleşmesi kendiliğinden son bulacaktır. Ancak ödünç işçi sağlama sözleşmesinde ilgili işçinin ifa imkânsızlığına düşmesi gibi durumlarda, yerine başka bir işçinin ödünç olarak gönderileceği hususu düzenlenmişse bu durumda ödünç işçi sağlama sözleşmesi son bulmayacak olup, ödünç işçi sağlama gönderilecek olan yeni ödünç işçi ile devam edecektir³⁵⁰. Fakat ödünç işçi sağlama sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme mevcut değilse, ödünç işçinin ölümü ile ödünç iş ilişkisi de sona erecektir³⁵¹.

³⁴⁸ Abdurrahman Benli-Yusuf Yiğit, *a.g.m.* , s. 6a; Ali Kılıç, *a.g.m.* , s. 75.

³⁴⁹ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 253.

³⁵⁰ Abdurrahman Benli-Yusuf Yiğit, *a.g.m.* , s. 6a.

³⁵¹ Ünal Narmanlıoğlu, *a.g.m.* , s. 20.

4.1.6.2. Özel İstihdam Bürosu İşverenin Ölümü ile Sona Erme

İşverenin (ÖİB-ödünç alan) ölümü ile iş sözleşmeleri sona ermez, külli halefiyet³⁵² sonucu bu sözleşmeden doğan hak ve borçlar mirasçılarıyla devam eder³⁵³. Dolayısıyla işverenin ölümü durumunda iş sözleşmesi kural olarak devam eder. Bu anlamda ödünç iş ilişkisinin derhal sona ereceğini söylemek doğru olmayacaktır. İşçi ödünç vermek şahsen borçlu tarafından yerine getirilmesi gereken bir borç olmadığından ve ödünç işçi sağlama sözleşmesinde aksine bir hüküm söz konusu değilse, işçi ödünç verme ölenin mirasçılarıyla devam edebilecektir.

4.1.6.3. Ödünç Alan İşverenin Ölümü ile Sona Erme

Ödünç alan işverenin ölümünün ödünç iş ilişkisine etkisinin ne olacağına gelince, her şeyden önce ÖİB ile ödünç işçi arasında kurulmuş olan iş sözleşmesi sona ermeyecektir. Aynı zamanda söz konusu ödünç alanın ölümüyle, ÖİB ile ödünç alan işverenin aralarında kurulmuş olan ödünç işçi sağlama sözleşmesinin de sona erdirmesini mümkün kılmamaktadır. Çünkü ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işverenin hak ve borçları dikkate alındığında, bu borçların hiç birisinin ödünç alanın şahsına bağlı olmadığı görülecektir. Bu anlamda ödünç alan işverenin ölmesi durumunda yerini mirasçıları alacağından, ÖİB ile kurulmuş olan ödünç işçi sağlama sözleşmesi devam edecektir³⁵⁴.

³⁵² Külli halefiyet, “Bir kimseye ait malvarlığının parçalanmaksızın, tümüyle, alacak ve borçlarıyla birlikte ve tek bir hukuki işlemle başka bir kimseye geçmesine külli halefiyet denilir. Böylece bu malvarlığına ait alacaklar, borçlar, taşınır ve taşınmaz tüm mallar tek hukuki işlemle devralana geçmiş olur”. Bkz. <http://www.artemishukuk.com/makaleler/miras-hukukunda-kulli-halefiyet-ne-anlama-gelir/>, (Erişim, 05.05.2019)

³⁵³ Sarper Süzek (2016), *İş Hukuku*, s. 555.

³⁵⁴ Ercan Akyiğit, *Ödünç İş...*, s. 212.

SONUÇ

Tez çalışmamızın konusunu oluşturan ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi, esneklik ihtiyacının meydana getirdiği istihdam biçimlerinden birisidir. Bu çalışma biçimi küreselleşme, artan uluslararası rekabet, ekonomi ve teknolojiye yaşanan gelişmelerin etkisiyle ortaya çıkmış esnek çalışma biçimlerinden biri olmasının yanı sıra özellikle II. Dünya Savaş'ından sonra üretim alanında ve emek piyasalarında yaşanan değişim ve gelişimle birlikte küresel ölçekte yaygın bir uygulama alanı bulmuştur.

Bu çalışma biçiminde ÖİB aralarında iş sözleşmesine bağlı kalarak işe aldığı işçisini baştan itibaren başka işverenlerin yanında iş görme borcunu yerine getirmesi için göndermektedir. Bundan dolayı işçinin hiçbir zaman iş sözleşmesiyle bağlı olduğu ÖİB yanında çalışmadığı görülmektedir. Büronun amacı iş sözleşmesi ile işe aldığı işçiyi daha sözleşmenin yapılması aşamasında bizzat istihdam etmek değildir. Zaten ÖİB ile ödünç işçi arasında iş sözleşmesi kurulurken, ödünç işçinin iş görme borcunu baştan itibaren ödünç alan işverenler yanında yerine getireceği belirlenmektedir. Bundan dolayı ödünç işçi ödünç alan işverenden işe yönelik olarak aldığı emir ve talimatlara uygun olarak iş görme borcunu ödünç alan işverenin yanında yerine getirmektedir. Ödünç işçinin ödünç alan işverenden aldığı emir ve talimatlara uygun olarak iş görme borcunu yerine getirmesi ÖİB ile aralarında kurulmuş olan iş sözleşmesinden ileri gelmektedir.

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi, bir mesleğin icra edilmesi gibi sürekli bir faaliyet olarak karşımıza çıkmaktadır. Bundan dolayı ÖİB, ödünç alan işverenle aralarında yazılı olarak yaptığı ödünç işçi sağlama sözleşmesi kapsamında işçiyi iş görme edimini yerine getirmesi için ödünç alan işverene genellikle geçici olarak devreder ve bu faaliyeti sürekli olarak tekrarlamak zorundadır. Çünkü ÖİB bu faaliyeti gelir getirici bir şekilde yaptığından ödünç alan işverenden bu faaliyetin parasal karşılığını alır.

Mesleki faaliyet olarak yürütülen ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi çalışma hayatında sağlamış olduğu esneklik sayesinde işletmelerin rekabet gücünü yükseltebilmekte, insan kaynakları yönetiminde önemli rol oynamakta ve çalışma

hayatına yeni girecek olan kişiler için olumlu bir rol oynamaktadır. Dolayısıyla pek çok ülke bu çalışma biçiminden olumlu bir şekilde faydalanma yoluna gitmektedir.

Bu olumlu yönlerine rağmen ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin bazı olumsuz tarafları da olabilmektedir. Bunların en başında ise yapılan iş ilişkisinin niteliği gereği süreklilik arz etmemesi nedeniyle ödünç verilen işçilerin gittikleri ödünç alan işletmelerde yabancı işçi olarak görülmelerine neden olabilmektedir. Bunun yanı sıra ödünç işçilerin sürekli istihdam edilmemeleri nedeniyle ödünç alan işletmelerde yaptıkları işlerini tam olarak benimsemeden yerine getirmelerine neden olmakta, bu ise yapılan işe ve çalışılan iş yerine adapte olunması yönünde olumsuz bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan ödünç işçilerin ödünç alan işletmelerde çalıştıkları süre boyunca ücret ve ücrete dayalı diğer haklarda, o işletmede çalışan işçilerle aynı seviye olmadığını da ayrıca belirtmek gerekir.

ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin karakteristik yapısı gereği ödünç işçilerin sömürülmesinin ve söz konusu uygulamanın kötüye kullanılmasının yüksek olması sebebiyle uluslararası alanda yer alan ILO, CIEET ve AB gibi birçok aktörün bu olumsuz durumların ve ödünç işçilerin sömürülmelerinin önüne geçmek için rol oynadığı görülmektedir. Konuya yönelik ILO'nun söz konusu çalışma biçimine yönelik yayınlamış olduğu ilk sözleşmelerinde, işçi haklarında suiistimallere neden olabileceği düşüncesinden dolayı, yasaklayıcı bir duruş sergilediği görülmektedir. Zaman içinde bu yasaklayıcı duruşun esnetildiği ve bugün gelinen noktada ILO'nun yayınlamış olduğu sözleşme ve tavsiye kararlarında ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisini kabul ettiği görülmektedir. ILO'nun söz konusu çalışma biçimine yönelik son sözleşmesi olan 181 nolu sözleşmesiyle ÖİB'lerin kurulmasına ve ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunmalarına izin verilmiştir. ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisine yönelik AB'nin de birçok direktifinin olduğu görülmektedir. AB son olarak 2008 yılında kabul ettiği 2008/104/EC sayılı direktifi ile ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisini düzenlemiştir.

Konu ülkemiz açısından ele alındığında ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kabul edilme aşamasının Batı ülkelerindeki gibi uzun tartışmalar sonucunda kabul edildiği ve uluslararası gelişmelerle paralellik gösterdiği görülmektedir. Bu anlamda ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin birçok defa yasal düzenlemeye kavuşturulmak

istendiği görülmektedir. İlk olarak 2003 yılında kabul edilen 4857 Sayılı İş Kanununun hazırlık aşamasında gündeme gelmiştir. İlgili kanunun tasarı metninin 93. maddesinde bu yönde bir düzenlemeye yer verilmiş olmasına rağmen o dönemde yasalaşamamıştır. Söz konusu çalışma biçimine yönelik çalışmalar devam etmiş ve 06.05.2016 tarihinde kabul edilen 6715 sayılı kanunla yasalaşarak çalışma hayatına girmiştir. Ayrıca söz konusu iş ilişkisini yürütecek olan ÖİB'lerin açılmasını, faaliyet alanını ve denetimini düzenleyen ÖİBY 11.10.2016 tarihli ve 29854 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

6715 sayılı kanunla 4857 sayılı İşK'nın değişik 7. maddesinde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulması, başvuru nedenleri ve süre sınırı öngörülerek düzenlendiği görülmektedir. Bu anlamda İşK'nın 7. maddesinin 2. fıkrası incelendiğinde toplamda yedi farklı başvuru nedeninin yer aldığı görülmektedir. Bu yedi farklı başvuru nedeninin şartları, süreleri ve ödünç işçi olarak çalıştırılacak işçi sayıları birbirinden farklıdır. Buna göre ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi 4857 sayılı İşK'nın 13. maddesinin beşinci fıkrası ile 74. maddesinde belirtilen askı hallerinde, işçinin askerlik hizmeti süresince iş sözleşmesinin askıya alındığı halde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hallerde, ödünç işçi sayı sınırı olmaksızın ve askı süresi boyunca ödünç işçi çalıştırılabilecektir. Mevsimlik tarım işleri ile ev hizmetlerinde ödünç işçi sayı sınırı ile süre sınırı olmaksızın ödünç işçi çalıştırılabilecektir. İşletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak görülen işler ile iş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde ödünç işçi sayı sınırı olmaksızın dört ay süreyle kurulabilecek ve istenmesi durumunda en fazla iki defa yenilenebilecektir. İşletmenin ortalama mal veya hizmet kapasitesinin ödünç iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemez şekilde artması halinde, ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi dört ay süreyle kurulabilecek ve istenmesi durumunda en fazla iki defa yenilenebilecek ve ayrıca ödünç alan yanında çalışan mevcut işçi sayısının ancak $\frac{1}{4}$ 'ü oranında ödünç işçi çalıştırılabilecektir. Mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları halinde ödünç işçi sayı sınırı olmaksızın, dört ay süreyle ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir.

Diğer taraftan 6715 sayılı kanunla 4857 sayılı iş kanunun değişik 7. maddesinde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin yasak olduğu durumlar ve sürelerde belirtilmiştir. Buna göre toplu işçi çıkarılan işyerlerinde sekiz ay süresince ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulamaz. Kamu kurum ve kuruluşları ile yer altında maden çıkarılan işyerlerinde her hangi bir süreye bağlı olmaksızın hiçbir şekilde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulamaz yasaktır. Grev ve lokavt uygulamasının olduğu işyerlerinde grev ve lokavt süresi boyunca ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulamayacaktır. Son olarak ödünç işçi çalıştıran ödünç alan işverenlerin, iş sözleşmesi fesih edilen işçisini fesih tarihinden itibaren altı ay geçmeden ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kapsamında çalıştıramayacaktır. ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin yasak olduğu bu düzenlemelere bakıldığında birçok çelişkinin bulunduğu görülmektedir. Özellikle tehlikeli işlerin tamamında değil de sadece yer altında maden çıkarılan işyerlerinde yasak olarak düzenlenmesi, iş kazalarının en fazla yaşandığı sektörlerin başında gelen inşaat sektöründe böyle bir yasağa gidilmemiş olması tarafımızca eleştirilmektedir. Çünkü söz konusu 6715 sayılı kanunun Soma maden faciasından sonra düzenlenmiş olması yeraltında maden çıkarılan işyerlerinde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin yasak olmasına neden olmuştur. Bu düzenleme yerinde ancak diğer tehlikeli işyerlerinin tamamını kapsayacak şekilde genişletilmesi kanaatindeyiz.

4857 sayılı İşK'nın değişik 7/10. maddesinde ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan ödünç işçiler bakımından eşit davranma ilkesinin düzenlendiğini görmek mümkündür. Bu anlamda ödünç işçilerin ödünç alan işverenlerin işyerlerinde çalıştıkları ödünç süresi boyunca temel çalışma koşullarını bu işçilere de sağlamak zorunda oldukları ifade edilmiştir. Eşit işlem ilkesi uyarınca ödünç alan işveren ücret dâhil diğer çalışma koşulları, yanında iş sözleşmesi ile çalışan işçiler ile birlikte ödünç işçilere de uygulamak zorundadır. Burada karşımıza çıkan en önemli konu ise ücretin temel çalışma koşulları arasında sayılıp sayılmayacağıdır. Ücretin temel çalışma koşulları arasında değerlendirilmesi ise tartışmaların merkezinde yer almaktadır. Ücretin eşit işlem ilkesi uyarınca temel çalışma koşulları içinde sayılıp sayılmayacağına bakmak için AB'nin söz konusu çalışma biçimlerine ilişkin direktifine bakmak gerekmektedir. Nitekim eşit işlem

ilkesinin düzenleme bulduğu 2008/104/EC sayılı AB direktifinde ücret temel çalışma koşullarından sayıldığından ve ayrıca 6715 sayılı yasanın gerekçesinde de AB'nin 2008/104/EC sayılı direktifinin temel alınarak hazırlandığı ifadesinden hareketle ücretin temel çalışma koşulları arasında sayılması gerektiğini kabul etmek gerekmektedir. Nitekim AB'nin ilgili direktifinde ödünç işçilerin ödünç alan işverenlerin yanında çalıştıkları ödünç süresi boyunca bu işçilere ödenecek ücretin, aynı iş için ödünç alan tarafından işe alınmış olsaydılar ne olacak ise onun olması gerektiği ifade edilmektedir.

İş sağlığı ve güvenliği konusu ödünç işçiler bakımından önemle üzerinde durulması gereken konulardandır. Bu anlamda iş sağlığı ve güvenliği açısından ülkemizdeki mevcut durumda göz önünde bulundurulduğunda ödünç işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması fazlasıyla önem arz etmektedir. İş kanunun ilgili düzenlemeleri incelendiğinde ödünç işçiyi koruma borcunun ödünç alan işveren ait olduğu görülmektedir. Ödünç alan işveren yanında çalıştırdığı ödünç işçileri, kendi iş organizasyonunda iş sözleşmesiyle çalışan işçilere sağladığı çalışma şartlarının altında bir çalışma ortamı sağlaması mümkün değildir. Bundan dolayı ilgili düzenlemeler yerinde ancak yeterli değildir. İş kazası oranının yüksek olduğu ülkemizde bu sorumluluğun ÖİB ile ödünç alan işveren birlikte sorumluluğu şeklinde düzenlenmesi daha uygun olacaktır.

Son olarak ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin sona ermesine yönelik olarak kanunda herhangi bir açık düzenleme mevcut değildir. Bu anlamda iş kanunun iş sözleşmesinin feshine yönelik genel hükümler yol gösterici olacaktır. Taraflar arasında serbest irade ile kurulmuş olan iş sözleşmesi yine tarafların istemeleri durumunda her zaman anlaşma yoluyla sona erdirilebilecektir. Ödünç işçi ile ÖİB arasında kurumu olan iş sözleşmesi tarafların istemesi durumunda her zaman sona erdirilebileceği gibi ÖİB ile ödünç alan arasında kurulmuş olan ödünç işçi sağlama sözleşmesi de karşılıklı olarak sona erdirilebilir. Diğer taraftan ÖİB ile ödünç işçi arasında kurulmuş olan iş sözleşmesi ile ÖİB ile ödünç alan işveren arasında kurulmuş olan ödünç işçi sağlama sözleşmesinin geçersizliği veya iptali gibi durumlarda da ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kendiliğinden sona erecektir. Ödünç iş ilişkisi genellikle belirli bir süre için kurulduğundan bu sürenin bitiminde

kendiliğinden sona erecektir. Ancak bazı durumlarda bu sürenin bitmiş olmasına rağmen ödünç işçinin ÖİB yanına dönmemesi durumunda ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında sürenin bitmesini takip eden süreden geçerli olmak üzere belirsiz süreli iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilir. Zira kanunda da böyle bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir.

Araştırma aşamasında istatistiki verilere ulaşılacak istenmiş ancak ÖİB aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisine yönelik kurumların internet siteleri ile İşKur sitesinde istatistiki bilgiler mevcut olmadığı görülmüştür. Bu anlamda kanunun kabul edildiği tarihten bugüne kadar kaç adet ödünç iş ilişkisi sözleşmesinin kurulduğuna yönelik bir veri mevcut değildir. Ancak konuya ilişkin ÖİB temsilcileriyle yapmış olduğumuz görüşmelerde, bu çalışma biçiminin en fazla tercih edildiği sektörün üretim sektörü olduğu belirtilmiştir. Söz konusu ÖİB personeline hangi hallerin ortaya çıkması durumunda tercih ediliyor sorusu üzerine, genellikle, iş sözleşmelerinin askıya alındığı haller ile 7. maddenin f bendinde düzenleme bulan öngörülemeyen iş artışlarında işletmelerin tercih ettiği görülmektedir. Özellikle kadın işçilerin doğum iznine ayrılmaları bu çalışma biçimine yönelişin en önemli nedeni olarak görülmektedir. Bir diğer başvuruya neden olan öngörülemeyen iş artışlarında da ödünç işçilerin tercih edildiği görülmüştür. Söz konusu çalışma biçimine uzun süre işçi olan kişilerin başvurduğu ancak başvuru ve ödünç iş ilişkisine talebin istenilen düzeyde olmadığı görülmüştür. Ayrıca ÖİB tarafından teminat miktarının yüksek olduğu, bu tutarın düşürülmesi gerektiği belirtilmiştir. Son olarak sosyal taraflarca bu çalışma biçiminin tam olarak bilinmediği ve belki de yapılan görüşmelerde ifade edilen en önemli hususun ÖİB aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin ülkemiz açısından uygun bir çalışma modeli olmadığı vurgulanmıştır.

KAYNAKÇA

- Akdemir, K. Alper (2014), “Uluslararası Çalışma Örgütü Normları Açısından Özel İstihdam Bürolarının Değerlendirilmesi” *İstihdamda 3i Dergisi (İŞKUR)*, S. 13, Nisan-Mayıs-Haziran,
- Akyiğit, Ercan (1995), *İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi*, Ankara: Kamu-iş Yayınları
- Akyiğit, Ercan (2009), “Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı”. *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C. 22, 4-5, s. 1-38.
- Akyiğit, Ercan (2016), *İş Hukuku*, 11. Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Ayhan, A. (2011), “4477 Sayılı Kanuna Göre İşsizlik Sigortasının Önemi, Yararlanma Koşulları ve Sağlanan Yardımlar”, *Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırmaları Dergisi*, S. 7, s. 1-9.
- Bakır, Onur. (2017), “Forum: Türkiye’de Kiralık İşçilik ve Özel İstihdam Büroları”, *Emek Araştırma Dergisi (GEAD)*, C. 8, S. 11, Haziran, s. 129-136.
- Baskan, Ş. Esra. (2017), “Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXI, S. 2, s. 3-46.
- Başbuğ, Aydın (2003), “İş Sözleşmesinde Üçlü İlişkiler”, *TÜHİS*, C. 18, 2-3, s. 3-17.
- Başmanav, Yasemin (2016), “Ödünç İş İlişkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 74, s. 139-169.
<http://dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/29863/321861> (Erişim, 02.02.2019)
- Baybora, Dilek (2010), “İşletmelerde Asıl İşveren- Alt İşveren Uygulaması ve Ortaya Çıkan Sonuçlar”, *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, C. 2, S. 2, s. 19-26.
- Benli, Abdurrahman ve Yiğit, Yusuf (2006), “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları”, *Kamu-İş*, Cilt: 8 Sayı: 4
- Cam, Erdem (2008), “Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri Çerçevesinde Özel İstihdam Büroları ve Çeşitleri”, *Çimento İşveren Dergisi*, C. 22, S. 1, s. 20-31.
- Cam, Erdem. (2005), *Sendikal Perspektiften Özel İstihdam Büroları ve Türkiye*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Ankara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara

- Cam, Erdem. (2017), “Türkiye’de Özel İstihdam Büroları ve Geçici İşçilik Hakkında Sendikal Açıdan Bir Değerlendirme”, *KARATAHTA İş Yazıları Dergisi*, S. 7, Ankara, Nisan
- Caniklioğlu, Nurşen (2012), “İş Kanununda Değişiklik Öngören Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Esnek Çalışma Biçimlerine İlişkin Tasarıların Genel Bir Değerlendirilmesi”, *İşveren*, C. 50, S. 1, Ocak Şubat, s. 56-61.
- Civan, Orhan Ersun (2008), *Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Ankara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara
- Civan, Orhan Ersun. (2017), “Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 66, S. 2, s. 311- 397.
- Coşkun, D. Solmaz. (2012), “Esnek Çalışma, Geçici Çalışma ve Özel İstihdam Büroları Kanun Tasarıları Ne Getirecek? Ne Götürecek?”, *İşveren*, C. 50, S. 1, Ocak Şubat, s. 44-47.
- Çalık Abdurrahman (2014), “Son Düzenlemelere Göre Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkileri İle İlgili İncelemeler”, *ÇSGB Çalışma Dünyası Dergisi*, C. 2, S. 3, Eylül/Aralık, s. 62-90.
- Çankaya, Osman Güven ve ÇİL, Şahin (2009), *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları
- Çelik, Nuri (2013), *İş Hukuku Dersleri*, 26. Basım, İstanbul: Beta Yayıncılık
- Çelik, Nuri ve Caniklioğlu, Nurşen ve Canbolat, Talat (2017), *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 30. Basım, İstanbul: Beta yayıncılık
- Çifter Alğun ve Demir Özge (2007), 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisinin Hükümleri ve Sonuçları, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl. 6, S. 12, Güz 2007/2, s. 7-20.
- ÇSGB (2013), “Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi” *Çalışma Meclisi Hazırlık Toplantısı*, Ankara
- Demir, Rıza ve Özgün, Onur H. (2015), “Geçici İş İlişkisine ve Özel İstihdam Bürolarına İlişkin Çalışanların Tutumlarının Belirlenmesine Yönelik Bir

- Araştırma”, *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 16, S. 2, s. 127-153.
- Demircioğlu, A. Murat ve Engin, Murat (2002), *Dünya’da ve Türkiye’de Esnek Çalışma*, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası (İTO).
- Dereli, Toker (2012), “Geçici İş İlişkisinin Özel İstihdam Büroları Aracılığı ile Kurulmasına İlişkin Yeni Düzenleme Önerileri” , *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, Mart-12, Yıl. 7, S. 25, s. 10-14.
- Devlet Planlama Teşkilatı (1995), *Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1996-2000)*, Ankara, <http://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Yedinci-Be%C5%9F-Y%C4%B1ll%C4%B1k-Kalk%C4%B1nma-Plan%C4%B1-1996-2000%E2%80%8B.pdf>, (Erişim, 12.10.2018)
- DİSK (2016), “Kıralık İşçilik Anayasaya Aykırıdır!” *DİSK Raporu*, Haziran
- Ekin, Nusret (2001), *Türkiye’de İş Piyasalarının Yeniden Yapılanması: Özel İstihdam Büroları*, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası
- Erdem, Onur (2007), *Geçici İş İlişkisi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). T.C. İstanbul kültür Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Aralık
- Erdoğan, Canan (2017), “Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerini Alma Yükümlülüğü”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)*, S. 2, s. 127-158.
- Erol, Hatice ve Özdemir, Abdullah (2016), “Türkiye de Özel İstihdam Büroları ve Geçici İş İlişkisi”, *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C. 30, S. 5, s. 1095-1110.
- Fırat, Zerrin Yöney (2003), “İş ve İşçi Bulma Kurumundan İŞKUR’a-İşe Yerleştirme Hizmetleri”, *İŞGÜÇ- Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi*, C. 5, S. 2, Sıra 3, No 160, <https://www.isguc.org/?p=article&id=160&cilt=5&sayi=2&yil=2003> (Erişim, 29.10.2018)
- Gerek Hasan Nüvit (2011), “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi”, *Çalışma ve Toplum*, S. 31, 4, s. 43-58.
- Gözler, Kemal (2012), *Anayasa Hukukuna Giriş*, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş 10. Baskı, Bursa: Ekin Yayıncılık

- Günay, Arkin (2011), “*Türk Hukukunda Ödünç İş İlişkisi*”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Marmara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Günay, Mehmet (2007), *İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi*, Ankara: Adalet Yayınevi
- Günaydın Davuthan (2018), “Türkiye’de Dördüncü Sanayi Devrimini Beklerken: İşgücü Piyasasında Bir Araştırma”, *Istanbul Management Journal*, 29 (85), 1-34, 2018, <http://dx.doi.org/10.26650/imj.2018.29.85.0012>
- Günaydın, Davuthan ve Edemir, Özkan (2018), “Güvenceli Esneklik Kapsamında Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisi”, *International Anatolia Academic Online Journal (IAAOJ) Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 4, S. 1, s. 1-23. <http://dergipark.gov.tr/iaaoj/issue/36744/418667> (Erişim, 20.08.2018)
- Gündoğdu Fatih (2011), *Borca Aykırılık Hallerinde Kusurlu İmkânsızlık ve Hukuki Sonuçları*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi). T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Aralık.
- Güzel, Ali ve Heper, Hande (2017), “Sürekli İstihdamdan Geçici Atıpk İstihdama...: Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi”, *Çalışma ve Toplum*, C. 52, S. 1, s. 11-58.
- Hekimler, Alpay (2004), “Avrupa Hukuku Işığında Türkiye’de Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin Yeni Hükümler”, *Çimento İşveren Dergisi*, S. 2, C. 18, s. 16-37.
- Hekimler, Alpay (2006), “*Sosyal Politika Boyutunda Federal Almanya’da Esnek Çalışma Modelleri*”, Ankara: TİSK Yayınları
- Hekimler, Alpay (2012), “Asıl İşveren–Alt İşveren İlişkisinin 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki Yasal Çerçevesi”, *Balkan Sosyal Bilimler Dergisi*, 1(2), s. 1-10.
- Hekimler, Alpay (2013), “Avrupa Birliği Hukukunda Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi”, *İşveren Dergisi*, Temmuz-Ağustos
- Hekimler, Alpay (2013), “Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisine İlişkin Mevzuat ve Taslakların Genel Değerlendirilmesi”, *Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi Semineri*, TİSK Yayın No, 331, Ankara

- Hekimler, Alpay (2014), “Avusturya’da Ödünç Çalışma Uygulamalarına Genel Bir Bakış Türkiye İçin Gözlemler ve Öneriler”, *SİCİL*, S. 31, s. 23-36.
- Hekimler, Alpay ve Edemir, Özkan. (2018), “Endüstri 4.0 Tartışmaları Işığında Türkiye’nin İşgücü Yapısı ve Geleceği Üzerine Düşünceler”, *VII. IBANESS Konferans Serisi, 24-25, Mart -Tekirdağ / Türkiye*.
- Heper, Hande (2014), “*Esnek İstihdam Uygulamaları ve Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi*”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara
- Kabakçı, Mahmut (2011), “5920 Sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükmünün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 4, s. 73-112.
- Kaya, Pir Ali (2011), “6111 Sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (Torba Kanun) ile 4857 Sayılı İş Kanunu ve Bu Kanun Çerçevesinde Diğer Bazı Kanunlarda Yapılan Değişikliklerin Kısaca Değerlendirilmesi,” *Ankara Sanayi Odası Yayın Organı*, Mart-Nisan
- KEİG (2015), “Özel İstihdam Büroları ve Bürolar Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi: Kadın İstihdamı için Çözüm mü? Güvencesiz Esneklik için Tuzak mı?”, *KEİG Yayınları Dizisi: Araştırma Raporu*, 1. Basım, Ekim
- Kılıç, Ali (2011), “4857 Sayılı İş Kanun Ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ödünç İş İlişkisi”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi*, Yıl. 1,S.1, Mayıs, s. 57-78.
- Koç, Muzaffer (2009), Geçici İş İlişkisi, *Mali Çözümler Dergisi*, İSMMMO Yayın Organı, S. 92
<http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/92malicozum/19%20muzaffer%20koc.pdf> (Erişim, 13.12.2017)
- Koç, Muzaffer (2016), “4857 Sayılı İş Kanunundaki Esneklik Düzenlemeleri ve Uygulama Problemleri”, *İnsan ve Toplu Bilimleri Araştırma Dergisi*, C. 5 S. 7, s. 2169-2192.

- Komisyon Raporu (2016), Sıra Sayısı: 170 İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/597) ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss170.pdf> (Erişim, 30.08.2018)
- Kumaş, Handan (2010), “Türkiye İş Kurumu Faaliyetleri ve İş Gücü Piyasası İhtiyaçları Arasındaki Uyum”, *Sosyo-Ekonomi*, Yıl. 6, S. 11, 2010/1, s. 131-166.
- Kutal, Gülten (2005), “Türkiye’de Çalışma Hayatında Esneklik Uygulamaları”, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, C. 55, S. 1, s. 23-43.
- Kutlu, Denizcan (2010), “Geçici Çalışmanın Süreklileşmesi ve Güvencesizleşme: Özel İstihdam Bürolarının Değişen Rolü”, *Türk Tabipler Birliği Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi*, Ocak-Şubat- Mart, s. 41-47.
- Laçiner Vedat (2014), “İş Hukukunda Takım Sözleşmesi ve İşlevi”, *HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi*, C. 3, S. 5, Yıl. 3 (2014/1), s. 114-131.
- Makal, Ahmet (2002), “Türkiye’de Çok Partili Dönemde Çalışma İlişkileri: 1946-1963”, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları.
- Narmanlıoğlu Ünal (2011), “İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre ile Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç “Geçici” İş İlişkisi)”, *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, Eylül, Yıl. 6, S. 23, s. 15-21.
- Nazlı Seçkin (2016), “İş Kanununda Düzenlenen Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisine Yönelik Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (1), Bahar, s. 149-168.
- Nazlı, Seçkin (2009), *Özel İş Aracılığı*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi). İstanbul Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Nurdoğan Ali Kemal (2018), “Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (UÇO-ILO) Yüzüncü Yıl Dönümü ve Türkiye İlişkileri”, *Bitlis Eren Üniversitesi Akademik İzdüşüm Dergisi*, C. 3, S. 4, Aralık, 2018, s. 78-95.

- Nurmukhambetova, Aigul (2017), “İş Kanununun Yeni Düzenlemesi Karşısında Geçici İş İlişkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 2, s. 177-221.
- Odaman, Serkan (2010), “Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi” *Osman Güven Çankaya’ya Armağan*, Ankara: Kamu-İş yayınları.
- Odaman, Serkan (2016), “Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması”, *SİCİL*, S. 36, s. 41-61.
- Özdemir, Erdem (2010), “Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 18, Haziran, s. 20-32.
- Özdemir, M. Çağlar (2003), “İş Mücadelesine Katılmayan İşçilerin Hukuki Durumu”, *Kamu-İş*, C. 7, S. 2, s. 2-29.
- Öztürk, Berna (2017), “Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinde Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Hükümleri”, *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar* (Ed. Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey ve Araş. Gör. Seda Ergüneş Emrağ), İstanbul: Beta Yayınları
- Pul, Emine (2006), “Türkiye ve Avrupa Birliği Ülkelerinde Özel İstihdam Bürolarının Yapısı”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Ankara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Sayın, Ali Kemal (2013), “ILO Normları ve Örgütün Denetim Mekanizmasının Türk İş Hukukuna Etkisi”, *ÇSGB Çalışma Dünyası Dergisi*, C. 1, S. 1, Temmuz-Eylül, s. 11-34.
- Selamoğlu Ahmet (2002), “Gelişmiş Ülkelerde İstihdam Politikaları, Esneklik Arayışı ve Etkileri”, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 2, C. 4, s. 33-63.
- Subaşı, İbrahim (2011), “İş Hukukunda Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi”, *Prof. Dr. Sarper SÜZEK’e Armağan*, C. 1, İstanbul: Beta Yayıncılık
- Süral, Nurhan (2013), “AB Müktesebatında Geçici İş İlişkisi”, *Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi Semineri*, TİSK Yayın No, 331, Ankara
- Süzek, Sarper (2013), *İş Hukuku*, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık
- Süzek, Sarper (2016), *İş Hukuku*, Yenilenmiş 12. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık

- Şahin, Levent ve Yıldırım, Kadir (2012), “Tarihsel Perspektiften Türkiye’de İşe Yerleştirme Faaliyetleri”, *Kamu-İş*, C. 12, S. 2, s. 1-35.
- Şakar, Müjdat (2015), *Meslek Yüksek Okulları İçin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık
- Şen, Murat (2013), “Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi” *İşveren Dergisi*, Eylül-Ekim, s. 66-69.
- Şen, Murat (2014), “Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan (Meslek Edinilmiş) Geçici İş İlişkisi”, *MÜHFD*, C. III, S. 1, s. 13-23.
- Şen, Sabahattin (2004), *Esnek Üretim-Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkileri*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Taşkent, Savaş ve KURT, Dilek (2013), “Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi”, *Kamu-İş Dergisi*, C. 13, S. 1, s. 1-8.
- Tekinalp Gülören (2002), “Avrupa Topluluğunda Ferdi İş Akdine Uygulanan Hukuk Hakkında Kural, 96/71 Sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi ve MÖHUK”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl. 22, S. 2, s. 839-856. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/99493> (Erişim, 27.04.2019)
- Tiryaki, Hamit (2010), “İş Akdinin Askıya Alınması,” *Mali Çözüm*, S. 99 <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/99malicozum/19%20hamit%20tiryaki.pdf> (Erişim, 13.09.2018)
- TİSK. (2009), *4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi*, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara: TİSK Yayınları No: 293, Matsa Basımevi
- Tolu Hazal (2017), *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık
- Uçkan, Banu (2005), “Türkiye’de İş Aracılığı Hizmetlerinin Tarihsel Gelişim Sürecinde Kamu Tekelinin Kırılması”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 5, S. 1, s. 149-178.
- Uşen, Şelale (2005), *Avrupa Birliğinde Ödünç İş İlişkisi, İtalya Uygulaması ve Türkiye*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). İstanbul Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

- Uşen, Şelale (2010), “2008/104/EC Sayılı Ödünç İş İlişkisine İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Getirdiği Yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum*, Sayı: 26, 2010/3
- Yenisey, Kübra Doğan (2013), “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İş Kolunun Belirlenmesi”, *Çalışma ve Toplum* 39. 4, s. 43-68.
- Zeytinoğlu, Emin (2004), “Türk İş Hukukunda Geçici İş İlişkisi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, Hukuk Fakültesi Özel, S. 5*, s. 119-131.



EKLER

UNVAN	İL	BİRİMİ	İL MÜDÜRLÜĞÜ İZİN TARİHİ / KARAR SAYISI	İZİN BELGESİNİN TARİHİ VE NO'SU	İZİN DÖNEMİ
MANPOWER SEÇME VE YERLEŞTİRME HİZMETLERİ LTD. ŞTİ.	İSTANBUL	ŞİŞLİ	02.06.2017-80553	18.08.2016 / 6	02.06.2016- 01.06.2020
			02.06.2017-80553	07.09.2016 / 6-4	02.06.2017- 01.06.2020
			02.06.2017-80553	14.07.2016 / 6-5	27.11.2017- 27.11.2020
		KADIKÖY	20.09.2017-125826	14.08.2013 / 6-6	03.06.2017- 02.06.2020
	TEKİRDAĞ	ÇERKEZKÖY	06.04.2018-3664	06.04.2018 / 6-7	06.04.2018-
KRM ÖZEL İSTİHDAM HİZMETLERİ LTD. ŞTİ.	İSTANBUL	ŞİŞLİ	07.06.2017-82926	06.09.2016 / 7	07.06.2017- 06.06.2020
	ANKARA	ÇANKAYA	30.12.2017-58029	21.09.2010 / 7-1	27.10.2017-
EKSPRES PERSONEL SERVİS VE DANIŞMANLIK A.Ş.	İSTANBUL	ŞİŞLİ	24.01.2019-940905	23.03.2018 / 10	28.01.2019-
BİLGE ADAM İNSAN KAYNAKLARI HİZM. A.Ş.	İSTANBUL	ŞİŞLİ	08.02.2019-1095158	18.04.2014 / 110	11.02.2019-
RANDSTAD SEARCH AND SELECTION PERSONEL SEÇME VE YERLEŞTİRME LTD. ŞTİ.	İSTANBUL	ŞİŞLİ	26.02.2018-4708	20.12.2018 / 191	26.02.2018- 26.02.2021
ÖZGÜ İNSAN KAYNAKLARI ORG. EĞT. TİC. LTD. ŞT.	İSTANBUL	TUZLA	17.12.2018-570305	11.12.2018 / 194	24.12.2018-
MİCHAEL PAGE INTERNATIONAL NEM İSTİHDAM DAN. LTD. ŞTİ.	İSTANBUL	BEYOĞLU	06.12.2018-466673	08.07.2017 / 296	10.12.2018-
MENTOR ÖZEL İSTİHDAM VE PERSONEL SEÇME LTD. ŞTİ.	İSTANBUL	ŞİŞLİ	01.06.2017-78979	26.10.2017 / 324	01.06.2017- 31.05.2020
BARIŞ GÜL-FAVEO ÖZEL İSTİHDAM HİZMLERİ	BURSA	BURSA	24.05.2018-9958	16.12.2015 / 379	28.05.2018-
	ANTALYA	ANTALYA	15.04.2019-1695079	24.05.2018 / 379-1	15.04.2019-
FAZ4 DANIŞMANLIK HİZMETLERİ LTD. ŞTİ.	İSTANBUL	KADIKÖY	13.12.2018-520834	11.12.2018 / 386	17.12.2018-

UNVAN	İL	BİRİMİ	İL MÜDÜRLÜĞÜ İZİN TARİHİ / KARAR SAYISI	İZİN BELGESİNİN TARİHİ VE NO'SU	İZİN DÖNEMİ
ADECCO İSTİHDAM HİZMETLERİ LTD. ŞTİ.	İSTABUL	ŞİŞLİ	30.05.2017-77786	26.12.2013 / 442	30.05.2017- 29.05.2020
			14.09.2017-123150	31.12.2010 / 442-2	14.09.2017- 13.09.2020
			14.09.2017-123144	03.01.2017 / 442-3	14.09.2017- 13.09.2020
			14.09.2017-123136	10.05.2013 / 442-4	14.09.2017- 13.09.2020
			14.09.2017-123126	29.07.2013 / 442-8	14.09.2017- 13.09.2020
		KADIKÖY	25.09.2017-127617	29.07.2013 / 442-7	30.05.2017- 29.05.2020
	İZMİR	KONAK	30.05.2017-77766	24.12.2016 / 442-1	30.05.2017- 29.05.2020
	KOCAELİ	GEBZE	30.05.2017-77786	31.12.2010 / 442-5	30.05.2017-
	ANKARA	ÇANKAYA	30.12.2017-58030	24.07.2013 / 442-6	30.05.2017-
		SİNCAN	26.12.2017-69691	24.12.2016 / 442-12	30.05.2017-
DRD İSTİHDAM HİZMETLERİ LTD. ŞTİ.	BURSA	BURSA	25.05.2018-9915	31.12.2010 / 442-9	28.05.2018-
	MANİSA	MANİSA	01.11.2017-15785	24.12.2016 / 442-11	01.11.2017-
İNKA YURTDIŞI İSTİHDAM HİZMETLERİ DANIŞMANLIĞI VE İNSAN KAYNAKLARI LTD. ŞTİ.	İSTANBUL	KADIKÖY	17.12.2018-570732	09.02.2017 / 448	24.12.2018-
	ANTALYA	ANTALYA	19.04.2019-1737213	31.01.2017 / 453-2	03.09.2018-
İKB GÜLERYÜZ İNSAN KAY. İST. ÖZ. EĞT. TİC. LTD. ŞTİ.	MANİSA	MANİSA	15.02.2017-2230	17.04.2017 / 463	20.02.2017- 19.02.2020
			13.04.2017-5334	17.04.2017 / 463-2	29.12.2017-
	SAMSUN	SAMSUN	20.02.2017-2230	15.02.2017 / 463-1	20.02.2017-
	KONYA	KONYA	15.02.2017-2230	17.04.2017 / 463-3	20.02.2017- 20.02.2020
	BURSA	İNEGÖL	22.01.2018-1761	17.04.2017 / 463-4	04.01.2018-
	MERSİN	MERSİN	15.02.2017-2230	17.04.2017 / 463-5	18.04.2017-
	ANTALYA	ANTALYA	15.04.2019-1692114	17.04.2017 / 463-6	20.02.2017-

UNVAN	İL	BİRİMİ	İL MÜDÜRLÜĞÜ İZİN TARİHİ / KARAR SAYISI	İZİN BELGESİNİN TARİHİ VE NO'SU	İZİN DÖNEMİ
CEO İNSAN KAYNAKLARI VE YÖNETİM DANIŞMANLIĞI HİZMETLERİ LTD. ŞTİ.	TEKİRDAĞ	ÇORLU	17.05.2017-	14.04.2011 / 466	17.05.2017- 16.05.2020
	ANTALYA	ANTALYA	22.04.2019 / 1759167	18.04.2017 / 466-2	22.04.2019-
REED ÖZEL İSTİHDAM BÜROSU LTD. ŞTİ.	İSTANBUL	ŞİŞLİ	02.06.2017-80580	21.06.2017 / 480	02.06.2017- 01.06.2020
		KADIKÖY	27.10.2017-143346	21.06.2017 / 480-1	25.07.2017- 25.07.2020
	ANKARA	ÇANKAYA	18.01.2017-1418	21.06.2017 / 480-2	25.07.2017-
	İZMİR	BORNOVA	02.06.2017-80580	21.06.2017 / 480-3	02.11.2017-
MAVİ AKADEMİ İSTİHDAM YÖNETİM DANIŞMANLIK EĞİTİM DANIŞMANLIK EĞT. HİZM. TİC. LTD. ŞTİ.	BURSA	BURSA	20.10.2017-32122	26.01.2018 / 511	23.10.2017- 23.10.2020
	İSTANBUL	KADIKÖY	20.10.2017-32122	26.01.2018 / 511-2	24.07.2018-
KERASUS İNSAN KAYNAKLARI VE ARACILIK HİZM. A.Ş.	İSTANBUL	KADIKÖY	18.02.2019-1156283	01.11.2018 / 554	25.02.2019-
PLATİN PERSONEL HİZM.	İSTANBUL	ŞİŞLİ	04.12.2018-436578	15.04.2016 / 558	10.12.2018-
KG İNSAN KAYNAKLARI ÖZEL İSTİHDAM VE ARACILIK HİZM. A.Ş.	İSTANBUL	KADIKÖY	03.12.2018-418914	29.06.2013 / 596	10.12.2018-
GMT İNSAN KAYNAKLARI DANIŞMANLIĞI ÖZEL İSTİHDAM VE EĞİTİM HİZM. LTD. ŞTİ.	İSTANBUL	BEYOĞLU	11.04.2019-1673427	02.02.2017 / 613	15.04.2019-
ÇETİN AKADEMİ İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ İNSAN KAYNAKLARI EĞİTİM DANIŞMANLIK ELEKTRONİK HİZMETLERİ SANAYİ TİC. A.Ş.	TEKİRDAĞ	ÇORLU	20.10.2017-	05.06.2015 / 757	20.10.2017- 20.10.2020
Gİ GROUP AND WYSER TURKEY SEÇME VE YERLEŞTİRME A.Ş.	İSTANBUL	BEYOĞLU	18.09.2018-41845	09.01.2018 / 786	18.09.2018-

UNVAN	İL	BİRİMİ	İL MÜDÜRLÜĞÜ İZİN TARİHİ / KARAR SAYISI	İZİN BELGESİNİN TARİHİ VE NO'SU	İZİN DÖNEMİ
FAAY SAĞLIK HİZMETLERİ İNŞAAT EĞİTİM VE GIDA SANAYİ TİCARET	KONYA	KONYA	12.07.2018-5478	09.05.2019 858	16.07.2018-
	ANTALYA	ANTALYA	05.04.2019-1624280	06.05.2016 / 858-1	16.07.2018-
HARBİ ÖZEL İSTİHDAM BÜRO HİZMETLER	MANİSA	MANİSA	01.03.2019-1285255	03.11.2017 / 941	04.03.2019-
	ANTALYA	ANTALYA	19.04.2019-1737299	03.11.2017 / 941-1	19.04.2019-

KAYNAK: Türkiye İş Kurumu