

# Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?<sup>1</sup>

## 1. GİRİŞ

Mesleki faaliyet olarak geçici iş ilişkisi, iş hukukumuzda bir türlü kesin bir çözüme kavuşturulmayan konuların başında gelmektedir. Bilim Komisyonunun hazırladığı İş Kanunu Tasarısında yer alan ve “Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç İş İlişkisi” başlığını taşıyan 93. madde yasalaşmamış, sadece genel anlamda ödünç iş ilişkisi “Geçici İş İlişkisi” adı altında düzenlenmiştir. Geçici iş ilişkisi geçtiğimiz yaz aylarında yine Meclisin gündemine gelmiş, 26.6.2009 kabul tarihli 5920 sayılı Kanun hazırlanmıştır. Ancak, Cumhurbaşkanı, anılan Kanunu, AB’nin mesleki anlamda geçici iş ilişkisini düzenleyen 2008/104/EC sayılı Yönergesi’nin temelini oluşturan istihdam ve çalışma şartlarında eşitlik esasının sağlanması, dolayısıyla bu eşitliği bozacak uygulamaların yasaklanması yönünde hükümlere yer verilmemesi ve özel istihdam bürosu ile işçi ve özel istihdam bürosu ile iş görme edimini devralan işveren arasında yapılacak sözleş-

melerde yer alacak hususların kanunla düzenlenmeksizin Yönetmeliğe bırakılması gerekçeleriyle TBMM’ne geri göndermiştir<sup>2</sup>. Son olarak geçtiğimiz aylar içinde konu tekrar gündeme gelmiştir. Uygulamada “paket kanun” veya “torba kanun” biçiminde adlandırıldığı bir şekilde, Amme Alacaklarının Tahsili Hakkındaki Kanunla birlikte geçici iş ilişkisi de İş Kanununa eklenecek bir madde olarak geçtiğimiz ay içinde gündeme gelmiş, ancak kısa bir süre sonra Çalışma Bakanı düzenlemenin tasarıdan çıkarıldığını açıklamıştır.

Bu gelişmeler, konuya ilişkin düzenleme yapılmasının güçlüğüne açık biçimde ortaya koymaktadır. Gerçekten, geçici iş ilişkisi, sadece teknik yönden değil, ideolojik açıdan da farklı boyutları olan bir konudur. Nitekim sendikaların tasarı ve kanunları “kölelik kanunları” olarak isimlendirdiklerini görüyoruz. Tüm bu yönler işin içinden çıkılmasını güçleştirmekte ve şu anda içinde bulunduğumuz tabloyu da beraberinde getirmektedir.

## II. MESLEKİ FAALİYET OLARAK GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİNİN MUKAYESELİ İŞ HUKUKUNDAKİ YERİ

İngiltere’de ortaya çıktığı düşünülen, ancak Amerika’da büyük bir gelişme gösteren geçici (ödünç) iş ilişkisi, Avrupa ülkelerinde de kısa bir süre içinde yaygınlaşmış<sup>3</sup>, özellikle son yirmi yıl içinde tüm dünyada büyük bir etki yaratmıştır. Ancak gerek temel yaklaşım, gerekse de yapılan düzenlemeler bakımından okyanusun iki tarafındaki ülkelerde büyük farklılıklar mevcut bulunmaktadır. Gerçekten gerek ABD ve Japonya, gerekse de Batı Avrupa ülkeleri arasında kavrama ilişkin temel anlayış farklılıkları mevcut bulunmaktadır. Bu farklılığın temelinde, “*précarité*” ve “*stabilité*” kavramlarının farklı algılanması yatmaktadır<sup>4</sup>. Geçici iş ilişkisini doğru biçimde anlayabilmek için her şeyden önce bu iki kavramın ne anlama geldiğini açıklamamız gerekir.

Öncelikle, her iki kavramı da tam anlamıyla ifade eden Türkçe sözcükler bulunmamaktadır. *Précarité*, Türkçe karşılık olarak, “eğreti, sağlam olmayan, her an bozulabilir durumda olan” bir durumu ifade etmektedir. Buna karşılık “*stabilité*”, “istikrar, sağlamlık, devamlılık” kavramlarını içeren bir deyimdir. Bu iki kavramın anlaşılması önemlidir. Zira, mukayeseli iş hukukunda, geçici iş ilişkisinin bilimsel tasnifi söz konusu kavramlar çerçevesinde yapılmakta ve bu çalışma biçimi, iş hukukunda eğretiliğin ulaştığı en son nokta olarak tanımlanmaktadır. Özellikle bu durum, tarihsel gelişim süreci içinde, birçok ülkede meşruiyeti tartışılan bir uygulama olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur. Nitekim bu süreç içinde hemen hemen her ülkede, mesleki anlamda geçici iş ilişkisi fiili bir olgu olarak ortaya çıkmış, ancak çoğu zaman bundan çok sonra yasakoyucular tarafından tanınarak legalize edilmiş<sup>5</sup>, meşrulaştırılmıştır<sup>6</sup>. Ancak yapılan düzenlemeler ve bugün ulaşılan nokta, her ülkenin kendi hukuk kültürünü yansıtmaktadır. Özellikle yukarıda da belirttiğimiz gibi, *précarité* (eğretilik) ve *stabilité* (devamlılık) kavramlarının bu hukuk düzeni

içindeki yeri, yapılacak düzenlemelerin niteliğini ve kapsamını doğrudan etkilemektedir. Bugün genel olarak gelişmiş ülke modellerini, iki ana başlık altında ayırarak incelememiz mümkündür.

İlk olarak bizim de içinde bulunduğumuz ve “Latin Modeli” veya “Batı Avrupa Modeli” şeklinde adlandırabileceğimiz sistem içinde, normal çalışma biçimi olarak kabul edilen “belirsiz süreli iş sözleşmesi”dir. Buna göre kural sözleşmenin belirsiz süreli olması yani devamlılığıdır<sup>7</sup>. Bu sistem içinde işçi, sözleşmesinin sona ermesinde iş güvencesinden yararlanır, oldukça yüksek miktarlarda tazminatlara hak kazanır. Yine bu sistem içinde devamlı iş ilişkisi, tek bir işverene bağımlı olarak yerine getirilir. Batı Avrupa sisteminin belirgin özelliği, iş ilişkilerinin ağırlıklı olarak iş yasaları ile açık biçimde düzenlenmesidir. Bu düzenlemelere hakim anlayış ise şudur: Belirsiz süreli, iş güvenceli çalışma modeli bir kural olarak nitelendirilmekte, bu kuraldan uzaklaşıldığında ve atipik veya eğreti ilişkilere geçildiğinde, bunun sınırları kanunkoyucu tarafından çizilmektedir. Basit şekilde ifade etmek gerekirse, Bugün Batı Avrupa’da *stabilité*, yani belirsiz süreli devamlı, iş güvenceli çalışma modeli kural, bundan ayrılan çalışma ilişkileri, yani (eğretilik) *precarité* istisnadır<sup>8</sup>. Kuşkusuz, esneklik rüzgarları bu kuralı bir ölçüde sarsmış, eğreti ilişkileri yaygınlaştırmıştır<sup>9</sup>. Ancak yine de istatistiksel olarak bakıldığında belirsiz süreli sözleşmelere dayalı istihdam biçimi hakimiyetini sürdürmektedir.

Buna karşılık ABD’de, Avustralya, Yeni Zelanda’da farklı bir tablo karşımıza çıkmaktadır. Bugün ABD’de iş güvencesi sistemi kabul edilmemekte, “*employment at will*”<sup>10</sup>, yani işverenin isteğine bağlı istihdam modeli çerçevesinde iş sözleşmesine nedensiz biçimde işverence son verilebilmektedir. İşte hemen bu noktada, anlayış farklılığın temel nedeni ortaya çıkmaktadır. İşçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini nedensiz şekilde feshedebileceğiniz kabul edildiğinde, devamlılık-istikrar ile eğretilik-belirsizlik arasındaki fark belirsizleşmektedir<sup>11</sup>. Başka bir anlatımla, Amerikan

modeli içinde zaten herkesin durumu bu ilk görünüş itibarı ile eğreti bir nitelik taşımakta, belirsiz süreli sözleşme ile çalışan işçiler dahi geleceklerine ilişkin bir güvence içinde bulunmamaktadır. Buna göre, işçi ister belirsiz süreli sözleşme ile çalışsın, ister belirli süreli sözleşme ile çalışsın, isterse de geçici süreli işçi olsun, sonuç olarak her halde iş güvencesinden mahrum kalacağı için pek bir şey fark etmemektedir.

Hemen bu noktada, ABD'de farklı sözleşme biçimleri ile çalışan işçilerin arasında gerçekte fark olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Bu soruya ise olumsuz yanıt vermek gerekir. Gerçekten ABD'de de geçici iş sözleşmeleri ile çalışan işçiler diğer işçiler ile kıyaslandığında bunların daha zor durumda olduğu görülmektedir. Gerçekten bu işçilerin ücreti diğer işçilere göre düşüktür, bu işçiler daha zor ve kimsenin yapmak istemediği işlerde çalıştırılırlar. Buna mukabil Avrupa sisteminde, belirsiz süreli bir sözleşme ile çalışan işçi bu güvensizliği nadiren yaşar ve hisseder. Gerçekten, eğretilik, Batı Avrupa modeli içinde işçinin konumu ile değil, doğrudan sözleşmesinin biçimi ile ilgilidir. Belirsiz süreli bir sözleşme Avrupa modelinde güvence demektir. Bundan ayrılma durumunda eğretilik kavramı ile karşılaşılır. Batı Avrupa Modelinde, eğretilik, işçinin iş ilişkisinin devamsızlığını ve istikrarsızlığını ifade eder. Bu anlamda, öncelikle, belirli süreli iş sözleşmelerinin, eğreti iş sözleşmelerinin temelini oluşturduğu kabul edilir. Nitekim belirli iş süreli iş sözleşmesi, sona erdiğinde işçi yeni bir iş bulana kadar işsizlik ile karşılaşır<sup>12</sup>.

Mesleki anlamda geçici iş sözleşmeleri eğretiliği daha da ileri boyutlara taşır. Burada her şeyden önce iş ilişkisi "geçici" niteliktedir. Bu geçici sürenin sonunda işçinin durumu belirsizdir. İş ilişkisi, geçici olmasının yanı sıra ikinci bir belirsizliği de beraberinde getirir. Burada işçi fiilen iş görme borcunu ifa ettiği işverenle başka bir işverene bağlıdır. Dolayısıyla, işverenler yönünden de belirsiz ve karmaşık bir tablo ortaya çıkar. İşçi normalde iş sözleşmesi ile bağlı olması gereken işverene bağlanmaz; bunun dışında sadece şekli olarak

işveren fonksiyonlarını kullanan bir işverene bağlanır. Bu durum işçinin fiilen çalıştığı işyeri ile sosyal, ekonomik ve hukuki bağlarını zayıflatır ve birçok sorunu da beraberinde getirir. Geçici işçiliğin yarattığı söz konusu teknik sorunlar aşağıda incelenecektir.

### III. GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİNİN ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLAR

#### 1. Geçici İşçilerin Profili

Geçici işçiler konusunda sağlıklı değerlendirmeler yapılabilmesi için, her şeyden önce bu kişilerin profiline bakmamız yerinde olacaktır. Nitekim, geçici işçileri ile dünyada yapılan araştırma ve istatistiklere bakıldığında belirli noktalar ön plana çıkmaktadır<sup>13</sup>:

- Öncelikle bu işçiler "genç" işçilerdir<sup>14</sup>. Yaş olarak bakıldığında, bu işçilerin büyük bir çoğunluğunun 29 yaş ve altı işçiler olduğu göze çarpmaktadır<sup>15</sup>.
- İkinci olarak bu işçilerin çoğunun vasıfsız veya düşük vasıflı işçiler olduğu tespit olunmaktadır<sup>16</sup>. Bu işçilerin çoğunun gelişmiş mesleki deneyimleri yoktur. Hatta büyük bir kısım iş bulamadığından, ilk iş ilişkisini "geçici iş ilişkisi" içinde kurmak istemektedir<sup>17</sup>.
- Üçüncü olarak geçici işçilerin büyük bir çoğunluğunu erkek işçiler oluşturmaktadır. Örneğin Fransa'da yapılan bir araştırmaya göre, geçici işçilerin dörtte üçlük bir oranı erkek işçilerdir<sup>18</sup>.

Buna göre, geçici iş ilişkisi esasen kalifiye iş gücünün karşılanması değil, vasıfsız ve çalışma hayatına yeni katılacak olan tecrübesiz işçilerin istihdamı için başvurulan bir yöntem olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, burada nitelikli bir işgücü değil, aksine, işverenle pazarlık imkânlarından yoksun, çoğu zaman işsizlik içinde ve güç durumda olan bir işgücü ile karşı karşıyayız. Geçici işçiler için hukuki düzenlemeler yapılırken, kanımızca öncelikle bu tespitin göz önünde tutulması gerekir.

#### 2. Geçici İş İlişkisinin Yarattığı Temel Sorun: Emek İstismanı

Geçici iş ilişkisinin yarattığı temel sorun

“emek istismarı”dır. Gerçekten, geçici iş ilişkisi “belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve yüksek ücretli” işçilerin yerine “ucuz ve iş güvencesine sahip olmayan” işgücünü geçiren bir nitelik kazandığında, açık bir biçimde emek istismarı yaratmaktadır. Bu şekilde işleyen bir geçici iş ilişkisi sistemi, işyerinde belirsiz süreli ile çalışan işçilerin işlerini elinden almakta, bu işleri düşük ücretle çalışan güvencesiz konumdaki işçilere vermektedir<sup>19</sup>. Dolayısıyla, bir yandan çalışan işçilerin güvenceleri elinden alınarak işsizliğe itilirken, öte yandan iş bulmakta güçlük çeken kişiler güvencesiz bir çalışma modeline yöneltilmektedir. Geçici işçiliğin yarattığı temel sorun budur ve yapılacak düzenlemelerde dikkate alınması gereken de her şeyden önce bu noktadır.

### 3. Diğer Teknik Sorunlar

- Geçici işçiler düşük mesleki eğitim düzeyine sahip işçilerdir. Nitekim yapılan istatistikler bu işçilerin iş kazalarına daha fazla maruz kaldığını ortaya koymaktadır.
- Geçici işçiler işverenler tarafından toplu iş uyuşmazlıklarında kötüye kullanılabilirlerdir.
- Geçici işçilerin alacaklarının güvence altına alınması önemli bir sorundur. Özellikle geçici işçilerin işverenin ödünç veren olduğu kabul edildiğinde, bu işverenin ödeme gücünün içine düşmesi durumunda işçiye güvence getirilmesi gerekmektedir.
- Geçici işçilik uygulaması, genel olarak geçici işçileri çalışma hayatına entegre edecek bir model olarak düşünülmüştür. Buna göre, iş bulmakta zorluk çeken işçi kesimleri geçici işçilik vasıtasıyla bir şekilde çalışma hayatına girecek, daha sonra elde edecekleri deneyim ile devamlı bir ilişki içine girme şansı elde edebileceklerdir. Ancak dünyadaki uygulama bu teorinin gerçek olmadığını göstermiştir. Geçici işçilerin büyük bir çoğunluğu, geçici iş ilişkisinin sonunda işsiz kalmakta, belirsiz süreli, devamlı bir sözleşme ile çalışma şansı elde edememektedir. Dolayısıyla, yine bu işçiler yeniden geçici iş ilişkisi ile çalışma zorunda kalmaktadır. Bu işçiler hiçbir zaman çalışma hayatına tam olarak entegre olama-

makta, geçicilik sıfatından kurtulma şansı elde edememektedir.

- Geçici süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin kollektif hakları son derece hassas bir konudur<sup>20</sup>. Gerçekten bu işçiler, fiilen çalıştıkları işyeri ile kollektif bir bağ kuramamaktadır. Bu işyerinin toplu iş sözleşmesi ve sendikal düzeni bu işçileri kapsamına almamaktadır. Zira bu işçiler ödünç veren işverenin işçisi olarak kabul edildiğinden, ancak iş sözleşmesi ile bağlı oldukları kendi işverenlerinin işyerindeki sendikal düzenin bir parçası olabilecekleri kabul edilmektedir. Ancak sendikal hakların hayata geçebilmesi her şeyden önce bir “işyerinin varlığını” gerektirdiğinden, kâğıt üstünde var olan ama gerçekte var olmayan bir işyerinin kollektif düzeni de olmamakta, dolayısıyla bu işçiler sendikal haklardan fiilen yoksun kalmaktadır. Nitekim bugün dünyanın birçok ülkesinde yapılan araştırmalar geçici işçilerin büyük bir çoğunluğunun sendikalar ile hiçbir bağı olmadığını ortaya koymaktadır.
- Geçici işçiler sosyal dışlanma sorunu ile de karşılaşmaktadır. Bugün birçok Batı ülkesinde, bankalar bu işçilere kredi vermek istememekte, hatta ev sahipleri dahi evlerini geçici işçiye kiralamak istememektedir.

## IV. GEÇİCİ İŞÇİLİĞİN YARATTIĞI SORUNLARA İLİŞKİN HUKUKİ ÇÖZÜMLER

### 1. Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Mevcut Hukuki Durum

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, hukukumuzda mesleki anlamda geçici iş ilişkisi kanunlaşmamış olup, bu konuda yasal bir boşluk mevcut bulunmaktadır. Bu boşluğun nasıl yorumlanacağı tartışmalıdır. Mesleki faaliyet olarak geçici iş ilişkisinin yasal olduğu, bunun anayasal sözleşme özgürlüğünün bir gereği olduğu, İş Kanunu’nda yer alan 7. maddenin kanun yapılıncaya kadar sorunları çözmeye yeterli olacağı yolunda özetleyebileceğimiz M. Ekonomi’nin görüşünü<sup>21</sup> ayırık tutarsak, öğretilerdeki genel kanaat, mesleki an-

lamda geçici iş ilişkisi kurulmasının mümkün bulunmadığı, zira Kanunun buna açıkça izin vermediği yolundadır.

Ancak uygulama bakımından mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisinin yapıldığı ve uygulandığı da bilinen bir gerçektir<sup>22</sup>. Nitekim çıkarılması planlanan kanunların amacı da bu uygulamayı hem meşru bir zemine oturtmak, hem de sınırlarını çizmek düşüncesidir. Öyleyse, yapılacak bu kanun bunu nasıl gerçekleştirecektir?

## 2. Yasal Düzenleme Yapma Gereği

Geçici iş ilişkisine ilişkin olarak dünyadaki gelişim incelendiğinde, ABD ve bu sistem dahilindeki ülkeler dışında, geçici iş ilişkisinin, bunu kabul etmek istemeyen ülkeler tarafından bile, deyim yerindeyse “önünde sonunda” benimsendiği ve yasal bir zemine oturtulduğu görülmektedir<sup>23</sup>. Buna göre, tüm dünyayı etkisi altına alan bu istihdam modelinden deyim yerindeyse “kaçış olmadığını” söylemek sanırız hatalı olmaz. Nitekim uygulamada da, ülkemizde de geçici iş ilişkisi uygulamalarının mesleki faaliyet olarak yapıldığı ve uygulandığı da bilinen bir gerçektir<sup>24</sup>. Her ne kadar bu gibi uygulamalara yargının bakışının olumlu olduğu söylenemez ise de, böyle bir maddi gerçeği inkar etmeye olanak da yoktur. Buna göre, kanımızca yapılması gereken, söz konusu uygulamaları görmezden gelmek değil, konuyu yapılacak isabetli yasal düzenlemeler ile sağlıklı bir zemine oturtmaktır.

Yine, geçici iş ilişkisinin istihdam yaratıcı etkisi de gözden uzak tutulmamalıdır<sup>25</sup>. Gerçekten, Özellikle 90'lı yıllardan itibaren gelişme gösteren bu istihdam türünün, yasal çerçeve içine alınma eğiliminin yaygınlaşmasının ardından yatan nedenlerden biri de geçici iş ilişkisinin esneklik aracı olarak kabulü ve dolayısıyla istihdamı artırıcı işlevinin tanınması gelmektedir<sup>26</sup>. Öğretide de haklı olarak işaret edildiği üzere, esnekliğin reddi, her şeyden önce kayıt dışı sektörün desteklenmesi sonucunu da beraberinde getirebilir. Buna göre, esnek çalışma sürelerinin ve esnek çalışma modellerinin düzenlenmesinden değil düzenlenmeyerek kayıt dışı sektörü beslemesinden korkmak gerekir<sup>27</sup>.

Dolayısıyla, mesleki anlamda geçici iş ilişkisi yasal düzenlemeye konu olmalıdır. Ancak, mevcut siyasi konjonktürün buna izin verip vermediği ayrı bir tartışma konusu olmakla birlikte, yapılacak muhtemel düzenlemeye ışık tutması açısından bu konuda ciddi bilimsel çalışmalar yapılması önem taşımaktadır.

## 3. Yapılması Gereken Düzenlemelerin Amacı ve Teknik Tutarlılığı

Kanımızca, konunun teknik ayrılarına girmeden önce, özellikle iki noktanın doğru şekilde anlaşılması gerekmektedir. Buna göre, ilk olarak Kanunun amacı doğru şekilde anlaşılmalı ve ikinci olarak da Kanunun teknik tutarlılığı sağlanmalıdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, geçici iş ilişkisinin iş ilişkilerinde yarattığı başlıca sorun, emek istismarıdır. Gerçekten, belirsiz süreli işçilerin yeri, geçici işçiler ile doldurulmaya başlandığında, işgücü ucuzlatılmakta, devamlı bir işe sahip işçiler işini kaybetmekte ve sonuç olarak emeğin sömürüsü durumu ortaya çıkmaktadır<sup>28</sup>. Ortaya çıkan bu tabloyu “esneklik” adı altında savunmak da kanımızca mümkün değildir. Zira çalışma hayatında esneklik sendikası, devamlı bir işe sahip işçilerin işsiz bırakılması, işçilerin genel olarak düşük ücretler ile çalışmaya mecbur bırakılması olarak yorumlanamaz.

Esneklik kavramını, kanımızca, işverenin işgücünü, işyerindeki ihtiyaçlarına, özellikle üretim sürecindeki değişmelere, yani yoğunlaşma ve duraklamalara bağlı olarak yönetebilmesi olarak anlamak gerekir. Örneğin, bu gerekçe ile çalışma saatlerini hafta içinde günlere göre farklı şekilde dağıtabilmesi, zaman zaman yoğun çalışma yapıp, bunun karşılığında çalışılmayan zamanı vereceği izinlerle karşılayabilme serbestisi esneklik tanımı içinde değerlendirilir. Yine işgücü sayısını, işletmesinin artan veya azalan ihtiyaçlarına göre belli oranlarda arttırıp eksiltebilmesi anlamındaki serbesti de sayısal esneklik veya dış esneklik olarak kabul edilebilir. Ancak burada unutulmaması gereken nokta şudur. Esneklik, işyerindeki mevcut işgücünün, yani belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan sabit ve

devamlılık arzeden işgücünün değiştirilerek, yerini kolektif hakları fiilen kullanamayan, ucuzlatılmış ve güvencesiz bırakılmış bir işgücü ile değiştirilmesi konusunda bir serbesti olarak yorumlanamaz; yorumlanmamalıdır.

Buna göre kanımızca, geçici iş ilişkisi ile ilgili yapılacak yasal düzenlemede, düşünülmesi gereken en önemli konu bu olmalıdır. Belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan ve devamlılık arz eden iş ilişkilerinin yerini alacak bir düzenin kurulmasının engellenmesi düşüncesi kanunun başlıca amacını oluşturmaktadır.

İkinci olarak, yapılacak yasal düzenlemeler teknik yönden de tutarlı olmak durumundadır. Nitekim, Türk iş hukukunda, iş güvencesi temeline dayanan Batı Avrupa modeli benimsenmiştir. Türk iş hukukunda da belirsiz süreli çalışma modeli asıl olup, atipik sözleşmeler istisnaidir. Nitekim, belirli süreli iş sözleşmelerine başvurulacak durumların somutlaştırılması ve sınırlandırılmasının ardındaki düşünce de budur. Dolayısıyla, belirsiz süreli iş sözleşmesi modelini ve iş ilişkisinde devamlılığı etkileyebilecek bir düzenlemenin, istisnai nitelikte öngörülmesi ve sınırlandırılmış olması gerekmektedir. Bu yapılmadığı takdirde, sistem kendi iç tutarlılığını yitirecektir. Örneğin, sınırsız biçimde geçici iş ilişkisine başvurma olanağı verilirse, belirli süreli sözleşmeler konusunda getirilen sınırlamaların bir anlamı kalmayacaktır.

Sonuç olarak, gözden kaçırılmaması gereken temel husus Türkiye'nin Batı Avrupa modeli içinde yer aldığıdır. İş ilişkisinde devamlılığı ve iş güvencesini esas alan bu modelin kendi iç tutarlılığını koruyabilmesi için geçici iş ilişkisinin sınırlandırılmış biçimde düzenlenmesi gerekmektedir. Kuşkusuz, getirilen sınırlamalar ulusal mevzuatla ve ülkemiz çalışma hayatının gerçekleri ile de uyumlu olmalıdır. Buna göre, kanımızca Batı Avrupa modeli iyi şekilde analiz edilmeli, daha sonra ülkemiz koşulları dikkate alınarak geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemeler yapılmalıdır. Buna göre, Batı Avrupa ülkelerinde geçici iş ilişkisine ilişkin olarak getirilen düzenlemeler ve sınırlamalar aşağıda incelenecek ve değerlendirilecektir.

## V. GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİNE İLİŞKİN DÜZENLEME VE SINIRLAMALAR

### 1. Geçici İş İlişkisine İlişkin Genel Bir İlke Getirilmesi

Belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan işçilerin ve devamlılık taşıyan iş ilişkilerinin yerini alacak bir düzenin kurulmasının engellenmesi düşüncesi öncelikle bir ilke olarak kanunda yer almalıdır. Nitekim Fransız İş Kanunu'nun geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemeleri öncelikle bu ilke ile başlamaktadır. Gerçekten, geçici iş ilişkisini düzenleyen bölümün ilk maddesi olan, L.124-2 hükmüne göre, "Geçici süreli iş sözleşmesi, bir işletmenin normal ve devamlılık arzeden iş ilişkilerinin yerini alma konusunda ve bu etkiye sahip olacak biçimde düzenlenemez."<sup>29</sup> Nitekim Fransa'da, geçici iş ilişkilerine uygulanacak milli düzeydeki toplu iş sözleşmesi şu sözlerle başlamaktadır: "Belirsiz süreli iş sözleşmesi normal ve genel sözleşme şeklidir. İstihdamın devamlılığını sağlamak üzere kullanılması gereken yöntem budur. Belirli süreli iş sözleşmesi ve geçici süreli iş sözleşmesi işletmenin dönemsel ihtiyaçlarına göre değişmesi gereken işgücünün karşılanması amacı ile kullanılacak yöntemlerdir. Bunlar devamlılık arz eden iş ilişkilerin değiştirilmesi veya bu konudaki yasal düzenlemelerin aşılması amacı ile kullanılamaz."<sup>30</sup> Kanımızca öncelikle, kanunun amacını yansıtan bu nitelikte bir düzenlemeye yer verilmesi isabetli olacaktır. Gerçekten bu nitelikte bir düzenleme, mesleki geçici iş ilişkisinin iş hukuku düzeni içindeki yerini belirleyen bir kural olarak uygulamada çıkacak hukuki sorunların çözümüne ışık tutacaktır. Buna karşılık, hazırlanan tasarlarda ve Meclise iade edilen kanunda böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.

### 2. Geçici İş İlişkisine Başvurulabilecek Durumların Somutlaştırılması

İkinci olarak geçici iş ilişkisine başvuru-

labilecek durumların somutlaştırılması da bunun belirsiz süreli sözleşmelerin yerini almasını engelleyici etkili bir yöntem olarak görünmektedir. Nitekim Batı Avrupa modeli içinde yer alan bazı ülkeler bu yöntemi tercih etmiş bulunmaktadır<sup>31</sup>. Örneğin, Fransız Hukukunda, geçici iş ilişkisine başvurulabilecek durumlar sınırlandırılmıştır<sup>32</sup>. Buna karşılık, hazırlanan taslaklarda ve Cumhurbaşkanınca iade edilen 26.6.2009 kabul tarihli ve 5920 sayılı Kanunda bu nitelikte bir düzenleme bulunmamaktadır.

### 3. Sektörel Sınırlamalar

Geçici iş ilişkisine ilişkin sektörel sınırlamalar da bazı ülkelerde gündeme gelebilmektedir. Bu sınırlamaların farklı nedenleri vardır. Bunlar; bu sektörlerde iş kazası oranının yüksekliği, bazı sektörler bakımından mesleki iş ilişkisindeki kötüye kullanma oranının yüksekliği, bazı ülkelerdeki güçlü sendikaların kendi sektörlerindeki geçici iş ilişkisine izin vermemeleri vb.'dir. Bu noktada, genel bir değerlendirme yapmak mümkün görünmemektedir. Sektörel sınırlamalar, her ülkenin kendi subjektif koşullarına göre belirleyeceği sınırlardır.

### 4. Sayısal Sınırlamalar

Yapılacak bir düzenleme ile işverenin çalıştırabileceği geçici işçi sayısına ilişkin bir sınırlama getirilmesi de düşünülebilir. Nitekim sayı sınırlaması veya kota, veto edilen kanunda ve yine şu anda meclisin gündemindeki tasarıda öngörülmüştür. Cumhurbaşkanı tarafından veto edilen kanunda geçici işçilerin 1/4 oranını aşamayacağı öngörülmüştür. Bu oran, geçtiğimiz aylarda gündeme gelen tasarıda 1/5'e çıkarılmış bulunmaktadır. Buna benzer uygulamalara İtalya<sup>33</sup> ve Belçika'da rastlandığı belirtilmektedir<sup>34</sup>.

### 5. Eşitlik İlkesi

Geçici iş ilişkisi bakımından getirilebilecek önemli koruma önlemlerinden birini eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Gerçekten geçici işçiler konusundaki istatistiklere ve uygulamalara bakıldığında bunların büyük bir çoğunlu-

ğunun düşük ücretler ile piyasa koşullarının altında çalıştığı tespit olunmaktadır. Hemen hemen her ülkedeki araştırma benzer bir tablo karşımıza çıkarmaktadır. Örneğin ABD'de devamlı işçinin saat ücreti 8,80 USD iken, geçici işçinin saat ücreti 5,70 USD olarak kalmaktadır<sup>35</sup>.

Geçici işçilerin ucuz bir işgücü kaynağı olması, öncelikle devamlılık taşıyan piyasa koşullarına göre ücret alan işçiler bakımından bir tehdit oluşturmaktadır. Kuşkusuz, piyasa koşullarının altında ücret alan işçilerin bizzat kendilerinin de korunması bu konuda yapılması gereken müdahalenin bir diğer gerekçesini oluşturmaktadır. Öyleyse, geçici işçilerin çalışma koşulları ne şekilde iyileştirilebilecektir?

Bu konuda çeşitli çözümler üretilmeye çalışılmıştır. Bu konuda geçici işçilere özgü sektörel asgari ücretlerin belirlenmesi düşünülen çözümlerden biridir. İkinci olarak bunlarla ilgili olarak, ödünç veren işverenler ile sendikalar arasında özel toplu iş sözleşmelerinin uygulanması düşünülen bir diğer formül olmuştur. Ancak her iki formül, olumlu yönlerinden çok olumsuz sonuçları beraberinde getirmekte, geçici işçilerin daha da marjinalize olmasına yol açmaktadır<sup>36</sup>. Gerçekten, zaten dışlanmış durumda olan bu işçilerin daha da ötekileştirilmesi isabetli olmayacaktır. Bu nedenle, Batı Avrupa'da, bu soruna bulunan ve artık AB hukukunda benimsenen çözüm geçici işçiler ile devamlı işçiler arasında eşit çalışma koşullarının uygulanma zorunluluğunun getirilmesi olmuştur. 2008/104 sayılı Direktif ile getirilen en temel düzenleme, normal ya da klasik çalışma biçimi olarak tanımladığımız istihdam ilişkisi çerçevesinde emeğini arz eden işçiler ile ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışanlara farklı muamele yapılamayacağı, yani eşit davranma zorunluluğunun getirilmesidir. Eşit davranma ilkesi kapsamında ise en başta diğer çalışanlar ile ödünç çalışanlara aynı ücretin ödenmesi yer almaktadır. Böylelikle bir işçiyi ödünç alan bir işverenin, bu kimseye kendi işyerinde diğer işçilere ödemekte olduğu ücretten daha düşük bir ücret ödeyebilmesi bundan sonra

artık mümkün olmayacaktır<sup>37</sup>.

Direktifte ücret ve çalışma koşullarında eşit davranılması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bundan dolayı ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam edilen bir işçi sadece ücret konusunda değil, diğer çalışma koşulları bakımından da ayrıma tabi tutulamayacaktır. Nitekim işçilere kantinden yararlanma, yemek servisi, ulaşım, kreş ve benzer olanaklar tanınmış ise, bunlardan yararlanmak imkanı aynı oranda ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışanlara da tanınmak zorundadır. Bunlara, işverenlerin çalışanlara tanıdıkları eğitim ve ileri eğitim olanakları da dahildir<sup>38</sup>.

Eşitlik temel bir ilke olarak benimsenmekle birlikte, üye ülkelerin istihdam piyasalarının özel durumları dikkate alınarak, toplu sözleşme veya ulusal düzeyde bağitlanan sözleşmeler yoluyla farklı düzenlemelere gidilmesinin yolu açık tutulmuştur. Ancak bağitlanacak bireysel sözleşmeler ile genel ilkenin dışına çıkılması olanak dahilinde değildir. Dolayısıyla ödünç çalışan işçi ile kendisini istihdam eden işveren, normal çalışanlardan daha düşük bir ücret üzerinde anlaşmalarına rağmen, eğer bu konuda bir düzenlemeye gidilmesine yönelik bir toplu iş sözleşmesi ya da ulusal seviyede bir anlaşma yoksa bağitlanan iş sözleşmesi geçersiz olacaktır<sup>39</sup>.

Geçici işçiler ile işverenin devamlı işçileri arasında eşitlik ne İş Kanunu Tasarısında ne de veto edilen kanunda öngörülmüş değildir. Buna karşın, geçtiğimiz aylarda gündeme gelen Tasarıda eşitliğe ilişkin açık bir düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre; “Bu madde kapsamında çalıştırılan işçi ile özel istihdam bürosu ve işçi devri yapılan işveren arasındaki iş ilişkisinde de bu Kanunun 5 inci maddesi uygulanır. Ücret, iş sağlığı ve güvenliği ile işyerinde yapılacak mesleki eğitim ve diğer temel çalışma ve istihdam koşulları açısından geçici iş ilişkisine göre çalışan işçi ile aynı veya eşit değerdeki iş için işyerine yeni alınan işçi arasında ayırım yapılamaz.” Söz konusu düzenleme Türk iş hukuku bakımından çok önemli ve radikal bir gelişme anlamına gelmektedir. İlk kez bir dış kaynak kul-

lanımı (outsourcing) uygulamasında bu denli kapsamlı bir biçimde eşitlik ilkesi gündeme gelmiş bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemeyi genel olarak isabetli bir gelişme olarak nitelendirmek gerekmektedir. Ancak, yine bu noktada Tasarıda geçici iş ilişkisine göre çalışan işçi ile “aynı veya eşit değerdeki iş için işyerine yeni alınan işçi” arasında eşitlik öngörülmek suretiyle, tartışmalara kapı aralanmış bulunmaktadır<sup>40</sup>.

## 6. Geçici İş İlişkisinin Kötüye Kullanılmasının Önlenmesi

Geçici işçilik uygulamasının tarihsel geçmişi, bunun kötüye kullanımlara açık olduğunu da ortaya koymuştur. Nitekim, geçici iş ilişkisinin, aynı belirli iş süreli sözleşmelerde olduğu gibi, belirsiz süreli iş sözleşmesinin getirdiği yükümlülüklerden kaçınmak amacı ile kullanılması söz konusu olabilmektedir. Bu konuda ortaya çıkacak kötüye kullanımları engellemek üzere, geçici süreli iş ilişkisi süre bakımından sınırlandırılmakta, yazılı sözleşme yapılması zorunluluğu getirilmekte ve uygulamanın grev kırılcılığı için kullanılmasını önleyici düzenlemelere mukayeseli iş hukukunda yer verilmektedir. Nitekim bu amaçlı düzenlemeler tasarıda yer almıştır. Güncel tasarıda, özel istihdam bürolarının devredeceği işçi ile iş sözleşmesini, işçinin devredileceği işverenle geçici iş ilişkisi sözleşmesini yazılı olarak yapmak zorunda olduğu belirtilmiş, yine aynı işçi için, aynı işverenle yapılacak geçici iş ilişkisi sözleşmelerinin toplam süresinin onsekiz ayı geçemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemelerin isabetli olduğuna kuşku yoktur<sup>41</sup>. Ayrıca kanunda getirilen düzenlemenin ihlal edilmesi durumunda ortaya çıkacak hukuki yaptırım da belirlenmiştir. Buna göre, 18 aylık süreyi geçen çalıştırma, iş sözleşmesinin ve geçici iş ilişkisi sözleşmesinin yazılı olarak yapılmaması veya sözleşmede belirtilen sürenin dolmasına rağmen devam eden çalıştırma durumlarında, devredilen işverenle işçi arasında, başlangıçtan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş olacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme de isabet taşımaktadır. Geçici işçiliğin kolektif uyuşmazlıklarda kö-



tüye kullanılması konusunda güncel tasarıda açık bir hükme yer verilmemekle birlikte, İş Kanunu'na eklenecek fıkrada hüküm bulunmayan hallerde 7. madde uygulanacağından, burada belirtildiği şekilde, grev sırasında geçici işçi çalıştırılmayacaktır. Bu süreçte işçinin korunmasına yönelik özel bir düzenlemenin de güncel tasarıda getirildiğini görüyoruz. Nitekim Tasarıda; "...Devredilen işyerinde grev ve lokavt olması ve özel istihdam bürosunun işçiyi bu süre içerisinde başka bir işyerinde istihdam edememesi halinde, özel istihdam bürosu işçinin asgari ücretten az olmamak üzere sözleşmede belirtilen ücretinin yarısını ödemek zorundadır." hükmü yer almıştır.

## 7. Diğer Teknik Sorunlara İlişkin Hukuksal Çözümler

### a) Geçici İşçilerin İş Kazalarına Maruz Kalmasının Önlenmesi

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, geçici işçiler düşük mesleki eğitim düzeyine sahip işçilerdir. Nitekim yapılan istatistikler bu işçilerin iş kazalarına daha fazla maruz kaldığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, geçici işçilerin iş kazalarına maruz kalmalarını önlemek üzere tedbirler alınması gerekmektedir. Nitekim bilim komisyonu tarafından hazırlanan tasarıda bu yolda bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak daha sonra veto edilen kanun ve şimdiki güncel tasarıda bu hükme yer verilmemiştir. Geçtiğimiz aylarda gündeme gelen tasarıya göre, İş Kanunu'nun 7. maddesindeki hükümler, mesleki geçici iş ilişkisine de uygulanacaktır. Buna göre, geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumludur. Bu düzenlemenin yeterli olmadığı kanısındayız. Geçici işçilere ilişkin tehlikeli işlerde çalışma yasağının getirilmesi ve yasak kapsamındaki işlerin iş kazaları istatistikleri dikkate alınarak sayılması isabetli olacaktır.

### b) Geçici İş Sözleşmesi İle Çalışan İşçilerin Devamlı İstihdama Geçişinin Sağlanması

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, geçici işçilik, bu konumdaki işçileri çalışma hayatına entegre edecek bir model olarak düşünülmüştür. Buna göre, iş bulmakta zorluk çeken işçi kesimleri geçici işçilik vasıtasıyla bir şekilde çalışma hayatına girecek, daha sonra elde edecekleri deneyim ile devamlı bir ilişki içine girme şansı elde edebileceklerdir<sup>42</sup>.

Ancak dünyadaki uygulama bu teorinin gerçek olmadığını göstermiştir. Geçici işçilerin büyük bir çoğunluğu, geçici iş ilişkisinin sonunda işsiz kalmakta, belirsiz süreli, devamlı bir sözleşme ile çalışma şansı elde edememektedir. Bu nedenle geçici işçilerin devamlı istihdama geçişinin sağlanması sorununa iki açıdan formül üretilmeye çalışılmıştır. İlk olarak bunların "ödünç veren işveren" ile hukuki bağlarının kuvvetlendirilmesi düşünülebilir. İkinci olarak da ödünç alan işveren ile ilişki sonrasında bağ kurulmaya çalışılabilir<sup>43</sup>.

İlk formül, işçinin kendi işvereni, yani ödünç veren işveren ile hukuksal bağını güçlendirmektir. Nitekim bu yolu seçen iki ülke vardır. Alman ve Avusturya hukuklarında geçici işçi kendi işvereni ile belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışır. Yani görevin tamamlanması ile birlikte sözleşmesi sona ermez<sup>44</sup>. Bu formül 4857 sayılı Kanunun bilim komisyonu tarafından hazırlanan tasarısında benzer şekilde ele alınmış ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ödünç işçinin iş sözleşmesinin sözleşme süresinin sona ermesinden itibaren 3 ay içinde süreli fesih ile sona erdirilmeyeceği düzenlenmiştir.

Bu formül veto edilen Kanun ve geri çekilen güncel tasarıda değiştirilmiş ve ödünç işçinin iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesi modeline göre düzenlenmiştir. Kanımızca isabetli yol da budur. Geçici işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi biçiminde düzenlenmesi dünyada genel kabul gören yöntem olup, işin doğasına uyan yöntem de budur. Nitekim bilim komisyonu tasarısı bir yandan sözleşmenin belirsiz süreli olacağını kabul ederken bunu bir zorunluluk olarak

getirmemiş, belirli süreli sözleşmelere de bir sonraki fıkrada olanak tanımıştır. Bu şekilde tasarının kendi içinde çelişkili olduğu söylenebilecektir. Zira belirli süreli sözleşme kapısı açık bırakıldığında, herkes doğal yol olan bunu seçecek, sözleşmeyi görev süresine endeksleyecek, kimse sözleşme son erdikten sonra 3 ay daha ücret ödemek (ücretin yarısı tutarında) istemeyecektir. Dolayısıyla, teknik bakımdan bilim komisyonu tasarısı da isabetli bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, kanımızca işçinin ödünç veren işvereni ile ilişkisini belirsiz süreli iş sözleşmesi yöntemi ile güçlendirmek tatmin edici bir çözüm değildir. Geçici işçinin sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesi modeline göre düzenlenmeli; ancak, sözleşme süresinin sonunda uygun bir tazminat verilmesi gündeme gelmelidir. Nitekim Fransız hukukunda işçinin görev süresince aldığı brüt ücretinin %10'u tutarında tazminat ödenmesi zorunluluğu getirilmiştir (indemnité de précarité)<sup>45</sup>. Bu nitelikte bir düzenlemenin isabetli olacağı kanısındayız. Hatta bu düzenlemenin aynı Fransız Hukukunda olduğu gibi genelleştirilerek belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından da getirilmesinin yerinde olacağını düşünüyoruz.

Geçici işçilerin istihdam devamlılığın sağlanması konusunda düşünülmüş olan ikinci çözüm, bu işçileri fiilen çalıştıran işverene yönlendirmek şeklindedir<sup>46</sup>. 2008/104 sayılı AB direktifinde, işverenler işyerlerinde açık bir işin olması halinde durumu ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam ettikleri işçilere de bildirmek ve bu şekilde belirsiz süreli bir iş ilişkisine geçmeleri olanağını tanımak ile yükümlü tutulmuşlardır. Direktifte ayrıca ödünç verilme süresinin sonunda ödünç alan tarafından istihdam edilmesine yönelik olarak kısıtlayıcı ya da yasaklayıcı hükümlere tarafların yapacakları sözleşmelerde yer veremeleri durumunda bunların geçersiz sayılması gerektiği öngörülmüş bulunmaktadır.

Söz konusu düzenlemelere, bugüne kadar yapılan tasarılar ve veto edilen kanunlar yer verilmiş değildir. Bu düzenlemelerin de aynen kanunlarımıza alınması isabetli ola-

caktır. Ancak gerçekçi bir değerlendirme yapmak gerekir ise, geçici işçilerin devamlı istihdamının sağlanması kolay değildir. Bu konuda bulunan hukuki formüllerin de çok işe yaradığı söylenemez. Geçici işçiler çoğu zaman, görevleri bitince işsiz kalmakta yine yeni bir görev için ajanslara başvurmaktadır. Bunların çoğu tekrar yeni bir geçici iş ilişkisine girerek devam etmektedir. Yapılan istatistikler, geçici işçilerin devamlı istihdama geçiş oranının düşük olduğunu göstermektedir.

### c) Geçici İşçilerin Alacaklarının Güvence Altına Alınması Sorunu

#### aa) Birlikte Sorumluluk

Geçici işçilerin işçilik alacaklarının güvence altına alınması da bir teknik sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda bulunan çözümlerden ilki birlikte sorumluluktur. Geçici iş ilişkisinde, işçilerin işverenin ödünç veren işveren olduğu, diğer işveren ile bu anlamda sözleşmesel bir bağ olmadığı kabul edilmektedir. Ancak bu kabul esasen bir faraziye den öteye gitmemektedir. Gerçekten, işçiye karşı emir ve talimat verme yetkisi ödünç alan işveren tarafından kullanılmaktadır; işgücünden yararlanan işveren ödünç alan işverendir. Ödünç alan işverenin işçinin "işvereni" sayılmak için tüm özelliklere sahip bulunmaktadır. Buna karşılık, hukuksal olarak, işçi tamamen şekli bir ilişki içinde olduğu diğer bir işverene bağlanmakta, ödünç alan işveren ile hukuksal bağı kopartılmaktadır. Buna göre, ödünç veren işverenin ödeme güçlüğü içine düşmesi durumunda, işveren hak ve yetkilerini kullanan, işgücünden yararlanan işverenin de bu sorumluluğu paylaşması gerekecektir. Nitekim birçok ülkede, ödünç alan işverenin de birlikte sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Ancak birlikte sorumluluğu ilişkin düzenlemeler genellikle, iki aşamalı olarak yapılmakta, işçi haklarını kendi işverenin alamaması durumunda ödünç alan işverene başvurabilmektedir. Bir anlamda, ödünç alan işverenin sorumluluğunun ikincil bir sorumluluk olduğunu söylemek mümkündür.

**bb) Ödünç Veren İşverene İlişkin Olarak Aranan Özel Nitelikler**

İkinci olarak, ödünç veren işverene ait niteliklerin belirlenmesi ve bu işverenin parasal güvence vermesi zorunlulukları getirilmesi uygulamaları ile çözüm aranmaktadır<sup>47</sup>. Bu konuda tasarılar da bulunan çözüm, ödünç iş ilişkisinin özel istihdam büroları tarafından yerine getirilmesidir. Güncel tasarıya göre, "...Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi; özel istihdam bürosunun, geçici işgücü 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 bürolarının kurulması ve işleyişi ile ilgili olarak halihazırda uygulanan özel bir mevzuat bulunmaktadır. Bu büroların işleyişleri ve faaliyetleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Özel istihdam büroları ile ilgili olarak karşımıza çıkan tablo şudur;

- İş-Kur istatistiklerine göre bugün itibarıyla 273 Özel İstihdam Bürosu bulunmaktadır.
- Bunların çok büyük bir çoğunluğu limited şirket formatında örgütlenmiştir.
- Toplam 115 Özel İstihdam Bürosunun izni iptal edilmiş ya da bunlar faaliyetlerine kendileri son vermiştir.
- 2010 yılı itibarı ile 20.752 TL teminat mektubu ve 1.650 TL masraf vererek Özel İstihdam Bürosu kurmak mümkündür.

Bu tabloya baktığımızda, Özel İstihdam Bürolarına ilişkin mevcut düzenleme ve koşulların ödünç iş ilişkisi uygulamaları bakımından yetersiz kalacağını, bu iş için daha özel koşullar aranması gerektiği ortaya çıkacaktır.

Burada altı çizilmesi gereken çok önemli nokta şudur: Özel İstihdam Bürosu, hizmet sektöründe faaliyet göstermekte, belirli bir üretim yapmamaktadır. Dolayısıyla, bu firmanın büyük bir maddi malvarlığı, örneğin makineleri, mamulleri olması gerekmemektedir. Dolayısıyla, kanımızca yapılacak düzenleme ile ödünç işçi uygulamasına girecek olan Özel İstihdam Bürolarına ilişkin ek kriterler ve ek güvenceler getirilmelidir. Bu şirketin anonim

şirket düzeyinde örgütlenmesi aranarak, belirli bir sermaye kriterini yerine getirmesi sağlanabilir.

Yine kanımızca getirilecek düzenleme, işçi sayısına göre belirlenecek bir güvence biçiminde olmalıdır. Örneğin asgari ücret ve bu büronun istihdam ettiği işçi sayısı arasında bir ilişki kurmak suretiyle güvence belirlenebilir. Nitekim, Fransız<sup>48</sup>, İsviçre, İspanya, Belçika, Almanya, Norveç ve Arjantin'de finansal garantiye ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin Almanya ajansın sermaye yapılan ilişkin özel düzenleme getirmekte, İspanya ise, çalışan işçi sayısına göre finansal garanti verilmesini öngörmektedir. İsviçre'de de benzer bir model benimsenmiştir. Örneğin, İsviçre'de 50.000-1 milyon İsviçre Frangı arasında değişen bir garanti verilmesi söz konusudur.

**d) Sendikal Haklar**

Geçici işçiler yukarıda da belirttiğimiz üzere, kolektif hakların dışında kalmaktadır. Bu işçilerin büyük bir kısmı sendikasızdır. Yine bu işçiler hukuki olarak ödünç veren işverene bağlanmaktadır. Dolayısıyla, bunların kolektif haklarını kullanacakları işyeri kendi işverenlerinin işyeri olup, bu da kağıt üzerinde bir yerdir. Ancak bugün Batıda sendikalar geçici işçileri de kapsama almak ve bunlarla ilgili düzenlemeler yapmak arayışı içindedir. Nitekim Almanya'da Fransa geçici işçileri kapsamına alan toplu iş sözleşmeleri yapılmaktadır. Türk iş hukuku bakımından ise geçici işçilerin TİS düzeninin dışında kalacağını tahmin etmek zor değildir. Bu işçiler büyük bir ihtimalle sendikal haklardan yoksun kalacaklardır<sup>49</sup>.

**DİPNOTLAR**

- 1 Bu makale, 22 Ocak 2010 tarihinde İstanbul Barosunca düzenlenen, "Özel İstihdam Bürolarının Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi Kurmaları" konulu seminerde sunulan tebliğimizin bir özeti niteliğindedir. Anılan seminerde sunulan tebliğ ve yapılan görüşmeler İstanbul Barosu tarafından yayına hazırlanmaktadır.
- 2 Bkz. Ş. Aktekin, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Geleşme Yok, MESS Mercek, Ekim 2009, 122-123.
- 3 Pélissier-Supiot-Jeamnaud, Droit du Travail, 403; B.

- Teyssié, Travail Temporaire Juris Classeur Travail Traité, Date de fraîcheur: 18 Décembre 2007, Fasc. 3-30.
- 4 B. Siau, le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, LGDJ, 1996, 7.
- 5 1972 tarihli Kanun ile, Fransa mesleki faaliyet anlamında geçici iş ilişkisini ilk olarak Avrupada yasal düzenlemeye bağlayan ülkelerdendir. Bkz. C. Vigneau, Temporary Agency Work in France, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 23, No. 1, pp. 45-66, Fall 2001 (Published August 2003), 46.
- 6 C. E. Triomphe-C. Teissier, L'évolution du droit du travail en Europe: déclin ou refondation?, www.syndicat-magistrature.org/.../Claude\_Emmanuel\_Triomphe\_1\_.pdf
- 7 Bkz. B. Siau, Le Travail Temporaire en Droit Comparé Européen et International, LGDJ, 1996, 7-8.
- 8 Bkz. B. Siau, le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, 7 vd.
- 9 Bkz. G. Alpagut, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi, Sınırlamadan Teşvike, A. Can Tuncay'a Armağan, Legal yay., İstanbul 2005, 261 vd.
- 10 C. Muhl, The employment-at-will doctrine: three major exceptions, Monthly Labor Review, January 2001, 3 vd.
- 11 Siau, le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, 7-9.
- 12 B. Siau, Le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, 8-9.
- 13 Bu konuda Uluslararası Çalışma Örgütünün güncel ve son derece kapsamlı raporu için bkz: OIT, Programme des activités sectorielles, Les agences d'emploi privées, les travailleurs intérimaires et leur contribution au marché du travail. Document de réflexion à débattre au cours de l'Atelier visant à promouvoir la ratification de la convention (no 181) sur les agences d'emploi privées, 1997 (20-21 Octobre 2009), Genève, 2009, <http://www.ilo.org/public/french/dialogue/sector/techmeet/wpeac09/wpeac-ip.pdf>
- 14 M. Möbüs, Le développement des compétences dans le travail temporaire en France, www.cereq.fr/pdf/nef23.pdf; Siau, le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, LGDJ, 1996, 29.
- 15 C. Vigneau, Temporary Agency Work in France, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 23, No. 1, pp. 45-66, Fall 2001 (Published August 2003), 46.
- 16 C. Vigneau, Temporary Agency Work in France, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 23, No. 1, pp. 45-66, Fall 2001 (Published August 2003), 46.
- 17 M. Möbüs, Le développement des compétences dans le travail temporaire en France, www.cereq.fr/pdf/nef23.pdf; Siau, le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, LGDJ, 1996, 30-31.
- 18 M. Möbüs, Le développement des compétences dans le travail temporaire en France, www.cereq.fr/pdf/nef23.pdf.
- 19 TÜRK-İŞ'in bu konudaki çalışmasında, "...İşsizlik, çalışma arzu ve iradesinde olan insan için bir cezadır. İşçi çalışacak, üretecek ve üretime katkısının karşılığı olarak da ücretini alacaktır. Bu ücret ile de yaşamını sürdürecektir. İşsiz çalışma yaşamına katılmamış bir işsiz ise sosyal güvenliğin koruyucu şemsiyesinin de dışındadır. Bu şemsiyenin altında olanlar da sadece kısa bir süre için ve en alt düzeyde korunmaktadırlar. İşsizlik sigortasından yararlanma süresi dolduğunda bu işçiler de şemsiyenin dışına çıkarlar. Ülkemizde yaşandığı gibi işsizliğin yaygın, yoğun ve kronik olduğu ekonomilerde işçilerin durumu daha da zordur. İşçiler kayıt dışı ekonomi içerisinde en olumsuz koşullarda bile istihdam edilirler. Yaşamakta olduğumuz kriz döneminde ise yüz binlerce işçinin işini kaybetmiş olması işsizleri ve işsiz kalmış olanları her zaman olduğundan daha çok birbirlerinin rakibi haline getirmiştir. İşsizliğin geldiği bu boyut istismar için en uygun ortamı yaratmıştır. Böyle bir ekonomide ve böyle bir konjonktürde özel istihdam bürolarının sözde istihdam ettikleri işçileri başka işverenlere kiralama düzeni, işsizlerin bu bürolara ödeyecekleri bedel kadar daha ucuz işbaşı yapacakları bir ortam yaratacak, diğer yandan da kayıt dışı simsarlar doğuracaktır." görüşünü açıklamıştır. Bkz. TÜRK-İŞ Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Yeni Kölelik Düzeni Olan Kiralık İşçilik Kabul Edilemez, İnsana Saygı İnsan Onuruna Yakışır İş istiyoruz, Ağustos 2009.
- 20 C. Vigneau, Temporary Agency Work in France, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 23, No. 1, pp. 45-66, Fall 2001 (Published August 2003), 61.
- 21 M. Ekonomi, Mesleki Faaliyet Olarak Geçici (Ödünç) İş İlişkisi, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, 247 vd.
- 22 Bkz. D. Ulucan, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2004/3, Sayı.3, 145 vd.
- 23 Bkz. Alpagut, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi, Sınırlamadan Teşvike, 262 vd.
- 24 D. Ulucan, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2004/3, Sayı.3, 152-153.
- 25 Bu konuda kapsamlı bir araştırma olarak bkz: Perspectives de l'emploi de l'OCDE, Juillet 2002, OCDE Paris, 2002, 138 vd.
- 26 Ş. Aktekin, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Gelişme Yok, MESS Mercek, Ekim 2009, 127.
- 27 N. Süral, Özel İstihdam Büroları, İşveren dergisi, Eylül 2005.
- 28 TÜRK-İŞ'in bu konudaki çalışmasında da, "...İşçiler kiralanmaya başladıklarında kazanç konusu olacaklar, diğer mallarda olduğu gibi en ucuz alınarak en yüksek fiyata satılmak isteneceklerdir. Çünkü bu işi yapanın amacı kar etmek olacaktır. Simsarın arada kazanacağı para hiç kuşkusuz işçinin kaybedeceği para olacaktır. İşgücünün bekletilemez ve stoklanamaz olma niteliği her zaman olduğu gibi işçinin aleyhine işleyecektir. İşverenler daima girdilerinin ucuz olmasını ister. Ucuz hammadde, ucuz enerji ve ucuz iş gücü talepleri hiçbir zaman sona ermez. Rekabet ortamının bunu gerektirdiğini söylerler. Sürdürülebilir rekabet ortamının böyle korunabileceğini anlatırlar. Kaliteyi yükseltmek, marka olmak kolay değildir. Bizim ekonomimizde olduğu gibi markasız malları üreterek dünyaya satmak gerçekten de kolay değildir. Birçok kimse bu düzen içerisinde işçilerin istismar edildiğini, sömürüldüğünü

- nü düşünmektedir. Gereklikçe ucuz işgücüne erişmek arzusu işverenlerin özel istihdam bürolarının istihdam ettikleri işçileri kendilerine kiralayacakları düzeni istemelerine neden olmaktadır. Birisi işvereni (özel istihdam bürosu) diğeri işyerinde çalıştığı olmak üzere iki işveren arasında sıkışacak işçi her iki işverenin kar etme arzusu karşısında daha çaresiz bir hale gelecek, istismar edilecek, istismar edilmese bile böyle olduğunu düşüneceği için kendisini kötü hissedecektir.” Bkz. TÜRK-İŞ Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Yeni Kölelik Düzeni Olan Kiralık İşçilik Kabul Edilemez, İnsana Saygı İnsan Onuruna Yakışır İş istiyoruz, Ağustos 2009.
- 29 A. Sauret, les contrats de travail à durée déterminée ou temporaire, commentaire de la loi No.90.613 du 12 juillet 1990 relative au regime des contrats précaires, Montchrestien EJA, 1990, 115.
- 30 Sauret, 158 vd.
- 31 Bkz. Nazlı, Özel İş Aracılığı, 316 vd.
- 32 Bazı yazarlar, Fransa'daki düzenlemenin diğer Batı Avrupa ülkelerine göre daha katı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. C. E. Triomphe-C. Teissier, L'évolution du droit du travail en Europe: déclin ou refondation?, www.syndicat-magistrature.org/.../Claude\_Emmanuel\_Triomphe\_1\_.pdf
- 33 30 Aralık 2002 tarihli Kararnamede bu nitelikte sayısal bir sınırlamaya yer verildiği belirtilmektedir. Bkz. Siau, Le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, 139, dn. 216.
- 34 Belçika'da 24 Temmuz 1987 tarihli Kanununun 22. maddesi. Bkz. Siau, Le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, 139.
- 35 Siau, Le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, 297.
- 36 Siau, 304-305.
- 37 A. Hekimler, Avrupa Birliği'nin Kabul Ettiği Ödünç Çalışmaya İlişkin Direktif ile Getirdiği Yeni Düzenlemeler, TİSK İşveren Dergisi, Ocak 2009.
- 38 A. Hekimler, Avrupa Birliği'nin Kabul Ettiği Ödünç Çalışmaya İlişkin Direktif ile Getirdiği Yeni Düzenlemeler.
- 39 A. Hekimler, Avrupa Birliği'nin Kabul Ettiği Ödünç Çalışmaya İlişkin Direktif ile Getirdiği Yeni Düzenlemeler, TİSK İşveren Dergisi, Ocak 2009.
- 40 Bu husus, İstanbul Barosu'nun düzenlediği “Özel İstihdam Bürolarının Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi Kurmaları” konulu panelde de Sn. Necdet Okcan tarafından da haklı olarak dile getirilmiştir. Söz konusu seminer tebliğleri ve genel görüşmeler şu anda yayın aşamasındadır.
- 41 Fransız Hukukunda da istisnalar olmakla birlikte, geçici iş ilişkisinin toplam 18 ayı geçemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bkz. C. Vigneau, Temporary Agency Work in France, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 23, No. 1, pp. 45-66, Fall 2001 (Published August 2003), 46.
- 42 Bkz. Ş. Aktekin, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Geleşme Yok, MESS Mercek, Ekim 2009, 127.
- 43 Bkz. Nazlı, Özel İş Aracılığı, 330 vd.
- 44 B. Siau, le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, LGDJ, 1996; Nazlı, Özel İş Aracılığı, 334 vd.
- 45 Fransız İş Koduna göre bu miktar toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilir (C. trav., art. L. 124-4-4, al. 2), ayrıca bkz. Teyssié, Travail Temporaire Juris Classeur Travail Traité, Date de fraîcheur: 18 Décembre 2007, Fasc. 3-30.
- 46 Teyssié de geçici işçilerin, geçici işveren tarafından iş alınmasının kamu otoriteleri tarafından arzulanan bir durum olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Travail Temporaire Juris Classeur Travail Traité, Date de fraîcheur: 18 Décembre 2007, Fasc. 3-30.
- 47 Bkz. C. Vigneau, Temporary Agency Work in France, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 23, No. 1, pp. 45-66, Fall 2001 (Published August 2003), 46; Nazlı, Özel İş Aracılığı, 306 vd.
- 48 Bkz. Teyssié, Travail Temporaire, JurisClasseur Travail Traité, Date de fraîcheur: 18 Décembre 2007, Fasc. 3-30.
- 49 TÜRK-İŞ'in bu konudaki çalışmasında; “... Özel istihdam bürosunun istihdam ettiği kiralık işçilerin örgütlenmesi de imkânsız olacaktır. Kural olarak özel istihdam bürosu tarafından istihdam edilmiş işçilerin özel istihdam bürosu işyerinde örgütlenmeleri ve özel istihdam bürosu işvereni ile toplu iş sözleşmesi yapabilecekleri söylenecektir. İlk soru özel istihdam bürosu işyerinin hangi iş koluna giridiğidir. Zira bu büro tarafından istihdam edilmiş birkaç aşçı bir işverene, birkaç elektronik mühendisi bir başka işverene kiralanmış olabilecektir. Aşçılar ile mühendisleri hangi iş koluna koymak uygun olacaktır? Fiilen çalıştıkları işyerleri ve çalışma koşulları da farklı olacağına göre işçiler ayrı sendikalara mı üye olacaklar ve özel istihdam bürosu işvereni de birden çok toplu iş sözleşmesi mi yapacaktır? Birbirlerini tanımayan, farklı işverenlerin işyerlerinde çalışan işçilerin örgütlenmesi nasıl sağlanacaktır? İşyerinde çalışan işçilerin en çok 1/4'ü kiralık işçi olabileceğine göre halen örgütlü (sendika üyesi) işçilerin 1/4'ünün sendikasız hale gelmesi ihtimali de bulunmaktadır. İşverenlerin “ucuz işgücü” isteğini yerine getirmenin yolunun örgütsüz işçilerden geçtiğini herkes bilmektedir. Özel istihdam bürosu işçilerinin örgütlenmeleri mümkün olmadığı gibi özel istihdam büroları mevcut sendikalı işçi sayısının da azalmasına neden olacaktır.” görüşü ifade olunmuştur. Bkz. TÜRK-İŞ Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Yeni Kölelik Düzeni Olan Kiralık İşçilik Kabul Edilemez, İnsana Saygı İnsan Onuruna Yakışır İş istiyoruz, Ağustos 2009.