

## Yrd. Doç. Dr. Dilek DULAY YANGIN\*

Makale Gönderim Tarihi: 11 Ağustos 2017

Makale Kabul Tarihi: 21 Ağustos 2017

### Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Eşit İşlem İlkesi Üzerine Değerlendirmeler

#### Öz

Atipik bir istihdam modeli olarak geçici iş ilişkisi, 6715 sayılı yasa ile köklü bir değişime uğrayarak, özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan mesleki anlamda geçici iş ilişkisini de kapsayacak şekilde parçalı bir yapıya bürünmüştür. Özel istihdam büroları aracılığı ile kurulan geçici iş ilişkisi, işsizliğin önlenmesi ve işletmelerin değişen piyasa koşullarına ayak uydurabilmeleri bakımından çeşitli avantajları sağlamakla birlikte, Fordist üretim modeli göz önünde tutularak,

tek bir işverene, belirsiz bir süreyle bağımlı olarak çalışılmasını esas alan iş hukuku kurallarının getirdiği güvenceyi zayıflatmakta ve işçiler açısından birtakım sakıncaları beraberinde getirmektedir. Geçici iş ilişkisinin kurulabileceği hallerin gerek süre gerekse konu bakımından sınırlandırılması ve eşit işlem borcunun yasal çerçevede güvence altına alınması bu sakıncaları ortadan kaldırmaya yönelik getirilen tedbirler arasında sayılabilir.

#### Anahtar Sözcükler:

Geçici iş ilişkisi, özel istihdam büroları, eşit davranma borcu.

### Evaluations on the Equal Treatment in the Temporary Employment Relationship

#### Abstract

Temporary work relationship as an atypical employment model, has undergone radical change by Act No. 6715 and has become a fragmented structure including temporary work relation in the professional sense established through private employment agencies. Although employment relationship established through private employment agencies has several advantages in terms of preventing unemployment and keeping up the enterprises with

the changing market conditions, by taking Fordist production model into consideration, it weakens the security of working under one employer with an indefinite contract and brings some disadvantages for the employees. Limitations of the cases in which the temporary work relationship can be established, both in terms of time and subject matter and regulate the equal treatment can be counted among the measures taken to correct the mistakes.

#### Keywords:

Temporary employment relationship, private employment agencies, equal treatment.

\*Manisa Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı - dulaydilek@gmail.com

## Giriş

Ekonomik ve teknolojik değişiklikler, işletmelerin uluslararası rekabete ayak uydurma eğilimleri, küreselleşme, bilgi ve iletişim teknolojilerinde meydana gelen gelişmeler, ekonomik kriz ve neticesinde ortaya çıkan işsizliğe çözüm arayışları fabrika modeline dayanan Fordist üretimin ciddi bir dönüşüm geçirmesine ve buna bağlı olarak iş hukukunda esnek çalışma modellerinin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır<sup>1</sup>. Belirli süreli iş sözleşmesi, evde ve tele çalışma, iş paylaşımı, ödünç (geçici) iş ilişkisi ve kısmi (yarı) zamanlı çalışma anılan bu esnek çalışma modelleri arasında sayılmaktadır.

İş hukukunda esnekleşme; fabrika modeli çerçevesinde şekillenen, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile bir işverenin emir ve talimatı altında, belirli bir işyerinde ve tam gün süre ile çalışma esasını ifade eden tipik iş sözleşmeleri göz önünde tutularak getirilmiş olan kuralları ve kalıpları zorlayarak yumuşamalarına sebep olsa da bu durum hiçbir şekilde tam bir "küralsızlaştırma" olarak değerlendirilmemelidir. Bu anlamda esneklik uğruna işçi güvencesiz ve korumasız bırakılmamalı; "mümkün olduğu kadar işçinin korunması ve gerekli olduğu ölçüde küralsızlaştırma" yaklaşımı benimsenmelidir<sup>2</sup>.

Tipik iş ilişkilerinden farklı olarak üçlü hukuksal ilişkiyi içerisinde barındıran geçici iş ilişkisi, bir üst kavram olarak, hem meslek edinilmiş (profesyonel) hem de meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi olarak nitelendirilen hukuki ilişkileri kapsar. 6715 sayılı Yasa ile İş Kanunu'nun 7.maddesinde yapılan değişiklik ile birlikte mesleki (profesyonel) anlamda geçici iş ilişkisi mevzuatımıza girmiş ve yasal bir zemine oturtulmuş-

tur. Biz bu çalışmamızda işçiyi koruyucu bir mekanizma olarak, mesleki anlamda geçici iş ilişkisinde süre ve konu bakımından getirilen sınırlamaları genel olarak değerlendirdikten sonra, eşit işlem ilkesini uluslararası düzenlemeleri de göz önünde tutarak irdelemeye ve çözüm önerileri sunmaya çalışacağız.

## I. Süre ve Konu Bakımından Sınırlandırma Yoluyla İşçilerin Korunması

Geçici iş ilişkisinin süreklilik kazanması ve belirsiz süreli iş sözleşmesinin yerini almasının önlenmesi bakımından farklı hukuk sistemlerinde çeşitli yaklaşımlar benimsenmiştir. Fransız İş Kanunu geçici iş ilişkisini düzenleyen bölümün ilk maddesi olan, L.124-2 hükmüne göre, "Geçici süreli iş sözleşmesi, bir işletmenin normal ve devamlılık arz eden iş ilişkilerinin yerini alma konusunda ve bu etkiye sahip olacak biçimde düzenlenemez."<sup>3</sup>Almanya'da da Ödünç Çalışma Kanunu'nda (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz-AÜG) Ekim 2016'da yapılan ve fakat Nisan 2017'de yürürlüğe giren düzenleme ile süre bakımından maksimum 18 aylık bir sınırlama getirilmiştir<sup>4</sup>. Geçici iş ilişkisine yönelik 2008/104/EC sayılı AB Yönergesinde de bu husus vurgulanmış ve md.3/1'de "Kullanıcı işletme, geçici istihdam bürosu çalışanını geçici olarak kendi yönetim ve gözetimi altında çalıştıran kuruluştur" şeklinde tanımlanmıştır. Anılan bu Direktif'in 4.maddesi uyarınca, bu esnek çalışma modeline getirilecek yasaklama ve sınırlamaların 'haklı' nitelendirilebilmesi için, geçici çalışanların ko-

1 Cordova, E.: "From Full Time Wage Employment To Atypical Employment: A Major Shift In the Evolution of Labour Relations", ILR., Vol.125, No.6, Nov-Dec.1986, s.646; Demircioğlu, Murat/ Engin, Murat: Dünya'da ve Türkiye'de Esnek Çalışma, İTO Yayınları, İstanbul 2002, s.17; Lang, Carole/Schömann, Isabella/Clauwaert, Stefan: "Atypical Forms of Employment Contracts In Times of Crisis", Working Paper 2013, European Trade Union Institute, Brussels 2013, s.5

2 Ekonomi, Münir: "Türk İş Hukuku'nda Esnekleşme Gereği", Çalışma Hayatında Esneklik, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayını, 1994 İzmir,s.60-61; Tuncay, A. Can: "İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları", Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı, s.152.

3 Özdemir, Erdem: "Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi Düzenlenmeli, Ama Nasıl?", Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2010, s.25.

4 [http://www.unternehmerverband.org/fileadmin/content/unternehmerverband/04\\_aktuelles/beamer/Recht/2016/Anlage2-Synopse\\_BDA.pdf](http://www.unternehmerverband.org/fileadmin/content/unternehmerverband/04_aktuelles/beamer/Recht/2016/Anlage2-Synopse_BDA.pdf) (erişim:31.12.2016); Alman hukukunda geçici işçi temininde yalnızca süre sınırlaması getirilmesinin "Drehtür-Effekt" adı verilen azami süresi dolan işçinin defalarca aynı işyerine yerleştirilmesi şeklinde ortaya çıkan uygulama ile kötüye kullanılabilmesi ifade edilmiştir. Lembke, Mark: "Neue Rechte von Leiharbeitnehmern gegenüber Entleihern", NZA 2011, s.320; Waas, Bernard: "Recent Development In The Area of Atypical Employment", European Labour Law Journal, Volume (1) 2010, No.4, s.519 (Atypical Employment).

runmasına, iş sağlığı ve güvenliği gereklerine işgücü piyasalarının düzenli işleyişine, kötüye kullanmaların önlenmesine yönelik olmaları gerekmektedir<sup>5</sup>.

Salt süre bakımından getirilecek bir sınırlama kötüye kullanımları engelleme bakımından yetersiz kalacağından buna başvurulmasının objektif nedenlere de bağlanması daha etkin bir çözüm olacaktır<sup>6</sup>. Bunu göz önüne alan yasa koyucu yalnızca süre bakımından sınırlama getirmekle yetinmemiş aynı zamanda mesleki anlamda geçici iş ilişkisine başvurulacak haller sınırlı olarak sayılmıştır. Buna göre;

- Bu Kanununun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrası ile 74 üncü maddesinde belirtilen hâllerde, işçinin askerlik hizmeti hâlinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hâllerde,*
- Mevsimlik tarım işlerinde,*
- Ev hizmetlerinde,*
- İşletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerde,*
- İş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması hâlinde,*
- İşletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması hâlinde,*
- Mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları hâlinde,*  
*kurulabilir.*

*Geçici işçi sağlama sözleşmesi ikinci fıkranın (a) bendinde sayılan hâllerin devamı süresince, (b) ve (c) bentlerinde sayılan hâllerde süre sınırı olmaksızın, diğer bentlerde sayılan hâllerde ise en fazla dört ay süreyle kurulabilir. Yapılan bu sözleşme ikinci fıkranın (g) bendi hariç toplam sekiz ayı geçmemek üzere en fazla iki defa yenilenebilir. Geçici işçi çalıştıran işveren, belirtilen sürenin sonunda aynı iş için altı*

*ay geçmedikçe yeniden geçici işçi çalıştıramaz. ..."*

İşletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerin kapsam ve içeriğini tayin etmek her zaman kolay değildir. Madde gerekçesinde bu nitelikte işlere, yeni bir yazılımın geliştirilmesi, teknik ve bakım onarım gibi ihtiyaçların ortaya çıkması, belirli süreli proje işleri gibi işler örnek olarak gösterilmiştir. "Günlük iş" ibaresinin çok geniş bir biçimde yorumlanarak, işletmenin her türlü işinin bu kapsamda değerlendirilmesi bu çalışma modelinin uygulanabilirliğini tamamen ortadan kaldıracığından sakınca arz etmektedir<sup>7</sup>. Bununla birlikte, günlük işler deyimi yorumlanırken, düzenli ve kısa aralıklarla tekrar eden işlerin de bu kapsamda değerlendirilmesi uygun olacaktır<sup>8</sup>. "İşletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işler" dışında, "dönemsellik arz eden iş artışları", "iş hacminin öngörülmeyen şekilde artması" kavramlarının kapsam ve sınırlarını tayin etmek güçlükler arz etmektedir ve bu durum hukuken belirsizlikleri beraberinde getirmeye elverişlidir. Tüm bu kavramlar yorumlanırken belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulmasını mümkün kılan objektif nedenlerden faydalanılmasının, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin yerini geçici iş sözleşmelerinin almasını önleyecek bir fonksiyonu haiz olduğu kanaatindeyiz. Aksi durum belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasının mümkün olmadığı hallerde işverenin bu yolla ulaşmak istediği sonuca geçici iş sözleşmesi ile ulaşması sonucunu doğurmaya elverişlidir<sup>9</sup>.

## II. Eşit İşlem İlkesinin Güvence Altına Alınması Yoluyla İşçilerin Korunması

### A. Genel Olarak

Geçici iş sözleşmelerinin, belirsiz süreli iş sözleşme-

5 Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0104&from=EN> (erişim: 31.12.2016); Direktifin kabul süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Blanpain, Roger, European Labour Law, 9. Th Edition, Kluwer Law International, Lahey 2003, s. 345-353.

6 Kabakçı, Mahmut: "5920 Sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükmünün AB Yönergesi İşliğinde Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, 2011/4, s.79 vd.

7 Odaman, Serkan: "Ödünç İş İlişkisinde Değişiklik Bu Defa Gerçekleşiyor mu?", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, s. 48 (Değişiklik).

8 Yenisey, Kübra Doğan: "Yeni Bir Tasarı İşliğinde Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi", Prof. Dr. Turhan ESENER I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara, Nisan 2016, s.157.

9 Alpagut, Gülsevil: "Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlamadan Teşvike", Prof. Dr. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s.273-275; Kabakçı, s.92; Yenisey, s.158.

si akdetmek yerine ucuz işgücü temini için araç olarak kullanılıyor olduğu gerçeği karşısında, eşit işlem yapma borcu ve bu borca aykırılığın yaptırımı hayati bir önem göstermektedir. Bunu göz önüne alan yasa koyucu geçici iş ilişkisinde eşit davranma borcunu güvence altına almak amacıyla çeşitli hükümler sevk etmiştir<sup>10</sup>. 6715 sayılı Yasa ile değişik İş Kanunu md.7/f.10 uyarınca, "Geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamaz." Md.7/f.9,d uyarınca ise "Geçici işçi çalıştıran işveren,.... Geçici işçileri çalıştırdıkları dönemlerde, işyerindeki sosyal hizmetlerden eşit muamele ilkesince yararlandırır. Geçici işçiler, çalışmadıkları dönemlerde ise özel istihdam bürosundaki eğitim ve çocuk bakım hizmetlerinden yararlandırılır."

Geçici iş ilişkisine yönelik 2008/104/EC sayılı AB Yönergesi'nin 5.maddesi konuya ilişkin önemli kaynaklardan biri olarak karşımızca çıkmaktadır. Birinci fıkraya göre, "Ödünç işçinin devrin devam ettiği süredeki esaslı çalışma koşulları, aynı işe ödünç alan işverenin işçisi olarak alınsaydı uygulanacak koşullara uygun olmalıdır". Yönerge'nin amacını belirten 2. maddede ise bu husus açık bir şekilde ortaya konmuştur. Anılan maddeye göre Yönerge, geçici çalışanların korunması; eşit muamele ilkesinin sağlanması ve geçici istihdam bürosunun işveren olarak tanınması ile geçici çalışmanın kalitesinin yükseltilmesi; esnek çalışma modellerinin geliştirilmesi ve istihdam yaratılmasını amaçlamaktadır.

### B. Temel Çalışma Koşulları

Geçici iş sözleşmesinin kurulmasının gerek yapılacak işlerin niteliği gerekse süre bakımından sınırlamaya tabi tutulması, bu hukuki ilişkinin sürekli nitelik kazanarak belirsiz süreli iş sözleşmelerine ikame olmasını engelleme bakımından önemli bir işlev görmektedir. Ancak geçici iş ilişkisinde kötüye kullanımlar genellikle işçinin bağlı olduğu özel istihdam bürosu tarafından değil, iş gücünü kendisine tahsis ederek emir ve talimatları ile bağlı olduğu işveren nezdinde

gerçekleşmektedir. İşverenler geçici iş ilişkisini iş gücü maliyetlerini düşürmek amacıyla bir araç olarak kullanmaktadır ve düşük ücretlerle çalıştırılan geçici işçilerin korunması bakımından eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi büyük bir önem arz etmektedir. Diğer bir deyimle geçici iş ilişkisinde eşitlik ilkesi kötüye kullanımların önlenmesi bakımından önemli bir mekanizmayı sağlamaktadır<sup>11</sup>.

6715 sayılı Yasa ile değişik İş Kanunu md.7/f.10'de geçici iş ilişkisinde eşitlik ilkesi mutlak bir biçimde değil; "...temel çalışma koşulları..." ile sınırlı olarak güvence altına alınmıştır. Hükümde ifade edilmiş olan "...temel çalışma koşulları..." ile kastedilen nedir? Ücret ve diğer sosyal haklar bu kapsamda değerlendirilebilir mi? Madde gerekçesinde çalışma koşulları kapsamında, çalışma süreleri, fazla çalışma, ara dinlenmeleri, gece çalışmaları, işyerinde yapılacak mesleki eğitim, yıllık izin, iş sağlığı ve güvenliği, genç çalışanların ve hamilelerin korunması gibi tüm koşulları kapsadığı ve böylelikle 2008/104/EC sayılı AB Direktifi'nin temel ilkesi olan eşit muamele ilkesini uyum sağlandığı ifade edilmiştir. Bu nedenle söz konusu hüküm, düzenlemeye esas teşkil eden Yönerge'ye uygun olarak değerlendirilmeli ve eşitlik ilkesinin kapsamı bu şekilde tayin edilmelidir<sup>12</sup>.

6715 sayılı Yasa md.7'de tasarı halinde iken yer alan, "ücrette eşitlik" ilkesini hayata geçiren ve fakat tasarı yasalaşmadan evvel metinden çıkarılan "Özel istihdam bürosu, iş sözleşmesinde yer alan ücretten az olmamak kaydıyla özel istihdam bürosu işçisine, geçici işçi çalıştıran işverenin aynı kıdemi haiz emsal işçisinin aldığı

10 Genel anlamda işverenin eşit davranma borcuna ilişkin olarak bkz. Tuncay, Can; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.

11 Kabakcı, s.102; Eşit işlem yapma borcunun geçici iş ilişkisinin kurulması esnasında mevcut olmadığı; bu durumda eşit işlem yapma borcu yerine sözleşme akdetme özgürlüğünün tercih edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Odaman, Serkan: "Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi ve Uygulaması", Sicil, Ocak 2017, s.53 (Ödünç İş).

12 Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nursen/Canbolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, İstanbul Eylül 2016, s.180; Yenisey, s.159; Alman hukukunda temel çalışma koşullarının kapsamı için bkz. Römer, Stefanie; Gleichbehandlung von Leiharbeitsnehmern: Die europarechtlichen Vorgaben und deren Umsetzung in Deutschland, Hamburg, Verlag 2004, s.38; Yönerge'nin hazırlanmasına ve kabul edilmesine ilişkin tarihsel süreç için bkz. Christie, David/Busby, Nicola: "The Regulation of Temporary Agency Work in the European Union", Cambrian Law Review (15), 2015, s.16-25.



ücret, ikramiye ve bu nitelikteki istihkakı geçici çalıştığı dönemle sınırlı olarak ödemek zorundadır.” hükmü AB Yönergesinden daha geniş kapsamlı bir koruma öngörmekte idi. Doktrinde Civan, AB Yönergesi'nin üye devletlere, özel istihdam bürosu ile geçici işçi arasında belirsiz süreli iş sözleşmesinin yapıldığı hallerde, ücret bakımından eşit işlem yapma borcuna istisnalar getirebilme imkanı tanıdığını; yasal düzenlemenin de bu çerçevede değerlendirilerek düzenlemenin, işçiler açısından aleyhe bir durum olarak değil yasa koyucu tarafından yapılan iç hukuk sistemine ilişkin bir tercih olarak algılanması gerektiğini ileri sürmüştür<sup>13</sup>. Süzek tarafından ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, mevcut düzenlemeden daha kapsamlı bir güvence getiren bu hükmün tasarıdan çıkarılması, eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından önemli bir eksiklik oluşturmuştur<sup>14</sup>. İleride açıklanacağı üzere AB üyesi bir çok ülkede eşit davranma borcu oldukça geniş yorumlanmış ve özellikle toplu iş sözleşmeleri ve yasal düzenlemeler vasıtasıyla ücret dahil olmak üzere çalışma koşulları bu ilkenin kapsamına alınmaya çalışılmıştır. İşkolu düzeyinde kapsamlı toplu iş sözleşmelerinin yürürlükte olduğu Almanya gibi bir ülkede dahi, geçici iş ilişkisi yoluyla düşük ücretli işçi çalıştırma yolunu açan toplu iş sözleşmelerinden şikayet edildiğinden<sup>15</sup>, Ödünç Çalışma Kanunu'nda (AÜG) reforma gitme ihtiyacı duyulmuş ve Nisan 2017'de yürürlüğe giren düzenleme ile ücrette eşitlik ilkesinin toplu iş sözleşmeleri ile ortadan kaldırılması önlenmeye çalışılmıştır. İşkolu düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılmasının mümkün olmadığı toplu iş hukuku sistemimiz geçici işçilerin toplu iş sözleşmesi özerkliğinden dışlanması sonucunu doğuracağı gibi; değişik işyerlerinde görevlendirilmiş büro işçilerinin bir araya gelerek sendika kurmaları ve yasada öngörülen yetki

koşullarını sağlayarak toplu iş sözleşmesi akdetmeleri oldukça güçtür. Bu sebeple diğer ülke uygulamalarından farklı olarak ücret bakımından eşit işlem yapma borcunun, ülkemiz toplu iş hukuku sistemi karşısında, toplu iş sözleşmeleri ile güvence altına alınması mümkün gözükmemektedir<sup>16</sup>. Son tahlilde, toplu iş sözleşmeleri ile güvence altına alınması mümkün olmayan ücrette eşitlik ilkesine ilişkin hükmün tasarıdan çıkarılmasının, işçiler aleyhine bir durum yarattığı ve kötüye kullanımların engellenmesi bakımından önemli bir eksiklik oluşturduğu kanaatindeyiz.

Yönerge md.3/f.1'e göre genel çalışma koşulları; çalışma süresine, fazla çalışmaya, ara dinlenmelere, gece çalışmasına, bayramlara, genel tatillere, ücrette ilişkin olarak mevzuat, toplu iş sözleşmesi, idari hüküm veya sair bağlayıcı kurallar ile düzenlenen ve devralan işverenin işyerinde yürürlükte olan çalışma koşullarıdır. 2. fıkrada ise ücret, iş sözleşmesi, iş ilişkisi ve çalışan için ulusal hukukta yer alan tanımların geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Eşit davranmaya ilişkin genel prensiplerin yer aldığı 5.maddenin birinci fıkrasında ise genel çalışma koşullarının geçici çalışana uygulanmasındaki temel kriterin, geçici çalışanın aynı işi yapmak üzere devralan işveren tarafından doğrudan işe alınsaydı ona uygulanacak olan çalışma koşulları olduğu hükme bağlandıktan sonra 2.fıkrada üye ülkenin, Yönergeyi iç hukukuna aktarırken, sosyal ortaklara da danışarak, geçici istihdam bürosu tarafından 'sürekli istihdam olunan' ve 'geçici görevlendirmeler arasındaki zaman dilimlerinde de ücreti ödenen' geçici çalışanları md.5/f.1'in kapsamı dışında tutabileceği ifade edilmiştir ("Alman Derogasyonu"). Yönerge'nin giriş bölümünde de (b.15) sürekli istihdam olunan (belirsiz süreli) işçilerin bağitlandıkları sözleşmenin sağladığı koruma göz önünde tutularak ödünç alan işverenin işyerinde geçerli olan kuralların uygulanmasını sağlayan koruyucu düzenlemeden muaf tutulabileceği ifade edilmiştir. Bunun dışında üye devletlerin Yönerge'yi iç hukuka aktarırken toplu iş sözleşmesinden faydalandıkları hallerde ücret dışında diğer çalışma koşullarında da eşitlik ilkesinden ayrılabilmesi mümkündür (md.5/f.3) ("İskandinav Derogasyonu")<sup>17</sup>. Ancak bu

13 Civan, Orhan Ersun: "Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi İle İlgili Güncel Gelişmeler", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta, İstanbul 2017, s.117.

14 Süzek, Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 12.Baskı, Ankara 2016, s.313.

15 Schüren, Peter/Wank, Rolf: "Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht", RdA 2011, s.8; 2017 reformundan evvel çeşitli tarihlerde yapılan diğer iyileştirme çalışmaları için bkz. Leuchten, Alexius: "Das neue Recht der Leiharbeit, Die wesentlichen Neuerungen im AÜG", Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2011, s. 610.

16 2822 sayılı yasa döneminde aynı görüş için bkz. Kabakcı, s.94-95.

17 Bu hüküm "Nordic Deregation" olarak nitelendirilmek-

durumda dahi eşitlik ilkesinden ayrılma durumunda geçici işçiler için bir koruma düzeyi sağlanmalıdır. Örneğin, geçici işçiye muamele eşitliği ilkesinin gerektirdiğinden daha düşük bir ücret ödenecek ise bunun karşılığında devralan işveren nezdinde veya bir diğer yerde verilen kurstan, mesleki eğitimden veya staj imkanından yararlandırılmalıdır<sup>18</sup>. İşkolu toplu iş sözleşmesinin kanunen tanımlanmadığı veya teşmilin mümkün olmadığı bir üye ülkede Direktif iç hukuka aktarılırken, toplu iş sözleşmesinin genel çalışma koşullarından sapma yapabileceği, eşit muamele ilkesinden yararlanabilmenin bir deneme süresine bağlanabileceği öngörülebilir (m. 5/4) ("*İngiliz Derogasyonu*"). Direktifin 5. maddesinin imkan sağladığı bu derogasyonlara başvurulması durumunda, ilgili üye devletin, AB Komisyonu'nu derogasyondan ve derogasyonun kötüye kullanılmasını önlemek üzere alınan önlemlerden haberdar etmesi gerekmektedir (m. 5/5). Yönerge md.5/f.1,b'de eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı bir arada düzenlenerek; kadın erkek eşitliğine, cinsiyet, ırk veya etnik köken, din, inanç, özürüllük, yaş veya cinsel yönelim temelinde ayrımcılıkla mücadeleyle ilişkin düzenlemeler yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Eşitlik ilkesinin kapsamı üye ülkelerin bir çoğunda geniş bir biçimde yorumlanmış ve ücrette dahil tüm diğer çalışma koşulları bu ilkenin kapsamına dahil olacak şekilde düzenlenmiştir. Fransa'da İş Kodunda geçici işçilerin geçici işverenin aynı nitelikteki emsal iş-

çileri ile ücret, diğer ödemeler ve çalışma koşulları bakımından eşit olduğu ifade edilirken<sup>19</sup>; İtalya'da 2012 yılında yapılan ve "*Fornero Yasası*" olarak adlandırılan düzenleme ile birlikte geçici işçilerin eşit işleme tabi tutulması ücreti de kapsayacak şekilde mutlak bir hale getirilmiştir<sup>20</sup>. İspanya'da ise 2010 yılında yapılan değişiklik ile kapsamı genişletilen eşit davranma borcu, temel çalışma koşullarını güvence altına almakta ve ücrete ilişkin düzenlemelere toplu iş sözleşmelerinde yer verdiği görülmektedir<sup>21</sup>. Hollanda'da da işverenin eşit davranma borcunun kapsamı ve ücrete ilişkin düzenlemelere toplu iş sözleşmelerinde yer verilmekte; kötüye kullanıma karşı uygun önlemlerin alınmış olması koşuluyla eşit işlem ilkesinden ayrılmanın mümkün olabileceği kabul edilmektedir<sup>22</sup>. İngiltere'de eşit davranma ilkesinin hayata geçirilmesi on-iki haftalık periyodun geçirilmesine bağlı olduğundan Yönerge md.5/f.4'te eşit muamele ilkesinden yararlanabilmenin bir deneme süresine bağlanabileceği öngörülmüştür ("*İngiliz Derogasyonu*")<sup>23</sup>.

Almanya'da Ödünç Çalışma Kanunu'nda (AÜG)<sup>24</sup>,

19 Fransız hukukuna ilişkin olarak bkz. Güzel, Ali/Heper, Hande: "Süreklili İstihdamdan Geçici Atipik İstihdamla...:- Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi", Çalışma ve Toplum, 2017/1, s.50.

20 Sartori, s.113.

21 Guaman, Adorocion: "Temporary Agency Work Directive and Its Transposition in Spain", European Labour Law Journal, Volume 1, 2010 (3), s. 415, 416.

22 Sartori, s.114; Visser, Dieuwke / Plessen, Willem / Jacobs, Antoine; Temporary Agency Work and the Information Society in: Blanpain, Roger / Graham, Ronnie, Bulletin of Comparative Labour Relations Series Set (Vol. 50), Kluwer Law International, Den Haag, 2004, s.229; Hartmann, Thomas: Temporary Work in Germany and Netherlands, Tilburg University Master Thesis, Tilburg Netherlands, 2012, s.26-30.

23 Anılan bu imkan yalnızca İngiltere'ye sağlanmış olup diğer üye devletlerin eşitlik ilkesini deneme süresine tabi tutmaları mümkün değildir. Davies, Anne: "The Implementation of the Directive on Temporary Agency Work In The UK: A Missed Opportunity", European Labour Law Journal, Volume 1, 2010 (3), s. 314; Süral, s.40.

24 Alman hukukunda ödünç iş ilişkisi gerçek (echte) ve gerçek olmayan (unechte) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İşverenin işçiyi kendi işyerinde çalıştırmak üzere işe alması ve fakat geçici süre bir başka işverene ödünç vermesi durumunda gerçek ödünç iş ilişkisi ortaya çıkar. Hekimler, Alpay: "Federal Almanya'da Profesyonel Ödünç İş İlişkisinin Yasal Çerçevesi", İşveren, Nisan 2004,

te ve İskandinav ülkelerinde sıklıkla uygulama alanı bulmaktadır. Danimarka'da belirli sektörlerde çalışan geçici işçiler bakımından eşit ücret uygulaması toplu iş sözleşmeleri yoluyla sağlanırken; İsveç'te eşit ücret uygulaması yalnızca mavi yakalı işçiler bakımından getirilmiş olup, beyaz yakalı işçilere bu yolla herhangi bir güvence sağlanmamaktadır. Temporary Agency Work and Collective Bargaining in the EU, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, s.34, [https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef0899en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef0899en.pdf) (erişim: 10.7.2017); Sartori, Alessandra, "Temporary Agency Work in Europe, Degree of Convergence Following Directive 2008/104/EU", European Labour Law Journal, Volume 7, 2016(1), s.112; Schlachter, Monica: Equal Treatment for Transnational Temporary Agency Workers, Formula, March 2012, s.12, <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/freemov/publications/papers/WP32-Schlachter.pdf>. (erişim:03.01.2017).

18 Süral, Nurhan: "AB Müktesebatında Geçici İş İlişkisi", Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş Semineri, Tebliğler ve Görüşler, TİSK, 25 Ocak 2013, Ankara, s.40.

geçici işçilere ödenecek ücretin işveren tarafından kendi işçilerine ödenen ücretten daha düşük olamayacağını (equal pay); aksi takdirde, işçi gönderme izninin iptal edileceğini belirttikten (§ 3 Abs. (1) 3) sonra, bu kuralın toplu iş sözleşmeleriyle aksinin geçici işçi aleyhinde kararlaştırılabileceğini öngörmektedir (§ 3 Abs. (1) 3)<sup>25</sup>. 2016 yılında yapılan değişiklik ile birlikte eşit işe eşit ücret ilkesi benimsenerek toplu sözleşmelerle bu ilkenin bertaraf edilmesi olanağı ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Nisan 2017’de yürürlüğe girmiş olan bu düzenleme 9 ay boyunca aynı işveren nezdinde çalışan geçici işçiye uygulanırken; sektörel bazda ödenecek olan ücretleri düzenleyen bir toplu sözleşmenin varlığı halinde (*“Branchenzuschlagstarifvertrag”*) bu süre 15 aya kadar uzayabilecektir (§ 8 Abs. (4))<sup>26</sup>.

### C. Eşitlik İlkesinin Uygulanmasında Göz Önünde Tutulacak Olan Faraziye: “...aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşullar...”

6715 sayılı Yasa ile değişik İş Kanunu md.7/f.10 uyarınca, *“Geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamaz.”* Yasa koyucu eşitlik ilkesinin uygulanmasında bir faraziye giderek geçici işçi işveren tarafından doğrudan

işe alınsaydı hangi şartlar altında istihdam edilecek ise bu şartların sağlanması gerektiğini hükme bağlamıştır. 2008/104/EC sayılı AB Yönergesi’nin eşitlik ilkesini düzenleyen 5.maddesi de işçinin özel istihdam bürosunca görevlendirilmeyip doğrudan işveren tarafından işe alınsaydı sağlanacak olan koşullar varsayımından hareket etmektedir<sup>27</sup>.

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere farazi çalışma koşullarının tespitinde *“aynı iş”* (*“same job”*), *“gleichen arbeitsplatz”*) esas alınmış; belirli süreli ve kısmi süreli iş sözleşmesine tabi olarak çalışan işçiler aleyhine ayrımcılıkta olduğu gibi *“emsal işçi”* kıstasına başvurulmamıştır. Şu halde eşit işlem ilkesi uygulanırken işin niteliğinden hareket edilmesi gerekecektir<sup>28</sup>. Bununla beraber belirli süreli ve kısmi süreli iş sözleşmelerinde eşitlik ilkesini düzenleyen md.12 ve md.13 hükmü, her ne kadar *“emsal işçi”* esas alınmış olsa da, geçici iş ilişkisinde farazi çalışma koşulları tespit edilirken yol gösterici nitelikte olabilir. Geçici işverenin işyerinde, aynı veya benzer nitelikte işçi bulunmadığı hallerde, o işkolunda faaliyet gösteren şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen işçi göz önünde tutulabileceği gibi toplu iş sözleşmelerinde yer alan hükümler de yol gösterici olabilir<sup>29</sup>.

Farazi iş koşullarının somutlaştırılması özellikle geçici işçinin ifa ettiği işin geçici işverenin işyerinde birden fazla işçi tarafından yerine getirildiği hallerde karmaşık bir görünüm arz etmektedir. Özellikle ayrımı haklı kılan nedenlerin her bir işçinin şahsından kaynaklandığı hallerde geçici işçi, aynı işi ifa ettiği ve fakat en iyi çalışma koşullarına sahip olan işçilerin şartlarını talep edemez<sup>30</sup>. Geçici işçinin ifa ettiği işi yapan ve işyerine son giren işçinin çalışma koşullarının eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesinde dikkate alınacak koşullar olarak göz önünde tutulması bir çözüm tarzı olarak benimsenebilir<sup>31</sup>.

s.35; Bu ayrımın teorik boyutta kaldığı ve yasanın uygulama alanı bakımından fark yaratmadığına ilişkin olarak bkz. Preis, Ulrich; Arbeitsrecht, 3. Auflage, Köln 2009, s.103.

25 Federal Mahkeme Aralık 2010’da vermiş olduğu bir kararında CGZP (Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal Service-Agenturen)’nin toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti bulunmadığına hükmetmiş ve bu durum işverenin geçici işçiye benzer nitelikte olan kendi işçisine ödediği ücrette eşit bir ödemede bulunulması zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Waas, Atypical Employment, s.520; Schlegel, Rainer: Arbeits und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen des CGZP Beschlusses, NZA (2011), s.380; Yönerge’nin kabulünden evvel Alman Hukukundaki düzenlemeler için bkz. Alpagut, Gülsevil: “Geçici İş İlişkisini Düzenleyen Avrupa Birliği Yönergesi’nin Değerlendirilmesi”, Prof.Dr.Sarper Süzek’e Armağan, C.1, İstanbul 2011, s.360 vd.

26 Lembke, Mark; AÜG Reform 2017, Eine Reformatio in Peius, NZA 2017, s.12.

27 Schlachter, s.9; Zimmer, Reingard: “Die Auswirkungen der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG auf die Leiharbeit in Deutschland”, Vortrag bei der Hans-Böckler-Stiftung, s.11.

28 Kabakçı, s.84; Yenisey, s.162-163.

29 Kabakçı, s.84-85; Thüsing, Gregor; AÜG, Kommentar zum Arbeitnehmer Überlassungs Gesetz 1. Auflage, Beck-Verlag, 2005, § 9 Rn 28; Römer, s.39-40.

30 Lembke, s.324; Schüren/Wank, s.4.

31 Kabakçı, s. 85; Aynı veya benzer işi yapan birden fazla işçi söz konusu olduğunda en düşük ücretin esas alın-

## D. İş Hukuku Terminolojisine Yabancı Bir İfade: “...işyerindeki sosyal hizmetlerden eşit muamele ilkesince yararlandırma...”

6715 sayılı Yasa ile değişik İş Kanunu md.7/f.9,d bendi uyarınca “Geçici işçi çalıştıran işveren,... geçici işçileri çalıştırdıkları dönemlerde, işyerindeki sosyal hizmetlerden eşit muamele ilkesince yararlandırır. Geçici işçiler, çalışmadıkları dönemlerde ise özel istihdam bürosundaki eğitim ve çocuk bakım hizmetlerinden yararlandırılır.” Bu madde ile sosyal güvenlik hukuku bakımından teknik bir anlam taşıyan ve fakat iş hukuku terminolojisine yabancı olan “sosyal hizmetler” kavramı eşit muamele borcunun kapsamına alınmıştır<sup>32</sup>. Madde gerekçesinde ise bu ifade ile ulaşım, yemek, kantin ve çocuk bakım hizmetleri gibi hizmetlerin kastedildiği ifade edilmiştir. Geçici işverenin işyerinde diğer işçiler için bu gibi yardımlar sağlıyorsa işveren, geçici işçilere de bunları aynen sağlamak zorundadır.

2008/104/EC sayılı AB Yönergesi md.6/f.4'de geçici işçilerin, ayrımı haklı kılan objektif bir neden olmadıkça, kullanıcı işletmenin imkanlarından özellikle kantin, çocuk bakımı ve taşıma gibi hizmetlerden diğer işçiler ile birlikte eşit olarak yararlandırılacağı hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin 5.fıkrasında ise geçici istihdam büroları tarafından sunulan eğitim ve çocuk bakım hizmetleri ile kullanıcı işletmeler tarafından verilen mesleki eğitim hizmetlerinden geçici işçilerin, kullanıcı işletmelerdeki görevlendirmeler arasındaki süreler de dahil olmak üzere, kural olarak yararlanabilecekleri ifade edilmiştir. Üye ülkeler, geçici işçilerin bu hizmetlere başvurabilmelerini iyileştirici uygun önlemleri alacaklar veya sosyal ortaklar arasındaki diyalogu bu yönde teşvik edeceklerdir.

## E. Eşit İşlem Borcuna Aykırılığın Yaptırımı

Türkiye İş Kurumu Kanunu md.18/f.2,e bendi uyarınca özel istihdam bürosuna kurumca verilen geçici iş ilişkisi kurma yetkisi İş Kanunu md.5'de öngörülmüş olan ayrımcılık yasaklarının ihlali halinde iptal edilebi-

lir. İptalin söz konusu olması için ihlale konu olan son fiilden geriye dönük olarak iki yıl içerisinde ayrımcılık yasağına üç kez aykırı davranıldığına tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durumda özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurma yetkisi iptal edilir ve üç yıl süre ile izin verilmez.

Alman hukukunda ise devrin devam ettiği sürede, ödünç alan işveren işyerinde emsal işçiye uygulanan ücret dahil esaslı iş koşullarının geçici işçiye sağlanmaması istihdam bürosunun faaliyet izninin iptali ve yenilenmemesi sebepleri arasında sayılmaktadır (§ 3 AÜG). Geçersizlik yaptırımına ilişkin § 9 AÜG uyarınca, ödünç alan işveren işyerinde emsal işçiye uygulanan ücret dahil esaslı iş koşullarından daha kötü şartları öngören sözleşmeler, ödünç işçinin geçici işveren işyerindeki yemek, servis, kreş gibi sağlanan imkanlardan faydalanmasını sınırlandıran kayıtlar geçersizlik yaptırımına tabi olacak ve hüküm ifade etmeyecektir.

Geçici iş ilişkisinde eşit işlem yapma borcuna aykırı davranılması halinde sorumluluğun hangi işverenin şahsında doğacağı hususunda yasada bir açıklık olmamakla birlikte geçici iş ilişkisinde işverenin özel istihdam bürosu olduğuna ilişkin düzenleme yol gösterici niteliktedir. Doktrinde Yenisey tarafından da ifade edildiği üzere geçici işçinin emsal işi yapan işçilerle aynı koşullardan yararlanmasıyla, bunun geçici işverenin sorumluluğu olarak düzenlenmesi birbirinden farklı hususlar olup; geçici işçinin iş sözleşmesi özel istihdam bürosu ile kurulduğundan bu sözleşmeden kaynaklanan borçlardan hukuki sorumluluk işveren sıfatını taşıyan büroya aittir<sup>33</sup>. Geçici iş ilişkisinde kötüye

33 Yenisey, s.161; Alt işverenlik hususunda Yargıtay'ın benzer bir yaklaşımı için bkz. “...Asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı eşit işlem yapma borcu bulunmamaktadır. Alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi bulunmadığından alt işverenin işçileri, eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak asıl işverenden herhangi bir talepte bulunamazlar. Eğer bu ilişki muvazaaya dayanıyorsa kanunun açık hükmü gereği alt işverenin işçileri başlangıçtan beri asıl işverenin işçiler sayılacağından, işçiler eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak da asıl işverenden yasal haklarını talep edebileceklerdir...” 9.HD, 28/02/2011 E. 2010 / 23498 K. 2011 / 5236; Aynı yönde 9. HD, 4.3.2011 E. 2010 / 49665 K. 2011 / 5998; Y. 9. HD, 27.3.2006 E. 2006/4860 K. 2006/7479, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; 6715 sayılı yasa henüz tasarı halinde iken 7. maddede yer alan ve fakat yasalasmayan geçici işverenin “Çalışma koşulları açısından işçisiyle emsal iş yapan geçici işçi arasında esaslı bir neden olmadıkça ayırım ya-

ması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Römer, s.40.  
32 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.180; Yenisey, s.162.



kullanımların işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu büroda değil, iş organizasyonuna dahil olduğu geçici işveren nezdinde gerçekleşiyor olması sebebi ile, eşit davranma borcunun kapsamını tayinde belirleyici olan çalışma koşulları, geçici işverenin işyerinde geçerli olan koşullardır ve yasa koyucu isabetli bir biçimde AB Yönergesinde de benimsediği üzere geçici işçi hakkında, devralan işverene ait işyerindeki esaslı çalışma koşullarının uygulanması gerektiğini öngörmüştür. Yasa koyucunun eşitlik ilkesinin bağlama noktası olarak, geçici işverenin işyerindeki çalışma koşullarını tercih ediyor olmasının, bu borcun ihlali halinde doğacak yaptırımlardan geçici işverenin sorumlu olacağı yönündeki bir sonuca ulaşılmasını mümkün kılması gerektiği ve işveren sıfatını taşıyan büronun sorumlu olması gerektiği kanaatindeyiz.

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisinde eşit işlem ilkesine aykırılık halinde tartışılması gereken bir diğer husus yoksun kalınan haklar yanında ayrımcılık tazminatının da talep edilemeyeceğidir. Doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, İş Kanunu md.5, kenar başlığı her ne kadar "eşit davranma ilkesi" ise de ayrım yasağını düzenleme konusu yapmış, bunun dışında genel anlamda eşit davranma borcunu dışla-

*pamaz" hükmü ile 4904 sayılı Kanunun 19. maddesinde değişiklik öngören "Özel istihdam bürosu, iş sözleşmesinde yer alan ücretten az olmamak kaydıyla özel istihdam bürosu işçisine, geçici işçi çalıştıran işverenin aynı kademi haiz emsal işçisinin aldığı ücret, ikramiye ve bu nitelikteki istihkaki geçici çalıştığı dönemle sınırlı olarak ödemek zorundadır." hükmü dikkat çekici niteliktedir. Tasarı halinde iken metinden çıkarılan bu hükümler ile özel istihdam bürosunun eşit işlem borcu ücret ve ekleri ile sınırlandırılırken, geçici işverene tüm çalışma koşulları açısından ayrım yasağı getirilmiştir. Yasalaşan mevcut hükümde ise, geçici işçileri çalıştırdıkları dönemlerde, işyerindeki sosyal hizmetlerden eşit muamele ilkesince yararlandırma geçici işverenin borçları arasında düzenlenirken; geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşullarının, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamayacağını öngören hüküm geçici işverenin sorumlulukları arasında sayılmamıştır. Doktrinde Çelik/Caniklioğlu/Canbolat ise eşit davranma borcunun geçici işverenin yükümlülükleri arasında düzenlendiğini; geçici işçinin bu borca aykırılık halinde İK md.5 uyarınca hem yoksun kaldığı hakları hem de ayrımcılık tazminatını talep edebileceğini ifade etmiştir. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.181.*

mıştır. Bu sebeple genel anlamda eşit davranma borcunun ihlali halinde anılan bu maddenin uygulanarak ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi mümkün görünmemektedir<sup>34</sup>. Diğer görüşe göre ise burada bir kanun boşluğu söz konusudur ve genel anlamda eşit davranma borcuna aykırılık hallerinde de ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekmektedir<sup>35</sup>. Yargıtay ise isabetli olarak muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisinde konuyu ele alarak işverenin başlangıçtan itibaren kendi işçisi sayılan muvazaalı alt işveren işçilerine karşı eşit davranma borcu olduğuna hükmetmiş ve fakat her iki grup işçi arasında yapılan farklı işlemin kural olarak İş Kanunu md.5'de belirtilen ayrımcılık hallerinden birini oluşturmayacağını ve ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyeceğini ortaya koymuştur<sup>36</sup>. AB Yönergesi md.5/f.1,b'de

34 Süzek, s.512; Yenisey, Kübra Doğan: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İstanbul 2015, s.118 (Değerlendirme 2013); Doktrinde Çelik/Caniklioğlu/Canbolat eşit davranma borcuna aykırılık halinde geçici işçinin, İK md.5 uyarınca hem yoksun kaldığı hakları hem de ayrımcılık tazminatını talep edebileceğini ifade etmiştir. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.181.

35 Yıldız, Gaye Burcu; İşverenin Eşit İşlem Borcu, Yetkin, Ankara 2008, s.329; Baysal, Ulaş : "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 25, İstanbul 2010, s.76.

36 9.HD, 22.4.2008, E.13925, K.9890, Yenisey, Değerlendirme 2013, s.118; "...Asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı eşit işlem yapma borcu bulunmamaktadır. Eğer bu ilişki muvazaaya dayanıyorsa kanunun açık hükmü gereği alt işverenin işçileri başlangıçtan beri asıl işverenin işçileri sayılacağından, işçiler eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak da asıl işverenden yasal haklarını talep edebileceklerdir. (...)Ancak eşit işlem borcuna aykırılıktan dolayı tazminatın gerekçesiz hüküm altına alınması ve madde uyarınca 4 aya kadar üst sınır belirlendiğinden miktar olarak belirtilmemesi doğru görülmemiştir. Mahkemeye eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının neden kabul edildiği gerekçelendirilmeli ve bu tazminatın bir ile dört ay arasında ne kadar olması gerektiği..." 9. HD., 28.2.2011, E. 23498, K. 5236, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yüksek mahkeme bir başka kararında asıl ve alt işveren arasında organik bağın bulunması ve işin tamamen asıl işveren tarafından yönetilmesinden hareketle ilişkinin muvazaalı olduğunu tespit ederek davacı işçinin, davalının diğer işçilerine verilmekte olan yakacak yardımı, bayram ve yılbaşı yardımı gibi haklardan yararlanması gerektiğini hükme bağlamıştır. Kararda önem taşıyan nokta; işçinin eşit davranma ilkesine aykırılık nedeniyle İş Kanunu md. 5/f.6 uyarınca dört aya kadar ücret

ortaya konulan ve kadın erkek eşitliğine, cinsiyet, ırk veya etnik köken, din, inanç, özürlülük, yaş veya cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa dayanan fiillerin söz konusu olduğu hallerde ise ayrımcılık tazminatının talep edilebilmesi mümkündür<sup>37</sup>.

### III. Sonuç ve Değerlendirme

İşverenlerin gerek ulusal gerekse uluslararası rekabete ve küreselleşmeye ayak uydurmaları, istihdamın yaygınlaştırılması ve istihdam piyasalarına işlerlik kazandırılması bakımından önemli bir fonksiyon gösteren özel istihdam büroları ücret seviyelerinin düşük olması, devamlı bir istihdam olanağı sağlamaması ve sürekli işe geçme konusundaki güçlükler, meslek hastalığı ve iş kazası riskleri bakımından birçok sakıncayı da beraberinde getirmektedir<sup>38</sup>. Özellikle özel istihdam büroları aracılığı ile istihdam edilecek olan işçilerin ağırlıklı olarak vasıfsız ve diğer yollardan işe girme olanağı zayıf olan yahut iş gücü piyasasına yeni dahil olmuş genç ve tecrübesiz olduğu göz önünde tutulduğunda başta ücret olmak üzere

birçok çalışma koşulunun diğer işçilere göre daha düşük seviyede kalma tehlikesi karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada yasa koyucu tarafından AB Yönergesi esas alınmak suretiyle eşit işlem ilkesinin getirilerek işçilerin güvence altına alınması olumlu bir gelişme olmakla birlikte yasal düzenleme birçok açıdan eleştirilebilir niteliktedir.

6715 sayılı Yasa henüz tasarı halinde iken 7.maddede getirilmiş olan "Özel istihdam bürosu, iş sözleşmesinde yer alan ücretten az olmamak kaydıyla özel istihdam bürosu işçisine, geçici işçi çalıştıran işverenin aynı kıdemi haiz emsal işçisinin aldığı ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki istihkaki geçici çalıştığı dönemle sınırlı olarak ödemek zorundadır." hükmü dikkat çekici nitelikte idi. Anılan bu hüküm "ücrette eşitlik" ilkesini sağlayarak AB Yönergesinden de kapsamlı bir düzenleme öngörmekte idi. Tasarıdan çıkarılan bu hükmün eşitlik ilkesinin sağlanması açısından olumsuz olduğu kanaatindeyiz<sup>39</sup>. Ücrette eşitliğin sağlanması bakımından her ne kadar toplu iş sözleşmelerinin işlev göreceği ileri sürülebilse de, Almanya gibi toplu iş sözleşmesi sisteminin gelişmiş ve sendikaların güçlü olduğu bir ülkede dahi kötüye kullanımların önüne geçilememesi bu ihtimali sakıncalı hale getirmektedir<sup>40</sup>. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi, işkolu esasına dayalı sendikalaşmaya imkan sağlamadığı gibi farklı işyerlerinde istihdam edilen büro işçilerinin bir araya gelerek işkolunda kurulu bir sendikaya üye olmaları ve 6356 sayılı yasada öngörülmüş olan yetki koşullarını sağlamaları mümkün gözükmemektedir. Bu durum büro işçilerinin toplu iş sözleşmesi özerkliğinden dışlanması sonucunu doğuracağı gibi; iş görme borcunun aralıklı olarak ifa ediliyor olması sebebiyle devralan işverenin işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinden faydalanmak gerek anlamda bir güvence oluşturmayacaktır<sup>41</sup>. Toplu iş sözleşmeleri aracılığıyla yeterli güvence-

talebinin reddedilmiş olmasıdır. Eşit davranma ilkesine ilişkin bir takım açıklamalara yer verildikten sonra, "... davalı işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde sözü edilen şekilde eşit davranma borcuna aykırılığın unsurları gerçekleşmemiştir. Burada işverenin sübjektif bir davranışı da yoktur. Böyle olunca eşit davranma borcuna aykırılık tazminatına hak kazanılması mümkün değildir" ifadeleri ile yerel mahkeme kararı bozulmuştur. 9. HD, 01.06.2010, 21080/15389, Çalışma ve Toplum, 2011/3, S. 30, s.539 Kararın değerlendirilmesi için bkz. Alpagut, Gülsevil: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Kamu-İş, Ankara 2012, s.47 (Değerlendirme 2010).

37 Geçici işverenin kreş, kantin, yemek, ulaşım vb hizmetlerden işçiyi haklı bir sebep olmaksızın faydalandırması halinde ayrımcılık tazminatının talep edilebileceği yönündeki görüş için bkz. Lembke, s.323; Schüren/Wank, s.5

38 Yenisey, s.139; Hekimler, Alpay: "Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisine İlişkin Mevzuat ve Taslakların Genel Değerlendirmesi", Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş Semineri, Tebliğler ve Görüşler, TİSK, 25 Ocak 2013, Ankara, s.50-52; Mitlacher, L.W: "The Role of Temporary Agency Work in Different Industrial Relations Systems- a Comparison between German and USA". British Journal of Industrial Relations, 2007, 45(3), s.581-583.

39 Süzek, s.313; Bu hükmün düzenleme şekline ve sistematiğe ilişkin eleştiriler için bkz. Yenisey, s.162.

40 Nitekim Almanya'da geçici işçilerin büyük bir kısmının sendikaya üye olmadığı, bu alanda yapılan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmelerine dahil edildiği görülmektedir. Römer, s.42.

41 Kabakçı, s.95.

nin sağlanmadığı bu iş ilişkisinde ücrette eşitlik ilkesi güvence altına alan düzenlemenin yasalaşmaması kanımızca isabetli olmamıştır.

Geçici işçinin ödünç alan işveren nezdinde çalışacağı süre için uygulanacak olan temel çalışma koşullarının, özel istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında yapılacak olan işçi sağlama sözleşmesinin içeriğinde kanunen yer verilmesi zorunlu unsurlar arasında sayılmaması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir<sup>42</sup>. “De lege ferenda” açısından bu konuda Alman hukukunda getirilen düzenlemeleri göz önünde tutmak yararlı olacaktır. Alman hukukunda ilgili düzenleme uyarınca işçi sağlama sözleşmesinde ücret dahil ödünç alan işverenin işyerinde emsal işçi için geçerli olan çalışma koşullarının yer alması zorunludur (§ 12 AÜG). İşçi sağlama sözleşmesinin içeriğini hükme bağlayan yasal düzenlemede bu hususa yer verilmesinin eşit işlem borcunu güvence altına alan bir işlevi haiz olacağı kanaatindeyiz.

Farazi çalışma koşullarının tespitinde, AB Yönergesi'ne paralel bir biçimde “aynı iş” in esas alınarak; belirli süreli ve kısmi süreli iş sözleşmesine tabi olarak çalışan işçiler aleyhine ayrımcılıkta olduğu gibi “emsal işçi” kıstasına başvurulmaması isabetli bir düzenlemelidir. İşin niteliğini esas alan ölçüt “emsal işçi” ye kıyasla daha kapsayıcı, objektif, genel ve amaca uygun bir nitelik taşımaktadır. Kaldı ki geçici iş ilişkisine arızı işçi ihtiyacının doğduğu hallerde başvurulması ihtimalinde emsal işçiyi tespit oldukça güçleşmektedir<sup>43</sup>.

Eşit davranma borcuna aykırılık halinde faaliyet izninin iptalini öngören hükmün ise yalnızca İK md.5'te öngörülmüş olan ayrımcılık yasaklarını kapsamına alması sebebiyle eksik bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz. Ayrımcılık yasakları ve dar anlamda eşit işlem borcu eşit işlem ilkesinin iki farklı yönünü oluşturmaktadır. Dar anlamda eşit işlem borcunda haklı veya objektif nedenler bulunmaksızın keyfi olarak farklı muamelede bulunulması söz konusu olurken; ayrımcılık ya-

saklarında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç vb sebeplerden kaynaklanan farklı işlem mevcuttur<sup>44</sup>. Oysa ki mesleki anlamda geçici iş ilişkisinde eşit işlem borcunu öngören düzenlemeler yalnızca ayrımcılık yasaklarını değil, geniş anlamda eşit davranma borcunu da kapsamına almakta ve İK md.5'de öngörülmüş olan ayrımcılık yasaklarının kapsamına girerken bir davranıştan çok, büro işçileri ile geçici işverenin işçileri arasında farklı işlem yapılması söz konusu olmaktadır. Bu sebeple konuya ilişkin düzenlemenin İş Kanunu md.5'de ifade edilen ayrımcılık yasakları yanında eşit davranma borcuna ilişkin İK md.7/f.10 ve f.9,d bendini de kapsamına alacak şekilde düzenlenmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

## KAYNAKÇA

- Alpagut, Gülsevil: “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlamadan Teşvike”, Prof. Dr. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005.
- Alpagut, Gülsevil: “Geçici İş İlişkisini Düzenleyen Avrupa Birliği Yönergesi'nin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011.
- Alpagut, Gülsevil: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Kamu-İş, Ankara 2012.
- Baysal, Ulaş: “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 25, İstanbul 2010.
- Blanpain, Roger; European Labour Law, Kluwer Law International, Lahey 2013.
- Christie, David/Busby, Nicola: The Regulation of Temporary Agency Work in the European Union, Cambrian Law Review (15), 2015.
- Civan, Orhan Ersun: “Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi İle İlgili Güncel Gelişme-

42 Civan, s.107; Taşkent, Savaş/Kurt, Dilek: “Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi”, Kamu- İş, C.13, S.1/2013, s.8

43 Kabakçı, s.105.

44 Yenisey, Değerlendirme 2013, s.119-120.

- ler”, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta, İstanbul 2017.
- Cordova, E. : “From Full Time Wage Employment To Atypical Employment: A Major Shift In the Evolution of Labour Relations”, ILR., Vol.125, No.6, Nov-Dec.1986.
  - Davies, Anne: “The Implementation of the Directive on Temporary Agency Work In The UK: A Missed Opportunity”, European Labour Law Journal, Volume 1, 2010 (3).
  - Demircioğlu, Murat/ Engin, Murat: Dünya’da ve Türkiye’de Esnek Çalışma, İTO Yayınları, İstanbul 2002.
  - Ekonomi, Münir: “Türk İş Hukuku’nda Esnekleşme Gereği”, Çalışma Hayatında Esneklik, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayını, 1994 İzmir.
  - Guaman, Adorocion: “Temporary Agency Work Directive and Its Transposition in Spain”, European Labour Law Journal, Volume 1, 2010 (3).
  - Güzel, Ali/Heper, Hande: “Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama!...: Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi”, Çalışma ve Toplum, 2017/1.
  - Hartmann, Thomas: Temporary Work in Germany and Netherlands, Tilburg University Master Thesis, Tilburg Netherlands, 2012.
  - Hekimler, Alpay: “Federal Almanya’da Profesyonel Ödünç İş İlişkisinin Yasal Çerçevesi”, İşveren, Nisan 2004.
  - Hekimler, Alpay: “Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisine İlişkin Mevzuat ve Taslakların Genel Değerlendirmesi”, Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş Semineri, Tebliğler ve Görüşler, TİSK, 25 Ocak 2013, Ankara.
  - Kabakcı, Mahmut: “5920 Sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükümünün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/4.
  - Lang, Carole/Schömann, Isabella/Clauwaert, Stefan: “Atypical Forms of Employment Contracts In Times of Crisis”, Working Paper 2013, European Trade Union Institute, Brussels 2013.
  - Lembke, Mark: “Neue Rechte von Leiharbeitnehmern gegenüber Entleiher”, NZA 2011.
  - Lembke, Mark; AÜG Reform 2017, Eine Reformatio in Peius, NZA 2017.
  - Leuchten, Alexius: “Das neue Recht der Leiharbeit, Die wesentlichen Neuerungen im AÜG”, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2011.
  - Mitlacher, L.W: “The Role of Temporary Agency Work in Different Industrial Relations Systems- a Comparison between German and USA”. British Journal of Industrial Relations, 2007, 45 (3).
  - Odaman, Serkan: “Ödünç İş İlişkisinde Değişiklik Bu Defa Gerçekleşiyor mu?”, Sicil, Mart 2012.
  - Odaman, Serkan: “Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi ve Uygulaması”, Sicil, Ocak 2017.
  - Özdemir, Erdem: “Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi Düzenlenmeli, Ama Nasıl?”, Sicil, Haziran 2010.
  - Preis, Ulrich; Arbeitsrecht, 3. Auflage, Köln 2009.
  - Römer, Stefanie: Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern, Die europarechtlichen Vorgaben und deren Umsetzung in Deutschland, Hamburg, Verlag 2004.
  - Sartori, Alessandra, “Temporary Agency Work in Europe, Degree of Convergence Following Directive 2008/104/EU”, European Labour Law Journal, Volume 7, 2016 (1).
  - Schlachter, Monica: Equal Treatment for Transnational Temporary Agency Workers, Formula, March 2012.
  - Schlegel, Rainer: Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen des CGZP Beschlusses, NZA (2011).



- Schüren, Peter/Wank, Rolf: "Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht", RdA 2011.
- Süral, Nurhan: "AB Müktesebatında Geçici İş İlişkisi", Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş Semineri, Tebliğler ve Görüşler, TISK, 25 Ocak 2013, Ankara.
- Süzek, Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 12.Baskı, Ankara 2016.
- Taşkent, Savaş/Kurt, Dilek: "Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi", Kamu- İş, C.13, S.1/2013.
- Thüsing, Gregor; AÜG, Kommentar zum Arbeitnehmer-Überlassungs-Gesetz 1. Auflage, Beck-Verlag, 2005.
- Tuncay, A. Can; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.
- Tuncay, A.Can: "İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları", Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 2000 Yılı Ekim Toplantısı.
- Visser, Dieuwke / Plessen, Willem / Jacobs, Antoine; Temporary Agency Work and the Information Society in: Blanpain, Roger / Graham, Ronnie, Bulletin of Comparative Labour Relations Series Set (Vol. 50), Kluwer Law International, Den Haag, 2004.
- Yenisey, Kübra Doğan: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İstanbul 2015.
- Yenisey, Kübra Doğan: "Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi", Prof. Dr. Turhan Esener I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara, Nisan 2016.
- Yıldız, Gaye Burcu; İşverenin Eşit İşlem Borcu, Yetkin, Ankara 2008.
- Zimmer, Reingard: "Die Auswirkungen der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG auf die Leiharbeit in Deutschland", Vortrag bei der Hans-Böckler-Stiftung.
- Waas, Bernard: "Recent Development In The Area of Atypical Employment", European Labour Law Journal, Volume (1) 2010, No.4.