

ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI ARACILIĞIYLA GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ

Prof.Dr. Murat ŞEN
Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Geçici iş ilişkisi veya geçici istihdam kavramı, arızı durumlarda, işletmede ortaya çıkan işgücü ihtiyacının giderilmesini amaçlayan esnek çalışma modellerinden birisidir. Hukukumuzda 4857 sayılı İş Kanunda kısmi süreli çalışma, çağrı üzerine çalışma, denkleştirme süreleri ve geçici iş ilişkisi gibi esnek çalışma biçimlerine yer verilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yasalaşma sürecinde, özel istihdam bürolarının iş aracılığı faaliyeti ile birlikte geçici işçi temini faaliyeti de öngörülmüş ve bu konuda bazı düzenlemeler getirilmek istenmiş, ancak İş Kanunu Tasarısı'nın özel istihdam bürolarının iş ve işçi bulmaya aracılık yapmasına imkân veren maddesi kabul edilirken, mesleki faaliyet olarak geçici iş ilişkisini düzenleyen maddesi Hükümetin TBMM'ye sunduğu metinde yer almamış ve 4857 sayılı İş Kanunu, bu madde olmadan yasalaşmıştır.

İşverenin işçisinin işgörme edimini, işçinin rızasını almak koşuluyla, belirli veya geçici bir süreyle, bir başka işverene devrettiği bu esnek istihdam modeli, meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi ve meslek edinilmiş (profesyonel) geçici iş ilişkisi olmak üzere iki farklı şekilde kurulabilmektedir. Eğer devreden işveren geçici iş ilişkisi kurma işini mesleki faaliyet olarak yürütmekte ise buna meslek edinilmiş (profesyonel) geçici iş ilişkisi denilmektedir. Şu an itibariyle hukukumuzda 4857 sayılı Kanun'un 7. maddesindeki geçici iş ilişkisi meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisidir. Özel istihdam büroları aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurulması ise meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi olarak isimlendirilmektedir.

I. MESLEK EDİNİLMEMİŞ GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde yer alan geçici iş ilişkisi, işçinin, işverenin ve geçici iş ilişkisi kurulan işverenin (işçiyi geçici olarak devralan işverenin) yer aldığı üçlü bir ilişkidir. Buna göre, işveren, devir sırasında yazılı rızasını almak şartıyla bir işçisini belli durumlarda ve belli süreyle başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devredebilmektedir. Bu devir ancak holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya işçinin yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması durumlarıyla sınırlı olarak (numerus clausus) altı ayı geçmemek üzere yapılabilmekte, gerektiğinde de en fazla iki defa yenilenebilmektedir. Burada işveren ile geçici iş ilişkisi kurulan işveren arasında yazılı bir "geçici iş ilişkisi" (sözleşmesi); işçi ile geçici iş ilişkisi kurulan işveren arasında ise geçici sözleşme yapılmış olmaktadır. Bununla iş sözleşmesi devredilmemekte sadece işçinin işgörme edimini geçici iş kurulan işverene karşı yerine getirmesi sağlanmış olmakta, işçi geçici iş ilişkisi kurulan işverenin talimatlarına uymak zorunda olduğu gibi kusuruyla verdiği zararlardan dolayı da ona karşı sorumlu tutulmaktadır. Kural olarak ücret ödeme, gözetme ve sigorta primlerini ödeme yükümlülüğü işverenin üzerinde olmasına rağmen, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin de bunlardan birlikte sorumluluğu bulunmaktadır. Geçici iş ilişkisi kurulan işverenin işyerinde grev veya lokavt uygulanıyor ise, kural olarak (geçici) işçinin orada çalıştırılması mümkün değildir; işverenin kendi işyerinde çalıştırması gerekir. Ayrıca geçici iş ilişkisi kurulan

işveren, işyerinde toplu işçi çıkarmaya gitmişse, bu tarihten itibaren ay aylık süre içinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde geçici iş ilişkisi kuramaz.

II. MESLEK EDİNİLMİŞ GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ (ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI ARACILIĞIYLA GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ)

Özel istihdam büroları aracılığıyla geçici iş ilişkisi, mesleki anlamda yani profesyonel geçici iş ilişkisi olup, "işçi", "özel istihdam bürosu" ve "geçici iş ilişkisi kurulan işveren"den oluşan üçlü bir ilişkidir. Ülkemizde, ilk olarak 2009 yılında 5920 sayılı Kanunla geçici iş ilişkisinin özel istihdam büroları aracılığıyla yapılması düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun'la, 4857 sayılı İş Kanununun 7 nci maddesinden sonra gelmek üzere "7/A" maddesinin eklenmesi öngörülmüştür.

Söz konusu düzenlemede, (geçici) işçi ile özel istihdam bürosu arasında belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi yapılabileceği; özel istihdam bürosunun da, mesleki geçici iş ilişkisi sözleşmesini yaptığı geçici iş ilişkisi kurulan işverene bu işçisini devredebileceği öngörülmüştür. Burada, işçi ile özel istihdam bürosu arasında iş sözleşmesi, özel istihdam bürosu ile geçici iş ilişkisi kurulan işveren arasında mesleki geçici iş ilişkisi sözleşmesi, işçi ile geçici iş ilişkisi kurulan işveren arasında da geçici sözleşme kurulmuş olmaktadır. Düzenlemede, Kanun'un 7. maddesindeki hükümlerden farklı olarak, mesleki geçici iş ilişkisi sözleşmesinin bir ücret karşılığında yapılacağı, geçici işgücü talebini karşılamaya yönelik olacağı ve işyerinde çalıştırılan işçi sayısının ¼'ünü geçemeyeceğine yer verilmiştir.

Ancak bu Kanun, işçileri yeterli düzeyde koruyucu hükümler içermediği gerekçesiyle Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmiştir. Vetoda, 2008/104/EC sayılı AB direktifinin temelini oluşturan istihdam ve çalışma şartlarında eşitlik esasının sağlanamadığı, bu eşitliği bozacak uygulamaların yasaklanması yönünde hükümlere yer verilmediği, bu müessesesinin yapısı sebebiyle işçinin korunmasına yönelik kurallara kanunda yer verilmesi gerektiği uygulamaya ilişkin ayrıntı ve teknik hususların ancak yönetmeliğe bırakılabileceği, aksi takdirde, yapılan düzenlemenin olumsuz uygulamalara ve çalışma barışının bozulmasına yol açılabileceği, aynı zamanda bu sistemde çalışanların sendikal haklarının tanımlanmadığı ve özel istihdam bürolarının lisans teminat tutarlarının çok düşük meblağda tutulduğu gerekçelerine yer verilmiştir.

Veto üzerine hazırlanan yeni teklifte geçici iş ilişkisi sözleşmelerinde yer alacak hususların Türkiye İş Kurumunca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği ibaresi çıkarılmış ve yerine iki yeni hüküm eklenmiş; ayrıca geçici iş ilişkisine bağlı olarak çalışanlara, emsal işçiden farklı bir işlem yapılamayacağı ve temel çalışma ve istihdam koşulları bakımından işletmede normal olarak işe alınmış olsalardı ne gibi haklara sahip olacak idiyeler o haklara sahip olacakları ve geçici iş ilişkisi kapsamında çalışanlara özel istihdam bürolarının sağladığı hizmetlerin ücretsiz olacağı düzenlenmiş; ancak yine de bu düzenlemeler veto gerekçelerini tam karşılayamamış, konunun daha kapsamlı ve bütüncül olarak ele alınması gerektiği düşünülerek tekliften de çıkarılmıştır.

Daha sonra, 22.11.2011'de Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü'nün koordinasyonu altında bu konu ile ilgili olarak bir çalışma grubu kurulmuştur. Bu çalışma grubu, 4857 sayılı "İş Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Tasarısı" ile "Geçici iş ilişkisinin özel istihdam büroları vasıtasıyla kurulmasına yönelik İş Kanunu ve 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanununda değişiklik yapan bir Tasarı Taslağı" hazırlamıştır. Bununla, özel istihdam bürosuna geçici iş

ilişkisi yapma hakkı tanınmak istenmiştir. Burada, özel istihdam bürosunun, geçici iş ilişkisi kurulması amacıyla işçi ile iş sözleşmesi düzenleyebileceği ve geçici işçi temin sözleşmesi ile de bunu çalıştıran işverene devredebileceği ifade edilmiştir. Bu durumda, işveren özel istihdam bürosu olup, sözleşme imzalanan işçi, talepte bulunan işyerinde geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştırılacaktır. Bu düzenlemede, işçiye büro işçisi, işverene özel istihdam bürosu, işçiyi geçici iş ilişkisi çerçevesinde devralan işverene de çalıştıran işveren denilmiştir. Çalıştıran işverene açık iş pozisyonlarını bildirme yükümlülüğü getirilmiş; çalıştıran işverenle özel istihdam bürosu arasındaki ilişki geçici işçi temin sözleşmesi olarak nitelendirilmiş ve süresi 4 ay olarak sınırlandırılmış, en fazla iki kez daha yenilenebileceği belirtilmiştir. Geçici işçi pozisyonunda çalıştırılan işçi sayısının işyerinde çalıştırılan işçi sayısının 1/5'ini geçemeyeceği de hüküm altına alınmıştır. Bunun yanı sıra, çalıştıran işverenin tüm çalışma koşulları açısından işyerinde kendi işçisiyle emsal iş yapan büro işçisi arasında ayırım yapamayacağı, büro işçisinin dayanışma aidatı ödemek suretiyle işyerinde toplu iş sözleşmesi ile sağlanan haklardan emsal işçi ile eşit ölçüde yararlanacağı da belirtilmiştir. Özel istihdam bürosu, göndereceği işçinin işvereni sayıldığı için, iş mevzuatından kaynaklanan tüm işçilik haklarının yerine getirilmesinden ve ödenmesinden sorumlu tutulmuştur. Geçici iş ilişkisi kurulabilecek durumların da sınırlı olarak sayıldığı ve bunların iş sözleşmesi devam eden işçinin herhangi bir nedenle iş görme edimini yerine getirememesi veya işletmenin iş hacminin öngörülemez şekilde artması hali ile aralıklı olarak gördürülen kısa süreli işler veya iş güvenliği bakımından acil işler veya işletmenin günlük işlerinden sayılmayan işler veya mevsimlik işler olabileceği belirtilmiştir.

Bu tür özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisinde, üç temel hukuki sorundan söz edilebilir. Bunlardan ilki, geçici işçilerin yasal işverenin kim olduğudur. İngiltere ve İrlanda dışındaki bütün ülkelerde geçici işçiler özel istihdam bürosunun işçisi kabul edilmektedir. İngiltere'de 1973 tarihli bir yasa ile "istihdam bürosu" ve "istihdam işletmesi" ayırımı gidilmiş, istihdam bürosu işverenler adına sürekli eleman arayan veya bulan firma; istihdam işletmesi ise, başka bir işverenin yönetiminde ve kontrolünde çalıştırılmak üzere işçi istihdam eden firma olarak isimlendirilmiştir. Bu ikinci durumda başka bir işverene gönderilen işçi, gönderildiği işverenin değil, istihdam işletmesinin işçisi sayılmaktadır. İrlanda'da ise, geçici işçiler gönderildikleri işletmenin işçisi sayılmaktadırlar.

İkinci sorun, geçici işçilerin belirli süreli iş sözleşmesiyle mi, yoksa belirsiz süreli iş sözleşmesiyle mi çalıştıklarıdır. İsveç, Almanya ve 2000 yılından itibaren de Belçika'da geçici işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile istihdam edildiği kabul edilmektedir. Hollanda'da ise, sosyal taraflar arasında imzalanan toplu iş sözleşmesi uyarınca geçici işçilerin iş sözleşmeleri üç buçuk yıl sonunda belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmektedir. Danimarka, Yunanistan ve Finlandiya'da ise geçici çalışma, temel olarak belirli süreli iş sözleşmesi ile yapılmaktadır.

Üçüncü ve en önemli sorun ise, geçici işçilerin ücret karşılığında geçici çalıştıran işverenin işyerinde çalışmak üzere devredilmesinin onların kişilik haklarını zedeleyen bir durum olup olmadığı ile geçici işçi çalıştıran işverenin benzer bir işte veya pozisyonda çalışan işçisi ile ücret, sosyal yardım, sendikal haklar ve diğer istihdam koşulları bakımından eşit işlem yükümlülüğü kapsamında bulunup bulunmadığıdır. İşçi kesimi açısından bu müesseseye en büyük itiraz, kölelik düzenini çağrıştırması nedeniyle bu kapsamda yapılmaktadır.

III. ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ (ILO) ve AVRUPA BİRLİĞİ DÜZENLEMELERİNDE ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI ARACILIĞIYLA GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ

ILO, Türkiye henüz onaylamadığı 1997 tarihli ve 181 sayılı Özel İstihdam Büroları Sözleşmesi ile, bir yandan ILO üyesi ülkelerde istihdam hizmetlerini çeşitli adlar altında yürüten özel istihdam bürolarına faaliyetlerini sürdürmelerine izin verirken, diğer yandan da ülkelere, sürdürülen bu faaliyetler çerçevesinde işçilerin ve iş arayanların bundan zarar görmelerini engellemek yani istismara karşı korumak amacıyla toplu pazarlık, fırsat eşitliği, iş kazası meslek hastalığı gibi durumlarda tazminat ödenmesi şeklinde somut yükümlülükler getirmektedir. Ayrıca, 1997 tarihli “Özel İstihdam Büroları Hakkında 188 sayılı Tavsiye Kararı” da, 181 sayılı sözleşme hükümlerini tamamlayıcı niteliğe sahip olup, sözleşmede ayrıntılı olarak düzenlenen işçilerin korunmaları ve kamu istihdam kurumları ile özel istihdam büroları arasındaki işbirliğini düzenlemektedir.

Avrupa Birliği de, 2008/104/EC direktifi ile bu eğilimi teşvik ederek ülkeler bazında oluşuma dönüştürmüştür. Avrupa Komisyonu, 1995 yılında mesleki anlamda geçici iş ilişkisi konusunda çalışmalara başlamış, ancak konu üzerinde sosyal taraflarla hemen uzlaşamamış, uzun yıllar süren çalışmalar sonucunda 2008 yılında 2008/104/EC sayılı Geçici Çalışma Direktifini yayımlamıştır. Direktif, üye devletlerin 5 Aralık 2011 tarihine kadar iç mevzuatlarını direktifte bahsedilen koşullara uyumlu hale getirmesini şart koşturmuştur. Giriş dışında 14 maddeden oluşan direktif, geçici iş ilişkisi çerçevesinde devredilen işçilere yönelik “koruyucu” düzenlemeler getirmekte, özel istihdam büroları kapsamında geçici olarak çalışan işçilerin haklarını güvence altına almakta ve bu çerçevede üye ülkeler arasındaki farklılıkları giderme amacını taşımaktadır. Böylece, AB sosyal politikasının temel öncelik alanlarından biri olan güvenceli esnekliğe uygun bir çerçeve çizilmiş olmaktadır. Güvenceli esnekliğin kapsamında; iş sağlığı ve güvenliği hükümleri, geçici işçinin çalıştığı işletmedeki sürekli istihdam olunan işçilerle aynı haklara sahip olacağına yönelik eşit işlem ilkesi de yer almaktadır.

IV. ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI ARACILIĞIYLA GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ KURULMASINI GEREKTİREN NEDENLER

Eurociett (Avrupa Özel İstihdam Büroları Konfederasyonu) 2013 yılı ekonomik raporu verilerine göre; dünyada geçici iş ilişkisi kapsamında tam zamanlı çalışan işçi sayısı 12,4 milyon, Avrupa Birliği ülkelerinde ise bu rakam 4 milyon civarındadır. AB’de çalışan tüm işçilerin % 1,6’sını (yaklaşık 700.000 kişi) geçici iş ilişkisiyle çalışan işçiler oluşturmaktadır.

Geçici iş ilişkisi ile istihdamın en sık görüldüğü işler, ülkelere göre değişiklik göstermektedir. İngiltere’de % 80 oranında hizmet ve kamu sektöründe, Fransa’da ise daha çok inşaat ve üretim sektöründe karşılaşılmaktadır. AB-15’te geçici iş ilişkisiyle istihdam edilenlerin büyük bir çoğunluğu erkek, üç İskandinav ülkesinde ise kadınlardır. Hollanda ve İngiltere’de ise geçici iş ilişkisi ile çalıştırılan erkek ve kadınların sayısı aşağı yukarı eşittir.

İşverenler, hamilelik, doğum, hastalık, kaza gibi nedenlerle oluşan personel boşluklarının doldurulması gibi geleneksel nedenlerin yanı sıra inşaat ve turizm sektörlerindeki mevsimsel işgücü talebindeki dalgalanmalar sebebiyle veya bir defaya özgü ihracat siparişlerinin yetiştirilmesi gibi işletmenin rekabet gücünün artırılması amacıyla bu tür bir hukuki ilişkiyi tercih etmektedirler. Ayrıca, özel istihdam büroları aracılığıyla geçici iş ilişkisi, geçici işçinin becerilerini göstermesi, iş deneyimi edinmesini gibi yönleriyle

sürekli işe geçişi kolaylaştırabilecek nitelikte görülmekte; kadınlar, ilk kez iş arayan gençler, özürllüer, göçmen işçiler, öğrenciler gibi bir takım dezavantajlı grupların da işgücü piyasasına girebilme imkanını sağlayabileceği düşünülmektedir. Bunun yanı sıra küçük ve orta büyüklükteki işletmeler (KOBİ'ler) açısından önemli bir hareket alanı oluşturabileceği de tahmin edilmekte; kayıt dışı uygulamaları ortadan kaldırarak suiistimalleri engelleyebileceği, işsizliği azaltabileceği ve istihdamı artırabileceği ileri sürülmektedir. Bu yolla AB müktesebatına uyum sağlamış olacağı da ifade edilmektedir.

SONUÇ

Özel istihdam büroları aracılığıyla geçici iş ilişkisi (mesleki anlamda geçici iş ilişkisi) sosyal taraflarla birlikte hükümetin, konunun olumlu ve olumsuz yanlarını iyice değerlendirerek karar vermeleri gereken konudur. Zira işçi kesiminin kölelik anlayışını yeniden canlandıracak bir düzenleme olarak nitelendirdiği bu hukuki ilişki, bu algıyı ortadan kaldıracak düzenlemelere ihtiyaç hissettirmektedir. Ancak bir esneklik söz konusu olacağı için de işsizliğe ve ekonomiye katkısı bulunacağı tahmin edilmektedir.

Şayet bu konuda bir düzenleme yapılacaksa, işçinin kişilik haklarını zedeleyecek yaklaşımdan uzak olmalı, işçi açısından güvenceli hale getirilmelidir. Geçici işçiye sürekli istihdam olunan işçilerle eşit muamele (işlem) yapılması ilkesi esas alınmalı, sendikal haklar ve toplu iş sözleşmesi boyutu gözden geçirilerek mevcut düzenlemelerle birlikte yeniden yapılandırılmalı, sosyal sigorta açısından da ortaya çıkması muhtemel sorunlar güvenceli bir yapıya kavuşturulmalıdır. Bunun yanı sıra, bu ilişkinin hangi şartlar altında gerçekleştirileceği, uygulamada çalışılabilecek süre ve geçici işçi sayısı sınırı, kapsam dahilindeki sektörler, geçici iş ilişkisi faaliyeti yürütmek isteyen büronun sağlamak durumunda olduğu şartlar, faaliyetlerine izin verilen büroların sorumlulukları gibi hususlar da işgücü piyasası dinamikleri göz önünde bulundurularak belirlenmelidir.