

Cumhurbaşkanı'nca Veto Edilen Geçici İş İlişkisindeki Ödünç İşçinin İş Sözleşmesi Sona Erdiğinde Elde Edeceği Haklar

Giriş

2003 yılında kabul edilen İş Kanunu'yla kısmi süreli çalışma, çağrı üzerine çalışma, alt işveren, geçici iş ilişkisi, kısa çalışma, özel istihdam büroları gibi çalışma hayatına esneklik sağlamayı olanaklı kılan yeni hükümler getirilmiştir.

Geçici iş ilişkisi normal iş ilişkisinden farklıdır. Normal bir iş ilişkisinde işçi ve işveren bulunurken geçici iş ilişkisinde geçici işveren de bulunmakta, üçlü bir ilişki söz konusudur. Geçici işveren geçici iş ilişkisiyle bir işçiyi yanında, kendi işletmesinde, çalıştıran işverendir.

Geçici iş ilişkisi, bir işverenin kendi işçisini aralarındaki hizmet akdi son bulmaksızın iş görme edimini nispeten geçici/kısa bir süre için gönderdiği kişinin yanında ve yönetimine tabi biçimde yerine getirmek üzere ekonomik bir karşılık elde ederek veya karşılıksız olarak bir başka işverene vermesiyle oluşan üçlü bir ilişki[1] şeklinde tanımlanmaktadır.

Geçici iş ilişkisi iki şekilde uygulanmaktadır. Birincisinde işveren işçiyi yanında çalıştırmak için işe almakta olmasına karşın çeşitli nedenlerle işçinin onayını alarak geçici bir süre için başka bir işverenin emrine vermektedir. Ülkemizde 4857 sayılı İş Kanunu ile 2003 Yılından itibaren bu tür faaliyete izin verilmektedir. İkincisinde ise işveren bu işçiyi başka işverenlere ödünç vermek için işe almakta, işçi bu işverenin yanında hiç çalışmamaktadır. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi olarak adlandırılan bu esnek çalışma modeli TBMM'ce 26.06.2009 tarihinde kabul edilen 5920 sayılı Yasanın birinci maddesiyle kabul edilmişti. Ancak Cumhurbaşkanı 5920 sayılı Kanunun mesleki anlamda geçici iş ilişkisini düzenleyen 1 inci maddesini veto etmiş, dolayısıyla yasalasamamıştır. Veto gerekçesi[2]ne baktığımızda böylesi bir düzenlemeye gerek olduğu ancak işçinin korunmasına yönelik kurallara kanunda yer verilmesi, uygulamaya ilişkin ayrıntı ve teknik hususların ise yönetmeliğe bırakılması ifadesi yer verilmiştir. Yeni yasama döneminde veto nedenleri dikkate alınarak mesleki anlamda geçici iş ilişkisiyle ilgili yeni düzenlemeler yapılacağı yüksek bir olasılıktır. 5920 sayılı Kanunun yürürlüğe giremeyen 1 inci maddesindeki kurallara göre mesleki anlamda geçici iş ilişkisi kapsamında (**diğer çalışma ilişkisinden farkını ifade etmek için ödünç iş ilişkisi olarak adlandırılacaktır**) çalıştırılacak işçinin hakları bu yazımızda incelenecektir.

Genel olarak işçi ve işveren kesimi esnek çalışma biçimini kural dışılaştırma ile bir görmektedirler. İşverenler, geçici ya da ödünç iş ilişkisinde istihdam edecekleri işçiyi her türlü kuraldan uzak biçimde çalıştıracaklarını sanırlar. Oysa esnek çalışma türlerinin yasalarla düzenlenmesindeki amaç kayıt dışılığın önlenmesi ve bu konuda yaşanabilecek istismarların önüne geçilmesini sağlamaktır.

Ödünç iş ilişkisinin maliyetleri düşürmesi işletmeler açısından önemlidir. Ücret ve iş koşulları normal iş ilişkisi kapsamında çalışanlara nazaran ödünç iş ilişkisiyle çalışanlarda daha olumsuzdur.

Özel istihdam büroları da asıl kazançlarını işçileri ödünç iş ilişkisiyle geçici işverenin yanına göndermekle, geçici işverenler de düşük maliyetli ödünç işçileri çalıştırmakla karlarını sağlamaktadırlar.

Ödünç İş İlişkisinde Geçici İşçinin Hakları.

Ödünç iş ilişkisi ile çalıştırılan işçinin haklarının ne olduğu konusunda net açıklamalar yapabilmek için bu işçinin asıl işverenle (özel istihdam bürosu) ve geçici işverenle yaptığı sözleşmenin ne tür olduğunu bilmek gerekir.

5920 sayılı Kanunun veto edilen 1 inci maddesinde, asıl işverenin geçici işverenle, yine asıl işverenle geçici işçi arasında düzenlenecek sözleşmeler belirtilmiş, geçici işverenle ödünç işçi arasında bir sözleşme düzenlenmesi hususuna yer verilmemiştir. Özel istihdam büroları ödünç vereceği işçi ile iş sözleşmesini, işçinin devredileceği işverenle geçici iş ilişkisi sözleşmesini yazılı olarak yapmak zorundaydı. **Geçici işverenle geçici işçi arasında herhangi bir sözleşme bulunmamaktadır.** Bu ödünç iş ilişkisinde geçici işverenle geçici çalışan işçi arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmamakta birlikte ödünç iş ilişkisine bağlı olarak bazı işveren hakları örneğin, işin görülmesini talep hakkı ve talimat verme hakkı bu dönemde ödünç alan işverene devredilmiştir[3].

Bu nedenle ödünç işçinin, işçilik hakları asıl işvereniyle yapacağı iş sözleşmesine göre belirlenecektir.

Ödünç İşçi İle Özel İstihdam Bürosu Arasındaki İş İlişkisi:

Sözleşme özgürlüğü ilkesine göre tüm özel hukuk ilişkilerinde taraflar, **kanunların sınırları çerçevesinde**, diledikleri tür ve içerikte sözleşme yapabilirler. İş sözleşmeleri de bu kapsamda olup işçi ve işveren, ister süreye bağlı isterse süreye bağlı olmaksızın iş sözleşmesi düzenleyebilirler.

Geçici işçi ile asıl işvereni arasında yapılacak sözleşme doğrudan 5920 sayılı Yasanın 1 inci maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, **özel istihdam bürolarının bu faaliyet için istihdam edecekleri işçilerle yapacakları belirli süreli iş sözleşmeleri, esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmesi niteliğini taşıyacaktı.**

Buna göre, ödünç işçi özel istihdam bürosu ile ilk kez iş sözleşmesi yapıyorsa bu belirli süreli iş sözleşmesi olacak, eğer bu sözleşme tekrar yapılıyorsa esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmesi niteliğini taşıyacaktır. İş Kanunu'nun 11 inci maddesine göre belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. **Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar.**

Ödünç işçi ile özel istihdam bürosu arasında ister zincirleme olsun isterse tek bir kez yapılsın düzenlenecek olan iş sözleşmesi belirli süreli olacaktır. Bu nedenle ödünç işçinin işçilik haklarını (kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, iş güvencesi ve işsizlik ödeneğini) ifade edebilmek için belirli iş sözleşmelerini irdelememiz gerekir.

Belirli Süreli İş Sözleşmeleri:

1475 sayılı Kanunda, belirli süreli iş sözleşmelerinin ne olduğuna ilişkin açık bir hükmün olmamasına karşın 4857 sayılı Kanunda bu sözleşme türü tanımlanmıştır. Tanıma göre, belirli süreli işlerde veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli iş sözleşmesidir. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması esas, belirli süreli olması ise tanımda ifade edilen unsurların gerçekleşmesi halinde istisnai olacaktır.

Belirli iş sözleşmelerinde işçi bir çok işçilik haklarından mahrum kalmaktadır. Bu nedenle İş Kanunu belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını objektif nedenlerin varlığına bağlamıştır.

Eğer bir iş sözleşmesi, süreye bağlı olarak yapılmışsa, belirli süreli yapılması konusunda objektif nedenler varsa ve yazılı yapılmışsa ortada belirli iş sözleşmesi vardır.

Belirli süreli iş sözleşmesi için öncelikle iş ilişkisi süreye bağlanmış olmalıdır. Belirli süreli iş sözleşmesi yapabilmek için objektif nedenler bulunsa bile taraflar iş ilişkisinde süre belirtmemişlerse bu iş sözleşmesi belirsiz iş sözleşmesi olarak kabul edilir.

Süre, takvime göre belirlenebilir şekilde ifade edilebileceği gibi, yapılacak işin niteliğinden, türünden veya amacından da anlaşılabilir. Örneğin izin kullanan bir işçinin işini görmesi için yeni işçi alımında, bir önceki işçinin eksik bıraktığı işlerin tamamlanmasında yeni alınan işçinin çalışacağı süre işin niteliğinden veya o işçinin işe alınması amacından anlaşılmaktadır. Ancak işin süresi takvim olarak belirtilmemiş olduğu durumlarda işçinin işin bitimiyle ya da izinde olan işçinin göreve başlamasıyla biteceği konusunda anlamış, anlaşılabilir hale getirilmiş olması gerekir.

Her süreye bağlanabilecek iş için belirli iş sözleşmesi yapılabilmesini İş Kanunu kabul etmemektedir. Eğer **işin niteliği gereği belirli süre devam etmesi, belli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi nedenler mevcutsa bu nedenler objektif neden olarak kabul edilir ve süreye bağlanmış iş sözleşmesini belirli süreli iş sözleşmesi haline getirir.**

Belirli süreli iş sözleşmesi yazılı yapılmamışsa belirsiz olduğu İş Kanunu'nun 11 inci maddesi gereği kabul edilmektedir. Çünkü 11 inci maddede süresi en az bir yıl olan belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması emredici bir kural olarak ifade edilmiştir. İş hukukunun işçiyi koruyucu özelliği bu konuda dikkate alınmaktadır.

İşçi, belirli süreli iş sözleşmesinde birçok işçilik hakkından mahrum olmaktadır. Bu nedenlerle, belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkı objektif nedenlerin varlığına bağlanmıştır. Nitekim Avrupa Birliği'nin 1999/70 sayılı Yönergesi ile 158 sayılı ILO Sözleşmesinde, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasının bazı objektif nedenlere bağlanmasının gerekli olduğu ve belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçiler arasında ayırım yapılmaması gerektiği, belirtilmiştir.

Belirli İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

Ödünç işçi ile özel istihdam bürosu arasındaki belirli iş sözleşmesi çeşitli nedenlerle sona erebilir. Aşağıda belirli süreli iş sözleşmesinin sona erme nedenlerine göre ödünç işçinin işçilik haklarından (kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, iş güvencesi ve işsizlik ödeneği) hangilerini alabileceği/kullanabileceği ifade edilmiştir.

A- Sürenin Bitimi Halinde:

Ödünç İşçinin Kıdem Tazminatı

1475 sayılı İş Kanunu'nda, kıdem tazminatına hak kazandıran fesih halleri tek tek belirtilmiş, ancak belirli süreli hizmet akitlerinin, süre bitimiyle sona ermesi halinden söz edilmemiştir. Bu nedenle, her ne kadar İş Hukuku'nda hizmet sözleşmesinin belirsiz süreli olması esas ise de, belirli süreli hizmet akdi sona erdiğinde, bu hüküm gereğince kıdem tazminatı ödenmemektedir.

Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini koruduklarından yine kıdem tazminatı hakkı doğmamaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde, öngörülen sürenin sonunda sözleşme, işverenin feshetmesine gerek kalmaksızın kendiliğinden, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın sona erer.

Bu nedenle ödünç işçinin çalışma süresi ne kadar olursa olsun, iş sözleşmesi sona erdiğinde kıdem tazminatı alamayacaktır[4].

Ödünç İşçinin İhbar Tazminatı

İş Kanununun 17 maddesinde ihbar tazminatıyla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Buna göre iş sözleşmesinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir, bildirim şartına uymayan taraf bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır.

Ancak bu hükümler, belirsiz süreli iş sözleşmeleri için geçerlidir.

Ödünç işçi, iş sözleşmesi sona erdiğinde ihbar tazminatı da alamayacaktır.

Ödünç İşçinin İş Güvencesi

İş Kanununun 18 inci maddesinde otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı ay kıdemi olan işçinin sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

Kanundaki bu düzenlemeler, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler için geçerli olup belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin böylesi bir hakkı bulunmamaktadır.

Bu nedenle, ödünç işçi iş güvencesi hükümlerinden de yararlanamayacaktır.

Ödünç İşçinin İşsizlik Ödeneği

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 51 inci maddesinin (d) bendine göre, belirli süreli hizmet akdinde belirtilen sürenin bitimi nedeniyle işsiz kalırsa işsizlik sigortasından diğer şartların taşınması halinde yararlanılmaktadır.

Ödünç işçi, iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle işsizlik ödeneği alabilecektir.

B- Ölüm Nedeniyle Sona Erme:

Ödünç işçinin ölmesi halinde kanuni mirasçıları işverenden kıdem tazminatını talep edebilirler. İşverenin ölmesi halinde, iş sözleşmesi işverenin kişiliği dikkate alınarak yapılmış ise, sözleşme sona erer, diğer durumda iş sözleşmesi ödünç işçi ile ölen işverenin mirasçıları arasında devam eder. İşverenin ölmesi halinde iş sözleşmesi sona erse bile, bu 1475/14'e göre, kıdem tazminatına hak kazandırmayacaktır.

Ölüm nedeniyle diğer işçilik haklarından ihbar tazminatı, iş güvencesi hükümlerinden yararlanılamayacak olup sadece işverenin kişiliğine bağlı olarak yapılan iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle işsizlik ödeneğinden yararlanılabilecektir.

C- Anlaşma Yoluyla (İkale) Sona Erme:

Belirli süreli iş sözleşmesi ödünç işçi ile asıl işveren tarafından ortak bir iradeyle her zaman sona erdirilebilir.

İki tarafın anlaşmasıyla sona erdirilen sözleşme nedeniyle ödünç işçi kıdem tazminatından, ihbar tazminatından, iş güvencesinden ve işsizlik ödeneğinden yararlanamaz.

D- Bildirimle Fesihle Sona Erdirme:

Belirli süreli iş sözleşmeleri bildirimli fesihle sona erdirilemez. Ancak Borçlar Kanunundaki 343 ncü maddeye göre yalnızca işçi tarafından sona erdirilebilse (ödünç iş ilişkisine uymamaktadır) bile, ödünç işçi hiçbir işçilik hakkı elde edemeyecektir.

E- Bildirimsiz Fesihle Sona Erdirme:

İşveren, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri nedeni hariç diğer nedenlerle ödünç iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce feshederse, yani sağlık nedenleriyle ya da zorlayıcı nedenle ya da işçinin gözüaltına alınması, tutuklanması nedeniyle devamsızlığı bildirim sürelerini aşması nedeniyle ödünç işçi kıdem tazminatı alabileceği gibi (4857/25-IV hariç) işsizlik ödeneğinden de yararlanabilecektir.

Ödünç işçi, belirli süreli iş sözleşmesini, haklı nedenlerle yani 4857 sayılı İş Kanununun 24 üncü maddesine göre feshederse, hem kıdem tazminatını hem de işsizlik ödeneğini alacaktır.

F- Diğer Nedenler:

Belirli iş sözleşmesi, ödünç işçi tarafından muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla, bağlı bulunduğu kanunla kurulu kurum veya sandıklarından yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla veya kadın işçinin evlenmesi nedeniyle son buluyorsa kıdem tazminatı alabilecektir. Bu nedenlerden sadece birinden (muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla) dolayı da işsizlik ödeneğine hak edebilecektir.

SONUÇ

Ödünç iş ilişkisi ile çalışacak işçilerin, asıl işverenleriyle (özel istihdam bürosu) düzenleyecekleri iş sözleşmesine göre işçilik hakları olacaktır. 5920 sayılı Kanun'un veto edilen 1 inci maddesi bu iş sözleşmesinin eğer bir kez yapılıyorsa belirli süreli iş sözleşmesi, tekrarlanarak yapılıyorsa esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmesi olduğunu hüküm altına almıştı.

Ödünç işçi ile özel istihdam bürosu arasındaki iş ilişkisi, sözleşmede öngörüldüğü gibi belirlenen sürede sona ererse kıdem, ihbar tazminatı ödenmeyeceği gibi, iş güvencesi hükümlerinden de yararlanılamayacak, yalnızca işsizlik sigortasından diğer şartların da olması halinde ödenek bağlanacaktır.

Belirli iş sözleşmesinin öngörülen sürenin sona ermesi hariç diğer nedenlerle sona ermesi durumunda ise genel olarak iş güvencesinden ve ihbar tazminatından yararlanamayacağını, şartları uygunsa kıdem tazminatından ve işsizlik ödeneğinden yararlanabileceğini ifade edebiliriz.

Yoğun bir işsizliğin sürdüğü ülkemizde çalışmak isteyenlere, böylesi haklardan mahrum yasal alternatiflerin sunulmasının çalışan pek çok işçiyi de olumsuz etkileyeceğini değerlendirdiğimizden Cumhurbaşkanı'nca Kanun'un veto edilmesi son derece yerinde olmuştur.

Bundan sonra yapılacak yeni düzenlemede ödünç işçinin "belirli süreli iş sözleşmesi" ile çalıştırılması öngörülürse sonuç değişmeyecektir. Sona erecek iş sözleşmesinde ödünç işçinin işçilik haklarına kavuşabilmesinin temeli mevcut düzenlemelere göre yalnızca "belirsiz süreli iş sözleşmesi" ile çalışabilmesi halinde olanaklı olacaktır.

[1] Ercan AKYİĞİT: İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara: Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 1995 s.25.

[2] Veto gerekçesinde özel istihdam büroları ve geçici istihdam konusunun, AB'ye uyum kapsamında olduğu, bu büroların faaliyetlerini kısıtlayan ülkelere karşı Avrupa Komisyonu'nun yaptırım uygulamasının sözkonusu olacağı, işsizliğin önlenmesi amacıyla iş piyasasının esnekleştirilmesinin doğru bir yaklaşım olduğu da belirtilmiştir.

[3] Şelale UŞEN: Avrupa Birliğinde Ödünç İş İlişkisi: İtalya Uygulaması ve Türkiye, İstanbul, Teksif, 2006, s. 309.

[4] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu YHGK, 21.12.1994 tarih ve 768/869 sayılı kararında davacının, davalıya ait özel okulda 625 sayılı Yasa uyarınca belirli süreli sözleşmelerle çalışmakta iken, işverenin sözleşmenin bitiminden önce gönderdiği ihtarname ile yeni bir sözleşme yapmayacağını bildirmesi suretiyle işten çıkarıldığını belirterek, yerleşmiş içtihatlar göre iş akdini yenilemeyeceğini bildiren işverenin sözleşmeyi feshetmiş sayıldığına karar vermiş ve bu durumda işvereni kıdem tazminatı ödemekle yükümlü tutmuştur. Kararda, sürenin bitimi ile sözleşmenin kendiliğinden sona erdiğine ilişkin görüş, somut olaya ve dairemizin içtihatlarına uygun değildir, ifadesine de yer verilmiştir. Yargıtay'ın bu kararı, belirli süreli iş sözleşmesinin süre sonunda kendiliğinden sona ereceği, süre sona ermeden önce işverenin gönderdiği ihtarname ile sözleşmeyi yenilemeyeceğini bildirmesinin fesih olmadığı gerekçeleriyle haklı olarak eleştirilmiştir.