

KISMİ SÜRELİ ÇALIŞAN İŞYERİ HEKİMİNİN KIDEM VE İHBAR TAZMİNATI HAKLARI

Av. Zeynep ŞİŞLİ*

SUMMARY

“Occupational Health Care Practitioner” is the employee that has the “medical qualification” and is obligatorily hired by employer in order to supply the occupational health care tasks by the requirement of employer’s “responsibility to protect workers” covered in Code of Work line 81. In workplaces that do not have an obligation for employing a full-time occupational health care practitioner, occupational health care practitioners are employed due to the part-time employment contract. The main topics covered in this study are the seniority and informing compensation rights of the part-time occupational health care practitioner due to the cancellation of employment contract and investigation of the legal situation.

In the introduction part, general assessment on conditions of occupational health care practice in Turkey and occupational health care practitioners serving part-time take place. In the first part, prohibition about discrimination against the part-time workers and its criteria, as well as part-time employment are explained in terms of law. In the second part, part-time occupational health care practitioner’s rights of seniority and informing compensations are discussed upon the base of their effects on professional independence, by the guidance of problems encountered in practice and Supreme Court’s decisions. In the final part it is concluded that, providing part-time occupational health care practitioner’s rights of informing compensation and seniority compensation while reinforcing them, is the reassurance of professional independence in covering occupational health care tasks and is required according to workers’ law principles.

GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu 81.maddesi ile, en az elli işçi çalıştıran işyerlerinde istihdamı zorunlu işyeri hekimi, ücret karşılığı iş sözleşmesine dayalı çalışan bir işçidir.¹ İşyeri hekiminin görev ve sorumlulukları, İş Kanunu 81.maddesi uyarınca çıkarılan “İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma

* *İstanbul Barosu Avukatı*

Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” ile düzenlenmiş olmakla birlikte, hakları ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Çalışma ilişkisi ile ilgili hak ve sorumlulukları, bu kapsamda iş sözleşmesinin sonlandırılmasında feshe itiraz ile kıdem ve ihbar tazminatı hakları açısından, 4857 sayılı yasaya tabidir. Ancak gerek yasa, gerek yönetmelik hükümlerinin uygulanmasında, iş sağlığı görevinin niteliği ve hekimlik mesleğinin özellikleri açısından, hak ve sorumluluklarının değerlendirilmesinde, tıp mesleği ile ilgili mevzuat hükümlerinin göz önüne alınması gerekmektedir.

Yönetmelik gereği zorunlu olmakla, 750 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde, çalışmasını bir işverene hasrederek tam süreli çalışan işyeri hekimleri açısından iş hukuku uygulamasında bir sıkıntı olmamakla birlikte, kısmi süreli sözleşme ile çalışan işyeri hekimleri ile ilgili tartışmalar söz konusu olabilmektedir.

Genel olarak kısmi süreli iş ilişkisi ile ilgili uygulamada ortaya çıkan farklılıkların sebebi, bu tarz bir çalışma biçiminin iş hukuku açısından yeni ortaya çıkan “esnek” çalışma biçimlerinden birisi olmasıdır. 1980’li yıllara kadar hukuken düzenlenmesini gerektirecek ölçüde rastlanmayan kısmi süreli çalışma, sanayi ötesi toplumlara geçiş sürecinde yoğunluk kazanmıştır. Teknolojinin gelişmesi ve uzmanlığın ekonomide önem kazanması ile, özellikle bilgi işlem ve benzeri konularda tam süre ile çalışması gerekmeyen, ancak işletme için istihdamı zorunlu vasıflı işçilerin, kısmi süreli sözleşmelerle çalışması olgusu ortaya çıkmıştır. Kısmi süreli sözleşme, haftanın belli günlerinde ve belirli saatlerde, haftalık çalışma süresine göre önemli ölçüde az süre ile çalışan işçilerle yapılan sözleşmedir.

İşveren, çalıştırdığı işçileri işyerinde ve/veya işe bağlı sağlık ve güvenlik risklerine karşı korumak zorundadır. Devletin görevi, sosyal devlet ilkesi gereği, en temel insan hakkı olan yaşam hakkının iş ilişkisinde sağlanması için düzenleme ve denetleme yapmaktır. İşyeri hekimi, iş sağlığı ve güvenliği için, devletin, en az 50 işçi çalıştıran işyerlerinde, hukuki olarak istihdamını zorunlu kıldığı mesleki vasfı bulunan bir işçidir. Türkiye’de ekonomik yapının gereği, küçük ve orta ölçekli işletme sayısı, büyük işletmelere göre fazladır. “İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” ile, tam gün işyeri hekimi çalıştırmak zorunda olan işyerinin en az 750 işçi çalıştırması öngörülmüş olduğundan, işyeri hekimlerinin çoğunluğu küçük ve orta ölçekli işyerlerinde, tam süreli değil “kısmi süreli sözleşme” ile çalışmaktadır.²

Haftalık çalışma süresinin tamamını bir işverene hasrederek çalışmayan işyeri hekimleri, uygulamada bu işin yanı sıra mesleğini özel hekimlik yaptığı muayenehanesi veya özel sağlık kuruluşu ya da sıklıkla rastlandığı üzere kamu

¹ Hamdi Mollamahmutoglu, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.741.

² Ziyet Özçelik-Mustafa Güler-Hakan Giritlioğlu, İşyeri Hekimliği, TTB Yayını Ankara 1997, s.13.

görevinde icra etmekte, haftanın belli günleri ve/veya belli saatlerde işyeri hekimliği yapmaktadır. İşyerinin işçi sağlığı açısından yer aldığı risk grubu ve işçi sayısına göre belirlenen haftalık ve günlük çalışma saatleri üzerinden yapılan hizmet sözleşmesi, kısmi süreli sözleşme niteliğinde olmaktadır.

Bir işyerinde tam gün çalışan bir işyeri hekimi ile ilgili olarak, kıdem tazminatı hakları yönünden, iş hukuku uygulamasında herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Kısmi süreli çalışan işyeri hekiminin kıdem tazminatı hakları konusunda, genel olarak Yargıtay kararları ile uygulama istikrar kazanmış olmakla birlikte, birden fazla işveren veya aynı işverenle farklı sözleşmeler temelinde çalışma hallerinde farklı görüşler bulunmaktadır. İşyeri hekimine ihbar öneli kullandırılması veya ihbar tazminatı ödenmesi konusunda, öğretide farklı tezler ileri sürülmekte, farklı Yargıtay kararlarının değerlendirme ve yorumu, uygulama açısından süren bir tartışmaya zemin oluşturmaktadır. Bu çalışmanın konusu kısmi süreli çalışan işyeri hekiminin iş sözleşmesinin, işveren tarafından haklı bir sebep olmaksızın feshine bağlı haklarının değerlendirilmesidir. Kısmi süreli çalışan işyeri hekiminin feshe itiraz hakları, kıdem tazminatı ile ilgili süreç içinde farklı görüşler sonucu gelinen nokta ve ihbar tazminatı konusunda süren tartışmanın irdelenmesi ile bu konudaki sorunlara değinilmesine çalışılmıştır.

I. GENEL OLARAK KISMI SÜRELİ İŞ İLİŞKİSİNDE FESHE BAĞLI İŞÇİLİK HAKLARI

A. Kısmi Süreli İş İlişkisinde Kıdem Süresinin Belirlenmesi

1. 4857 Sayılı İş Kanunu Yürürlüğe Girmeden Önce

1475 sayılı eski İş Kanunu'nda, kısmi süreli iş ilişkisinin özel olarak düzenlenmemiş olması karşısında, bu tarz bir sözleşme ile çalışan işçilerin kıdem süresinin hesaplanmasında iş hukuku uygulamasında benimsenecek yol süreç içinde gelişmiştir. Yargıtay uygulaması, önceleri, kısmi süreli çalışan işçinin kıdem süresinin, fiilen çalıştığı sürelerin toplanması ile hesaplanması yönünde idi.³ Bu Yargıtay kararları; 1475 sayılı Kanun 14.maddesinde, tam gün ya da kısmi süreli çalışma yapıp yapmamaya göre bir ayırım yapılmaksızın, “işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir” hükmünün yer aldığı, buna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin kıdem süresinin, çalıştığı günlere bakılmaksızın, akdin başlangıcı ile sona ermesi arasındaki süre olması gerektiği yönünden eleştirilmiştir. Yasa hükmündeki “her geçen tam yıl” ifadesinin ve bu ifadenin sonucu olarak ortaya çıkan, kıdem tazminatına hak kazanabilmek için en az bir yıl çalışma koşulunun, kıdem süresinin fiilen çalışılan süreyi değil, Kanununun

³ Nuri Çelik, “Kısmi Süreli Çalışmada İşçinin Kıdeminin Hesabı”, Kamu İş C:6, S:4/202,s.98.

Gerekçesinde de yer aldığı üzere, hizmet akdinin askıda kaldığı bütün durumları kapsadığını gösterdiği savunulmuştur. ⁴ Öğretide yöneltilen haklı eleştiriler üzerine Yargıtay görüşünü değiştirmiştir.⁵ İşyerine bağlılık esası ile, iş sözleşmesinin başladığı tarihten fesih tarihine kadar geçen sürenin, kıdem süresi olarak kabulüne ilişkin Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin kararları ışığında, uygulama istikrar kazanmıştır.⁶

2. 4857 Sayılı Yasada Yapılan Düzenleme ve Gerekçesi

4857 sayılı yürürlükteki İş Kanununda kısmi süreli iş ilişkisi ayrıca düzenlenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu "Kısmî süreli ve tam süreli iş sözleşmesi" başlıklı 13.maddesinde; kısmi süreli sözleşme; "*İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir*" şeklinde tanımlanmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu 13.maddesinin Gerekçesinde, hükmün düzenleme amacının, uygulamada sıklıkla görülmeye başlanan kısmi süreli çalışmaların teşvik edilmesi için, bu tür iş sözleşmesinin tanımının yapılması ve ayırımı haklı kılan nedenler olmadıkça, emsal tam süreli sözleşmeye göre çalışan işçiden farklı bir işleme tabi tutulmayacağı düzenlenmesi olduğu belirtilmektedir. Avrupa Birliği'nde Konsey tarafından 97/81 sayılı Yönerge ile yürürlüğe konulan sosyal tarafların meydana getirdikleri "Kısmi Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşması"nın, kısmi süreli çalışan işçilere yönelik ayrımcılığın ortadan kaldırması ile kısmi zamanlı çalışmanın gelişmesinin serbest irade temelinde teşvik edilmesi, işverenlerle işçilerin ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde çalışma sürelerinin esnek bir organizasyon çerçevesinde düzenlenmesine katkıda bulunulması amacına paralel bir düzenleme yapıldığı açıklanmaktadır. Gerekçede, yasa maddesinde yapılan kısmi süreli iş sözleşmesinin tanımında, bu yönerge hükümlerindeki ölçütlerin dikkate alındığı ve tam süreli iş sözleşmesi karşısında kısmi süreli söz edebilmek için "önemli ölçüde daha az" bir haftalık çalışma süresinin iş sözleşmesinde tespit edilmiş olmasının arandığı belirtilmektedir. Bu konuda gerekçede; tam süreli iş sözleşmesi için işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresinin 40 saat olduğu bir işyerinde, bu süreden bir kaç saat daha az çalışmanın değil, tam sürenin üçte ikisinden daha az olan otuz saatin altındaki haftalık çalışma süresine göre istihdam edilen işçinin sözleşmesinin ancak kısmi süreli kabul edilebileceği, örnek üzerinden açıklanmaktadır^{7 8}

⁴ Çelik, a.g.e, Kamu İş, s.98.

⁵ Öner Eyrenci, Karar İncelemesi, İş Hukuku Dergisi, Temmuz-Eylül 1991,S.378 vd.

⁶ Cevdet İlhan Günay, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.536.

⁷ Fevzi Demir, İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, TES-İŞ Sendikası Yayınları, Ankara 2003,s.131.

⁸ 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu (Gerekçeli Açıklamalı),DİSK Genel İş Eğitim Yayınları:14, Ankara 2004, s.41.

B. Kısmi Süreli Çalışan İşçiye Karşı “Ayrım Yasağı” ve Ölçütleri

4857 sayılı yasa 13.maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında, kısmi süreli çalışan işçiye, tam gün çalışan işçi karşısında ayırım yapılması yasaklanmakta⁹, işyeri uygulamasından kaynaklanan ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerinin tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödeneceği düzenlenmektedir. Emsal işçinin, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçi olduğu, işyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçinin esas alınacağı belirtilmektedir.

İş Kanunu 13.maddesi Gereğesinde, kısmi süreli çalışanlara yönelik ayrımcılığın kaldırılması hedef alınırken, tüm çalışma şartlarından yararlanmada tam süreli çalışanlarla eşit duruma getirilmelerinin düşünülmemeyeceği, aksi halde tam bir eşitsizlik ortaya çıkacağı ve ayırımı haklı kılan nedenlerin bulunması durumunda, her iki türde sözleşmelerle çalışanlar arasında farklılıklar olmasının doğal olduğu belirtilmektedir. Gereğede, bu durum örnekler üzerinden açıklanmaktadır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan bir işçinin, işyerinde haftanın iki iş günü iş görmeyi üstlendiğinde bu çalışma düzeni itibarıyla hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı gibi, öğleden sonra çalışmaya başlayan işçinin, işverenin sabahları işe başlamak üzere tahsis ettiği servis aracından veya öğle yemeğinden yararlanmasının mümkün olmadığı, bu durumun bir ayırım yapıldığı anlamında olmadığı yazılmaktadır. Bölünebilir olan ve olmayan haklar açısından; kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçinin, bölünebilir haklardan, örneğin her yıl verilen yakacak yardımından çalıştığı süreye orantılı olarak yararlanacağı, buna göre işyerinde haftalık çalışma süresi 45 saat olan tam süreli çalışan işçi yılda 60 milyon yakacak yardımı alıyorsa, haftada 15 saat kısmi süreli çalışan işçiye aynı yardımın 20 milyon olarak ödeneceği açıklanmaktadır. Gereğede, buna karşılık bölünmeyen bir haktan yararlanma şartları açısından, her iki türdeki sözleşmeler arasında bir farklılığın söz konusu olmayacağı, örneğin belirsiz süreli ve kısmi süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresinin, tam süreliye farklı olamayacağı, gerek kanuni bildirim süreleri ve gerek sözleşmeyle belirlenen sürelerin her iki sözleşme türünde aynı olabileceği belirtilmektedir. İşyerinde çalışan işçilerin kısmi süreliye tam süreliye ya da tam süreliye kısmi süreliye geçiş için işverence kolaylık sağlanmasına ilişkin düzenlemenin, ayrıca 97/81 sayılı Yönerge'nin bir gereği olduğu da kaydedilmektedir.¹⁰

4857 sayılı İş Kanunu 13.maddesinde düzenlendiği ve gereğesinde açıklandığı üzere, kısmi süreli çalışan işçilere yönelik ayırım yasaklanmakta, diğer

⁹ Öner Eyrenci-Savaş Taşkent-Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, Legal Yayınları, İstanbul 2004,s.59.

¹⁰ Fevzi Demir, İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, TES-İŞ Sendikası Yayınları, Ankara 2003,s.131-132.

işçilerle eşit işlem yapılması zorunlu kılınmakta, işyerinde uygulanan ücret ve ikramiye, prim, yakacak yardımı gibi diğer paraya ilişkin menfaatlerden, emsal işçinin hakları temelinde, çalışma sürelerine oranlı olarak yararlanmaları esas düzenlenmektedir. **Buna göre, kısmi süreli çalışan bir işçi, işyerinde uygulanan bölünebilir haklardan çalıştığı süreye oranlı yararlanacak, ancak işyeri uygulamasından bağımsız olan, bölünemeyen yasal hakları diğer işçilerle eşit olacaktır. İş hukukunda bölünemeyen hak kavramı, işyeri uygulaması, iş, işyeri ve çalışmanın özellikleri ile ilgisiz, kanundan kaynaklanan hakları ifade etmektedir. Buna örnek olarak, kanun gerekçesinde fesihle bildirim süresi verilmekle, yasa koyucunun Yargıtay kararlarında da karşılığını bulan, kıdem süresinin belirlenmesinde işçinin işyerinde haftanın kaç günü kaç saat çalışırsa çalışsın, işyerine bağlılık gereği işe başladığı tarihten fesih tarihine kadar olan sürenin kıdem süresi olarak kabulü, tazminata esas ücret ile ihbar öneleri açısından, tam gün ve kısmi süreli çalışan işçilere “eşit işlem yapılması” zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.**

Tam süreli çalışan işyeri hekimleri için tartışmasız olan işçilik hakları ile ilgili, kısmi süreli çalışan işyeri hekimi için, bu bakış açısı ile iki kategoride değerlendirme yapılması gerekmekte, bölünemeyen ve yasadan kaynaklanan hakları olan ihbar süresi, kıdem tazminatı ve yıllık izin gibi, fiilen haftalık çalışma süresine bağlı olmayan hakları açısından, tam gün çalışanlarla “eşit” haklara sahip olduğu sonucuna varılmaktadır. Kısmi süreli çalışan işyeri hekiminin, feshe itiraz ile feshe bağlı olan kıdem tazminatı ve ihbar öneli/tazminatı haklarının, tam gün çalışan işçilerle aynı koşullarda değerlendirilmesi gerekmektedir.

II. KISMİ SÜRELİ ÇALIŞAN İŞYERİ HEKİMİNİN FESHE BAĞLI HAKLARI

A. FESHE İTİRAZ VE İŞ GÜVENCESİ

1. İşyeri Hekiminin İş Güvencesi ve Mesleki Bağımsızlığı

İş mevzuatının, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili düzenlemeleri, kamu düzenine ilişkin mutlak emredici kamu hukuku kurallarıdır.¹¹ Çalışma ortamının sürdürülebilir şekilde sağlıklı kılınması ve işçi sağlığının çalışma ilişkisinden kaynaklanan zararlardan korunması, halk sağlığı kapsamında koruyucu hekimlik hizmetidir. Sosyal devlet ilkesi ve işverenin işçiyi gözetme borcunun ifadesi olarak, bu kapsamda İş Kanunu 81.maddesi ile en az 50 işçi çalıştıran işyerlerinde işverenin işyeri hekimi istihdamı ile zorunlu kılınması, emredici bir kamu hukuku kuralıdır. İşyeri hekiminin görevli kılındığı iş sağlığı hizmetlerinin kamusal niteliği işyeri hekiminin işverene karşı mesleki bağımsızlığının sağlanmasını ve bu amaçla

¹¹ Mollamahmutoğlu,a.g.e.,s.727.

iş güvencesinin güçlendirilmesini gerektirmektedir. Bir çok ülkede, işyeri hekiminin mesleki bağımsızlığının sağlanması amacıyla, görevlendirilmesinde, iş sözleşmesinin içeriğinin denetiminde ve sonlandırılmasında, işverenin iradesinin dışında, işçi temsilcileri, iş müfettişleri veya tabip odaları tarafından denetimi esas alınmaktadır.¹² Dünya Sağlık Örgütü, Uluslararası Çalışma Örgütü ve diğer uluslararası örgütlerin, iş sağlığı politikaları içinde kabul edilen bu temel ilke, sözleşme, tavsiye kararı ve belgelerinde de yer almaktadır.¹³

Türkiye’de ise, 1475 sayılı yasa döneminde, İşçi Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü 91.maddesi uyarınca çıkarılan işyeri hekimleri ile ilgili yönetmeliğin, işyeri hekiminin tabip odası aracılığı ile atanmasına dair hükmü ile 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununda yer alan görev ve yetkilere dayanılarak, bu gereklilik TTB ve Tabip Odaları tarafından yerine getirilmeye çalışılmış, ülke düzeyinde düzenleme yapılması ve uygulanması yolu ile işyeri hekiminin haklarının iş sağlığı hizmetlerini yerine getirmeye uygun ölçüde sağlanması ve denetimi amaçlanmıştır. Ancak TTB’nin bu alandaki çalışmaları, özellikle yasal yetkilerinin sınırları temelinde, işveren örgütleri tarafından sürekli tartışma konusu yapılmış, bazı bilim adamları tarafından işveren görüşleri desteklenmiştir.¹⁴ 4857 sayılı yasa 81.maddesi gereği, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 16 Aralık 2003’de Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve eski yönetmeliği yürürlükten kaldıran, “İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”de, işyeri hekiminin tabip odası aracılığı ile görevlendirilmesine dair hüküm yer almamış, işyeri hekiminin iş sözleşmesinin bağlanması ve sonlandırılmasında, işveren örgütlerinin savunageldiği üzere, tarafların iradesi ve “sözleşme özgürlüğü”mutlak olarak kabul edilmiş, ilgili Genel Müdürlüğe durumun bildirilmesinin düzenlenmesi ile yetinilmiştir. TTB, hazırlandığı aşamada Yönetmelik taslağının düzeltilmesi amacıyla Bakanlığa ilettiği, ancak dikkate alınmayan, uluslararası hukuki kaynaklar, ülke örnekleri ve bilimsel değerlendirmeler çerçevesindeki görüşleri temelinde, Yönetmelik hükümlerinin iptali istemi ile Danıştay’a başvurmuştur.¹⁵

TTB’nin açtığı davaya konu yönetmelik maddelerinin yürütmesinin durdurulması isteminin reddi ve itiraz sonucu İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun kısmi yürütmenin durdurulması kararlarının, önceki yönetmelik hükmü ve TTB uygulamaları çerçevesinde, benzer argümanlarla değerlendirilmesi

¹² Güzel, , “Dünyada ve Ülkemizde İşyeri hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu-24 Mayıs 2003 Ankara, TTB Yayınları, s. 59.

¹³ Avrupa’da İş Hekimliği: Kapsam ve Yeterlilikler, Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Çevre ve Sağlık Merkezi Bilthoven, TTB Yayını, Ankara 2002,s.66.

¹⁴ Ömer Ekmekçi, “İşverenlerin İşyeri Hekimi Bulundurma Zorunluluğu ve Tabip Odalarının Yetkisine İlişkin Sorunlar”, MESS Mercek Dergisi, Nisan 2001, s.80 vd.

¹⁵ www.ttb.org.tr, Ağustos 2006.

yapılmıştır.¹⁶ Bu değerlendirmede, eski Yönetmelik 7.maddesinde yer alan hükmün, işverenlere işyeri hekimi bulma konusunda bir yardım niteliğinde olduğu, tabip odalarının hukuki boşluktan yararlanarak işverenin hangi işyeri hekimi ile çalışacağını kendileri tarafından belirlenmesi, işyeri hekimlerinin münhasıran kendileri tarafından hukuka aykırı sözleşmelerin imzalanması, ücret tarifelerinin ve sözleşme yenileme dönemlerinde işyerinde çalışan işçi sayısı ve benzer nitelikte pek çok bilginin kendilerine verilmesi koşulu ile istihdam edilmesi şeklinde uyguladıkları yolunda görüşler ifade edilmektedir. İşyeri hekimlerinin tabip odası aracılığı ile görevlendirilmesi ve iş sözleşmelerini denetiminin, mesleki bağımsızlığının güvencesi olduğu yolundaki TTB görüşüne katılmadığını belirten yazar, yeni Yönetmeliğe alınmamasının ve yürütmesinin durdurulması istemlerinin kabul edilmemesinin isabetli olduğunu savunmaktadır. Bu savunmasını, tabip odalarının bir hekimin imzalayacağı sözleşmenin içeriğini belirlemesinin hekimin mesleki bağımsızlığı ile ilgisinin tartışmaya son derece açık olduğunu ve hekimin sadece işverene karşı olan bağımsızlığından söz etmenin mümkün olmadığını, ayrıca yeni Yönetmeliğin 23.maddesinde işyeri hekimlerinin mesleki bağımsızlık ilkesine yer verildiği görüşleri ile gerekçelendirmektedir.¹⁷ Bu konuda, aynı yazar bir başka eserinde, TTB'nin işyeri hekimleri için deontolojik açıdan asgari ücret belirlemesinin, 6023 sayılı yasada bu konuda düzenlenen yetkinin serbest çalışan hekimlerin muayene ücretleri ile sınırlı olduğu yorumu ile, yasaya aykırı olduğunu, benzer durumdaki özel hastanelerde çalışanlar için asgari ücret belirlenmemesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmekte, “*nihayet işverenlerin bulunduracakları işyeri hekimini serbestçe seçmelerinin mümkün olduğu*” sonucuna varmaktadır.¹⁸ İş sağlığı ve güvenliği kavramının amacının, işçinin sağlığının korunması olduğu tespit edilmesine rağmen, iş sağlığı hizmetlerinin sorumlusu¹⁹ olan işyeri hekiminin görevlerinde mesleki bağımsızlığına ilişkin Yönetmelik 23.maddesinde düzenleme yapılmasının tek başına yeterli olup olmadığı, mesleki bağımsızlığının kime karşı güvence altına alınmasının ve etkili olması için nasıl düzenlenmesinin gerektiği, güvencesiz bırakılmasının iş sağlığı hizmetlerine etkisini irdelememektedir. Aynı konuda, farklı bir bakış açısı ile, işyeri hekiminin işçi statüsünde olduğu konusunda tereddüt olmamakla birlikte,

¹⁶ Ömer Ekmekçi, “İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğe İlişkin Danıştay’ın Yürütmeyi Durdurma Kararları ve Hukuki Etkileri”, MESS Sicil Dergisi, Yıl 1,Sayı 1, s.145.

¹⁷ Ömer Ekmekçi, “İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğe İlişkin Danıştay’ın Yürütmeyi Durdurma Kararları ve Hukuki Etkileri”, MESS Sicil Dergisi, Yıl 1,Sayı 1, s.145.

¹⁸ Ömer Ekmekçi, 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal yayınları, İstanbul 2005, s.96-102.

¹⁹ A.Murat Demircioğlu,”Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de İşçi sağlığı ve İşyeri Hekimliği”, Prof.Dr.Kemal Oğuzman’a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli komitesi, Ankara 214,s.214.

onun herhangi bir işçi olmadığına, işyerinde bir insan hakkı olan insan sağlığı ile ilgili bir görev yürüttüğünün gözden kaçırılmaması gerektiği belirtilmekte, konunun insan sağlığını ilgilendirmesi ve hekimlik mesleğinin özelliklerinin işveren ile işyeri hekimi arasındaki sözleşme özgürlüğüne iş mevzuatı dışında bazı sınırlamaların getirilmesine olanak tanıdığı savunulmaktadır.²⁰ Bu konuda TTB'nin 6023 sayılı yasada düzenlenen görev ve yetkilerinin yeterli açıklıkta olmadığı yolunda, bir önceki yazarınkine benzer bir görüş ifade edilmekle birlikte, "İşyeri hekiminin kamu sağlığı ve koruyucu sağlık hizmetlerini yürütmesi ve Birliğin (TTB kastediliyor) kamu kurumu niteliği, yasal dayanağı bulunmak koşuluyla, Birliğe bu konuda düzenleme yapma yetkisi verebilir. Türk Tabipleri Birliğinin bu konudaki görev ve yetkilerine ilişkin açık yasal düzenlemelerin getirilmesi uygulamada ortaya çıkan tereddütleri gidermek açısından yararlı olacaktır"²¹ şeklinde, aynı noktadan hareketle çok farklı bir sonuca varılmaktadır. Olması gereken hukuk açısından, TTB'nin görev ve yetkilerine ilişkin açık yasal düzenlemelerle yetkilendirildiği takdirde, bu konuda düzenleme yapmasının mümkün ve uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi açısından yararlı olacağı belirtilmektedir. Sonuç olarak ise, işyeri hekimlerinin feshe karşı yeterince korunmuş olmaları gerektiğini, İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin maddeleri işyeri hekimleri hakkında da uygulanmakla birlikte, bir çok yabancı ülke hukukunda olduğu gibi hekimlerin iş güvencesi konusunda diğer işçilerden farklı özel yasal düzenlemelerin yapılmasının iş sağlığı ve güvenliğine daha uygun düşeceğini tespit etmektedir.²² İş hukukunun, sosyal tarafların kendi çıkarları üzerinden yürüttüğü süreklilik arz eden tartışmalar üzerinden gelişen niteliği, bu konuda da kendisini göstermekte, benzer hukuki tespitlerden hareket edilmesine rağmen, bakış açılarının farklılığı çok değişik sonuçlara varılmasına yol açmaktadır. Sosyal devlet ve işçi lehine yorum ilkeleri, önceliğine iş sağlığı hizmetlerinin niteliğini ve bu işi yapan hekimin mesleki bağımsızlığını esas alan görüşün tercih edilmesini ve bu noktadan hareketle bu konudaki önerilerin geliştirilmesini gerekli kılmaktadır. İş sağlığı kavramının ve işyeri hekimliği hizmetlerinin kamusal niteliği gözetilmeksizin, sosyal devlet ve yaşam hakkı ile ilişkisi üzerinden değerlendirilmeksizin, yasa maddelerinin şekli yorumu üzerinden ulaşılan sonuçları ifade etmekle yetinen yaklaşımların, bu konuda taraf olan işverenlerin yaptığı; Tabip Odalarının uygulamalarının, 6023 sayılı TTB Kanunu hükümlerinin "kendileri tarafından, yine kendileri ve meslektaşları lehine çarpıtılarak yorumlanması yolu ile çıkarılan sonuçlar" olduğu ve Anayasa'nın çalışma ve çalıştırma özgürlüğünü düzenleyen hükümlerine aykırılık yolu ile Anayasal bir suç işledikleri yolundaki değerlendirmelerden daha fazla bir katkı oluşturmayacağı açıktır.²³ Gerçekten, işverenleri de konunun önemi ve yasal yükümlülüklerine etkisi üzerinden aydınlatma yolu ile, sadece ücret ve

²⁰ Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2006,s.682.

²¹ Süzek,a.g.e.,s.684.

²² Süzek,a.g.e.,s.685.

sözleşmenin bağtlanması “özgür”, tek başına “muktedir” olma sınırlı penceresinin ötesinde, bakış açılarını genişletmelerini sağlama ve kamusal bir denetimin gerekliliği yolunda ikna etme çabası, iş sağlığı hizmetlerinin niteliği karşısında, hukukun ve bilimsel düşüncenin gereğidir.

TTB'nin açtığı dava sonucunda, Danıştay kararı ile, anılan Yönetmeliğin tabip odasının işyeri hekiminin atanmasında belirleyiciliği ve denetim yetkisini ortadan kaldıran 25.maddesi, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu 4., 5. ve Ek Madde 1 gereği, işyeri hekiminin atanmasında ilgili Tabip Odası'nın onayının gerektiği hususunun kuşkusuz olduğu gerekçesi ile iptal edilmiştir. Ayrıca işyeri hekiminin iş akdine son verilmesi ile ilgili Yönetmelik 26.maddesinde, sözleşmenin herhangi bir nedenle geçerliliğini yitirmesi halinde, bu durumun taraflarca üç iş günü içinde Çalışma Bakanlığı İşçi Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü'ne bildirilmesinin düzenlenmesi ile yetinilmesi, işyeri hekiminin görevine son vermede, işverenin fesih yetkisinin her koşulda varlığı ve geçerliliğinin kabul edilmesi, işyeri hekiminin görevin özelliği gereği işveren ve işçilere karşı bağımsızlığının korunması gereğine aykırı bulunmuş, Uluslar arası Çalışma Örgütü(ILO)'nun 161.sayılı sözleşmesi 10.maddesi ile 112 sayılı Tavsiye Kararında, bu hususun açıkça düzenlendiği ve ulusal mevzuatta işyeri hekiminin işe alınması ve işten çıkarılmasının özel bir statüye kavuşturulmasının, işçilere ve işverene karşı mesleki bağımsızlığının sağlanması için zorunlu olduğunun belirtildiği gerekçesi ile, ayrıca 6023 sayılı yasa 5.maddesinde öngörülen tabip odasına bildirim yükümlülüğünü de öngörmediği gerekçeleri ile iptal edilmiştir.²⁴

Danıştay, Yönetmelik 25. ve 26.maddelerinin, işyeri hekiminin işe alınması ve iş sözleşmesinin feshinde tek başına işverenin iradesinin mutlak kabulü sebebi ile, görevinin gerektirdiği mesleki bağımsızlığının güvencesini sağlamadığını, meslek odasının görev ve yetkileri çerçevesinde değerlendirerek, bu durumun hukuka ve yasaya aykırı olduğunu tespit etmiştir. Danıştay kararı ile kabul edildiği üzere, hukuksal olarak, Uluslar arası Çalışma Örgütü(ILO) Sözleşme ve Tavsiye kararları ile 6023 sayılı yasa gereği, işyeri hekimliği yapılabilmesi için, yerel Tabip Odası'ndan çalışma onayı alması ve iş akdinin feshinde tabip odasına bildirimde bulunulması zorunludur.

İşyeri hekiminin, mevzuatımız çerçevesinde, yargı kararı ile ancak teslim edilen, diğer işçilerden farklı tek güvencesi, çalışma onayı ve bildirimle sınırlı tabip odası denetimidir. Ancak bunun yeterli olmadığı bellidir. Olması gereken, iş sağlığı ve güvenliği görevlerinin niteliği ve özelliği gereği, mesleki bağımsızlığının sağlanması için, iş kanununda tüm işçiler için düzenlenen güvencenin, işyeri

²³ Ali Nafiz Konuk, “İşyeri Hekimi İstihdamında Geline Son Nokta”, MESS Sicil Dergisi, Eylül 2006, Yıl 1,Sayı 3, s.81.

²⁴ Danıştay 10.Dairesi 2004/1253 E.-2006/1658 K. sayılı ve 28.02.2006 günlü kararı, www.ttb.org.tr ,erişim tarihi Ağustos 2006.

hekimini ile birlikte diğer iş sağlığı ve güvenliği çalışanları açısından güçlendirilmesidir. İşyeri hekiminin iş sözleşmesinin feshinde, işverenin iradesinden bağımsız bir kamu erkinin onayı aranmalıdır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarında görevli işçi ve işveren vekillerinin de “işçi” olması ve Türkiye’nin özgül koşullarında işsizlik baskısı altında bulunmaları, ayrıca bir iş güvencelerinin düzenlenmemiş olması karşısında, işyeri hekiminin görevlendirme ve feshinde, işverenden bağımsız davranmaları beklenemez. Çalışma Bakanlığı ise, mevcut koşulları içinde, uygulamada teftiş görevlerini dahi yerine getirememektedir. Hekim iş müfettişi bulunmamaktadır. Üstelik hekimin deontolojik açıdan denetimi ve güvencesi için, bu konuda görevli, özerk ve bağımsız bir kamusal kuruluşun etkin hale getirilmesi daha uygundur. Hekimlik mesleğinin halk sağlığı ilkeleri içinde ve kamu yararına geliştirilmesi ile görevli kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan TTB ve Tabip Odalarının, işyeri hekiminin işe alınması, iş sözleşmesinin denetimi ve son bulmasında onayının aranması, mesleki bağımsızlığının sağlanması için en uygun çözüm olacaktır. Tabip Odalarının asgari ücret belirlemesi ve diğer tüm işlemleri, hukuksal olarak idari işlemler niteliğinde olup, herhangi bir sebeple haklı olmadığı düşünülüyor durumda, idari yargı yolu açıktır. Bir kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan TTB ve Tabip Odalarının, işyeri hekiminin iş güvencesini sağlamada daha güçlü görevlerle donatılması, iş sağlığı açısından olumlu olacaktır gibi, iş sözleşmesinin tarafları açısından da, tüm işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açık bulunduğundan herhangi bir sıkıntı veya yakınmaya neden olması mümkün değildir. Ancak böyle bir düzenleme yapılmadığı sürece, işyeri hekimleri diğer işçiler gibi İş Kanunu’nda düzenlenen iş güvencesi hükümlerine dayanarak feshe itiraz hakkına sahiptir.

2. 4857 sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Feshe İtiraz

4857 sayılı İş Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile, hukukumuzda işverenin iş sözleşmesini feshinde mutlaka geçerli bir sebebe dayanması zorunlu hale gelmiştir. İş Kanunu 17.maddesine göre, bildirim süresine uyularak belirsiz süreli iş akdinin feshinde işverenin dayanabileceği geçerli sebepler, işin ve işletmenin gereği ya da işçinin davranışları veya veriminden kaynaklanan sebepler olabilir. Feshin son çare olması ilkesi esas alınarak, en az 30 işçi çalışan bir işyerinde çalışan en az 6 ay kıdemli ve işyerinin bütününe sevk ve idareye yetkili işveren vekili olmayan belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin, feshin bildirildiği tarihten itibaren bir ay içinde başvurusu halinde, işin ve işletmenin gereği veya işçinin verimi ya da davranışlarının hukuken iş akdinin feshi için geçerli sebep olup olmadığı, işverenin gösterdiği somut sebep üzerinden yargı yeri tarafından denetlenir. İş Kanunu 19.maddesine göre işveren, fesih bildirimini yazılı yapmak ve sebebini açık ve kesin olarak bildirmek zorundadır. İş akdinin feshinde yasal usule uyulmaması veya gösterilen sebebin geçerli olmadığına karar verilmesi hal-

inde, Mahkeme işçinin işe iadesi ile en çok 4 aya kadar boшта kaldığı süreye ilişkin ücret ve sosyal haklarının ödettilmeslne, süresinde işçinin başvurusuna rağmen işe almama halinde ayrıca işverenin ödeyeceğı 4 ila 8 aylık ücret tutarında tazminata hükmeder. İşe almama tazminatı Sendikalar Kanunu 31.maddesinin yollaması ile, sendikal sebeple feshin kabulü halinde işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere takdir edilir. İş sözleşmesinin tam yada kısmi süreli olmasının iş güvencesi hükümlerinden yararlanma bakımından bir önemi bulunmamaktadır.²⁵ Bu yasal kurallar, işyeri hekimi açısından da geçerlidir. İşyeri hekimlerinin, sözleşmede belirlenen ücretin altında ücretle çalışmayı kabul etmemesi sebebi ile işverence iş sözleşmesinin feshi ve benzeri geçerli olmayan fesih hallerinde işe iade davaları Mahkemelerce kabul edilmekte ve Yargıtay tarafından onanmaktadır.²⁶ İş Kanunu 21.maddesinde düzenlenen, feshe itiraz için gerekli koşulların bulunmadığı(en az 30 işçi çalışan bir işyeri veya altı aylık kıdem koşullarından birinin sağlanmaması gibi), ancak iş akdinin feshinin kötüniyetli olduğu hallerde, işe iade davası açılmamakla birlikte, işyeri hekimi ihbar tazminatının dışında ayrıca ihbar tazminatının üç katı tutarında kötüniyet tazminatı talep edebilir.

B. FESHE BAĞLI TAZMİNAT HAKLARI

İşyeri hekiminin, iş sözleşmesinin işveren tarafından geçerli sebeple feshi halinde, bu feshe bağlı kıdem ve ihbar tazminatları ile ilgili uygulamada karşılaşılan özel durumlar aşağıda irdelenmektedir.

1. KIDEM TAZMİNATI

1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte kalan 14.maddesi, kıdem tazminatına hak kazanma koşulları ile bu tazminatla ilgili temel esasları düzenlemektedir. Bir işçi olarak, kısmi süreli çalışan işyeri hekiminin iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazanacak koşullarda feshedildiğı halde, kıdem süresi ve buna bağlı tazminatın miktarı, kısmi süreli işçilerle ilgili öğreti ve Yargıtay uygulaması ile belirlenmektedir.

a. Kıdem Süresi ve Tazminata Esas Ücret

Tam gün çalışan her işçi gibi, işyeri hekimi açısından da, haklı bir sebep olmaksızın iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi halinde kıdem tazminatına

²⁵ Osman Güven Çankaya-Cevdet İlhan Günay-Seracettin Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.188.

²⁶ Yargıtay 9.HD.2005/36163 E.-39149 K. Sayılı ve 12.12.2005 günlü onama kararı(Karşıyaka 1.İş Mahkemesi 2005/225-651 K.ve 21.09.2005 günlü işe iade kararı ile ilgili), Yargıtay 9.HD.2005/34317 E.-36783 K. Sayılı ve 21.11.2005 günlü onama kararı(İzmir 2.İş Mahkemesi 2005/191-614 K.ve 22.09.2005 günlü işe iade kararı ile ilgili), Yargıtay 9.HD.2005/29545 E.-31574 K. Sayılı ve 28.09.2005 günlü onama kararı(Karşıyaka 1.İş Mahkemesi 2005/121-485 K.ve 04.07.2005 günlü işe iade kararı ile ilgili)-yayımlanmamış kararlar.

esas süre ile ilgili herhangi bir tartışma yoktur. Ancak işyerinde çalışan işçi sayısının tam gün çalışan işyeri hekimini istihdam zorunluluğu getirmediği, haftanın belli günleri ve/veya günün belli saatlerinde kısmi süreli sözleşme ile çalışan işyeri hekimleri ile ilgili yargı kararları, kısmi süreli çalışan işçiler için olduğu gibi, zaman içinde gelişerek, yerleşik hale gelmiştir.²⁷

Kısmi süreli çalışan işyeri hekiminin kıdem süresinin, tam süreli ya da kısmi süreli çalışmasına bakılmaksızın, işe başladığı tarih ile fesih tarihi arasında, iş sözleşmesi ile bağlı olduğu süre olarak kabulü yönünde yerleşik hale gelen uygulama, aynı zamanda mevzuat ile tanımlanan görevlerini yerine getirmekle yükümlü, “beyaz yakalı”, mesleki uzmanlığı olan ve maktu aylıkla çalışan bir işçi olma vasfının hukuki sonucudur.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2001/6063, K. 2001/8620 Ve 21.5.2001 günlü örnek kararında; *“Davacı, davalı işveren yanında işyeri hekimi olarak 11.2.1992 - 31.12.1998 tarihleri arasında haftada iki gün part-time bir çalışma usulü ile çalışmıştır. Buna göre davacının ücreti tesbit edilmiştir. Ne var ki mahkemece hükme varılırken çalışma gün sayıları toplanarak davacının hizmet süresi 718 gün bulunmuş ve buna göre kıdem tazminatına karar verilmiştir. Oysa dairemizin yerleşik içtihadına göre davacının hizmeti 6 yıl 10 ay 20 gün sürmüş olup son ücreti göz önünde tutularak sonuca varılmaktadır. Kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir”* hükmü, kısmi süreli çalışan işyeri hekiminin kıdem süresinin belirlenmesinde hizmet süresinin bir bütün olarak dikkate alınması gerektiğini gerekçeli olarak açıklanmaktadır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2004/9961, K. 2004/27728 Ve 13.12.2004 günlü kararında yer alan; *“Davacı işyeri hekimi olup, hizmet sözleşmesine göre haftada beş gün yaklaşık iki saatten ayda toplam 41 saat çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu şekilde çalışma, kısmi süreli çalışmadır. Kısmi süreli çalışma hallerinde, kıdem tazminatı hesabında davacıya kısmi süreli çalışma karşılığı olarak ödenen aylık ücreti dikkate alınmalıdır. Buna karşın mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda; aylık ücreti, kısmi süreli çalışma esasına göre azaltılarak kıdem tazminatı hesabı yapılmıştır. Karar bu yönüyle hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”* gerekçesi, 4857 sayılı yasanın yürürlüğü ile, yasal olarak tanımlanan kısmi süreli sözleşme ile çalışan işyeri hekiminin, tazminata esas ücretinin aylık ücreti olması gerektiğini göstermektedir.

4857 sayılı İş Kanunu gerekçesinde, Kanun ile, kısmi süreli çalışan işçilere yönelik ayrım yasağının, diğer işçilerle eşit işlem yapılması zorunlu kıldığı, işyerinde uygulanan ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerden çalışma sürelerine oranlı olarak yararlanmaları esasının düzenlendiği belirtilerek, örnekleri ile açıklanmakta, ancak bölünebilir olmayan haklarının çalışma süresi gözetilmeksizin diğer işçilerle aynı olduğu vurgulanmakta ve örnek olarak ihbar süreleri verilmektedir. İhbar süresinin, bölünebilir olmayan bir hak olarak, kısmi süreli ve tam süreli işçiler açısından aynı olması, kıdem süresi ve kıdem tazminatı

²⁷ Ziyet Özçelik-Mustafa Güler-Hakan Giritlioğlu, İşyeri Hekimliği, TTB Yayını Ankara 1997, s.52.

hesabına esas 30 günlük ücretinin de, tam gün çalışan işçilerle eşit ve tam olarak dikkate alınmasını zorunlu kılmaktadır.

Kısmi süreli çalışan işyeri hekiminin bölünebilir olmayan yasal hakları çerçevesinde, kıdem tazminatının, haftada kaç gün ve günde kaç saat çalıştığına bakılmaksızın, iş akdinin sürdüğü zaman olan kıdem süresi için, son aylık ücreti esas alınarak hesaplanması zorunludur. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin yerleşik kararları, İş Hukuku esasları ve İş Kanunu'na uygun olarak, bu yöndedir.

b. Aynı Tarihler arasında Birden Çok İşyerinde Çalışma Halinde Kıdem Tazminatı

Kısmi süreli çalışan işçinin, tam süre ile çalışan işçiden farklı olarak, kalan sürede başka işyerlerinde çalışması söz konusu olabilir. Özellikle mesleki vasfı olan, "beyaz yakalı" işçilerin emeğine, işverenin yapılan işin gereği olarak, üretim veya hizmette diğer işçilerden farklı olarak, tam gün ihtiyaç duymaması ve işçilik maliyetini düşürme amacıyla kısmi süreli iş sözleşmesi ile istihdamlarını, bir "esnek çalıştırma" modeli olarak tercih etmesi, sıklıkla rastlanan bir durumdur. Mesleki vasfı olan "beyaz yakalı" işçi bu durumda, sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını karşılayacak ölçüde gelir elde edebilmek ve yaşamını idame ettirebilmek için zorunlu olarak, kalan zamanda da çalışmak zorundadır.

Bir işyeri hekimi, küçük ve orta ölçekli bir işletmede, haftanın belli günleri ve/veya günün belli saatlerinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmasının yanı sıra, muayenehanesinde veya özel sağlık kuruluşlarında sözleşmeli serbest hekimlik de yapmakta veya başka işyerlerinde çalışmakta, ya da kısmi süreli işyeri hekimliğini, 2368 sayılı yasada kamu görevlisi sağlık personeli için tanınan serbest çalışma hakkını kullanarak, kamu görevinin yanı sıra yapmaktadır. Kamu ya da özel işverenlerin farklı olması ve iş ilişkisinin farklı sözleşmeler veya görev ilişkisine bağlı olması halinde, çalışmasını tek bir işverene hasretmeyen işyeri hekiminin feshe bağlı haklarının, bu kapsamda kıdem tazminatının, aynı zaman diliminde başka işverenler nezdinde farklı gün ve saatlerde çalışmasından etkilenmemesi, hukuk ve yasa gereği olup, Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.²⁸

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin 1990/12075 E.-1991/3125 K.sayılı ve 28.02.1991 günlü örnek kararında; işçinin "aynı süre içinde değişik işverenlerin işyerlerinde kısmi çalışmış olmasının sonucu değiştirmeyeceği" gerekçesi ile, aynı zaman diliminde birden çok işyerinde çalışmanın kıdem süresini eksiltmeyeceğini ve kıdem tazminatı uygulamasını değiştirmeyeceğine hükmedilmektedir.

İşçinin, tek bir kısmi süreli sözleşmeye dayalı olarak, aynı işverene ait birden çok işyerinde çalışması, aynı sözleşme temelinde işin değişik işyerlerinde

²⁸ Örnek, Şükran Ertürk-Karşıyaka 1.İş Mahkemesi 2005/121 E.sayılı dosyaya sunulan bilirkişi raporundan (Yargıtay 9.HD.2005/29545 E.-31574 K. Sayılı ve 28.09.2005 günlü kararı ile onanan Karşıyaka 1.İş Mahkemesi 2005/121-485 K.ve 04.07.2005 günlü kararına konu işe iade davası ile ilgili)-yayımlanmamış.

görülməsi, kısmi süreli sözleşmeyi ve işverenin bu sözleşme sonucu yasadan kaynaklanan sorumluluklarını etkilemez. Aynı işverenin değişik işyerleri için farklı kısmi süreli sözleşmeler yapması ve bu sözleşmelerde ayrı ücret ve çalışma koşulları belirlemesi halinde ise, farklı zamanlarda ve değişik sebeplerle sona erdirilmeleri mümkün iki bağımsız sözleşme söz konusu olduğundan, işverenin her iki sözleşmeden kaynaklanan hukuki sorumlulukları ayrı olacaktır ve sözleşmenin aynı anda feshedilmesi de bu sonucu değiştirmeyecektir.²⁹ İşyeri hekimi, tarafların hak ve yükümlülükleri ile ücret ve diğer koşullar açısından birden çok ve bağımsız kısmi süreli sözleşme ile, aynı işverenin değişik işyerlerinde farklı günler ve/veya günün farklı saatlerinde çalıştığı durumda, sözleşmelerin feshi halinde, her bir sözleşme için ayrı kıdem tazminatı hak edecektir. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi 2004/19515 E.-2005/9536 K.sayılı ve 23.03.2005 günlü ilamı ile, benzer durumda bir işyeri hekiminin kıdem tazminatı alacaklarını, tek bir işveren ve bu işverene ait farklı işyerlerine günlük mesaisini harcayan kişi olması nedeniyle iki ayrı kıdem tazminatına hak kazanmadığı görüşü ile tek bir kıdem tazminatı alacağı olarak kabul eden ve buna göre kıdem tazminatı tavanının uygulanması sonucu bakiye alacağı olmadığına hükmeden İş Mahkemesi kararının; “*Davacı davalıya ait işyerlerinde ayrı ayrı iş sözleşmeleriyle kısmi süreli olarak çalışmıştır. Her bir iş sözleşmesi birbirinden bağımsız olduğundan 1475 sayılı İş Kanununun 14/7.maddesi uyarınca hesaplanan kıdem tazminatlarının tek tavana tabi tutulması isabetli değildir. Bu durumda iki kıdem tazminatı ayrı ayrı tavan esas alınarak hüküm altına alınmalıdır*” gerekçesi ile, oy çokluğu ile bozulmasına karar vermiştir. Bu karara muhalif başkan ve bir üyenin karşı oyunda; işyeri hekimine iki ayrı kısmi süreli sözleşmeye dayanılarak iki ayrı ücret ödenmesinin, kendisine iki kez işçi sıfatı kazandırmayacağı, aksi yorumun İş Kanunu 14.maddesinde yer alan; “*hizmet akdinin devam etmiş veya fasilalarla akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır*” ve “*aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı veya ikramiye ödenmez*” kurallarına aykırılık teşkil edeceği gerekçesi ile, mahkeme kararının bu yönden onanması gerektiği görüşü yer almaktadır. İş Kanunu 14.maddesinin belirtilen fıkraları, aynı zaman dilimi içinde farklı sözleşmelerle çalışılma durumu için değil, ancak farklı zamanlarda gerçekleşen ve “tek bir hizmet akdine konu iş ilişkisi”nden söz edilebildiği durumlar için, “aynı kamu ya da özel işveren”e karşı geçerlidir. Tarafların iradelerinin birden çok işyeri için, tek bir hizmet akdi yerine, birden çok bağımsız kısmi süreli sözleşme yapma noktasında birleştiği durumda, Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin belirtilen kararına, karşı oyunda yer alan görüşlere, iş hukukunun temel esasları ve “işçi lehine yorum” ilkesi çerçevesinde katılmak mümkün olmamaktadır.³⁰ Her biri, diğerinden bağımsız koşullar içeren ve farklı gerekçelerle feshedilebilmesi mümkün olan iki ayrı iş sözleşmesine dayalı

²⁹ Devrim Ulucan, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, 25-29 haziran 2003, Çeşme,s.59.

çalışmaların, sırf aynı tarihte feshi nedeniyle veya sırf işverenin aynı olması sebebi ile, tarafların baştan iki ayrı sözleşme tercihine rağmen tek bir sözleşme olarak kabulü, var olan maddi gerçekliğe ve iş hukuku kurallarına uygun bulunmamaktadır.

2. İHBAR TAZMİNATI

Geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshi halinde, işverenin sözleşme ile artırılması mümkün olan, İş Kanunu 17.maddesinde düzenlenen işçinin kıdem süresine uygun asgari ihbar sürelerini kullanarak ve iş arama izni vererek fesih yapması gerekmektedir. İşveren ihbar süresini beklemeden iş akdini feshettiği takdirde, iş hukukunda “ihbar tazminatı” olarak adlandırılan bildirim sürelerinin ücretini peşin ödemek zorundadır. İşyeri hekiminin, iş hukuku kuralları çerçevesinde işveren tarafından iş akdinin feshinde, bildirimsiz fesih hakkı veren yasal haklı sebepler olmadığı durumda, diğer işçiler gibi bildirim sürelerine uyulması, uyulmadığı durumda ihbar tazminatı ödenmesi gerekmektedir.

a. İşyeri Hekiminin İş Sözleşmesinin Feshinde İhbar Öneli

4857 sayılı yasada işyeri hekimleri için farklı bir düzenleme yapılmamaktadır. 4857 sayılı yasa 17.maddesinde, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerektiği, iş sözleşmesinin fesih bildiriminden, işçinin kıdemine göre değişen 2 ila 8 hafta sonra, feshedilmiş sayılacağı ve bu sürelerin asgari olup sözleşme ile artırılacağı düzenlenmektedir. İşyeri hekiminin iş sözleşmesinde, yasal asgari ihbar süresini artıran bir hüküm bulunmadığı takdirde, kıdemine göre İş Kanunu 17.maddesinde düzenlenen sürelerle tabi olunacaktır. Türk Tabipleri Birliği tarafından düzenlenen tıp sözleşmelerde, iş akdinin feshi için bildirim süresi 3 ay olarak belirtilmektedir. Bildirim süresinin 3 ay olarak belirlenmesinin sebebi, yapılan işin niteliği ve işçinin hekim vasfı göz önüne alınarak, 224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun.³¹ ile, temel sağlık hizmetlerinde sözleşme ile görevlendirilmesi öngörülen hekimler için, sözleşmenin feshinde üç ay önce bildirim zorunluluğu getirilmesinin emsal kabul edilmesidir

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu 4.maddesi c)bendi ile düzenlenen “*halkın sağlığını korumaya,..., İş Kanunu ile sosyal kanunların ve bunlara bağlı nizamname ve talimatname hükümlerinin tatbikatında meslek ve meslektaşların hak ve menfaatlerini korumaya, her türlü iş tevziinin adilane bir surette düzenlenmesine çalışmak*” görevleri ile 5.maddesinde düzenlenen, aynı ilkeler temelinde hekimin ikinci mesleki faaliyeti için tabip odası yönetim kurulundan izin alma zorunluluğu çerçevesinde, 1475 sayılı eski İş Kanunu döneminde yürürlükte olan “İşyeri hekimlerinin

³⁰ Meryem Turan, Kısmi Süreli Çalışmalarda Kıdem Tazminatı Sorunu (yayımlanmamış çalışma) İstanbul, 2003.

³¹<http://ttb.org.tr/mevzuat>, erişim tarihi Ağustos 2006.

Çalışma Şartları İle Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik”in 7.maddesi ile düzenlenen işyeri hekimi atanmasının yerel tabip odası vasıtası ile yapılacağına ilişkin yetkilerine dayanarak, kamu kurumu niteliğinde Anayasal bir meslek kuruluşu olan birlik ve odalar, bu alanı düzenlemek için gerekli çalışmaları yapmışlardır. İşyeri hekimliği alanında, hizmetin iyi yapılması ve hekimin iş güvencesinin sağlanması için tip sözleşme, denetim ve onay yetkisinin bir parçası olarak hazırlanmış ve uygulanmıştır. 4857 sayılı yasanın 81.maddesi gereği, 16.12.2003’de çıkartılan “İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Yönetmeliği”ne, bu yönetmelik ile yürürlükten kaldırılan eski yönetmelik 7.maddesi alınmamış ve meslek kuruluşunun atama yetkisi ile buna bağlı tip sözleşme uygulaması kaldırılmak istenmiştir. Danıştay 10.Dairesi 2004/1253 E.-2006/1258 K. sayılı ve 28.02.2006 günlü kararı ile, anılan Yönetmelik 25.maddesi, tabip odasının atanma ve denetim yönünden 6023 sayılı yasa 4.,5. ve Ek.1.maddelerinde düzenlenen yetkilerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.³² Fesih bildiri sürelerinin uzatılması, diğer yasal önlemlerin yanı sıra, işçinin iş güvencesini sağlamaya yönelik yöntemlerden birisidir.³³ Tabip Odalarının atama yetkisinin bir parçası ve denetim aracı olan, işyeri hekimliği sözleşmesinin Tabip Odası tarafından düzenlenen özel koşulları içeren tip sözleşmeye uygun yapılması, bu kapsamda 224 sayılı yasaya paralel düzenlenen 3 aylık ihbar süresinin esas alınması, işyeri hekiminin yaptığı işin kamusal niteliği sebebi ile, işverenin haklı sebep olmaksızın feshine karşı özel olarak korunmasının gerekliliği ve iş güvencesi sağlaması yönünden, hukuka ve hakkaniyete uygundur.

Hukukumuzda, iş sağlığı görevinin niteliği gereği özel olarak korunması gerektiği halde, işyeri hekimlerinin iş güvencesi ile ilgili farklı bir düzenleme yapılmamıştır. Kamu gücünü kullanan bir otorite sıfatıyla, 6023 sayılı yasa 4.maddesinde düzenlenen görev ve yetkileri çerçevesinde, işyeri hekimliğinin kamusal görev boyutu itibarıyla yerine getirilmesinde hekimler açısından denetleme ve düzenleme yetkisine sahip olan³⁴ meslek kuruluşunun, tip sözleşmelerde ihbar önelini iş güvencesi sağlayacak şekilde düzenlemesi ile, bu gerekliliğin yerine getirilmesi ve eksikliğin giderilmesi, iş sağlığı açısından desteklenmesi gereken bir durumdur. İşyeri hekiminin sözleşmesinde, İş Kanunu 17.maddesinde düzenlenen ihbar sürelerini artıran bir koşula yer verilmiş olması halinde, yasa gereği bu ihbar süresine taraflarca uyulması ve işverenin uymadığı halde, bu sürenin karşılığı ücreti ihbar tazminatı olarak ödemesi hukuken gereklidir.

³² <http://.ttb.org.tr/güncelhukuk> , erişim tarihi Ocak 2007.

³³ Şükran Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 169.

³⁴ Celal Erkut, “İdare Hukuku Açısından İşyeri Hekimliğine Yaklaşım ve Türk Tabipleri Birliğinin Rolünün Kısa Bir Değerlendirilmesi”, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu-24 Mayıs 2003 Ankara, TTB Yayınları, s.104.

b. İşyeri Hekiminin İhbar Tazminatına Hak Kazanması

İşverenin belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir sebep olmaksızın ve ihbar sürelerine uyulmaksızın feshi halinde, İş Kanunu 17.maddesinde belirtildiği üzere ihbar tazminatı ödemesi gerekmektedir. İşyeri hekimleri ile ilgili, iş hukuku uygulaması, genel olarak belirsiz süreli iş sözleşmesine dayalı çalışıklarının kabulü temelinde, kanuna uygundur.³⁵ İhbar tazminatları ile ilgili uygulama da, genel olarak bu doğrultudadır.³⁶ Ancak son dönemde, Yargıtay'ın, işyeri hekiminin niteliği konusunda farklı bir değerlendirme ile ihbar tazminatının hak edilemeyeceğine ilişkin verdiği bazı kararlar bulunmaktadır. Bu kararların gerekçesi, işyeri hekiminin nitelikli bir işçi olmasıdır ve bazılarında Türk Tabipleri Birliği İşyeri Hekimi Çalışma Onay Yönetmeliği gereği her yıl çalışma onayının yenilenmesinden de söz edilmektedir. Yargıtay, bu gerekçelerin iş sözleşmesinin belirsiz süreli kabulünü engelleyen esaslı neden olduğu görüşü ile, birer yıllık dönemlerle yenilenen belirli süreli akit olduğunu kabul ederek, ihbar tazminatı talep edilemeyeceği sonucuna varmaktadır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2003/20073, K. 2004/9321 Ve 22.4.2004 günlü kararında; işyeri hekimi olarak işyerinde birer yıllık belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalışmış olması, Türk Tabipler Birliği İşyeri Hekimi çalışma Onayı Yönetmeliğinin 7. maddesinde çalışma onayının her yıl Şubat ayı sonuna kadar yenileneceğinin düzenlenmesinden söz edilerek, nitelikli bir işçi olduğu ve esaslı bir neden bulunduğundan birden fazla yapılan hizmet sözleşmesinin belirli süreli olma niteliğini koruduğu, bu nedenle ihbar tazminatının hüküm altına alınması hatalı olduğu gerekçesi yer almaktadır. Hukuken “nitelikli işçi”nin, işyerinde yaptığı işin sürekli olma niteliğine rağmen, belirli süreli sözleşme ile çalıştırılmasını haklı kılan objektif bir neden olmadığından, işyeri hekimleri için yasadan kaynaklanan bir sebep de bulunmamaktadır. Bu yargı kararı gerekçesi haksızdır. Yargıtay'ın bu yöndeki görüşünün yerleşik olmamasına ve aksine bir çok iş mahkemesi kararının, bu karardan sonraki tarihlerde onanmasına rağmen³⁷, halen bilirkişi raporlarında dikkate alınması ve uygulamada etkili olması sebebi ile irdelenmesinde yarar bulunmaktadır.

(1) İş Sözleşmesinin Belirli Süreli Kabulünde “Nitelikli İşçi” ve “Esaslı Sebep”

İş Kanunu 11/1.maddesi gereği, “*belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak*” işveren

³⁵ Dipnot 24'de yer alan yargıtayın onadığı mahkeme kararları, sözleşmenin belirsiz süreli olmasına dayalıdır.

³⁶ Örnek olarak, Yargıtay 9HD. 2006/13962-32984 ve 14.12.2006 günlü ilamıyla onanan İzmir 2.İş Mahkemesi 2004/1144 E.-2006/166 K.ve 28.03.2006 günlü ilamı(yayınlanmamış)

³⁷ Dipnot 32.

ve işçi arasında yapılan sözleşmeler belirli süreli kabul edilebilir.³⁸ İşyeri hekiminin yaptığı iş, “iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması” ile ilgili olmakla, niteliği gereği ne zaman biteceği belli değildir. İşyeri hekimliği, belirli süreli olmayan bir iştir ve süresi belirli bir olgunun ortaya çıkmasına bağlı değildir. Kanun maddesinde, belirli süreli iş akdinin yapılmasını mümkün kılan objektif koşullar belirtildikten sonra, “gibi” sözcüğü ile benzer hollere uygulanması kabul edilmekle birlikte, “işçinin nitelikli olması” bu kapsamda kabul edilemez.

Öğretide de, Yargıtay’ın bu görüşü eleştirilmektedir. Durumun özelliğine göre işin niteliğinin, belirli süreli iş akdinin kurulmasına olanak tanınmasının, işçinin nitelikli olması ile bir ilgisi olmadığı haklı tespiti yapılmaktadır; “*İşçi nitelikli olsa da, gördüğü iş niteliği itibarı ile belirli süreli değilse belirli süreli iş akdi yapılamaz. Bu nedenle kanunımıza göre Yargıtay’ın görüşünün aksine, niteliği itibarıyla zaman içinde sürekli olarak devam edip giden hemşirelik işinin sırf “nitelikli” iş olması nedeniyle belirli süreli kabulü mümkün değildir*”³⁹ denmektedir. Bir yıllık sözleşme yapılması halinde dahi (birden çok yenilenmiş zincirleme sözleşme olmasa bile), İş Kanunu gereği belirsiz süreli sözleşme olarak kabulü gerekmektedir. Tarafların sözleşmeyi diledikleri türde yapabilme özgürlüklerinin sınırını, düzenleyici başka kural yoksa, dürüstlük kuralları çizer ve süresi belli olmayan işlerde baştan beri belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmış olması dürüstlük kuralına aykırıdır.⁴⁰ İş hukukunda, yeni kanunun 11.maddesinde de belirtildiği üzere, esas olan belirsiz süreli iş sözleşmesidir ve belirli süreli kabulü belli koşullara bağlıdır. İşyeri hekimliği sözleşmesinin, belirli süreli kabulü için objektif bir esaslı sebep veya yasal neden bulunmamaktadır. İşyeri hekiminin yaptığı iş süreklidir ve belirli bir süre için sözleşme yapılması halinde dahi, İş Kanunu gereği baştan belirsiz süreli kabulü gerekir.

Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesinde Yargıtay’ın “yapılan işin mahiyeti” veya “işçinin niteliği”ni ölçü alarak, “işçi nitelikli değilse süresi belirli hizmet akdi düzenlenmesini gerektirecek bir neden yok demektir” görüşü ile, bir çok uyuşmazlıkta yasaya uygun olmayan sonuçlara varılması da, öğretide eleştirilmiştir. 4857 sayılı yasanın 11.maddesinde, belirli süreli sözleşme yapılabilmesinin ölçütünün, işin veya işçinin nitelikli olması değil, iş sözleşmesinin niteliği gereği belirli süreli olması olduğu ve ancak işin niteliğinden kaynaklanan bir neden varsa belirli süreli sözleşme yapılabileceği, süreklilik taşıyan hemşirelik ve doktorluk hizmetinin belirli süreli kabul edilmesinin yasa ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.⁴¹ Bu konuda öğretide yer alan görüşlerin aksini savunmak mümkün değildir. Yargıtay’ın kararları, Kanunun lafzına uygun olmadığı gibi, aks-

³⁸ Fevzi Demir, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, Anadolu Matbaacılık, İzmir 2003, s.28.

³⁹ Sarper Sözek, İş Hukuku, Beta Yayını, İstanbul 2006, s.203.

⁴⁰ Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri Cilt I, DEÜ Yayını Ankara 1998, s.169-170.

ine niteliği gereği “sürekli” olan bir işte çalışan “nitelikli işçi”nin, o işin yapılmasında istihdamının gerekliliği tartışılmaz olduğundan, belirsiz süreli sözleşme ile çalıştırılmasının kabulü için esaslı sebep konusudur. Nitelikli işçinin verimi ve davranışları ya da işin ve işletmenin gereği (örneğin o işin işyerinde artık yapılmaması ve benzeri) olan, kanunun öngördüğü geçerli veya haklı sebep halinde belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshi, yasal çerçevede mümkündür. Ancak iş sözleşmesinin belirli kabul edilmesi, kanunun özüne ve lafzına aykırıdır. En az 50 işçi çalıştıran işyerinde istihdamı zorunlu işyeri hekiminin, yaptığı işin niteliğinin sürekli olması sebebi ile, “nitelikli işçi” olduğu gerekçesiyle sözleşmesinin belirli süreli kabulü, hukuka aykırıdır.

(2) Çalışma Onayının Yenilenmesi ve “Belirli Süreli Sözleşme”

Çalışma onayının, iş sözleşmesinin tarafı olmayan tabip odası tarafından her yıl yenilenmesi, sözleşmenin her yıl yenilenmesi anlamına gelmemektedir. Sözleşmenin tarafları olan işyeri hekimi ve işverenin iradesinden bağımsız olan bu sebep ileri sürülerek, sözleşmenin belirli süreli olduğunun kabulü de mümkün değildir. Sözleşmenin taraflarından bağımsız olarak, tabip odasının sözleşmenin uygulanmasını denetiminin ifadesi olan çalışma onayının, tarafların her çalışma onay tarihi itibarı ile sözleşmenin devam etmeyeceğini kabul iradesi anlamına gelmediği bellidir. 6023 sayılı yasa 5.maddesi çerçevesinde, hizmetin iyi yapılması için, işçi sayısının artması halinde, çalışma süresini gerekli düzeye yükseltme veya bir ikinci işyeri hekimi istihdamını önerme ve sözleşme şartlarının uygulanmasını denetleme amaçlı Tabip Odası çalışma onayı yenileme süreci, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve daha da önemlisi bu tarihler itibarıyla feshin taraflarca kabulü anlamına gelmediğinden, tarafların ihbar yükümlüğünü ortadan kaldıran nitelikte veya yinelenen sözleşmenin belirli süreli niteliğini devam ettirecek esaslı bir sebep değildir. İş sözleşmesinde, her yıl Ocak ayında yenileneceği esasına yer verilmiş olması, işyeri hekiminin üyesi bulunduğu ilgili meslek kuruluşundan alınan çalışma onayının geçerli olduğu süreye ilişkin olup, iş sözleşmesinin süresine ilişkin değildir, işyeri hekimliği görevi iş mevzuatındaki emredici düzenlemeler gereği sürekli bir nitelik taşımakla, yasanın 11.maddesinde belirlenmiş olan objektif bir neden bulunmamaktadır.⁴² Kaldı ki, yukarıda belirtildiği üzere, sözleşmede, herhangi bir süre düzenlenmiş olması, belirli süreli kabulüne imkan vermez, yapılan işin niteliği gereği baştan belirsiz sürelidir. Sözleşmede ihbar süresinin belirtilmiş olması da, bunun bir diğer göstergesidir. Tabip Odasının yıllık çalışma onayı ve

⁴¹ Savaş Taşkent, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, YİHKD Semineri 2004, Ankara 2006, s.56-57.

⁴² Erhan Birben, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Karşıyaka 1.İş Mahkemesi 2006/11 E.sayılı dosyasına sunulan bilirkişi görüşünden, aynı doğrultuda Murat Akı, İzmir 2.İş Mahkemesi'nin onanan 2005/191 E.sayılı dosyasına sunulan bilirkişi görüşünden(yayımlanmamış)

herhangi bir sebeple işyeri hekiminin iş sözleşmesinin belirli süreli kabulü haksız ve iş hukukuna uygunsuzdur. Sözleşmenin taraflarından bağımsız, onay makamının denetim yetkisi, sözleşmeyi belirli süreli hale getirmez.

(3) Asgari Süreli Belirsiz İş Sözleşmeleri

Asgari süreli iş sözleşmeleri, tarafların süreli fesih hakkının asgari bir süre ile sınırlandırıldığı belirsiz süreli iş sözleşmeleri olarak tanımlanmaktadır; “*Taraflarca bağtlanan asgari süreli iş sözleşmeleri, İş Kanunu 11.madde 1.fıkıradaki düzenlenen belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin sınırlamaların dışında kalır. Çünkü belirsiz süreli sayılması gereken bu tür iş akitleri, işçinin iş güvencesinden ve feshe bağlanan tazminatlardan yararlanmasına bir engel oluşturmazlar. Taraflarca belirlenen asgari süre içinde, bir haklı nedenle derhal fesih nedeni ortaya çıkmadıkça, sözleşme işveren tarafından (süreli fesih yolu ile) sona erdirilemeyeceğinden, işçi iş güvencesinden yararlanır. Asgari süreden sonra ise sözleşme esasen belirsiz süreli iş akitlerinin kurallarına tabi olur*”⁴³ İşyeri hekiminin yaptığı iş niteliği gereği sürekli olmasına rağmen, belirli süreli sözleşme düzenlenmesi halinde, “Asgari Süreli Belirsiz İş Sözleşmesi” olarak kabul edilebilmektedir.

İşyeri hekiminin asgari ücreti ile ilgili bir uyuşmazlıkta, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin E. 2003/20073, K. 2004/9321 Ve 22.4.2004 günlü bozma kararına muhalif bir üyenin karşı oy gerekçesinde; işyeri hekimi ile yapılan sözleşmede belli bir işin tamamlanması koşuluyla işe alınmadığının açık olduğu, hekimin yaptığı işin sona erme anının bilinebilir veya öngörülebilir işlerden olmadığından, taraflar arasındaki sözleşmenin belirli süreli olarak kabulüne olanak bulunmadığı belirtilmekte, ancak tarafların aralarındaki ilişkinin devamı için asgari bir süre kabul etmekle, sözleşmenin sona erme tarihini belirledikleri, gerçek iradelerinin belirli bir süre için feshi ihbar hakkını ortadan kaldırmak olduğu ve bu şekildeki asgari süreli iş sözleşmelerinin, asgari bir süre ile güvence altına alınmış belirsiz süreli iş sözleşmelerinden olduğu, davacı ile davalının baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi bağtladıkları sonucuna varılmaktadır.⁴⁴ Görüldüğü üzere, her ne şekilde düzenlenirse düzenlensin, işyeri hekimliği sözleşmesinin belirsiz süreli kabul edilmesi gerekmektedir.

(4) İşyeri Hekimliği Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Kabulünün Önemi

İşyeri hekimi sözleşme koşullarına uygun görevini yaptığı sürece, işverenin işyeri hekimini değiştirme hakkı bulunmamaktadır. Aksine yapılan işin niteliği gereği, tek başına işverenin bu kararı vermemesi gerektiği, karşılaştırmalı diğer ülke örnekleri ile kabul edilmektedir. Alman İşyeri Hekimleri, Güvenlik Mühendisleri ve İş Güvenliği İle İlgili Diğer Uzman Personel Hakkında Kanun 9.madde 3.fıkrasında, “*işyeri hekimleri ile iş güvenliği uzmanları, işçi temsilciliğinin onayıyla görev-*

⁴³ Süzek, a.g.e.,s.211.

⁴⁴ www.kazanci.org.tr, erişim tarihi Ağustos 2006.

endirilirlir ve azledilirler. Görevlerinin genişletilmesi ve kısıtlanması konusunda da aynı kural geçerlidir” hükmü yer almaktadır. Fransız Hukukunda, işyeri hekiminin işverene karşı mesleki bağımsızlığını etkin kılmak amacıyla, işten çıkarmalara karşı özel olarak korunması, işçi temsilcilerine paralel düzenleme ile sağlanmış ve 2002 yılında çıkarılan “Sosyal Modernleşme Yasası” ile pekiştirilerek, iş akdinin feshi için iş müfettişinin izni zorunlu kılınmıştır.⁴⁵

İşyeri hekimi, herhangi bir nitelikli işçi değildir. İşçi sağlığı ve iş güvenliği alanında görevli ve istihdamı yasa ile zorunlu kılınan bir işçidir. Bunun anlamı çalıştırma sırasında, işten ve işyerinden kaynaklanan sağlık ve güvenlik risklerinin engellenmesi ve denetimi, bir başka deyişle işçinin iş ilişkisinde “yaşam hakkı”nın korunması ile görevli, işveren sorumluluğunda, ancak devlet denetiminde olan “iş sağlığı ve güvenliği” kamusal hizmetinin yerine getirilmesi için çalışan bir işçi olmasıdır. Bu sebeplerle, işverenin işyeri hekimini, belirli süre ile sınırlı çalıştırabileceğini ve birer yıllık dönemlerle, sürenin sonunda iş sözleşmesini yenilememe hakkının olduğunu, yenilemeyecekse feshi ihbar sorumluluğunun olmadığını kabul etmek, işyeri hekimini görevlerini gereği gibi yapmada işveren karşısında güçsüz bırakacağından kabul edilemez.

Böyle bir kabul, iş sağlığı görevlerinde titiz davranarak, işvereni zorlayan işyeri hekiminin iş sözleşmesinin, işveren tarafından en geç bir yılın sonunda sonlandırılmasını meşru kabul etmek anlamına gelir. İşini kaybetme baskısı altındaki işyeri hekiminin görevlerini layığı ile yapamamasına, göstermelik bir çalışan haline gelmesine neden olacak bu durum, işyeri hekiminin zorunlu istihdamının amacı olan iş sağlığına zarar verecektir. Kamusal iş sağlığı görevlerini, mesleki bağımsızlığını sağlayacak feshe karşı yeterli korunma olmaksızın yapması beklenen işyeri hekiminin, haklarının güvence altında olmaması, insani ve hukuki açıdan sorumlu kılınacağı bu alanda güçsüz bırakılması, ayrıca haksızdır.

SONUÇ

İşyeri hekiminin sözleşmesinin kısmi süreli olması, kıdem süresi ve tazminata esas ücret yönünden diğer işçilerden farklı bir işleme tabi tutulmasını gerektirmez. Bölünemeyen yasal nitelikte olan feshe bağlı hakları, feshe itiraz ile kıdem ve ihbar tazminatları yönünden, tam gün çalışan bir işçi ayrımsız eşit durumdadır ve tazminatları aynı esaslarla hesaplanarak ödenmek zorundadır. İşyeri hekiminin aynı işverenin veya farklı işverenlerin birden çok işyerinde farklı kısmi süreli iş sözleşmelerine dayanarak çalışması, her bir bağımsız iş sözleşmesinden kaynaklanan haklarını azaltmaz. Kamuda çalışan veya

⁴⁵ Ali Güzel, “Dünyada ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu-24 Mayıs 2003 Ankara, TTB Yayınları, s.59.

muayenehane hekimliği yapan işyeri hekiminin, ayrıca kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışması, bağımsız iş ilişkisinden doğan haklarını etkilemez.

İşyeri hekiminin görevini layığı ile yapabilmesi için meslek odasının işyerinde işçi sayısı ve işyeri hekiminin diğer mesleki faaliyetleri ve benzeri konularda yıllık çalışma onayları vasıtası ile denetimi, kamusal nitelikteki iş sağlığı hizmetlerinin, bir kamu kurumu tarafından denetimidir. Bu amaçla çalışma onayı yenilenmesi veya bir başka biçimde yapılan denetim, işyeri hekiminin iş sözleşmesinin belirli süreli olduğunun kabulü için yasal bir sebep olamaz. Sözleşmede her yıl Tabip Odasından çalışma onayı alınacağına düzenlenmesi, sözleşmeyi birer yıllık sürelerle uzayan ve taraflarca bu sürelerde sözleşmenin sona ermesinin kabul edildiği belirli süreli bir sözleşme haline getirmez. İşyeri hekiminin nitelikli bir işçi olması, işin sürekli niteliği karşısında, sözleşmeyi belirli hale getirmez. Aksine işyeri hekimliği sözleşmesinin asgari süre olan ilk bir yıl içinde, işverence haklı sebebin varlığı dışında, bildirim sürelerine uyulmakla dahi feshi yasaklanan, baştan beri belirsiz süreli bir sözleşme olarak kabulü gerekmektedir. Aksinin kabulü, yasaya ve sözleşmeye uygun olmadığı gibi, sonuçları itibarı ile işçi sağlığı amacına ve kamu yararına aykırıdır.

İşyeri hekimliği sözleşmesi belirsiz sürelidir ve feshetmek isteyen tarafın, bildirimden önce gerekçe olabilecek haklı bir sebebi yoksa, sözleşmede belirlenen veya yasa ile düzenlenen ihbar süresine uygun bildirimde bulunması, aksi durumda diğer tarafa ihbar tazminatı ödemesi zorunludur.

İşyeri hekimisi, işverenin feshine karşı iş güvencesi hükümlerinden yararlanarak itiraz edebilir ve işe iade davası açabilir. Ancak olması gereken, iş sağlığı görevlerinin kamusal niteliği ve işverence bu sebeple karşı karşıya gelme olasılığı veya zorlayıcılığı gerektiren özellikleri sebebiyle, işyeri hekiminin feshine karşı daha güçlü bir şekilde korunması ve feshin geçerliliğinin kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan Tabip Odalarının etkin olduğu bir onay mekanizmasına tabi kılınmasıdır.

KAYNAKÇA

4857 Sayılı Yeni İş Kanunu (Gerekçeli Açıklamalı),

DİSK Genel-İş Eğitim Yayınları:14, Ankara 2004.

AKI,Murat İzmir 2.İş Mahkemesi'nin Yargıtay 9.HD.2005/34317-36783 sayılı ve 21.11.2005 günlü kararı ile onanan 2005/191 E.sayılı dosyasına sunulan bilirkişi görüşünden(yayımlanmamış)

BİR BEN, Erhan Karşıyaka 1.İş Mahkemesi 2006/11 E.sayılı dosyasına sunulan bilirkişi görüşünden(yayımlanmamış)

ÇANKAYA, Osman Güven, “Türk iş Hukukunda İşe İade Davaları”, Yetkin Yayınları,

GÜNAY,Cevdet İlhan, Ankara 2006

GÖKTAŞ, Seracettin

ÇELİK, Nuri “Kısmi Süreli Çalışmada İşçinin Kıdeminin Hesabı”, Kamu İş C:6, S:4/202.

DEMİR, Fevzi İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, TES-İŞ Sendikası Yayınları, Ankara 2003

DEMİR, Fevzi Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, Anadolu Matbaacılık, İzmir 2003.

EKMEKÇİ, Ömer 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal Yayınları, İstanbul 2005.

EKMEKÇİ,Ömer “İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğe İlişkin Danıştay'ın Yürütmeyi Durdurma Kararları ve Hukuki Etkileri”, MESS Sicil Dergisi, Yıl 1,Sayı 1.

ERKUT, Celal “İdare Hukuku Açısından İşyeri Hekimliğine Yaklaşım ve Türk Tabipleri Birliğinin Rolünün Kısa Bir Değerlendirilmesi”, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu-24 Mayıs 2003 Ankara, TTB Yayınları

ERTÜRK, Şükran İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayınları, Ankara 2002

ERTÜRK, Şükran Karşiyaka 1.İş Mahkemesi 2005/121 E.sayı dosyaya sunulan bilirkişi raporundan (Yargıtay 9.HD.2005/29545 E.-31574 K. Sayılı ve 28.09.2005 günlü kararı ile onanan Karşiyaka 1.İş Mahkemesi 2005/121-485 K.ve 04.07.2005 günlü kararına konu işe iade davası ilgili)-yayımlanmamış.

EYRENCİ, Öner Karar İncelemesi, İş Hukuku Dergisi, Temmuz-Eylül 1991.

EYRENCİ, Öner- Bireysel İş Hukuku, Legal Yayınları, İstanbul 2004

TAŞKENT, Savaş-ULUCAN,Devrim

GÜNAY, Cevdet İlhan İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2003

GÜZEL, Ali “Dünyada ve Ülkemizde İşyeri hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu-24 Mayıs 2003 Ankara, TTB Yayınları.

www.kazanci.org.tr, erişim tarihi Ağustos 2006 vd.

KONUK, Ali Nafiz “İşyeri Hekimi İstihdamında Geline Son Nokta”, MESS Sicil Dergisi, Eylül 2006, Yıl 1, Sayı 3.

MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004

Hamdi ÖZÇELİK, Ziyet-GÜLER, İşyeri Hekimliği, TTB Yayını Ankara 1997

Mustafa-GİRİTLİOĞLU, Hakan

SÜZEK, Sarper İş Hukuku, Beta Yayını, İstanbul 2006

www.ttb.org.tr, erişim tarihi Ağustos 2006 vd.

TURAN, Meryem Kısmi Süreli Çalışmalarda Kıdem Tazminatı Sorunu (yayımlanmamış çalışma) İstanbul, 2003.

ULUCAN, Devrim Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, 25-29 Haziran 2003, Çeşme