

4857 SAYILI İK'NA GÖRE İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA VE İŞ İLİŞKİLERİNDE EŞİT İŞLEM YAPMA YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE BUNLARA AYKIRI DAVRANMASI DURUMUNDA KARŞILAŞACAĞI YAPTIRIMLAR

Yrd. Doç. Dr. Hakan KESER
Dokuz Eylül Üniversitesi
İİBF. Öğretim Üyesi

GİRİŞ

AB normları ve Uluslararası çalışma yaşamındaki gelişmeler göz önünde tutularak TBMM'ce kabul edilen ve 10.06.2003 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, eski 1475 sayılı İş Kanunu'nda olduğu gibi işvereni belirli nitelikleri taşıyan kişilerle iş sözleşmesi yapmakla ve iş ilişkisinin her aşamasında işçilere karşı eşit işlem yapmakla yükümlü tutmuştur. Zaman zaman eski 1475 sayılı İK'da yer alan düzenlemelere benzer nitelikte düzenlemeler içeren yeni İK, eski Kanunda yer almayan bazı yeni düzenlemeler de içermektedir.

Çalışmamızda ilk olarak 4857 sayılı İK'da yer alan ve işvereni belirli nitelikteki kişilerle iş sözleşmesi yapma yükümü altına sokan düzenlemeler eski 1475 sayılı İK'da yer alan düzenlemelerle karşılaştırılarak ele alınacaktır. Bu bölümü takiben de , nispeten İş Hukuku mevzuatımız açısından daha yenilik taşıyan bir düzenleme olan ve 4857 sayılı İK'nun 5 inci maddesinde geniş biçimde düzenlenmiş olan işverenin eşit işlem yapma borcu incelenecektir.

I – İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE BUNA AYKIRI DAVRANMASININ SONUÇLARI

A – İşverenin İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğü Kavramı

Bilindiği üzere, hukuk düzeni bireylere istedikleri biçimde hukuki ilişkiler kurmak, değiştirmek ve ortadan kaldırmak hakkını tanımıştır. Bireylere tanınan bu hakka ise kısaca "irade özerkliği" adı verilmektedir. Anayasa'mızın 48 inci maddesi

de "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir" diyerek sözleşme özgürlüğünü güvence altına almış ve gerekçesinde de kanunların bu hürriyetleri ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabileceğini belirtmiştir¹.

Sözleşme özgürlüğü, genellikle iki anlamda kullanılmaktadır: Bunlardan ilki sözleşme yapmak serbestisi yani, fertlerin herhangi bir sözleşme yapıp yapmamak ve sözleşmeyi dilediği kimseyle yapmak serbestisi; ikincisi ise tarafların yapacakları sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi düzenleme serbestisidir². Sözleşme özgürlüğü, esas olarak hukuk düzeninin başta gelen amaçlarından olan taraf iradelerine üstünlük vermek ve bu iradelerin en sağlıklı biçimde sosyal yaşama yansımaları sağlamaktır. Bu anlamda, sözleşme özgürlüğü, hukuk alanında, irade özgürlüğünün en önemli kaynağını teşkil eder³.

Türk hukukunda genel ilke sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Nitekim, Borçlar Kanunu, 19 ve 20 nci maddelerinde sözleşme serbestisi prensibi ile bunun sınırlarını tayin etmiştir⁴. Buna göre, "yaşam için zorunlu mal ve hizmetleri satma", "savaş ekonomisinin gereksinmesi" ve "sözleşmeyi yapmaktan kaçınmanın ahlaka aykırı düşmesi" gibi durumlarda, artık sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olmaktadır⁵.

Diğer yandan yine, hukuk sistemimizde geçerli bulunan sözleşme özgürlüğü ilkesi, yani bir kimsenin sözleşme yapıp yapmama ve sözleşme yapacağı kişiyi seçme serbestisi iş hukukunda da sosyal nedenlerle, bazı durumlarda işverene iş sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilmek suretiyle sınırlandırılmıştır⁶. Bu anlamda aslen iş sözleşmesinin yapılması kural olarak tarafların özgür iradelerine bağlı olmasına rağmen bazen doğrudan bir kanun hükmü bazen de, bir sözleşme hükmü ile taraflardan birine iş sözleşmesi yapma yükümü getirilerek bu alandaki serbestileri sınırlandırılmaktadır⁷.

İşte bu tür düzenlemelerin, işvereni iradesi dışında belirli nitelikteki kişilerle iş sözleşmesi yapmaya zorlaması, işverenin iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü olarak ifade edilebilmektedir. İşverenin iş sözleşmesi yapma yükümlülüğüne 4857 sayılı İK'nun 5 maddesinde rastlamak mümkündür. Bunlar İK.m.30'da

¹ ÇELİK, N., İş Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 15. Bası, Beta Basımevi, İstanbul 2000, s.91.

² EKONOMİ, M., Ferdi İş Hukuku, C.1, 2.Bası, İstanbul Teknik Üniversite Matbaası, Gümüşsuyu 1980, s.86.

³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7.Baskı, İstanbul 1993, s.363

⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.364

⁵ Tunçomağ K./Çentel T., İş Hukukunun Esasları, Beta Basımevi, 2.Bası, İstanbul 1999, s.781

⁶ SÜZÜK, Sarper ; İş Hukuku, İstanbul 2002, s.263

⁷ AKYİĞİT, Ercan ; İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, s. 1119

düzenlenen özürlü, eski hükümlü ve terör mağdurlarına ilişkin getirilmiş iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü, İK.m.31'de düzenlenen her hangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçilere ilişkin getirilmiş bulunan iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü, İK.m.29'da düzenlenen, toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde işverenin nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırması yükümlülüğü, İK.m.81 'de yer alan işyeri hekimlerine ilişkin olan iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü ve İK.m.82'de yer alan iş güvenliği ile görevli mühendis ve teknik elemanlar ile iş sözleşmesi yapma yükümlülükleridir.

Buna karşın 4857 sayılı İK. toplu işten çıkarmalar dışında, daha önce eski 1475 sayılı İK'nun 24 üncü maddesinde yer alan⁸, iş sözleşmesi belirli şekillerde sona eren işçilerin 6 ay içerisinde tekrar işçiyeye ihtiyaç duyulursa işverence tekrar işe alınmaları yükümlülüğüne yer vermemiştir.

B – İşverenin İş Sözleşmesi Yapmakla Yükümlü Olduğu Haller

1 - İşverenin Özürlü , Eski Hükümlü Ve Terör Mağduru Olanlarla İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğü ve Buna Aykırı Davranmasının Sonuçları

a – İşverenin Bakanlar Kurulunca Belirlenen Oranlarda Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İle İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğü

4857 sayılı İK.'nun 30 uncu maddesi, öncelikle işyerlerinde elli veya daha fazla işçi çalıştıran işverenlere belirli sayıda özürlü⁹, eski hükümlü¹⁰ ve terör mağduru ile iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü getirmiştir¹¹. Buna göre, İK.m.30 uyarınca, işverenler elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları işyerlerinde her yılın Ocak ayı başından itibaren yürürlüğe girecek şekilde Bakanlar Kurulunca belirlene-

⁸ Söz konusu düzenleme 09.08.2002 tarih ve 4773 sayılı Kanunla 1475 sy. İK.'nun 24 üncü maddesinin değiştirilmesi ile kaldırılmıştır. RG. 15.08.2002 t. No: 24847, eski döneme ilişkin olarak bkz.SÜZEK, 263-265

⁹ Daha önceki düzenlemelerde sakat kavramı kullanılmakta idi. Buna göre, Sakatların İstihdamı Hakkındaki Tüzüğün 2/1 inci maddesi uyarınca sakat, "bedensel, zihinsel ve ruhsal özürleri nedeniyle çalışma gücünün en az %40'ından yoksun olduğu sağlık kurulu raporu ile belgelenenler" dir. RG. 06.01.1997

¹⁰ Eski Hükümlü İstihdamı Hakkındaki Tüzük m.2/1 uyarınca, "altı aydan daha uzun süreli hürriyeti bağlayıcı bir cezadan veya devlet memuru olmaya engel bir suçtan hüküm giymiş ve cezasını infaz kurumlarında tamamlamış veya cezası tecil edilmiş yahut şartlı salıverme yoluyla tahliye edilmiş olanlar ile özel kanunlarında belirtilen şartlardan dolayı istihdam edilmeleri olanağı bulunmayanlar veya ömür boyu kamu hizmetlerinden yasaklı bulunanlar" eski hükümlü sayılacaklardır.

¹¹ Özürlü ve eski Hükümlü istihdamına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.UŞAN,M.Fatih; İş Hukukunda Sakat İstihdamı, İstanbul 1999, s.191 vd.; ULUSOY, M.; İşverenlerin Özürlü ve Eski Hükümlü İstihdam Yükümlülüğü, MERCEK, Nisan 2000, s.75vd. ; AKYİĞİT, 962 vd.

cek oranlarda özürlü ve eski hükümlü¹² ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun¹³ ek 1 inci maddesinin (B) fıkrası uyarınca istihdamı zorunlu olan terör mağduru işçiyi¹⁴ meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlü olacaklardır. Görüldüğü üzere, 4857 sayılı İK , eski 1475 sayılı İK'nun aksine sabit oranlar belirlemek yerine, ihtiyaca göre değiştirebilmek amacıyla her yılın Ocak ayı başından itibaren yürürlüğe girecek şekilde Bakanlar Kurulunca belirlenecek oranlarda işverene özürlü ve eski hükümlü ile terör mağduru işçiyle iş sözleşmesi yapma yükümü getirmiştir. İşverenler çalıştırmakla yükümlü oldukları işçileri Türkiye İş Kurumu aracılığı ile sağlayacaklardır¹⁵.

Bu kapsamda çalıştırılacak işçilerin nitelikleri, hangi işlerde çalıştırılabilecekleri, bunların işyerlerinde genel hükümler dışında bağlı olacakları özel çalışma ile mesleğe yönlentilmeleri, mesleki yönden işverence nasıl işe alınacakları, Adalet Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca birlikte çıkarılacak yönetmelikle düzenlenecektir(m.30/6). Bununla beraber 4857 sayılı Kanun'un Geçici 5 inci maddesi uyarınca, söz konusu oranlar Bakanlar Kurulu tarafından yeniden belirleninceye kadar eski 1475 sayılı Kanunun 25 inci maddesi ile 3713 sayılı Kanunun ek 1 inci maddesinin (B) fıkrasında yer alan oranlar geçerli olacaktır. Buna göre, Bakanlar kurulunca yeni oranlar belirleninceye kadar, işverenler 50 veya daha fazla işçi çalıştırdıkları işyerlerinde %3 oranında özürlü, %3 oranında eski hükümlü ve %2 oranında terör mağduru işçiyi çalıştırmakla yükümlü olacaklardır¹⁶.

İK. m.30'da yer alan düzenleme uyarınca Bakanlar Kurulunca oranların belirlenmesi durumunda, yine madde uyarınca, bu kapsamda çalıştırılacak işçilerin toplam oranı yüzde altı olacak ancak özürölüler için belirlenecek oran, toplam oranın yarısından az olamayacaktır(m.30/1). Oranların hesaplanmasında yarım kadar kesirler dikkate alınmayacak, yarım ve daha fazla olanlar tama dönüştürülecektir(m.30/3).

¹² Eski hükümlü çalıştırılmasında kanunlardaki kamu güvenliği ile ilgili hizmetlere ilişkin özel hükümler saklıdır.İK.m.30/9

¹³ RG. 12.04.1991 No: 20843 Mükerrer

¹⁴ Bu Kanunun 1 inci maddesinde yazılı terör eylemleri nedeni ve etkisiyle; şehit olan veya çalışamayacak derecede mamul olan kamu görevlileri ile er ve erbağların varsa eşlerini, yoksa çocuklarından birisini, çocukları da yoksa kardeşlerinden birisini veya, malul olup da çalışabilir durumda olanları , talep halinde, işverenler, 50 veya daha fazla işçi çalıştırdıkları işyerlerinde (aynı il hudutları içinde birden fazla işyeri bulunanlar için toplam işçi sayısı dikkate alınır) % 2 oranında, daimi işçi statüsünde, istihdam ile yükümlüdürler.

¹⁵ İşverenlerin halen yürürlükte olan Tüzükler uyarınca, İŞKUR'a başvurularına ve işçileri işe almalarına yönelik prosedüre ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut; İş Hukuku'nun Esasları , İstanbul 1999, s.80-81

¹⁶ "Yasal düzenlemenin emrediciliği karşısında, işyerinde kadro açığı bulunmadığı gerekçesiyle sakat ve eski hükümlü çalıştırmaktan kaçınılamayacaktır. Yarg. 9.HD. 05.05.1993 t. E.1993/1297 K.1993/2168, Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 1995

Diğer yandan, aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanacaktır. Çalıştırılacak işçi sayısının tespitinde ise, belirsiz süreli iş sözleşmesine ve belirli süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan işçiler esas alınacaktır¹⁷. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülecektir. Ayrıca, işyerinin işçisi iken sakatlanan, eski hükümlü ya da terör mağduru olanlara öncelik tanınacaktır. Buna karşın, yer altı ve su altı işlerinde özürlü işçi çalıştırılmayacak ve işyerlerindeki işçi sayısının tespitinde yer altı ve su altı işlerinde çalışanlar hesaba katılmayacaktır(İK.m.30/7).

İşveren iş sözleşmesi yapmakla yükümlü olduğu söz konusu işçileri meslek beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdür. Söz konusu işlerin neler oldukları , önceki Kanun döneminde ilgili tüzüklerde belirtilmiştir. 4857 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesinin "1475 sayılı Kanuna göre halen yürürlükte bulunan tüzük ve yönetmeliklerin bu Kanun hükümlerine aykırı olmayan hükümleri yeni yönetmelikler çıkarılıncaya kadar yürürlükte kalır" hükmü uyarınca bugün için de bu düzenlemelerin geçerli olduğu söylenebilecektir. Bu anlamda bu esaslara uygun olmayan bir iş verilmesi halinde işçinin haklı sebeple iş sözleşmesini feshedebileceği görüşü ileri sürülebilecektir¹⁸

4857 sayılı Kanun özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru işçi çalıştırmayı teşvik edici bir düzenleme de içermektedir(m.30/10). Buna göre, Bakanlar Kurulunca belirlenecek oranların üstünde özürlü ve eski hükümlü ve terör mağduru çalıştıran işverenlerin kontenjan fazlası işçiler için, özürlü ve eski hükümlü çalıştırmakla yükümlü olmadıkları halde özürlü çalıştıran veya çalışma gücünü yüzde seksenden fazla kaybetmiş özürlüyü çalıştıran işverenlerin bu şekilde çalıştırdıkları her bir özürlü için, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa göre ödemeleri gereken işveren sigorta prim hisselerinin yüzde ellisini kendileri, yüzde ellisini Hazine ödeyecektir. Görüldüğü gibi, burada üç farklı durumdaki işverenden söz edilmiştir. Bunlardan ilk grup, özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırmakla yükümlü olup Bakanlar Kurulunca belirlenecek oranların üzerinde işçi çalıştıran işverenlerden, ikinci grup böyle bir yükümlülüğü olmadığı halde bu tür işçi çalıştıran işverenlerden, üçüncü grup ise çalışma gücünü yüzde seksenden fazla kaybetmiş özürlüyü çalıştıran işverenlerden oluşmaktadır.

¹⁷ 1475 sayılı İK'da açıklık olmadığı için o dönemde Yargıtay, sakat ve eski hükümlü sayısının tespitinde sadece belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışanların dikkate alınacağı yönünde kararlar vermektedir. Yarg. 9.CD.28.12.1993 t. E.1993/5163 K.1993/5763 , Tekstil İşveren Dergisi, Mart-Nisan 1994; Yarg. 9.CD. 20.12.1989 t. E.1989/3777, K.1989/4939, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 1990, s.20-21. Mevsimlik İşçilerin bu hesapta dikkate alınamayacağı yönünde bkz.Yarg. 9.HD. 12.11.1996 t. E.1996/5436, K.1996/6488 , Tekstil İşveren Dergisi , Temmuz 1997, s.13-14

¹⁸ AKYİĞİT, 998

Söz konusu özürlü ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda işverene para cezası verilecektir. Verilecek para cezası , 4857 sayılı İK'nun 101 inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, İK'nun 30 uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak özürlü ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her özürlü ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için yediyüzelli milyon lira para cezası verilecek, kamu kuruluşları da bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamayacaktır¹⁹. 101 inci madde uyarınca tahsil edilecek para cezaları ise Türkiye İş Kurumu bütçesinin Maliye Bakanlığınca açılacak özel tertibine gelir kaydedilecektir. Daha sonra bu hesapta toplanan paralar özürlü ve eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurma ve bu gibi projelerde kullanılmak üzere Türkiye İş Kurumuna aktarılacak ve toplanan paraların nerelere ve ne kadar verileceği Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü'nün koordinatörlüğünde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, Özürsüzler İdaresi Başkanlığı, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, Türkiye Sakatlar Konfederasyonu ve en çok işçi ve işvereni temsil eden üst kuruluşların birer temsilcilerinden oluşan komisyon tarafından karara bağlanacaktır²⁰.

Diğer yandan, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun Ek 1 inci maddesinin (B) fıkrası uyarınca istihdamı zorunlu terör mağduru işçiyi çalıştırmayan işverene verilecek ceza ise, yine Terörle Mücadele Kanunu'nun Ek 1 inci maddesinin (B) fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, bu fıkra hükümlerine aykırı hareket eden işveren veya vekilleri hakkında, çalıştırmadığı kişi başına ve çalıştırmadığı her ay için o yıl için tespit edilen asgari ücretin 10 katı para cezası verilecektir.

b – İşverenin Bir İşyerinden Malulen Ayrılmak Zorunda Kalıp Da Sonradan Maluliyeti Ortadan Kalkan Eski İşçileri İle İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğü

4857 sayılı İK'nun 30 uncu maddesi, birinci fıkrasında işyerlerinde elli veya daha fazla işçi çalıştıran işverenlere belirli sayıda özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru ile iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü getirdikten sonra, sekizinci fıkrasında da, bir işyerinden malulen ayrılmak zorunda kalıp da sonradan maluliyeti ortadan kalkan işçilerin eski işyerlerinde tekrar işe alınmalarını istedikleri takdirde, işverenleri bu kez de bu işçileri eski işleri veya benzeri işlerde belli koşullarda işe almaları yükümlülüğü altına sokmuştur.

¹⁹ Yargıtay 1475 sayılı İK döneminde , eksik işçi çalıştırmanın kasıtlı olması koşulunu aramıştır. Yarg. 9.CD.12.04.1990 t. E.1990/966 K.1990/1579 , Tekstil İşveren Dergisi , Temmuz 1990, s.13-15; DEMİR, Fevzi; Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 2.Bası, İzmir 2002, s.42

²⁰ Komisyonun çalışma usul ve esasları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.(m.30/son)

Kamu-İş; C:7, S: 3/2004

Buna göre, İK.m.30/8 uyarınca, bir işyerinden malulen ayrılmak zorunda kalıp da sonradan maluliyeti ortadan kalkan işçiler eski işyerlerinde tekrar işe alınmalarını istedikleri takdirde, işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorunda olacaklardır. Bu hükmün uygulanması için işçiyi işyerinden ayrılmak zorunda bırakan maluliyetin, SSK. m.53 anlamında malüllük sigortası için esas tutulan maluliyet (çalışma gücünün en az üçte ikisinin kaybı) olarak anlaşıl-maması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir. Zira aksi düşüncenin kabulü söz konu-su hükmün uygulama alanını çok daraltacak ve bu durumdaki işçileri korumayı amaçlayan hükmün amacıyla bağdaşmayacaktır²¹. Bununla beraber işçinin işten ayrılmasını gerektiren maluliyetinin ne şekilde ortaya çıktığı da önemli değildir. Maluliyet, iş kazası, meslek hastalığı, hastalık trafik kazası veya her hangi bir kaza sonucu ortaya çıkmış olabilecektir²²

Buradaki yükümlülük görüldüğü üzere, yukarıda sözü edilen işyerinde be-lirli oranda özürlü işçi çalıştırma yükümlülüğünden farklıdır. Zira burada söz konu-su olan özürlü; her hangi bir özürlü olmayıp daha önce aynı işyerinde işçi olarak çalışırken malul olan ve bu yüzden işten ayrılan özürdür. Ayrıca burada sözü edilen özürlü sayısında her hangi bir sınırlama olmadığı gibi, işyerindeki işçi sayı-sının da burada her hangi bir önemi yoktur. Burada bu durumdaki özürlü kişilerin işe alınmalarının hemen gerçekleşebilmesi işyerinde boş yer bulunmasına bağlıdır. Eğer boş yer yoksa, ancak yer boşaldığı takdirde, söz konusu özürlü kişiler diğer isteklilere nazaran öncelikle işe alınacaktır.

Böylece, çalışırken özürlü olan ve bu yüzden işten ayrılan işçi, ya ayrıldığı veya başka bir işyerine %3'lük özürlü kontenjanından girebilecek ya da özürsüzlük durumu geçtikten sonra, istediği takdirde eski işverenin yanında boş yer varsa derhal, yoksa boşaldığında diğer isteklilere nazaran öncelikle işe alınabilecektir²³. Özürü sebebiyle işten ayrılan işçinin eski işverenin yanında tekrar dönmek isteme-si halinde, doktrinde bir kısım yazarlar özürsüzlük durumunun tamamen geçmesi halinde bu imkandan yararlanabileceğini²⁴ ifade ederken, diğer bir kısım yazarlarsa kısmen iyileşmenin bile bu imkandan yararlanabilmek için yeterli olacağını²⁵ savunmuşlardır. Burada, kanunun amacının tamamen iyileşmiş olanların değil, işten ayrılmasını zorunlu kılan maluliyeti, işyerinde çalışmasını engellemeyecek

²¹ SÜZEK, 268; EKONOMİ, s.104, dn.124; UŞAN, 270-271; CENTEL,111

²² SÜZEK, 268

²³ EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, I, 3.Bası, İstanbul 1987, s.104; NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri, 3.Bası, İzmir 1998, s.161, dn.95; AKYİĞİT, s.1000

²⁴ EKONOMİ, 104, dn.125; NARMANLIOĞLU, 161, dn.95

²⁵ UŞAN, M.Fatih; İş Hukukunda Sakat Çalıştırma Yükümü, Ankara 1999, s.274; CENTEL, Tankut; İş Hukuku, I, 2.Bası, İstanbul 1994, s.111; MOLLAMAHMUTOĞLU, H; Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995, s.92; DEMİR, Fevzi, İş Güvencesi, 2. Bası, İzmir 1999, s.216; SÜZEK, 269

derecede ortadan kalkmış olanların yeniden işe alınmalarını sağlamak olduğu kabul edilebilecektir²⁶.

Eski 1475 sayılı İK döneminde, işyerinde işçi iken işten ayrılan işçinin özürsüzlük halinin geçmesi üzerine yaptığı başvuruya boş yer bulunmasına rağmen işverence olumsuz yanıt verilmesi halinde, işe alınmayan eski işçinin dava yoluyla iş sözleşmesinin kurulmasını sağlayabilip sağlayamayacağı doktrinde tartışılmıştır. Doktrinde bu yol savunulmuşsa da²⁷, bu yönde açık bir kanun hükmü bulunmaması sebebiyle iş sözleşmesinin zorla kurulabileceği tam olarak benimsenmemiştir²⁸. 4857 sayılı İK'da bu konuda işçiye her hangi bir dava hakkı tanınamış ancak buna karşılık, aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işverene işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye altı aylık ücret tutarında tazminat ödeme yükümlülüğü getirmiştir.

Kanunda açık belirtilmemekle beraber, burada sözü edilen ücretin o anki şartlarda eski işçinin başvurduğu işin ücreti olduğu ve tazminatın hesaplanmasında asıl ücretin dikkate alınacağı yani ücret ekleri niteliğinde olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımların tazminat hesabında dikkate alınmayacağı söylenebilecektir. Diğer yandan bu tazminat götürü bir tazminat olup, her olayın özelliğine göre değişmeyecek, hep altı aylık ücret tutarında olacak ve hakimin bu konuda her hangi bir takdir hakkı bulunmayacaktır.

2 – İşverenin Her Hangi Bir Askeri Ve Kanuni Ödev Dolayısıyla İşinden Ayrılan İşçilere İlişkin Getirilmiş Bulunan İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğü Ve Buna Aykırı Davranmasının Sonuçları

4857 sayılı İK. m.31/son, herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işvereni bunlarla eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü altına sokmuştur. Burada sözü edilen askeri ödev hem muvazzaf askerliği hem de muvazzaf askerlik dışında manevra veya her hangi bir sebeple silah altına alınmayı ifade etmektedir²⁹.

²⁶ UŞAN,.274; CENTEL, .111; MOLLAMAHMUTOĞLU, .92 ; DEMİR, .216; SÜZEK, 269

²⁷ EKONOMİ, 109 vd; EYRENCİ, Öner; İHU, Sen K. m.20, No:15; ÇENBERCİ, M; İş Kanunu Şerhi, s.525

²⁸ GÜNAY, C. İ ; Şerhli İş Kanunu, I, Ankara 1998, s.1282 ; AKYİĞİT,1001

²⁹ EKONOMİ,101; NARMANLIOĞLU, 168; AKYİĞİT, 1120, SÜZEK, 270; Bunun sadece muvazzaf askerlik dışı askerliği ifade ettiğine yönelik aksi görüş için bkz.. ÇENBERCİ,760, dn.11, TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.

Kanun maddesinde işten ayrılmadan bahsedilmekte ise de, bunu iş sözleşmesi sona ermeden sadece fiilen işi bırakıp ilgili göreve gitmek anlamında değerlendirmek gerekmektedir. Zira madde metninde bu işçilerle yeniden iş sözleşmesi yapılmasından bahsedilmektedir. Demek ki burada kastedilen fiilen işin bırakılması ile iş sözleşmesinin askıda kalması olmayıp, iş sözleşmesinin sona ermesidir³⁰. Burada önem taşıyan nokta, iş sözleşmesinin herhangi bir askeri veya kanuni ödev dolayısıyla işten ayrılırken feshedilmesi ya da feshedilmeden ayrılinsa bile sonradan askı süresi içinde yine askeri ve kanuni bir ödev dolayısı ile feshedilmesidir. Buna karşın, askeri veya kanuni bir ödev dolayısı ile iş sözleşmesini feshetmeden işten ayrılan işçinin iş sözleşmesinin, askı süresinde kendisi ya da işverence askeri veya kanuni bir sebep dışında, bir haklı sebeple feshedilmesi halinde, İK.m.31/son kapsamına giren bir fesihden bahsedilemeyecektir³¹. Bu durumda da işverenin madde uyarınca yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Bu anlamda, iş sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından feshedilmesi, sona eren iş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olması her hangi bir fark yaratmayacaktır³².

Kanun hükmünden anlaşıldığı üzere, işverenin bu şekilde askeri veya kanuni bir ödev dolayısı ile iş sözleşmesi feshedilen eski işçisi ile tekrar iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü, bu ödevin sona ermesi tarihinden itibaren eski işçisinin 2 ay içerisinde işverene başvurarak tekrar işe girmek istemesi halinde söz konusu olacaktır. Buradaki süre yine hak düşürücü süre olup, geçirilmesi durumunda her hangi bir hak talep edilmesi mümkün olmayacaktır. Doktrinde bu başvurunun ileride çıkabilecek uyuşmazlıklarda ispat kolaylığı sağlayacağı düşüncesiyle iadeli-taahhütlü posta ya da noter vasıtasıyla yapılması tavsiye edilmektedir³³.

Eski işçi tarafından söz konusu askeri veya kanuni ödevin sona ermesini takiben iki ay içinde işverene başvurulduğunda, işveren eski işçiyi eski işine veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır(m.31/son). Yani boş yer deyimi, işçinin kanuni veya askeri bir görev dolayısı ile iş sözleşmesinin feshedildiği andaki eski işi ya da ona denk benzer bir iş olarak anlaşılacaktır. 4857 sayılı İK m.31/son'un aksine 1475 sayılı Kanun döneminde madde metninde açıklık bulunmadığı için, bu husus doktrin ve Yargıtay kararlarında belirtilmekteydi³⁴.

Görüldüğü üzere, burada her hangi bir zaman kısıtlaması getirilmemekte ve işverenin bu yükümlülüğü boşalacak ilk işe kadar devam etmektedir.

³⁰ AKYİĞİT, 1119-1120

³¹ AKYİĞİT, 1120

³² SÜZEK, 270

³³ AKYİĞİT, 1121

³⁴ NARMANLIOĞLU, 168 dn.115; ÇENBERCİ, 761; AKYİĞİT, 1121; Yarg. 9.HD. 22.11.1973 t. E.1973/11342 K.1973/33375 , AKYİĞİT,1121, dn.32

Kanun'daki düzenleme, işvereni işçinin talebini hemen cevaplamak yükümü altına sokmamış bu konuda her hangi bir süreden de söz etmemiştir. Doktrinde bu konuda, işverenin başvuruya dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilecek somut olayın koşulları dikkate alınarak saptanacak "makul bir sürede" cevap verme yükümü olduğu yerinde olarak ifade edilmektedir³⁵.

Eski 1475 sayılı İK döneminde, herhangi bir askeri veya kanuni ödev dolayısıyla iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin, bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek için işverene başvurduklarında, bu talepleri boş yer bulunmasına rağmen işverence olumsuz yanıtlanıp işe alınmayan eski işçinin dava yoluyla iş sözleşmesinin kurulmasını sağlayabilip sağlayamayacağı doktrinde tartışılmıştır³⁶. 4857 sayılı İK'da bu konuda işçiye her hangi bir dava hakkı tanımamış ancak buna karşılık, aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işverene işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat ödeme yükümlülüğü getirmiştir.

Yine burada da kanunda açık belirtilmemekle beraber, sözü edilen ücretin o anki şartlarda eski işçinin başvurduğu işin ücreti olduğu ve tazminatın hesaplanmasında asıl ücretin dikkate alınacağı yani ücret ekleri niteliğinde olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımların tazminat hesabında dikkate alınmayacağı söylenebilecektir. Diğer yandan bu tazminat da götürü bir tazminat olup, her olayın özelliğine göre değişmeyecek, hep üç aylık ücret tutarında olacak ve hakim bu konuda her hangi bir takdir hakkı bulunmayacaktır.

3 - Toplu İşçi Çıkarmanın Kesinleşmesinden İtibaren Altı Ay İçinde Aynı Nitelikteki İş İçin Yeniden İşçi Almak İsteddiği Takdirde İşverenin Eski İşçilerle İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğü ve Buna Aykırı Davranmasının Sonuçları

Eski 1475 sayılı İK'nun 24 üncü maddesi "İşverenler bu Kanun'un 13 üncü maddesinde belirtilen şartlara uygun olarak işine son verdiği veya 16 ncı maddenin III üncü bendi gereğince iş aktini fesheden işçilerin yerine, çıkma veya çıkarılma tarihinden itibaren 6 ay içinde başka işçi alamaz. Bu süre içerisinde işyerine aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak isteyen işveren durumu uygun araçlarla yayınlar ve işçinin kaydettirdiği adresine noter aracılığı ile duyurur. Tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde işyerine başvurmayanların bu hakkı düşer"

³⁵ AKYİĞİT, 1122; Söz konusu makul süre aşıldıktan sonra işverenin işçiye işe alması durumunda, başvuru zamanı ile işe alma zamanı arasında geçen zamanda Yargıtay ücret ödenmeyeceğini kabul etmiştir. Yarg.9.HD. 22.01.1973 t. E.1973711342 , K.1973/33375 , AKYİĞİT, 1122, dn.35

³⁶ EKONOMİ, 109 vd; EYRENCİ, Öner; İHU, Sen K. m.20, No:15; ÇENBERCİ, M; İş Kanunu Şerhi, s.525; GÜNAY, C. İ; Şerhli İş Kanunu, I, Ankara 1998, s.1282 ; AKYİĞİT,1001

Kamu-İş; C:7, S: 3/2004

şeklinde bir hüküm içermekte idi. Görüldüğü üzere, burada işveren madde metninde belirttiği şekilde iş sözleşmesi sona eren işçilerin yerine altı ay içerisinde yeni işçi alamamakta, bu süre içerisinde böyle bir ihtiyaç duyulması halinde, iş sözleşmesi sona eren işçilere bunu haber vermekte ve haber verdiği işçilerden kendisine on beş gün içerisinde başvurularla iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü altında bulunmaktaydı.

Daha sonra bunu takiben 09.08.2002 tarihinde kabul edilen 4773 sayılı Kanun³⁷ 1475 sayılı İK'nun 24 üncü maddesinin başlığını ve içeriğini kapsamlı bir biçimde değiştirmiştir. Madde başlığını "toplular işten çıkarma olarak" değiştiren Kanun, eski 24 üncü maddede yer alan ve belirli şekillerde iş sözleşmesi sona eren işçilerin yerine altı ay içerisinde yeni işçi alamama, bu süre içerisinde böyle bir ihtiyaç duyulması halinde, iş sözleşmesi sona eren işçilere bunu haber verme ve haber verilen işçilerden işverene on beş gün içerisinde başvurularla iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü madde metninden çıkarmış ve böylece bu yükümlülüğe son vermiştir.

Bu gelişmeyi takiben kabul edilen ve 1475 sayılı İK'nu 14 üncü maddesi dışında yürürlükten kaldıran 4857 sayılı İş Kanunu ise, 29 uncu maddesinde önce toplular işten çıkarmayı tanımlamış³⁸ daha sonra ise aynı maddenin 7 nci fıkrasında ise, 1475 sayılı İş Kanun'un 24 üncü maddesinde 4773 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önceki düzenlemeyi andıran bir düzenleme getirmiştir. Ancak söz konusu yeni düzenleme her şeyden önce sadece toplular işten çıkartılan işçilere ilişkin olarak getirilmiştir. Buna göre, 4857 sayılı İK'nun 29/7 nci maddesi uyarınca, işveren toplular işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağıracaktır. Görüldüğü üzere, madde metninde tam olarak ifade edilmemekle beraber, buradan anlaşılan işverenin bu durumdaki işçilerle tekrar iş sözleşmesi kurmak yükümlülüğü altında olduğudur. Diğer yandan, 29 uncu madde 8 inci fıkrasında ise "mevsim ve kampanya işlerinde çalışan işçilerin işten çıkarılmaları hakkında, işten çıkarma bu işlerin niteliğine bağlı olarak yapılıyorsa, toplular işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulanmaz." hükmünü getirerek işverenin bu işçilere karşı bu yönde bir yükümlülüğü bulunmadığı esasını getirmiştir.

Görüldüğü üzere, 4857 sayılı İK'nun 29 uncu maddesinde yer alan düzenleme, 1475 sayılı İK'nun 24 üncü maddesinin eski halini andırmakla beraber bir

³⁷ RG. 15.08.2002 t. No:

³⁸ İK.m.29/2 " İşyerinde çalışan işçi sayısı: a) 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin, b) 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin, c) 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin, İşine 17 nci madde uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi toplular işçi çıkarma sayılır."

Kamu-İş; C:7, S: 3/2004

çok yönden ayrıcalık taşımaktadır. Buna göre burada işverene getirilen iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü sadece toplu işçi çıkartma olarak kabul edilen hallere ilişkin olabilecektir. Yani bir başka deyişle, işverenin işten çıkardığı ve toplu işten çıkarma kapsamına girmeyen diğer işçilerine karşı, yeni işçi ihtiyacı doğarsa altı ay içerisinde tekrar iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Ayrıca bu tür bir iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü sadece işveren tarafından m.17'ye göre toplu işten çıkarma kapsamı içinde iş sözleşmesi feshedilen işçilere ilişkin olacak, eski düzenlemede olduğu gibi iş sözleşmesini zorlayıcı sebeplerle fesheden işçi bu haktan faydalanamayacaktır.

Diğer yandan, 4857 sayılı düzenleme, 1475 sayılı İK'nun 24 üncü maddesinin eski halinden farklı olarak sadece, işverenin toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağıracağından söz etmiş ama bu çağırının ne şekilde yapılacağından bahis etmemiştir. Ancak bu eksiklik yine 4857 sayılı İK'nun 109 madde hükmü ile kapatılmıştır. Buna göre, bu Kanunda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekecek ve bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durum o yerde tutanakla tespit edilecektir³⁹.

Bunun gibi 4857 sayılı İK'nun 29 uncu maddesinde, böyle bir çağırılı alan işçinin ne kadarlık bir süre içerisinde işverene başvurmak zorunda olduğu, yani bir başka deyişle işverenin bu çağrı ile ne kadar bağlı kalacağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda BK'ndaki genel hükümler uyarınca işçinin yapılan bir icaba makul bir sürede cevap vermesi beklenebilecektir. Ayrıca işverenin bu yükümlülüğe uymaması durumunda karşılaşacağı her hangi bir yaptırım da Kanunda düzenlenmemiştir. Oysa bilindiği üzere, eski 1475 sayılı Kanun'da yer alan iş sözleşmesi yapma yükümlülüğüne uymama durumunda yine eski Kanun'un 98 inci maddesinde parasal bir yaptırım öngörülmüştü.

Bu durumda 29 uncu maddeye konulmuş bulunan, işverenin toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırma, yani bunlarla tekrar iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü, sendikaların yoğun baskıları sonucu göstermelik olarak maddeye konulmuş bir yükümlülük olarak görülebilecek, işverenin bu yükümlülüğe uyması uygulamada pek fazla karşımıza çıkmayabilecektir. Bu yüzden en azından 29 uncu madde hükümlerine aykırı olarak işçi çıkarmaya cezai hüküm getiren 4857 sayılı İK'nun 100 maddesinin, buradaki esaslara aykırı olarak işçi alımına da bir ceza getirmesi beklenebilirdi.

³⁹ Ancak, 7201 sayılı Kanun kapsamına giren tebligat anılan Kanun hükümlerine göre yapılır.

4– İşverenin İşyeri Hekimi ile İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğü ve Buna Aykırı Davranmasının Sonuçları

a - Genel Olarak

Eski 1475 sayılı İK döneminde de olduğu gibi, 4857 sayılı İK döneminde de belirli niteliklere sahip işverenler işyeri hekimleri ile iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü altındadırlar. Ancak 1475 sayılı İK ile 4857 sayılı İK dönemi arasındaki en büyük fark işverenin işyeri hekimi ile iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünün doğrudan 4857 sayılı İK'nun 81 inci maddesinde düzenlenmiş olmasıdır.

Bilindiği gibi, 1475 sayılı İK döneminde, İK'da işyerlerinde iş hekimi bulundurma yükümlülüğü bakımından açık bir hüküm bulunmamakta ancak, sadece eski İK'nun 79 ve 80 inci maddelerinde ağır ve tehlikeli işlerde istihdam edilenler ile 18 yaşından küçük işçilerin çalıştırılmasında aranan sağlık raporu koşulunun işyeri hekimi tarafından da yerine getirilebileceği düzenlenmekte idi. Bu dönemde 1475 sayılı İK'daki bu boşluk 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu⁴⁰, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu⁴¹, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü⁴² ve İşyeri Hekimlerinin

⁴⁰ R.G. 06.05.1930 t. No : 1489 . m. 180 - "Devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran bütün iş sahipleri, işçilerinin sıhhi ahvaline bakmak üzere, bir veya mütaaddit tabibin sıhhi murakabesini temine ve hastalarını tedaviye mecburdur.Büyük müessesatta veya kaza ihtimali çok olan işlerde tabip daimi olarak iş mahallerinde yahut civarında bulunur.Hastanesi olmayan mahallerde veya şehirler ve kasabalar haricinde bulunan yerlerdeki iş müesseseleri bir hasta odası ve ilk yardım vasıtalarını ihzar ederler. Yüzden beş yüze kadar daimi amelesi olan müesseseler bir revir mahalli ve beş yüzden yukarı amelesi olanlar yüz kişiye bir yatak hesabıyla hastane açmağa mecburdurlar." m.282 (Değişik:24/9/1983-2890/2md.) "Bu Kanunda yazılı olan yasalara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlar hakkında;Kanunda ayrıca bir ceza hükmü gösterilmediği ve filleri Türk Ceza Kanununda daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, üç aydan altı aya kadar hafif hapis cezası ve beşbin liradan otuzbin liraya kadar hafif para cezası verilir. Ayrıca, fiilin işleniş şekli ve niteliğine göre failin suça vasıta kıldığı meslek ve sanatın yedi günden üç aya kadar tatiline ve aynı süre kadar işyerinin kapatılmasına da hükmedilebilir."

⁴¹ RG. 29-30-31.07.1964 ve 01.08.1964 t. No: 11766-11779; m. 114 - Bu kanunun hastalık sigortası ile ilgili hükümlerinin uygulandığı yerlerde çalışan ve hastalanan sigortalıların tedavileri hakkında, 151 sayılı Ereğli Havzai Fahmiyesi Maden Amelesinin Hukukuna Mütaallik Kanununun 6 ncı ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 180 inci maddesinin, hastalanan işçilerin tedavileri ile ilgili hükümleri dışında kalan ve işçilerin sıhhi durumlarının denetlenmesinin sağlanmasına, işyerlerinde hekim çalıştırılmasına, hasta odası ve ilk yardım araçları bulundurulmasına ve diğer hususlara ilişkin hükümleri saklıdır. Bu maksatla çalıştırılan hekim, Kurumun yapmakla yükümlü olduğu muayene, tedavi ve ilk yardım hizmetlerinde Kurumca kullanıldığı takdirde buna ait ücretler ve harcanan ilk yardım malzemesi bedelleri Kurumca ödenir."

⁴² RG.11.01.1974 No:14765, m.91"Sürekli olarak en az 50 işçi çalıştıran işyerlerinde Sosyal Sigortalar Kurumunca sağlanan tedavi hizmetleri dışında kalan işçilerin sağlık durumlarının denetlenmesi, ilk yardım, acil tedavi ve diğer koruyucu sağlık hizmetlerini düzenlemek üzere, işveren Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 180 inci ve Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 114 üncü maddeleri gereğince işyerindeki işçi sayısına ve işteki tehlikenin büyüklüğüne göre, bir veya daha fazla hekim sağlayacaktır."

Çalışma Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik⁴³ hükümleri ile doldurulmuştur.

Buna karşın yukarıda da belirtildiği üzere, işyeri hekimi ile iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü 4857 sayılı İK'nun 81 inci maddesinde doğrudan düzenlenmiştir. Söz konusu madde uyarınca; devamlı olarak en az 50 işçi çalıştıran işverenler, Sosyal Sigortalar Kurumunca sağlanan tedavi hizmetleri dışında kalan, işçilerin sağlık durumunun ve alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin sağlanması, ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık hizmetlerini yürütmek üzere işyerindeki işçi sayısına ve işin tehlike derecesine göre bir veya daha fazla işyeri hekimi çalıştırmakla yükümlü olacaktır. Yine 81 inci madde uyarınca, işyeri hekimlerinin nitelikleri, sayısı, işe alınmaları, görev yetki ve sorumlulukları, eğitimleri, çalışma şartları, görevlerini nasıl yürütecekleri, Sağlık Bakanlığı ve Türk Tabipler Birliğinin görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikte düzenlenecektir. Bilindiği üzere, 4857 sayılı İK'nun geçici 2 nci maddesi uyarınca, 1475 sayılı Kanuna göre halen yürürlükte bulunan tüzük ve yönetmeliklerin bu Kanun hükümlerine aykırı olmayan hükümleri yeni yönetmelikler çıkarılıncaya kadar yürürlükte olacağından, konuya ilişkin olan yönetmeliklerin bugün için de geçerli olduğu söylenebilecektir.

b - İş Sözleşmesi Yapmakla Yükümlü Olan İşverenler

4857 sayılı İK m.81 uyarınca, devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran işverenler işyeri hekimi ile iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü altında bulunacaklardır. Söz konusu düzenleme Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 180 inci maddesindeki düzenlemeye paralel bir düzenlemedir. Nitekim UHK da söz konusu yükümlülüğün varlığını işverene bağlılığı esas alarak düzenlemiştir. Buna karşın "İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü" ile "İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik" ise söz konusu yükümlülüğü işyerini esas alarak "en az elli işçi çalıştırılan işyerleri" şeklinde düzenleme yoluna gitmiştir. Ancak bundan böyle, 4857 sayılı İK'daki açık düzenleme karşısında İK kapsamına giren işverenler açısından, "işyeri ölçütünün" değil "devamlı olarak en az 50 işçi çalıştırma ölçütünün" dikkate alınacağı ifade edilebilecektir.

Bu düzenleme karşısında da 1475 sayılı Kanun döneminde tereddütlere yol açan ve genelde olumlu cevap verilen⁴⁴, işverenin işyeri hekimi çalıştırma yükümlününün doğumunda alt işveren işçilerinin de hesap edilen sayıya katılıp katılmama-

⁴³ RG. 04.07.1980 t. No:17037

⁴⁴ BAŞBUĞ,Aydın; Alt İşveren İşçisi ile Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sonuçlar, Kamu-İş Ocak 1998, s.67-70; ÖZÇELİK,Ziyet/GÜLER, Mustafa/ GİRİTLİOĞLU, Hakan; İşyeri Hekimliği, Ankara 1997, s.58-61; BAŞBUĞ, Aydın; İşyeri Hekimi İle Hizmet Sözleşmesi Yapma Zorunluluğu, Kamu-İş, Ocak 1999, s.129-130

yacağı sorusuna bu kez olumsuz cevap verilebilecektir. Yani bir başka deyişle, İK.m.81 deki "devamlı olarak en az 50 işçi çalıştıran işverenler" ifadesi karşısında, işyeri hekimi çalıştırma yükümünün olup olmadığının tespitinde, işyerinde çalışan alt işveren işçilerinin sayısının dikkate alınamayacağı kanımızca ifade edilebilecektir.

Diğer yandan, eski 1475 sayılı İK döneminde bazı yazarlar⁴⁵. işverenle işyeri hekimi arasında kurulacak hukuki ilişkinin bir iş sözleşmesine dayanabileceği gibi, istisna veya vekalet sözleşmesine de dayanabileceği ileri sürmüşler, bazı yazarlar⁴⁶ ise, özellikle İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğinin işyerinde bulunması gereken muayene odası ile yer ve donanımına ilişkin hükümler içeren 11 inci maddesi ve yıllık izin hakkını düzenleyen 5/C'maddesi göz önüne alındığında buradaki ifadelerin işyeri hekimi ile işveren arasındaki sözleşmenin kural olarak bir iş sözleşmesi olduğunu gösterdiğini ifade etmişlerdir.

Buradaki ayırma temel teşkil eden nokta bilindiği üzere, işyeri hekiminin görevini ne şekilde yerine getireceği konusuyla doğrudan ilgilidir. 4857 sayılı İK.m.8 uyarınca, iş sözleşmesi bir tarafın(işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan bir sözleşmedir. Görüldüğü üzere burada bağımlılık unsuru önemli bir noktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, 4857 sayılı İK. m.81 işvereni; Sosyal Sigortalar Kurumunca sağlanan tedavi hizmetleri dışında kalan, işçilerin sağlık durumunun ve alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin sağlanması, ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık hizmetlerini yürütmek üzere işyerindeki işçi sayısına ve işin tehlike derecesine göre bir veya daha fazla işyeri hekimi çalıştırmakla yükümlü tutmuştur. Buradaki ifadeden de anlaşılacağı üzere, ilk yardım ve acil tedavinin söz konusu olabilmesi için işyeri hekiminin devamlı bir şekilde işyerinde istihdam edilmesi gerekecektir. Bu anlamda 4857 sayılı İK. m.81 in işyeri hekimine görevini işyerinde yapma zorunluluğu getirdiği söylenebilecek ve bunun sonucu olarak da işyeri hekimi ile işveren arasındaki hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olduğundan tereddüt edilmemesi gerekecektir.

c- İşveren İle İşyeri Hekimi Arasında İş Sözleşmesinin Yapılması ve İçeriği

İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin 7 nci maddesi uyarınca; işveren mahalli tabib odası aracılığı ile işyeri heki-

⁴⁵ ARICI, Kadir; İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği dersleri, Ankara 199, s.132; ÖZYAZICI,C.C.;İşyeri Hekimi İstihdamı, MERCEK Temmuz 1997, 81; DEMİRCİOĞLU, A. Murat; "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de İşçi Sağlığı ve İşyeri Hekimliği", OĞUZMAN'a Armağan, Ankara 1997, s.208

⁴⁶ EKMEKÇİ,Ömer; işverenlerin İşyeri Hekimi Bulundurma Zorunluluğu ve Tabib Odalarının Yetkisine İlişkin Sorunlar, MERCEK Nisan 2001, s.80

mi atayabilecektir. Bu şekilde müracaat üzerine ilgili tabib odası, işyeri hekimi olarak görev almak isteyen hekimlerin adlarını işverene bildirecek ve işveren de bu adaylardan işyeri hekimliği niteliğine uygun olanlarla iş sözleşmesi yapmakla serbest olacaktır. Yönetmeliğin 6 ncı maddesi de kimlerin işyeri hekimi olabileceklerine ilişkin esaslar getirmiştir. Buna göre, işyeri hekimi olabilmek için, İş Güvenliği Müfettişliğinde en az üç yıl çalışmış Hekim İş Güvenliği Müfettişi niteliğini taşımak veya yetkili bir makam tarafından verilmiş bir işyeri hekimliği sertifikasına sahip olmak niteliklerine sahip olmak gerekmektedir. Madde uyarınca , belirtilen nitelikte bir hekim bulunmadığı takdirde, işyeri hekimliğine istekli her hangi bir hekim de atanabilecektir. Görüldüğü üzere, 6 ncı ve 7 nci maddeler bir arada göz önüne alındığında Yönetmelikte belirtilen koşullara sahip bir hekim, işveren mahalli tabip odası aracılığı ile atayabilecektir. Ancak madde hükmünde yer alan "atayabilir" ifadesi bu hukuk kuralının, tamamlayıcı bir hukuk kuralı olduğunu⁴⁷ yani, işverence bunun aksinin yapılabileceğini bir başka deyişle mahalli tabip odasını hiç devreye sokmadan doğrudan piyasadan da bu niteliklere sahip bir tabip bulabileceğini göstermektedir⁴⁸. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir nokta vardır. Zira 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu⁴⁹'nun 5' inci maddesi(f.1-29)⁵⁰ uyarınca; Özel kurum ve işyeri tabipleri; çalıştıkları yerlerin sağlık hizmetlerinin başka bir yerde ikinci bir görev yapmalarına elverişli bulunduğu tabip odaları idare heyetince kabul edilmedikçe, her ne suretle olursa olsun, diğer bir kurum ve işyerinin tabipliğini alamayacaklardır⁵¹. Buna göre yukarıda da belirttiğimiz üzere, işveren doğrudan işyeri hekimini piyasadan bulabilecek ancak, bulunduğu hekimin daha önce bir başka işyeri hekimliği görevi varsa, bu kez işverenin bu doktoru çalıştırabilmesi Tabip Odasının belirli yönlerden yapacağı inceleme sonucu vereceği izne bağlı olacaktır⁵².

Diğer yandan , işyeri hekiminin Tabip Odası aracılığı ile sağlanması işveren için bir zorunluluk olmayıp bir olanak olarak öngörüldüğünden; işyeri hekimi için Tabip Odasına başvuran işverene, Tabip Odası işyeri hekimi olarak görev almak isteyen hekimlerin adlarını bildirmedikleri sürece, işyeri hekimi çalıştırma yükümüne aykırı davrandığı ileri sürülemeyecek; zira yönetmeliğin işvereni piyasadan işyeri hekimi bulmakla yükümlü tutmadığı, Tabip Odasının aracılığına başvurmayı bir hak olarak düzenlediği ifade edilebilecektir⁵³.

⁴⁷ AKİ, Erol, Hukukun Temel Kavramları , İzmir 2000

⁴⁸ Aynı yönde, EKMEKÇİ, s.76

⁴⁹ RG. 31.01.1953 No:8323

⁵⁰ Değişik 07.06.1985 t. 3224 sy. K. m.49 ile

⁵¹ Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerine ait kadrolarda çalışan tabiplere kurumlarınca verilecek ikinci görevler bu hükmün dışındadır. m.5/f.2

⁵² EKMEKÇİ,77

⁵³ EKMEKÇİ,

Ancak mevzuattan çıkartılan sonuçların bunlar olmasına rağmen, Türk Tabipler Birliği söz konusu bu sözleşmelerin yapılmasında kendisini onay makamı olarak görmekte ve buna ilişkin yönetmelikler⁵⁴ çıkarmaktadır. Nitekim son olarak çıkarılan "Türk Tabipleri Birliği İşyeri Hekimi Çalışma Onayı Yönetmeliği"⁵⁵ de söz konusu Yönetmeliğin işyeri hekimi olarak çalışan ve çalışmak isteyen hekimleri kapsadığını ifade ederek, Türk Tabipler Birliğinin çalışma onayından bahisle; "Çalışma Onayı"nın işyeri hekimi olarak çalışmak isteyen hekimin belli bir işyerinde çalışabilmesi için Tabip Odası Yönetim Kurulu tarafından verilecek onay olduğunu ifade etmiştir. Yönetmelik uyarınca, çalışma onayı verilebilmesi için işyerlerinde, çalışan işçi sayısını gösteren son döneme ait SSK dört aylık Sigorta Primleri Bordrosu ve İşyeri Tanıtım Formunun, işyeri hekimi tarafından da, hekimin mevcut çalışma saatlerini gösterir belgenin, Türk Tabipleri Birliği tarafından belirlenen asgari ücrete aykırı olmayan Bordro örneğinin (ilk ücret alındığında) ve İşyeri Hekimliği Sözleşmesinin hazırlanarak birliğe sunulması gerekmektedir. Yönetmelik uyarınca, İşyeri hekimi olarak çalışmak isteyen hekimlerin listesi de ilgili Tabip Odalarının hazırlanacak ve "Çalışma onayı" Yönetmelikte belirlenen kriterler çerçevesinde Tabip Odasına verilecektir. "Çalışma Onayı" her yıl Şubat ayı sonuna kadar yenilenecek ve çalışma onayının verilmesi için aranılan koşullardan herhangi birisinin ortadan kalkması halinde iptal edilecektir. Görüldüğü üzere, Yeni Yönetmelikle öngörülen hususlar yukarıda da belirtildiği üzere TTB ve Tabip Odalarının tek yönlü uygulamaları şeklinde olup işyeri hekimi çalıştırmak isteyen işverenleri kendilerince belirlenen hekimle ve yine kendi belirledikleri şartlarla işe alınmalarını zorlayıcı niteliktedir. Bununla beraber özellikle Yönetmelikte geçen "Çalışma Onayı"nın tanımı, hekimin alacağı ücretin TTB tarafından belirlenen asgari ücrete aykırı olamayacağı, işyeri ile hekim arasında yapılan iş sözleşmesinin Tabip Odasına sunulması, işyeri hekimi olarak çalışacakların Tabip Odalarına başvurma ve listeye girme zorunluluğu gibi hususlar ilgili Kanun, Tüzük ve Yönetmeliklerle açık biçimde çelişmektedir⁵⁶. Nitekim Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu gelişmeleri gerekçe göstererek Türk Tabipleri Birliği aleyhine Yönetmeliğin yürütümünün durdurulması ve iptali için Danıştay 8. Daire nezdinde dava açmıştır. Dava halen sürmektedir.

Diğer yandan, İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin 6 ncı maddesinde sözü edilen işyeri hekimi olabilmek için yetkili bir makam tarafından verilmiş bir işyeri hekimliği sertifikasına sahip olma koşulunda, sözü edilen bu belgeyi hangi makamın vermeye yetkisi olduğu konusunda 618 sayılı "Sosyal Güvenlik Kurumu Teşkilatının Kurulması ile Bazı Kanun ve

⁵⁴ Bkz. Türk Tabipleri Birliği İşyeri Hekimi Atama Yönetmeliği" ve buna dayanarak çıkartılan "İşyeri Hekimliği Atama ve Uygulama Yönergesi

⁵⁵ RG. 21.12.2002 t. No: 24970

⁵⁶ http://www.tisk.org.tr/isyeri_hekimligi.asp?id=735

Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmündeki Kararname⁵⁷'nin çıkmasından önceki dönemde tereddütler söz konusu olmuştur. Bu dönemde, Türk Tabipler Birliği 1987 yılında yapılan Büyük Kongresi'nde 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun genel nitelikteki hükümlerine dayanarak, mevzuat gereğince hekim bulundurma zorunluluğu bulunan işyerlerinin saptanması, izlenmesi, iş hekimliği sertifikasına sahip hekimlerin atanmalarına izin verilmesi ve iş hekimliği sertifika kurslarının düzenlenmesi kararını almış⁵⁸ ve 1988 yılından itibaren de Türk Tabipler Birliği tarafından belli bir bedel karşılığı işyeri hekimliği sertifika kursları düzenlenmeye başlamıştır⁵⁹.

Ancak söz konusu bu fiili durumu sona erdiren 618 sayılı KHK , 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanununun 12 nci maddesinde yaptığı değişiklikle; işyeri hekimliği sertifikası vermeye yetkili makamın İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü olduğunu belirtmiş ve bu konuya açıklık getirmiştir. Ancak söz konusu KHK'nin Anayasa Mahkemesince iptali üzerine hazırlanan Kanun Tasarısında da yer alan bu hüküm, Tasarının ilgili Komisyonlarda görüşülmesi sırasında yine tabip odalarının baskısı ile metinden çıkartılmıştır. Bu durumda bulunabilecek çözüm yolu; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkartılmış olan Yönetmelikte değişiklik yapılarak "işyeri hekimliği sertifikası verecek makamın İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü" olduğu şeklinde bir düzenlemeye gidilmesi olacaktır. Ancak, söz konusu Yönetmeliğin değiştirilmesi amacıyla Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından başlatılan çalışmalar Türk Tabipler Birliği'nin baskıları nedeniyle tamamlanamamıştır⁶⁰. Bu anlamda kanuni boşluk sebebiyle üstlenilen sertifika verme yetkisi dışında, Tabip Odası'nın görevinin ve yetkisinin işyeri hekimi olarak görev yapmak isteyen hekimlerin listesini düzenlemek ve işverence başvurulması halinde bu listeyi işverene bildirmekten ibaret olduğu söylenebilecektir.

İşverenin iş sözleşmesi yapmakla yükümlü olduğu işyeri hekimi sayısına ilişkin düzenlemeler ise, İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları İle Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelikte⁶¹ ve Türkiye Tabipler Birliği'nin çıkardığı İşyeri hekimi Atama Yönetmeliği ya da Yönergesi olarak isimlendirilen düzenlemelerde yer almaktadır. İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları İle Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin 8 inci maddesinin c fıkrası uyarınca, sürekli olarak 1000 ve daha fazla işçi çalıştıran iş yerleri iş hekimliği görevleri için işyeri sağlık birimi kurmak ve tam süre bir hekim görevlendirmek zorunda olacaklar ve buna 1000 kişiyi aşan hallerde işçi

⁵⁷ RG.04.10.2000 t. No:24190 Mükerrer

⁵⁸ ÖZÇELİK/GÜLER/GİRİTLİOĞLU, 12

⁵⁹ EKMEKÇİ, s.75

⁶⁰ http://www.tisk.org.tr/isyeri_hekimligi.asp?id=743

⁶¹ R.G 04.07.1980 t. No:17037

başına ayda 15 dakikalık bir hizmete göre yeterince hekim eklenecektir. Diğer yandan, İşyeri hekimi Atama Yönetmeliği ya da Yönergesi olarak isimlendirilen düzenlemenin 7 nci maddesi uyarınca ise, Tabibler Odasının işyeri hekimine onay verirken işyerinde çalıştırılan işçi sayısı göz önünde bulundurulacak, sadece iş yeri hekimliği yapanlara en fazla 780 işçiye ve işyerinde çalışırken işçi sayısı 780'ı geçerse en fazla 1000 işçiye kadar; bir mesleki geliri olup da kısmi süreli çalışanlara ise en fazla 240 işçiye kadar ve çalışırken işçi sayısındaki artış 240'ı geçerse en fazla 289 işçiye kadar onay verilecektir.

Kanımızca doktrinde⁶² de belirtildiği üzere, Tabib Odasının kendisinin tespit ettiği sayılarla, İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları İle Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğinde yer alan sayıları daraltma yetkisi bulunmamaktadır. Bu anlamda bu sınırlamanın Yönetmeliğe aykırı olduğu ve işverenin bu sayılarla onayı kabul zorunluluğunun bulunmadığı ifade edilebilecektir⁶³.

İşverenin işyeri hekimi ile iş sözleşmesi yapma yükümlülüğüne ilişkin olarak karşılaşılan diğer bir sorun da, Türk Tabibler Birliğinin, her hangi bir kanuni dayanağı olmamasına rağmen, işverenlerin işyeri hekimleri ile yapacakları iş sözleşmelerinin içeriklerini belirleme, hekime izin verilmesini içeriği belirlenmiş bu iş sözleşmesinin imzalanmasına bağlama, işyeri hekimlerine ödenecek asgari ücretleri ve diğer çalışma koşullarını belirleme gibi uygulamalar da bulunmasıdır. Oysa belirtildiği üzere, bu gibi yetkileri Türk Tabibler Birliğine veren her hangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Tabibler Birliğine verilen izin yetkisi sadece işverenin bulunduğu hekimin daha önce bir başka işyeri hekimliği varsa, bu durumda söz konusu hekime ilişkin olacaktır(6023 sy.K. m.5).

Bilindiği üzere, kanuni bir düzenleme veya sözleşme hükmü olmadıkça iş sözleşmesinin içeriğinin sözleşme taraflarınca serbest bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Bu sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur. Hiçbir kanuni düzenleme bu anlamda Türkiye Tabibler Birliğine tek taraflı olarak işyeri hekimi ile işveren arasında imzalanacak olan iş sözleşmesinin içeriğini belirleme yetkisi vermemiştir⁶⁴. Aksi bir davranış durumunda, Tabip odalarının, Anayasanın 48 inci maddesinde ve ilgili Kanunlarımızda yer alan "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti"ni açıkça çiğnediğinden söz edilebilecektir. Ancak maalesef uygulamada, Tabib Odaları, işverenleri kendi hazırlamış oldukları, hukuka aykırı pekçok hüküm içeren "tip sözleşme"⁶⁵nin imzalanması için zorlamakta ve bunun dışında tarafların yani işveren ile hekimin serbest iradeleriyle yaptıkları sözleşmeyi onaylamamakta ve Sosyal Si-

⁶² EKMEKÇİ, s.81

⁶³ EKMEKÇİ, s.81

⁶⁴ ÖZYAZICI, 80; EKMEKÇİ,88

⁶⁵ Tabib Odalarınca işverenlere imzalatılmak istenen iş sözleşmelerinin içeriği ve eleştirileri için bakınız. EKMEKÇİ, 83-84; http://www.tisk.org.tr/isyeri_hekimligi.asp?id=743

gortalar Kurumu'nun aradığı "onay belgesi"ni⁶⁶ vermemektedir. Bunun dışında, uygulamada Tabip Odaları, işyeri hekimine yetki belgesi verirken; işyerini hekimin kendisi bulmuşsa bir aylık ücretinin % 25'i, işyeri, Tabip Odası aracılığı ile bulmuşsa % 50'si tutarında bir meblağı belge ücreti olarak işverenden talep etmektedir. Ayrıca yine Mahalli Tabip Odaları, SSK müdürlüklerinden işyeri adreslerini ve işçi sayılarını temin ederek 50 veya daha fazla işçi çalışan işyerlerine doğrudan yazılar göndererek işyeri hekimi almaları gerektiğini, aksi halde savcılığa; kendi önerilerine göre hekim istihdamı olanağı bulunmayan işyerlerini, kanuna muhalefet iddiasıyla cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunmakla tehdit ettikleri İşveren konfederasyonlarınca ifade edilmektedir⁶⁷.

Kanımızca bütün bu uygulamalar mevcut mevzuat karşısında kanuni bir dayanağa sahip değildir. Bu yüzden doktrinde de belirtildiği üzere, söz konusu Türk Tabipler Birliği hazırlanan iş sözleşmesinin işverence kabul edilmemesi sebebiyle Türk Tabipler Birliği'nce hekime izin verilmemesi halinde de işverenin işyeri hekimi ile iş sözleşmesi yapma yükümlüne aykırı davrandığından söz edilemeyecektir⁶⁸.

d- İşverenin İşyeri Hekimi ile İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Sonuçları

Eski 1475 sayılı İK döneminde, işyeri hekimi ile iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü doğrudan İK'da yer almadığından, söz konusu yükümlülüğe aykırı davranılmasının sonuçları konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır.

⁶⁶ SSK'nın 123/I "Kurum, bu Kanunla kendisine verilmiş bulunan görevleri yerine getirebilmek ve sağlık yardımları yapabilmek için, hastane, sanatoryum, prevantoryum, yataklı ve yataksız dispanser, sağlık istasyonu, eczane ve benzeri müesseseler işletebileceği gibi gerekli gördüğü yerlerde hastane, eczane, hekim, eczacı ve ebelerle ve diğer gerçek veya tüzel kişilerle sözleşmeler yapmaya da yetkilidir." İşverenlerin talebi üzerine işyeri hekimlerine iki güne kadar istirahat vermek ve reçete düzenleme yetkisi Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından çıkartılan çeşitli genelgelerle düzenlenmiştir. Sosyal Sigortalar Kurumu'nun konuya ilişkin önceki tüm genelgeleri yürürlükten kaldıran son genelgesi; 20.06.1997 tarih ve 3-112 sayılı Genelge'dir. Söz konusu Genelgede Kurum; "İşyerlerinde yapılacak hekim yetkisi taleplerinde, hekimin, yetki talep edilen işyerinde çalışmasında sakınca olmadığına dair yerel tabip odası izin belgesinin, işyeri kanalıyla alınarak bir örneğinin Kurum Genel Müdürlüğü'ne gönderilmesi" ni istemektedir. İşte bu yüzden , iş sözleşmelerinin tabip odalarınca onaylanmaması nedeniyle, işyeri hekimine SSK adına reçete yazma ve iki güne kadar istirahat verme yetkisi, Kurumun, bu onay belgesini araması nedeniyle SSK tarafından verilememektedir. http://www.tisk.org.tr/isyeri_hekimligi.asp?id=743

⁶⁷ Ayrıca, Tabip Odaları, işyerlerine kendi şartlarını kabul ettiremedikleri hallerde, o işyerine yargı mercilerinden başka, vergi denetimi için Defterdarlıklara, iş teftişi için de Bölge Çalışma Müdürlüklerine şikayet edebilmekte ve işyerlerinin gereksiz yere teftiş ve denetime maruz kalmalarına sebep olmakta; İşyerlerinden, yetkileri olmamasına rağmen, "İşyeri Tanıtım Formu" veya "İşyeri Durum Saptama Formu" adı altında son derece detaylı bilgiler istemekte ve bu bilgiler verilmediği takdirde, İşyeri Hekimi için yetki belgesi vermeyeceklerini bildirmektedirler. http://www.tisk.org.tr/isyeri_hekimligi.asp?id=743

⁶⁸ EKMEKÇİ,88

Bilindiği üzere, işyeri hekimi çalıştırma konusu o dönemde doğrudan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 180 inci maddesinde ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 91 inci maddesinde düzenlenmekteydi. İşte bu yüzden, doktrindeki bir kısım yazarlar⁶⁹, işverenin işyeri hekimi ile iş sözleşmesi yapma yükümlülüğüne uymaması halinde UHK'nun 282 inci maddesinde düzenlenen "Bu Kanunda yazılı olan yasaklara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlar hakkında; Kanunda ayrıca bir ceza hükmü gösterilmediği ve fiilleri Türk Ceza Kanununda daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, üç aydan altı aya kadar hafif hapis cezası ve beşbin liradan otuzbin liraya kadar hafif para cezası verilir. Ayrıca, fiilin işleniş şekli ve niteliğine göre failin suça vasıta kıldığı meslek ve sanatın yedi günden üç aya kadar tatiline ve aynı süre kadar işyerinin kapatılmasına da hükmedilebilir" hükmünün uygulanacağını savunmuşlardır. Buna karşın, bir kısım yazarlar ise⁷⁰, UHK m.180'in hiçbir suretle işyerinde hekim bulundurma zorunluluğunu getirmedikten ve asıl işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğünün İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 91 inci maddesinden kaynaklandığından bahisle, burada uygulanacak hükmün UHK. m.282 olmayıp, söz konusu tüzüğe dayanak teşkil eden 1475 sayılı İK'nun 101 inci maddesi olacağını ifade etmişlerdir⁷¹. Söz konusu madde uyarınca "74 üncü maddenin birinci fıkrasında belirtilen tüzüklerdeki hükümlere uymayan işveren veya işveren vekiline, alınmayan her işçi sağlığı ve iş güvenliği tedbiri için para cezası verilecektir.

81 inci maddesinde doğrudan, işverene işyeri hekimi ile iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü getiren 4857 sayılı İK, bu yükümlülüğe uyulmaması halinde karşılaşılabilecek yaptırım konusunda doktrindeki tartışmalara da son vererek, 105 inci maddesinde işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren veya işveren vekiline beşyüz milyon para cezası verileceğini hükme bağlamıştır.

⁶⁹ BAŞBUĞ, 129

⁷⁰ EKMEKÇİ, 86.

⁷¹ "İşyeri hekimi bulundurma zorunluluğu İşçi Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü'nün 91. maddesi gereği olarak ortaya çıkmakta; 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 180. maddesinde ise doktor bulundurmamak değil, işverene işyerinde çalıştırdığı işçilerin sağlık kontrolü ve tedavilerine yönelik sorumluluklar öngörülmektedir. İşyerinde tabip bulundurmama eylemi 1475 sayılı Kanunun 73. maddesi delaletiyle 101. maddesinde öngörülen idari para cezasının konusunu teşkil etmektedir." Yarg. 7. CD. 01.12.1998 E.19998/9679 K.1998/9899, İşveren Dergisi, Ekim 1999; "Saniğin eyleminin belirtilen kanun maddesi kapsamında kalmayıp işyeri hekimi bulundurma zorunluluğunun İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 91. maddesi gereğince ortaya çıkmakta olup, bu durumda eylemin sübutu halinde 1475 sayılı Kanunun 73. maddesi delaletiyle 101. maddesi kapsamında kalacağından ve idari nitelikte ceza gerektirmekte olup, iddianamede belirtilen kanun maddeleri kapsamına girmediğinden idari nitelikte ceza gerektiren işle ilgili mahkememizin görevsizliğine" T.C. Ankara 14. Sulh Ceza Mahkemesi, 03.04.2002 t. E. 2002/480, K. 2002/823, http://www.tisk.org.tr/isyeri_hekimligi.asp?id=743

5- İşverenin İş Güvenliği İle Görevli Mühendis Veya Teknik Elemanlar İle İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğü ve Buna Aykırı Davranmasının Sonuçları

a- Genel Olarak

1475 sayılı İK'da olmayan diğer bir iş sözleşmesi yapma yükümü, 4857 sayılı İK'nun 82 nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, sanayiden sayılan, devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işverenler, işyerinin iş güvenliği önlemlerinin sağlanması, iş kazalarının ve meslek hastalıklarının önlenmesi için alınacak önlemlerin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi hizmetlerini yürütmek üzere işyerindeki işçi sayısına, işyerinin niteliğine ve tehlikelilik derecesine göre bir veya daha fazla mühendis veya teknik elemanı görevlendirmekle yükümlüdürler.

Görüldüğü üzere, işverenin bu tür bir iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünün doğması için en az elli işçi çalıştıran bir işverenin ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı bir işyerinin söz konusu olması gerekmektedir.

Doktrinde yeni İK ile getirilen bu yükümlülük, söz konusu bu elemanların yapacakları görevlerin, çalışma yaşamıyla ilgili mevzuatın uygulanması, izlenmesi ve denetlenmesi konusunda esasen Devlete verilmiş bulunan ödevle çakışması ve bu düzenlemeyle Devletin, kendisine kanunla verilmiş görevleri yerine getirme işini, adeta işverene yüklemesi sebebiyle eleştirilmiş bunun sosyal devlet anlayışı ile bağdaşmadığı ifade edilmiştir⁷².

İş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik elemanların nitelikleri, sayısı, görev, yetki ve sorumlulukları, eğitimleri, çalışma şartları, görevlerini nasıl yürütecekleri, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliğinin görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenecektir. Ancak henüz söz konusu Yönetmelik çıkarılmadığından konu ile ilgili ayrıntılar netleşmemiştir.

b- İşverenin İş Güvenliği İle Görevli Mühendis Veya Teknik Elemanlar İle İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Sonuçları

4857 sayılı İK, iş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik elemanlar ile iş sözleşmesi yapma yükümlülüğüne aykırı davranılmasının sonucunu 105 inci

⁷² CENTEL, Tankut; Yeni İş Kanunu'nun Muhtemel Etkileri Ve Diğer Düzenlemeler <<http://www.tisk.org.tr/images/isveren/yazar/47.jpg>>

maddesinde düzenlemiştir. Buna göre, İK.'nın 82 nci maddesine aykırı olarak iş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik eleman görevlendirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren veya işveren vekiline beş milyon lira para cezası verilecektir.

II- İŞVERENİN İŞ İLİŞKİLERİNDE EŞİT İŞLEM BORCU VE BUNA AYKIRI DAVRANMASININ SONUÇLARI

A- İşverenin İş İlişkilerinde Eşit İşlem Borcu Kavramı

Eşitlik kavramı, bilindiği üzere genel olarak yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden ne fazla ne eksik olmamayı, aynı haklardan yararlanmayı ve aynı düzeyde olmayı ifade eden⁷³ bir kavramdır. Eşitlik, huzurlu bir toplumun vazgeçilmez bir unsuru olduğu için tüm ülkelerin mevzuatlarında geniş bir biçimde yer almış ve uygulama alanı bulmuştur. Türk Hukukunda da; herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı ve Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları esaslarının düzenlenmiş olduğu Anayasamızın 10 uncu maddesi, yine Anayasamızın 11 inci maddesinde de belirtildiği üzere yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarındandır.

Anayasamızda yer alan düzenleme, genel olarak devletin vatandaşlara karşı tarafsızlığını ve bu tarafsızlık çerçevesinde kamu organlarının görevlerini yerine getirirken vatandaşlara eşit davranmakla yükümlü olduklarını, yasama yürütme ve yargının, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin herkesi kanun önünde eşit kabul edip buna göre davranmalarını güvence altına almayı hedefleyen bir düzenlemedir⁷⁴.

Ancak, eşitlik ilkesini kamu hukukunda olduğu kapsam ve genişlikte iş hukuku alanında uygulamak mümkün olmamaktadır. Nitekim, işverenin iş ilişkilerinde eşit işlem borcu denildiğinde, ilk olarak işverenin iş ilişkilerinde, yani, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçi ile işçi çalıştıran işveren arasında kurulan ilişkilerin her aşamasında işçilere karşı mutlak bir eşit davranma borcu olduğu akla gelebilecek ve bunun sonucu olarak da iş sözleşmesinin yapılması, devamı ve

⁷³ <http://www.tdk.org.tr/tdksozluk/SOZBUL.ASP?GeriDon=0&EskiSoz=&kelime=e%FEit&submit1=Ara>

⁷⁴ ULUCAN,Devrim; Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması, Prof.. Dr. Turhan ESENER'e Armağan, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.5, Nisan 2000, S:3, s.192

sona ermesi aşamalarında hiçbir konuda hiçbir işçiye farklı bir işlem yapılamayacağı düşünülebilecektir. Oysa ilk bakışta, işverenin iş ilişkilerinde eşit işlem borcu kavramı mutlak bir eşitlikten söz ediyor gibi görünse de, iş sözleşmesi yapan tarafların karşılıklı olarak çıkarları ile maddi varlıklarını korumak ve geliştirmek amacıyla iş sözleşmesinin taraflarını seçmeye, içeriğini kendi yararına oluşturmaya ve yine gerekli gördüğünde de usulüne uygun biçimde sona erdirmeye hakkı olduğunun kabulü gerekecektir⁷⁵. Zira Anayasamızın 48 inci maddesi de, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu esasını getirmektedir.

Sonuç olarak, iş hukuku alanında işverenin eşit işlem borcunun Anayasal anlamda mutlak bir eşitlik anlamı taşımadığı, ancak kanuni düzenlemelerde yer alan esaslar dahilinde, işverenin sözleşme yapma özgürlüğünü zedelemeyen bir borç olduğu kabul edilebilecektir. Doktrinde de ifade edildiği üzere, burada önemli olan nokta, sözleşme özgürlüğü ilkesinin işçiler arasında eşitliği sağlama esası ile bağdaştırılabilmesidir. Nitekim işverenin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işçilerini seçmede, çalışma koşullarını belirlemede önemli çıkarı vardır. Bu anlamda işvereni eşit işlem borcundan bahisle, kadın erkek, eğitimli eğitimli ayırımı yapmaksızın başvuran herkesle iş sözleşmesi yapmakla yükümlü tutmak, eşitlik ilkesi gereği bazı işçilerini işten çıkarmasını engellemek çalışma hayatının gerçekleri ile bağdaşmayacaktır. Bu yüzden, işyerinde birliğe ve uyuma dayanan adil bir çalışma düzeninin kurulması ve eşit işlem yapma borcunun sözcük anlamıyla mutlak olarak anlaşılaksızın, eşit işlerde çalışanlara eşit haklar sağlanması şeklinde konunun ele alınması ve bunun sınırları ile istisnalarının belirtilmesi yerinde olacaktır⁷⁶.

Burada Anayasal anlamda sözleşme özgürlüğünün sınırının en geniş anlamda, işverenin iş sözleşmesi yaparken, çalışma koşullarını belirlerken ve iş sözleşmesini feshederken, kesin olarak işçinin dini inançlarından, konuştuğu dilden veya mensubu olduğu ırktan dolayı açık bir biçimde farklı işlem yapması ve cinsiyetten dolayı farklı ücret ödemesi olduğu söylenebilecektir.

B – Eşit İşlem Borcunun Kapsamı

Türk Hukukunda işverenin eşit işlem borcunun kapsamı, mevcut kanuni düzenlemelerin göz önüne alınması suretiyle belirlenebilecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere Anayasamızın 48 inci maddesi, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu esasını getirmiştir. Bu genel düzenleme görüldüğü üzere, sözleşme özgürlüğünden söz etmiş ancak bu sözleşmelerin taraflarına her hangi bir yükümlülük getirmemiş, bu konudaki düzenlemeleri, ilgili olan alanlara ilişkin olarak Kanunlara bırakmıştır.

⁷⁵ ULUCAN,192

⁷⁶ ULUCAN, s.194

Türk İş Hukuku alanında işverenin iş ilişkilerinde eşit işlem borcunun kapsamının belirlenmesi Anayasamızın 10 uncu maddesi⁷⁷ ile İK. ve SK⁷⁸'da yer alan hükümler birlikte göz önüne alınarak yapılabilecektir.

Eski 1475 sayılı İK. işverenin eşit işlem borcuna ilişkin olarak 26 ncı maddesinin dördüncü fıkrasında bir düzenleme içermekteydi. Söz konusu düzenlemede, bir işyerinde aynı nitelikteki işlerde ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere sadece cinsiyet ayrılığı sebebiyle farklı ücret verilemeyeceği ve toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmelerine buna aykırı hüküm konulamayacağı esasları yer almaktaydı. Görüldüğü üzere, burada genel bir eşit davranma yükümü getirilmemiş sadece kadın ve erkek işçiler arasında cinsiyete dayalı bir ücret ayırımı yasaklanmıştı. Eski 1475 sayılı Kanun döneminde sadece kadın ve erkek işçiler arasında ücret ayırımına ilişkin düzenleme m.26/4 yer almıştır⁷⁹. Buna karşın eski 1475 sayılı İK'da yer almamakla beraber o dönemde ve halen yürürlükte olduğu günümüzde Sakatların İstihdamı Hakkındaki Tüzük ile Eski Hükümlülerin İstihdamı Hakkında Tüzük 10 uncu maddelerinde ücret ayrımcılığına ilişkin başka düzenlemeler de içermektedir. Buna göre, söz konusu düzenlemelerde sakatlığın ve eski hükümlülüğün daha düşük ücretle çalıştırma nedeni olamayacağı, bu tür işçilerin de diğer işçilere yapılan sosyal yardımlardan aynen yararlanacağı ve toplu iş sözleşmelerine sakat ve eski hükümlü işçiler aleyhine hükümler konulamayacağı esasları yer almaktadır.

Eşit işlem borcuna ilişkin olarak sadece kadın ve erkek işçiler arasında cinsiyete dayalı bir ücret ayırımı yasağı getiren eski 1475 sayılı İK'nun aksine, yeni 4857 sayılı İK. "eşit davranma ilkesi" başlıklı 5 inci maddesinde konuyu ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. Söz konusu maddenin yeni İK.'da yer alması Kanun'un madde gerekçesinde⁸⁰ de belirtildiği üzere, işverenin eşit davranma yükümlülüğünün uluslar arası belgelerde çok önemli bir konu olarak ele alınması ve çalışma hayatının önemli sorunlarından biri olarak görülmesidir. Nitekim yeni düzenlemeyle, İLO'nun Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği

⁷⁷ AY. M.10 "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

⁷⁸ SK.m.31 " ... işveren bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalışmaya son verilmesi bakımından her hangi bir ayırım yapamaz. Ücret ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır..."

⁷⁹ AKYİĞİT, 1018

⁸⁰ <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1-0534.pdf>

Hakkında 100 sayılı Sözleşmesi⁸¹ ile Birleşmiş Milletlerin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmelerinde yer alan esaslar ve Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Avrupa Birliği Çalışma Mevzuatına uyum sağlamamız açısından mevzuatımızda yer alması gereken belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile tam ve kısmi süreli iş sözleşmelerine göre çalışmada ayırımı haklı kılan nedenler olmadıkça işçilere eşit davranılması esasları mevzuatımızda yerlerini almışlardır.

Yeni 4857 sayılı İK'nun 5 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacaktır. Görüldüğü üzere burada sadece cinsiyete ilişkin bir ücret ayrımcılığından değil, aksine ücret ayrımcılığını da içeren son derece geniş bir ayrımcılık yasağından söz edilmektedir. Burada iş ilişkisinde denildiğine göre, işçi ile işveren arasında kurulan iş sözleşmesinin her aşaması anlaşılmakta ayırım yasağını sadece ücrette ayırım olarak sınırlandırmak mümkün olmamaktadır. Zaten madde içeriğinde cinsiyete dayalı ücret ayrımcılığı ayrıca yasaklanmıştır. Yine maddenin ikinci fıkrası uyarınca, işveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamayacaktır. Madde burada esaslı sebeplerin neler olduğundan söz etmediğinden ortadaki sebebin esaslı sebep olup olmadığının tespiti her somut olayda ayrı ayrı incelenerek yapılabilecektir⁸².

Diğer yandan yeni düzenleme genel anlamda ayrımcılığın dışında kadın işçilere ilişkin olarak, iş sözleşmesinin yapılması, şartların oluşturulması, uygulanması ve sona ermesine ilişkin olarak bir cinsiyet ayrımcılığını ve gebelik nedeniyle farklı muameleyi önlemeyi amaçlamaktadır. Buna göre, işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacak ve aynı veya eşit değerinde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamayacaktır. Bunun dışında, işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmayacaktır(m.5/3,4,5).

Madde metninden açık olarak anlaşılacağı üzere, işveren işçi ile arasındaki iş ilişkisinde yani aralarında kurulan iş sözleşmesi kapsamında, kesin olarak işçiye

⁸¹ 13.12.1966T., 810 sK., RG. 22.12.1966 t., No:12484 (ILO Kabul tarihi: 6 Haziran 1951)Bu sözleşmeye ilişkin esaslar eski 1475 sayılı İK'da da yer almıştı. Ayrıca bkz. İş Ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında 111 sayılı Sözleşme. 13.12.1966T., 811 sK., RG. 22.12.1966 t., No.12484 (ILO Kabul tarihi: 4 Haziran 1958)

⁸² "Bu şekildeki düzenleme uygulamada sorun yaratıp, uyumsuzluklara neden olabilecektir." YÜKSEL, Nihat <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2003/subat/18.html>

dini inançlarından, konuştuğu dilden, düşünce, inanç ve cinsiyetinden dolayı farklı bir muamelede bulunamayacaktır. Ancak, çok tabiidir ki, işveren farklı yetenek ve nitelikteki işçiler arasında ücret yönünden ayırım yapabilecek ve bunun da eşit işlem borcuna aykırı olduğu ifade edilemeyecektir. Zira eşitlik, sadece eşit nitelikte, konumda ve özellikteki işçiler arasında söz konusu olabileceğinden, eşit işlem borcu eğitim, yaş kıdem gibi objektif ve çalışkanlık, verimlilik, liyakat, yetenek gibi subjektif nedenlerle sınırlandırılmıştır. İşveren sözünü ettiğimiz bu gibi nedenlerden birine dayanarak her zaman farklı ücret ödemesi imkanına sahip olabilecek ve böyle bir durumda ayırmıcılıktan söz edilemeyecektir.⁸³

Maddede genel olarak eşit işlem borcu düzenlenmekle beraber, düzenlemenin ağırlıklı bölümünün cinsiyet ayırımını engelleyen esaslardan oluştuğu görülmektedir. Zira bilindiği üzere uygulamada genellikle kadın işçiler erkek işçilere oranla daha az ücretle ve daha kötü çalışma koşullarında çalıştırılmaktadırlar. Bunun nedeni olarak da, genellikle kadın işçilerin erkek işçilere nazaran, doğum izni, kreş, erken işten ayrılma gibi maliyeti arttıran ve verimi düşüren özel durumları gösterilmektedir.⁸⁴ Bu da çalışmak ve anne olmanın kadınların en temel haklarından olmasına rağmen, iki durumun bir araya geldiği zamanlar ciddi sorunların ortaya çıkması anlamına gelmektedir.

İşte devletin kadın işçilerin bu sorunlarının ortadan kaldırılması amacıyla her türlü korumayı sağlaması yükümlülüğü, ülkeleri bu alanda ayrıntılı düzenlemeler yapmaya ve iş sözleşmesinin yapılması aşamasından sona ermesi aşamasına kadar çeşitli önlemler almaya itmiştir. Ancak burada eşitlik ilkesinin taşıdığı anlam önem taşımaktadır. Zira buradaki cinsiyetler arası eşitlik, mutlak anlamda kadın ve erkek işçilere aynı şekilde davranmak anlamına gelmeyip aksine cinsiyetler arası farklılıkların göz önünde bulundurulmasıyla çalışma şartları açısından kadınlar ve erkekler arasındaki eşit rekabet ortamının ve eşitliğin sağlanmasını amaçlayan hukuki düzenlemelerin yapılmasını ifade etmektedir.⁸⁵

Yukarıda da belirtildiği üzere, yeni 4857 sayılı İK. 5 inci maddesinde işverenin, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağına ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Bilindiği üzere, kanunlardan

⁸³ Bkz. ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, İstanbul, s.133 vd. TUNCAY, Can; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982; ALTAN, Z.;Cinsiyetler Arasında Eşit Davranma, AB. Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, Fethiye 16-19 Mayıs 1997, s.157 vd.; ULUCAN, 195-196

⁸⁴ ULUCAN, 201

⁸⁵ Bkz. TULUKÇU, N. Binnur; İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Anne İşçilerin Korunması, N. Haber-İş Sendikası Yayınları, No:21/2000 , Ankara 2000, s.42

kaynaklanan zorunluluklar dışında işverenin belirli işçilerle, işçilerin de belirli işverenlerle sözleşme yapmaları zorunluluğu bulunmamaktadır.⁸⁶ Ancak bu durum da kadın ve özellikle gebe kadın işçilerin işe girerken cinsiyet ayrımına maruz kalmalarına ve işe giriş açısından fırsat eşitliğine sahip olamamalarına neden olmaktadır.

Doğaldır ki işveren yeni bir işçi ile iş sözleşmesi yapacağı zaman, öncelikle işin gerektirdiği nitelikte ve özellikte bir işçiyi tercih edecektir. Ayrıca iş sözleşmesini yapacağı işçinin diğer işçilerle uyum sağlayabilecek olması da işveren için önemli tercih sebeplerinden olabilecektir.⁸⁷ Bu yüzden iş ilişkisi kurulmadan önceki safhada tarafların birbirlerini tanımaya yönelik bilgi edinme hakkının varlığı kabul edilebilecektir.⁸⁸ Ancak buradaki özellikle işçi adayı hakkında işverenin bilgi edinme hakkının, adayın kişilik hakları ile sınırlı olduğu söylenebilecektir.⁸⁹ Buna karşın işe başvuran işçi açısından bakıldığında da, onun da işe alınacak kişinin seçimi için gerekli olan ve kendisine sorulan kişisel bilgilere ilişkin olarak işverene gerçeğe uygun bilgi verme yükümü altında olduğu söylenebilecektir. Bununla beraber, iş için başvuran işçi adayının, kendisine sorulmadan verdiği bilgilerle de, işvereni kasden yanıltmaktan kaçınma yani, yanlış bilgi vermeme yükümü de bulunmaktadır.⁹⁰

4857 sayılı İK. 5 inci maddesinde işverenin, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağına ilişkin bir hükmün bulunması, tabii ki, işe alma görüşmelerinde, işverenin işçiye gebe olup olmadığını sormasını kanımızca kural olarak engellemeyecektir. Zira, işveren açısından bu durumun iş ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkması durumunda, gebe ve anne işçileri korumaya yönelik hükümler dolayısı ile mali bir külfetin ortaya çıkması söz konusu olacaktır.⁹¹ İşe alma görüşmeleri sırasında işçi adayına gebe olup olmadığının sorulması konusunda doktrinde de farklı görüşler mevcuttur. Bir kısım yazarlar⁹², işin niteliği gerektirsin veya gerektirmesin, gebeliğin ileride işverene hukuki

⁸⁶ Bkz. SÜMER, N.Binnur; İşverenin Hizmet Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırları, Konya 1992.; TULUKÇU,83

⁸⁷ Bkz. EYRENCİ, Öner; İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s.239

⁸⁸ EYRENCİ,240; TULUKÇU, 84

⁸⁹ EYRENCİ,239; TULUKÇU, 84

⁹⁰ EYRENCİ,244-245; TULUKÇU, 86s

⁹¹ TAŞKENT, Savaş; İş Sözleşmesinin İptal Nedenleri, DOĞANAY Anısına Armağan III, İstanbul 1982, s.179; TULUKÇU, 87

⁹² AKYİĞİT, Ercan; Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Aktinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990, s.44; SÖZER, Ali Nazım; Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları, Adalet Dergisi ,Y.73, Eylül-Ekim, S.5, s.1050-1051

ve mali açıdan külfet oluşturacağı, bu nedenle henüz sözleşme görüşmelerinde böyle bir durumun var olup olmadığını bilmekte işverenin haklı bir menfaatinin olduğunu, bu yüzden de kadın işçi adayına gebe olup olmadığını sorulabileceğini; bir kısım yazarlar⁹³, iş ilişkisinin özelliğinin haklı kılacağı bir neden olmadığı takdirde, işverene kadın işçi adayının gebe olup olmadığını araştırmak yetkisinin tanınmasının doğru olmayacağını ve yine bir kısım yazarlar⁹⁴ ise, ancak gebelik işçinin üstleneceği işi yerine getirmesini engelleyecek durumda ya da söz konusu işin niteliğinin gebelikle bağdaşmayacak nitelikte mankenlik, spor öğretmenliği gibi bir meslek olması halinde gebeliğe ilişkin soru sorulabileceğini ve bu soruya da cevap verilmesi gerektiğini kabul etmektedirler.

Kanımızca iş başvurusunda bulunan kadın işçi adayının, başvurduğu işin niteliğinin gebelikle bağdaşmaması durumunda, işveren sormasa bile bu durumu işverene açıklamak zorunda olduğu ifade edilebilecektir. Doktrinde, iş sözleşmesi öncesi yapılan görüşmelerde, kadın işçi adayının cevaplama ve açıklama yükümlülüklerini ihlal etmesi sebebiyle, sözleşmenin hata veya hile sebebiyle iptal ettirilip ettirilemeyeceği hususunda işyerinin ve işin niteliğini büyük önem taşıdığı belirtilmektedir⁹⁵. Bu durumda gebelik ile işin niteliği bağdaşmıyorsa ve dolayısıyla bu konuda sorulan soruyu cevaplama veya sorulmadan kendiliğinden açıklama yükümlülükleri ihlal ediliyorsa duruma göre hata veya hileden söz edilebilecek, iş sözleşmesi işinin kastı yoksa hata sebebiyle, kastı varsa hile sebebiyle iptal edilebilecektir⁹⁶. Bunun yanı sıra işçi adayının gebelik ve anneliğe ilişkin cevaplama ve açıklama yükümlerini ihlal etmesi suretiyle hata veya hile sebebiyle iradenin sakatlanması halinde, işverenin uğradığı zararın tazmini dahi mümkün olabilecektir⁹⁷.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kanımızca 4857 sayılı İK. 5 inci maddesinde yer alan işverenin, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağına ilişkin olan hüküm işverenin mutlaka gebe işçi adayları ile iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünde olduğunu ifade etmemekte, buna karşın gebeliğin işçinin üstleneceği işi yapmasına engel olmayacağı hallerde yani, bir başka deyişle çalışma yeri ve işin niteliği haklı göstermiyorsa iş sözleşmesinin yapılmasında, kadın işçinin gebeliğinin araştırılmasının kendisine bu konuda sorular sorulmasının yerinde olmayacağını ifade etmektedir. Bunun yanında söz konusu madde iş sözleşmesinin yapılması aşamasının dışında, sözleşme şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona erme-

⁹³ TAŞKENT, 180

⁹⁴ ÇELİK, 174; EYRENCİ, 255; TULUKÇU,89

⁹⁵ TAŞKENT,173; TULUKÇU,91

⁹⁶ TULUKÇU,91

⁹⁷ TULUKÇU,93

sinde de, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağını açık bir şekilde ifade etmiştir.

Buna göre, her ne kadar taraflar iş sözleşmesinin içeriğini düzenleme konusunda serbest olsalar da, taraflar cinsiyet ve gebelik konusuna ilişkin olarak kanunda yer alan koruyucu ve düzenleyici hükümlerin aksini veya öngörülen işçilik haklarından daha azını kararlaştıramayacaklardır. Bu anlamda; iş sözleşmesi yapılırken, sözleşmeye iş ilişkisinin devamında kadın işçinin gebelik ve annelik durumlarının söz konusu olmamasına veya gebe ve anne işçiler hakkında iş mevzuatında yer alan koruyucu düzenlemelerden yararlanılmayacağına ilişkin hükümler konulamayacaktır⁹⁸. Zaten gebe ve anne işçilere ilişkin düzenlemeler emredici nitelikte olduğundan, aksine yapılan düzenlemeler kesin hükümsüzlükle karşılaşacaktır⁹⁹.

4857 sayılı İK.'nın beşinci maddesinde yer alan ve eşit davranma ilkesi başlığı altında düzenlenen işverenin, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında sözleşme şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı hükmü dışında, mevzuatımızda işverenin çalışma şartlarını gebe ve anne işçiyi koruyucu şekilde düzenleme yükümlülüğünü düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu yükümlülüğün işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamına girdiği düşünülebilecektir. Nitekim işverenin işçiyi gözetme borcu, işverenin iş sözleşmesi çerçevesinde çalıştırdığı işçisini koruması, onun menfaatleri doğrultusunda gördüğü iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlara karşı gerekli önlemleri alması, işçinin sağlık ve yaşamına zarar verici davranışlardan kaçınması gibi yükümlülükleri içermektedir¹⁰⁰. Madde uyarınca, işveren bu yükümlülükleri yerine getirirken, bu yükümlülüklerin kendisine mali yük getirdiğinden bahisle kadın ve erkek işçiler arasında doğrudan ya da dolaylı kesinlikle farklı işlem yapamayacaktır.

İş sözleşmesinin sona ermesi konusunda farklı muamele yapılamaması, gebeliğin ve anne olmanın iş sözleşmesinin sona ermesinde kadın işçiler açısından olumsuz bir durum olarak kabul edilmesi uygulamada sıkça karşılaşılan bir sorun olduğundan, kanun koyucu bu konuya birden fazla maddede değinmiş ve kadın işçiler açısından haksız uygulamaların önüne geçmeyi amaçlamıştır. Kanun koyucu öncelikle İK. m.5'te işverenin, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin sona ermesinde, cinsiyet gebelik ya da her

⁹⁸ YAVUZ, Cevdet; Türk Hukukunda Kadının Çalışma Hakkı İle İlgili Düzenlemeler, Arguman Hukuk Dergisi, Y.2, S.15, Ekim 1991, s.224; NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, s.478-479; TULUKÇU,95

⁹⁹ SÜMER,24-25; NARMANLIOĞLU,163; ÇELİK, 92, TULUKÇU,95

¹⁰⁰ TULUKÇU,102

hangi bir sebepten dolayı doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağını açık bir şekilde belirttikten sonra, aynı konuya ilişkin olarak iş güvencesi kapsamına giren işçiler¹⁰¹ açısından feshin geçerli sebebe dayandırılması zorunluluğunun bulunduğu hallerde, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlerin geçerli sebep olarak kabul edilmeyeceğini 18 inci maddesinde belirtilmiştir.

Buna karşın kanun koyucu , kadın işçinin sırf gebeliği ya da anne olması dolayısı ile haksız uygulamalarla karşılaşmasını önlemeyi amaçlaması ve iş sözleşmesinin feshine ilişkin sınırlamalar getirmiş olmasının yanında; İK.'nın 25 inci maddesinde doğum ve gebelik hallerinde işe devamsızlığın belirli bir süreye ulaşması halinde işverenin haklı sebeple iş sözleşmesini feshetme hakkı olduğunu kabul etmiştir. Buna göre, hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimlessiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini¹⁰² altı hafta aşmasından sonra doğacaktır. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlayacaktır.

Kanun hükmündeki bu ifade maalesef eski 1475 sayılı İK'da da olduğu gibi çok açık bir ifade değildir. Üstelik eski Kanun döneminde doğumdan önce 6 hafta doğumdan sonra 6 hafta olmak üzere kesin bir çalıştırma yasağı varken bile farklı yorumlara neden olan bu madde¹⁰³, kesin çalışma yasağının çok net olarak belirtilmediği yeni Kanun döneminde yine farklı yorumlara neden olacaktır. Zira 4857 sayılı İK. m. 25 de sözü edilen 74 üncü madde uyarınca, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenecek ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilecektir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenecektir. Ayrıca yukarıda öngörülen süreler

¹⁰¹ Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. İK.m.18

¹⁰² İş sözleşmeleri; İşi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, İşi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, İşi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, İşi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, feshedilmiş sayılır.

¹⁰³ 1475 sayılı İK. döneminde söz konusu hükmün uygulanması konusundaki farklı görüşler için bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan; İş Hukuku Esasları, İstanbul 1988, s.210 ;ERKUL, İhsan; Uygulamalı Sosyal Politika Dersleri, Türk İş Hukuku, C.1, 1475 sayılı İş Kanunu ve Uygulaması, Eskişehir 1985, s.143; NARMANLIOĞLU,332; SÖZER,1067; ÇELİK, 182; EKONOMİ,204; TULUKÇU,152

işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir, bu süreler hekim raporu ile belirtilecektir.

Görüldüğü üzere, İK.m.25 de düzenlenen hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirmsiz fesih hakkının; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerine¹⁰⁴ altı hafta eklenmesi ve bu sürenin aşılmasından sonra doğacağı ancak doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlayacağı esası uygulamasına ilişkin olarak her durumda geçerli olacak kesin bir hesap yapmak mümkün olamayacaktır. Nitekim madde metninden anlaşıldığı üzere, burada sadece doğum öncesi üç haftalık bir çalışma yasağı söz konusu olacak, bunun dışındaki doğumdan önceki ve sonraki 8 hafta içerisinde çalışıp çalışmama kadın işçinin ve doktorunun insiyatifinde olacaktır. Bu anlamda, kadın işçinin gebelik ve doğum halinde ne kadar süre devamsızlığının işverene haklı sebeple fesih hakkı tanıyacağı konusunda kesin bir süre söylenemeyecek, işçinin kıdemine göre tespit edilecek ihbar süresine 6 hafta eklenmek suretiyle bulunacak süre, kadın işçinin kanun maddesi uyarınca kendisinin ve doktorunun tercihi sonucu¹⁰⁵ ortaya çıkan çalışılmayan dönemin bitmesinden itibaren başlayacaktır.

Görüldüğü üzere, kadın işçinin sırf gebeliği ya da anne olması dolayısı ile haksız uygulamalarla karşılaşmasını önlemeyi amaçlayan tüm bu düzenlemeler göz önüne alındığında, Avrupa Birliğine uyum sürecinde , imzalamış olduğumuz uluslar arası belgelerdeki yükümlülüklerimize uygun olarak kadın ve erkek işçiler arasında iş sözleşmesinin her aşamasında eşit rekabet ortamının sağlanmasını amaçlayan birçok düzenlemenin 4857 sayılı İK ile mevzuatımıza getirildiği söylenebilecektir.

C– İşverenin İş İlişkilerinde Eşit İşlem Borcuna Aykırı Davranması Halinde Karşılaşacağı Tazminat

4857 sayılı İK'nun eşit davranma ilkesi başlıklı 5 inci maddesi altıncı fıkrasında işverenin iş ilişkilerinde eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde karşılaşacağı yaptırımı düzenlenmiştir. Buna göre, iş ilişkisinde veya sona

¹⁰⁴ İş sözleşmeleri; İşi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, İşi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, İşi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, İşi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, feshedilmiş sayılır.

¹⁰⁵ İK.m.74 "...sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilecektir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenecektir. Ayrıca yukarıda öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir, bu süreler hekim raporu ile belirtilecektir."

Kamu-İş; C:7, S: 3/2004

ermesinde 5 inci maddenin fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, işveren- den dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıl- dığı haklarını da talep edebilecektir. Görüldüğü üzere burada daha önce 1475 sayılı İK. Döneminde mevzuatımızda yer almayan bir tazminat düzenlenmiştir¹⁰⁶.

Söz konusu tazminatın tutarı maktu olmayıp her olayın kendine özgü özellikleri göz önüne alınarak hakim tarafından tayin edilecektir. Ancak işçi tara- fından talep edilebilecek tazminatın tutarı en fazla dört aya kadar ücreti tutarında olabilecektir. Ayrıca bu tazminat dışında, işveren işçisine eşit işlem borcuna aykırı davranarak işçisine kanunen kullandırmak zorunda olduğu haklarını da kullandır- madı ise bu tazminatla beraber işçi yoksun bırakıldığı bu hakları da işverenden talep edebilecektir.

Madde metninde açık olarak belirtilmemekle beraber burada sözü edilen dört aya kadar ücreti tutarındaki tazminata esas alınacak ücretin asıl ücret olacağı ve ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımların buna dahil olmayacağı Kanunun madde gerekçesinde belirtilmiştir¹⁰⁷.

Yine 4857 sayılı İK.'nun 5 inci maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, böyle bir eşit işlem borcuna aykırı davranış halinde söz konusu tazminat ve hakların talep edilmesinin yanında, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklı olacaktır¹⁰⁸. Buna göre, SK.m.31 uyarınca, işverenin, iş sözleşmesinin feshi dışında, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, toplu iş sözleşmesi hükümleri dışında işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapması ile işçilerin, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyon- larının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılmaları veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulmaları halinde, işveren işçinin bir yıllık ücretin- den tutarından az olmamak üzere tazminata mahkum olacaktır. Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi halinde ise, 4857 sayılı İK'nun 17,18,19,20 ve 21 inci madde hükümleri uygulanacak bu kez 21 inci madde uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamayacaktır.

¹⁰⁶ Düzenlemenin eleştirisi ve bu hallerde kanuna muhalefetten idari Para Cezası uygulanması daha doğru olacağı yönünde bkz. YÜKSEL, Nihat; <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2003/subat/18.html>

¹⁰⁷ <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1-0534.pdf>

¹⁰⁸ Bentteki "Sendikalar Kanununun 31 nci maddesi hükümleri saklıdır" hükmü ile bu maddenin uygulanmasında mükerrerlikler yaşanacaktır.YÜKSEL,Nihat; <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2003/subat/18.html>

Buna göre, İK.m.5'in ifadesinden anlaşıldığı üzere, işverenin bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya başka sendikaya üye işçiler arasında ayırım yapması ya da sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işçileri işten çıkarıp farklı muamelede bulunması durumunda SK. m.31 de düzenlenen işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmayacak tazminat da, İK.m.5'de belirtilen tazminatın dışında ayrıca talep edilebilecektir.

Eşit davranma ilkesine aykırı davranıldığında karşılaşılabilecek yaptırımları düzenleyen İK.m.5 yedinci fıkrasında da , İK. m. 20 hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını ispat etmekte işçiyi yükümlü kılmıştır. Ancak genel esas bu olmakla birlikte işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olacaktır¹⁰⁹. Bilindiği üzere söz konusu 20 nci madde, iş sözleşmesinin feshinin geçerli bir sebebe dayanması yükümlülüğünün bulunduğu hallerde, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğunu düzenleyen maddedir. Yine 20 nci madde uyarınca, işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlü olacaktır.

Söz konusu iki madde birlikte göze alındığında, genel olarak işveren tarafından biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde her hangi bir sebepten dolayı ayrımcılık yapılması durumunda böyle bir ayrımcılığın yapıldığını iddia eden işçi bunu ispatla yükümlü olacaktır. Ancak burada yüzde yüz kesin bir ispat koşulu aranmayacak, işçinin böyle bir ayrımcılığın varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyması yeterli sayılacak ve böyle bir durumda işveren herhangi bir ayrımcılığın mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olacaktır.

Diğer yandan, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi ihbar suretiyle feshinde, işverenin dayanmak zorunda olduğu, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebin varlığını ispat yükümlülüğü doğrudan işverene ait olacaktır. Bu kapsamdaki bir işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını mesela işverenin iddia ettiği geçerli sebep dışında dil, din,ırk, gebelik vb gibi geçerli sebep kabul edilmeyen başka bir sebebe dayandığını iddia ederse bu kez yine bu iddiasını ispatla yükümlü olacaktır.

¹⁰⁹ Otuzdan işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan ya da 30 yada daha fazla çalışmakla birlikte altı aydan daha az kıdemi olan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükümlülüğü işverende olmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun genel hükümleri uygulanacaktır.SK.m.31/7(Ek: 9/8/2002-4773/10 md)

SONUÇ

Görüldüğü üzere, 4857 sayılı İK. eski 1475 sayılı İK ile karşılaştırıldığında işverenin iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü hem yükümlülüğün söz konusu olduğu haller itibariyle, hem de bunlara aykırı davranılması durumunda karşılaşılabilecek yaptırımlar itibariyle ağırlaştırmıştır. 4857 sayılı İK uyarınca, işverenin iş sözleşmesi yapmakla yükümlü olduğu kişiler beş grup olarak tespit edilebilecektir. Bu gruplarda yer alan kişiler, İK.m.30'da söz edilen özürsüz, eski hükümlü ve terör mağdurları; İK.m.31'de düzenlenen her hangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılıp da tekrar işlerine dönmek isteyen kişiler, İK.m.29'da düzenlenen, toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde işverenin nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırarak yükümlü olduğu kişiler, İK.m.81 'de düzenlenen işyeri hekimi çalıştırma yükümü dolayısıyla kendileri ile sözleşme yapılması gereken hekimler ve İK.m.82' de yer alan iş güvenliği ile olarak kendileri ile iş sözleşmesi yapılmak zorunda bulunan görevli mühendis ve teknik elemanlardan oluşmaktadır.

Söz konusu kişilerle iş sözleşmesi yapma yükümüne aykırı davranılması durumunda işverenin karşılaşılabilecek yaptırımlar da yine İK' da düzenlenmiş olup, bazı hallerde tazminat bazı hallerde ise idari para cezası olarak uygulanacaktır.

Diğer yandan, iş hukuku uygulamasında büyük sorunların ortaya çıktığı ve AB Mevzuatına uyum sürecinde büyük önem taşıyan işverenin işçilerine karşı eşit davranma yükümlülüğünün düzenlendiği 5 inci maddesinde yer alan esaslar bir bütün olarak ele alındığında ve incelendiğinde burada sözü edilen iş ilişkilerinde işverenin eşit işlem borcunun Anayasal anlamda mutlak bir eşitlik anlamı taşımadığı, ancak kanuni düzenlemelerde yer alan esaslar dahilinde, işverenin sözleşme yapma özgürlüğünü zedelemeyen bir borç olduğu kabul edilebilecektir. Nitekim, burada önemli olan nokta, sözleşme özgürlüğü ilkesinin işçiler arasında eşitliği sağlama esası ile bağdaştırılabilmesidir. Bunun gibi, cinsiyetler arası eşitlik de, mutlak anlamda kadın ve erkek işçilere aynı şekilde davranmak anlamına gelmeyip aksine cinsiyetler arası farklılıkların göz önünde bulundurularak çalışma şartları açısından kadınlar ve erkekler arasındaki eşit rekabet ortamının ve eşitliğin sağlanmasını amaçlayan hukuki düzenlemelerin yapılması olarak kabul edilecektir.

İşveren işçiler arasında eşit işlem borcuna aykırı davranması halinde ise öncelikle yine madde metninde sözü edilmiş olan dört aya kadar ücret tutarındaki tazminatla karşılaşacak; söz konusu ayrımcılığın sendikal bir nedene dayanması halinde tazminat ve talep edilecek diğer hakların yanında, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri de saklı olacaktır.

BİBLİYOGRAFYA

- AKI, Erol, Hukukun Temel Kavramları, İzmir 2000
- AKYİĞİT, Ercan; İctihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001
- AKYİĞİT, Ercan; Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Aktinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği , İstanbul 1990
- ALTAN, Z.; Cinsiyetler Arasında Eşit Davranma, AB. Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, Fethiye 16-19 Mayıs 1997, s.157 vd.;
- ARICI,Kadir; İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri, Ankara 1998,
- BAŞBUĞ, Aydın; İşyeri Hekimi İle Hizmet Sözleşmesi Yapma Zorunluluğu, Kamu-İş, Ocak 1999
- BAŞBUĞ,Aydın; Alt İşveren İşçisi ile Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sonuçlar, Kamu-İş Ocak 1998,
- CENTEL, Tankut; Yeni İş Kanunu'nun Muhtemel Etkileri Ve Diğer Düzenlemeler <[http:// www.tisk.org.tr/images/isveren/yazar/47.jpg](http://www.tisk.org.tr/images/isveren/yazar/47.jpg)>
- CENTEL, Tankut; İş Hukuku, I, 2.Bası, İstanbul 1994,
- ÇELİK, N., İş Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 15. Bası, Beta Basımevi, İstanbul 2000
- ÇENBERCİ, M; İş Kanunu Şerhi
- DEMİR, Fevzi, İş Güvencesi, 2. Bası, İzmir 1999
- DEMİR, Fevzi; Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 2.Bası, İzmir 2002
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat; "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de İşçi Sağlığı ve İşyeri Hekimliği", OĞUZMAN'a Armağan, Ankara 1997, s.208
- EKMEKÇİ,Ömer; işverenlerin İşyeri Hekimi Bulundurma Zorunluluğu ve Tabip Odalarının Yetkisine İlişkin Sorunlar , MERCEK Nisan 2001, s.80
- EKONOMİ, M., Ferdi İş Hukuku, C.1, 2.Bası, İstanbul Teknik Üniversite Matbaası, Gümüşsuyu 1980
- EKONOMİ,Münir, İş Hukuku, I, 3.Bası, İstanbul 1987,
- ERKUL, İhsan; Uygulamalı Sosyal Politika Dersleri, Türk İş Hukuku, C.1, 1475 sayılı İş Kanunu ve Uygulaması, Eskişehir 1985,

Kamu-İş; C:7, S: 3/2004

- EYRENCİ, Öner; İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s.239
- GÜNAY, C. İ; Şerhli İş Kanunu, I, Ankara 1998
- MOLLAMAHMUTOĞLU, H; Hizmet Sözleşmesi , Ankara 1995
- NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri, 3.Bası, İzmir 1998
- ÖZÇELİK,Ziynet/GÜLER, Mustafa/GİRİTLİOĞLU, Hakan; İşyeri Hekimliği, Ankara 1997
- ÖZYAZICI,C.C.; İşyeri Hekimi İstihdamı, MERCEK Temmuz 1997, 81;
- SÖZER, Ali Nazım; Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları, Adalet Dergisi,Y.73, Eylül-Ekim, S.5, s.1050-1051
- SÜMER, N.Binnur; İşverenin Hizmet Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırları, Konya 1992 .
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, İstanbul 2002
- TAŞKENT, Savaş; İş Sözleşmesinin İptal Nedenleri, DOĞANAY Anısına Armağan III, İstanbul 1982, s.179;
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7.Baskı, İstanbul 1993,
- TULUKÇU, N. Binnur; İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Anne İşçilerin Korunması, N. Haber-İş Sendikası Yayınları, No:21/2000 , Ankara 2000,
- TUNCAY, Can; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982;
- TUNÇOMAĞ K./CENTEL T., İş Hukukunun Esasları, Beta Basımevi, 2.Bası, İstanbul 1999,
- TUNÇOMAĞ, Kenan; İş Hukuku Esasları, İstanbul 1988,
- ULUCAN,Devrim; Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması, Prof.. Dr. Turhan ESENER'e Armağan, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.5, Nisan 2000, S:3,
- ULUSOY, M.; İşverenlerin Özürlü ve Eski Hükümlü İstihdam Yükümlülüğü, MERCEK, Nisan 2000, s.75vd.;
- UŞAN, M.Fatih; İş Hukukunda Sakat Çalıştırma Yükümü, Ankara 1999
- YAVUZ, Cevdet; Türk Hukukunda Kadının Çalışma Hakkı İle İlgili Düzenlemeler, Arguman Hukuk Dergisi, Y.2, S.15, Ekim 1991, s.224;

Kamu-İş; C:7, S: 3/2004