

Dr. Gaye Burcu YILDIZ

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı

4857 sayılı İş Kanununun kabul edilmesi ile birlikte “eşit davranma ilkesi” Anayasa’nın 10.maddesindeki anayasal dayanağının yanında özel bir yasal dayanağa daha kavuşmuştur. İş Kanunu’nun “Eşit davranma ilkesi” başlıklı 5.maddesinin birinci fıkrası uyarınca; “İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.”

Maddenin yazımında “benzeri sebepler” ifadesinin yer alması maddenin ayrımcılık nedenlerini sınırlı sayıda düzenlemediğini göstermektedir¹. Dolayısıyla işveren maddede sayılmış bulunan ayırım yasaklarının yanında haklı bir nedene dayanmayan, ayırım oluşturan başka bir nedene dayalı olarak herhangi bir işlem yaptığında da ayrımcılık yasağına aykırı davranmış olacaktır. Bu belirlemeden sonra ayrımcılık tanımı şu şekilde yapılabilir;

“Bireyin iradesi ile değiştirmesi mümkün olmayan biyolojik özellikleri (cinsiyet, yaş, ırk, renk, özürlülük vs.) ya da değiştirmesi kendisinden beklenemeyecek, kişisel özgürlükler kapsamında koruma altına alınan özellikleri (felsefi inanç, din, medeni hal, sendikal faaliyet vs.) nedeniyle, benzer bir durumda, bu özelliği taşımayan bir diğer kişiye kıyasla hukuken haklı görülemeyecek, olumsuz bir

farklı davranışa muhatap tutulması ayrımcılıktır.”²

Avrupa Birliği müktesebatının üstlenilmesine ilişkin ulusal programda³, 159 sayılı ILO Sözleşmesi’nde düzenlenmiş olan, özürülülerin mesleki rehabilitasyonu ve istihdamları hakkındaki tedbirlerin ulusal mevzuata dâhil edilmesi, orta vadeli hedefler arasında gösterilmiştir.

Özürülülere karşı iş ilişkisinde ayrımcılığın hukuki boyutlarının incelenmesine geçmeden önce Türkiye’de özürülülerin işgücüne katılım oranlarının düşük, işsizlik oranlarının yüksek olduğunu, özürülü kadınların işsizlik oranının ise erkeklerden daha da yüksek olduğunu belirtmek gerekmektedir⁴.

1. Türk Hukukunda Özürülü Kavramı

1.7.2005 tarih ve 5378 sayılı Özürülüler Kanunu’nun 3.maddesi, özürülü kavramının “Doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişiyi” karşıladığını hükme bağlamıştır.

Özürülüler İdaresi Başkanlığı tarafından yürütülen bir araştırma kapsamında ise özürlü tanımı şu şekilde yapılmıştır; “Doğuştan veya sonradan herhangi bir hastalık veya kaza sonucu bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal ve sosyal yetilerini çeşitli derecelerde kaybetmiş, normal yaşamın gereklerine uyamayan kişilerdir⁵.”

Bu araştırma kapsamında süregelen hastalık kavramı da özür türü içinde değerlendirilmiştir. Süregelen hastalık, kişinin çalışma kapasitesi ve fonksiyonlarının engellenmesine neden olan, sürekli bakım ve tedavi gerektiren hastalıklardır (kan hastalıkları, kalp-damar hastalıkları, sindirim sistemi hastalıkları, idrar yolları ve üreme organı hastalıkları, cilt ve deri hastalıkları, kanserler, endokrin ve metabolik hastalıklar, ruhsal davranış bozuklukları, sinir sistemi hastalıkları, HIV). Bu hastalıkların ayırmıcılık yasağı çerçevesinde değerlendirilmesi aşağıda “Sağlık Durumu” başlığı altında yapılacaktır.

II. Özürülülere Karşı Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasal Düzenlemeler

Türk Hukukunda, Özürülüler Kanunu ve Türk Ceza Kanunu özürülülere karşı ayrımcılığı açıkça yasaklamışlardır. Anayasa'nın 10.maddesi ile İş Kanunu'nun 5.maddesi ise özürülülük kavramına yer vermemekle birlikte, her iki madde metninde yer alan “benzeri sebepler” kavramı nedeniyle özürülülük ve sağlık durumuna ilişkin olarak yapılacak ayrımcılığa karşı koruma sağlamaktadırlar.

Özürülüler Kanunu'nun 14.maddesi ayrımcılık yasağını iş başvurusunda bulunma aşamasından itibaren düzenlemiştir. Buna göre, “İşe alımda; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürülülerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.

Çalışan özürülülerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özrüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz...”

Bunun yanı sıra özürülülere karşı ayrımcılık yasağı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde de düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürülülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;... kişinin işe alın-

Türkiye'nin Avrupa Birliği üyeliği sürecinde, mevzuatının ilgili direktifler ışığında uyumlaştırılması ve madde kapsamında yer alan kişilerin herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirli olması amacıyla, tıpkı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesine açıkça eklendiği gibi, İş Kanunu'nun 5. maddesine de “özürülülük” durumu eklenmelidir.

masını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,...Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”

Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi sadece özürülülük nedenine dayalı olarak işe alınmama durumunu suç olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle ceza hukuku açısından uygulanacak yaptırım sadece işe alma ya da almama ile sınırlıdır. İş ilişkisinin devamında ve sona erdirilmesinde, özürülülük nedeniyle ayırım yapılması halinde ceza hukuku açısından bir yaptırım öngörülmemiştir⁶.

Özürülüler Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrası çalışan özürülüler aleyhine diğer kişilerden farklı davranılmayacağını hükme bağladığından iş ilişkisinin devamında ve sona erdirilmesinde de özürülülük durumuna dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır. Ancak Özürülüler Kanunu'nun 14. maddesinin ihlali halinde uygulanacak yaptırım belirlenmemiştir. Öğretide isabetli olarak Özürülüler Kanunu'nda yaptırım öngörülmemiş olmasına rağmen bir kimseye özürülülük durumu nedeniyle iş ilişkisinin devamında ya da sona erdirilmesinde ayrımcılık yapılması halinde bu durumda İş Kanunu'nun 5.maddesinde öngörülen ayrımcılık tazminatının talep edilebileceği, özürülülüğün bu madde kapsamında “ve benzeri sebepler” ifadesi içinde değerlendirilebileceği ifade edilmiştir⁷. Ancak Türkiye'nin Avrupa Birliği üyeliği sürecinde, mevzuatının ilgili direktifler ışığında uyumlaştırılması⁸ ve madde kapsamında yer alan kişilerin herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirli olması amacıyla, tıpkı

İş Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca özürlü işçi çalıştırmak zorunda olan işverenlerin, bu işçilerin özel durumlarını dikkate alarak bu kişilere diğer işçilerden olumlu anlamda daha farklı davranmaları halinde burada eşit işlem yapma borcuna aykırılık bulunmamaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 122.maddesine açıkça eklendiği gibi, İş Kanunu'nun 5.maddesine de "özürlülük" durumu eklenmelidir.

Özürlüler Kanunu'nun 14.maddesinin üçüncü fıkrası "Çalışan veya iş başvurusunda bulunan özürlülerin karşılaşılabileceği engel ve güçlükleri azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve işyerinde fiziksel düzenlemelerin bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işyerleri tarafından yapılması zorunludur. Özürlülük durumları sebebiyle işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özürlülerin istihdamı, öncelikle korumalı işyerleri⁹ aracılığıyla sağlanır." hükmünü içermektedir. Bu madde gereğince ilgili kurum ve kuruluşların yanı sıra işverenlerin de işyerlerinde özürlülerin karşılaştığı engellerin azaltılması ya da ortadan kaldırılması ile yükümlü tutulmuş olması özürlüler için maddi eşitliğin sağlanması yolunda bir adım olarak nitelendirilmiştir¹⁰.

İş Kanunu'nun 30.maddesi uyarınca özürlü işçi çalıştırmak zorunda olan işverenlerin, bu işçilerin özel durumlarını dikkate alarak bu kişilere diğer işçilerden olumlu anlamda daha farklı davranmaları halinde burada eşit işlem yapma borcuna aykırılık bulunmamaktadır¹¹. Çünkü burada işveren, özürlü işçilerin çalışmalarının devamını sağlamak için onların fiziksel ya da ruhsal durumlarına uygun önlemler almaktadır. Örneğin işyerinde yer alan araç park yerlerinden kapıya en yakın olanların özürlülere ayrılması, özürlü işçiler için daha fazla ara dinlenmesi verilmesi, işverenin özürlü işçilerin işe gidiş-geliş sorununu ortadan kaldırmak için özel bir servis öngörmesi, talepleri halinde

özürlüler için daha esnek çalışma koşullarının öngörülmesi, çalışma saatlerinin değiştirilmesi gibi uygulamalar diğer çalışanlar açısından eşit işlem yapma borcuna aykırı sayılmayacaklardır.

İşverenler, iş ilişkisi ile ilgili konularda herhangi bir işlem ya da uygulama yaparken özürlülerin durumlarını dikkate almalıdır. Daha açık bir söyleyişle, işveren özürlü işçinin özrünü görmezlikten gelmemeli, sanki özürlü değilmiş gibi işlem yapmamalı, aksine işçinin özrünü esas alarak işlem yapmalıdır. Uyuşmazlık konusu olmuş bir olayda Yargıtay 9.Hukuk Dairesi bu esasa dikkat çekmektedir. Dava konusu bedensel özürlü bir işçinin performans yetersizliği nedeniyle işten çıkarılmasıdır. Yüksek mahkemenin verdiği kararda¹² şu ifadeler yer almaktadır; "... Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının özürlü işçi kontenjanında çalışmakta olduğu, işe girmeden önce aldığı kurul raporunda ayaklarındaki rahatsızlık nedeni ile % 45 özürlü olarak masa başı işlerde çalışabileceğinin belirtildiği, ancak sekiz saat ayakta kalacak şekilde çözücü olarak çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda makine mühendisi ve iş sağlığı ve güvenliği uzmanı bilirkişinin de raporunda belirtildiği üzere; performansında normal bir insana göre %50 civarında olumsuz etkilenme olacağı ve davalının yaptığı performans değerlendirmelerine ilişkin kriterler dosyaya ibraz edilmediği gibi, davacının kendi özel durumuna göre performans değerlendirilmesi yapılması gerektiği belirlenmektedir. Böyle olunca davalının fesih nedeninin geçerli olmadığı anlaşılacakla 4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca dairemizce aşağıdaki şekilde hüküm kurmak gerekmiştir...." Yargıtay 9.Hukuk Dairesi davacının iş sözleşmesinin geçersiz feshedildiğine, bu nedenle de işe iadesine hükmetmiştir.

Yüksek Mahkemenin bu kararı, eşit işlem yapma borcunun eşit veya benzer durumda olanlar

İş Kanunu'nun 5. maddesindeki "benzeri sebepler" kavramı, maddede sayılmamasına rağmen ayrımcılık sebebi olabilecek diğer durumları da koruma altına almaktadır.

arasında eşit şekilde davranılması anlamına geldiğini bir kez daha ortaya koymaktadır. Gerçekten de fiziksel aktiviteleri kısıtlı olan ve olmayan bireyler arasında yapılacak bir karşılaştırma ya da değerlendirme her iki grup için de aynı şekilde olamaz. Bu gruplar arasındaki farklılığın dikkate alınarak ona göre işlem yapılması adaletin de gereğidir.

III. İşçinin Sağlık Durumunun İş İlişisine Etkisi ve Ayrımcılık Yasağı

Anayasa'nın 50.maddesi, hiç kimsenin gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağını hükme bağlamıştır. Bu düzenlemeden hiç bir kişinin sağlığına uygun olmayan yerlerde ve işlerde çalıştırılmayacağı sonucu da çıkmaktadır. İş hukuku açısından konuya yaklaşıldığında ise işverenin işçilerin bedensel ve ruhsal sağlıklarını koruması gözetme borcu kapsamında yer alan bir yükümlülüktür. Bunun yanı sıra işverenler, işçilerin sağlık durumlarına dayalı olarak iş ilişkisinde ayrımcılık yapmaktan da yükümlüdürler. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, İş Kanunu'nun 5.maddesindeki "benzeri sebepler" kavramı, maddede sayılmamasına rağmen ayrımcılık sebebi olabilecek diğer durumları da koruma altına almaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki işçinin sağlık durumu işyerinde kendisinden beklenen verimin alınmasına engel olacak kadar bozulmuş, ancak İş Kanunu'nun 25.maddesinde düzenlenen haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanılabilmesi durumunda da gelmemişse, burada işveren iş sözleşmesini geçerli nedene dayalı olarak feshedebilir¹³. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, incelemiş olduğu bir uyuşmazlıkta¹⁴ bu esası hüküm altına almıştır; "...Davacının davalı işyerinde çalışırken çalıştığı dönem içerisinde toplam 368 gün rapor aldığı bu süre içerisinde 164 çalışma günü çalıştığı diğer sürelerde de izinli olduğu bu çalışma şekline göre kendisinden verim alınmasının mümkün olmadığı daha önceki tarihlerde bu konularda kendisinden savunma da istendiği davacının bu şekilde çalışmasını sürdürdüğü bu çalışma şeklinin geçerli fesih nedeni oluşturduğu anlaşıldığından davasının reddi gerekirken yazılı gerekçelerle kabulü yerinde görülmediğinden... davanın reddine..."

İnceleme konumuz açısından önem taşıyan nokta ise işverenin iş ilişkisi dolayısıyla işçinin sağlık durumuna ilişkin olarak öğrendiği bilgiler sebebiyle ayrımcılık yapması durumudur.

1. İşçinin Sağlık Durumu Hakkında Bilgi Edinilmesi

İşverenin işçinin sağlık durumu hakkında bilgi edinmesi çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir. Bunlar işe başlarken kanun gereği ya da işverenin talebi ile alınan sağlık raporları yoluyla veya iş görüşmeleri sırasında adaya sağlık durumu hakkında sorulan sorular yoluyla bilgi edinilmesidir.

Her şeyden önce adaya sağlık durumu hakkında sorulan soruların sınırını adayın kişilik hakları belirlemektedir. Bu konuda bir diğer sınır ise yapılacak işin niteliğinin adayın sağlık durumu hakkında bilgi edinilmesini gerektirmesi ya da bazı hastalıkların yapılacak işle bağdaşmaması durumudur. Öğretide kanuni bir zorunluluk olmasa dahi işveren tarafından adayın sağlık kontrolünden geçirilmesi durumunda doktorun sadece işle ilgili olduğu ölçüde adayın sağlık durumu hakkında işverene bilgi verebileceği, haklı olarak ifade edilmiştir¹⁵.

Türk hukukunda kanuni zorunluluk olmaksızın işçiden sağlık raporu veya bazı testleri yaptırmasının istenmesini hukuka uygun hale sokan düzenleme Medeni Kanun'un 24.maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kişinin rızasıdır. İşçiden alkol ya da uyuşturucu testi istenmesi de yapılacak işin niteliğine göre iş sağlığı ve güvenliği açısından zorunlu görülebilir. Burada önem taşıyan nokta, işyerindeki tüm işçilerin alkol ya da uyuşturucu testinden geçirilmesi değil, sürücü, güvenlik görevlisi ya da yaptığı işte alkol-uyuşturucu madde kullanımının risk yarattığı işçilerin teste tabi tutulması gerektiğidir¹⁶.

Türk hukukunda kanuni zorunluluk olmaksızın işçiden sağlık raporu veya bazı testleri yaptırmasının istenmesini hukuka uygun hale sokan düzenleme Medeni Kanun'un 24. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kişinin rızasıdır.

İşçiye sağlık durumu ile ilgili olarak sorulacak soruların niteliği ve adayın bunlara cevap vermekle yükümlü olup olmadığı aslında başvuru için süresi ile de ilgilidir. Nispeten kısa bir süre için yapılacak bir iş sözleşmesi ile daha uzun bir süre için yapılacak iş sözleşmesinde işçinin sağlık durumundaki mevcut durum aynı etkiyi doğurmayacağından soru sorma hakkının ve sınırının belirlenmesinde bu durum da dikkate alınmalıdır¹⁷.

4857 sayılı İş Kanunu'nda sağlık raporu alınmasının zorunlu olduğu durumlar ise üç maddede düzenlenmiştir. Söz konusu maddeler ağır ve tehlikeli işlerde (m.86), gece postasında (m.69) ve on dört-on sekiz yaş arasındaki işçilerin (m.87) çalışmaya başlamadan önce ve iş ilişkisinin devamında periyodik olarak sağlık raporu almak zorunda olduklarını hükme bağlamışlardır. Alınan bu sağlık raporları da İş Kanunu'nun 75. maddesi uyarınca işçilerin özlük dosyalarında saklanacaklardır.

2. İşçinin Sağlık Durumunun İş İlişkisine Etkisi

İşe giriş ya da işin devamı sırasında alınan sağlık raporlarında işçinin işini görmesine engel olmayan bir hastalığa yakalandığı belirtilmiş ise işveren bu duruma dayalı olarak işçi hakkında işe almama ya da iş ilişkisine son verme yönünde karar verebilecek midir?

Bu sorunun incelenmesine geçmeden önce iş ilişkisine devam olasılığını ortadan kaldıran, işçinin söz konusu hastalık nedeniyle işini görmeye devam etmesi mümkün olmayan durumlarda her iki taraf için de haklı nedenle fesih olanağının bulunduğunu belirtmek isteriz. Gerçekten de İş Kanunu'nun 24/I,a; 25/I,b ve 25/I'in ikinci paragrafındaki düzenlemelerin şartları gerçekleşmişse taraflar iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilirler. Dolayısıyla aşağıda yapılacak açıklamalar bu maddelerin dışında kalan durumlarla ilgilidir.

İşçinin sağlık durumunun iş ilişkisine etkisi başka şekillerde de ortaya çıkabilir. Örneğin işveren, ağır ve tehlikeli bir işte çalışmasına rağmen sağlık durumunun artık bu işte çalışmaya uygun olmadığını doktor raporu ile ortaya koyan işçiyi, başka bir işe vermek durumundadır. Ancak işyerinde bu işçinin yapabileceği uygun bir iş yoksa işveren işçi için yeni bir iş yaratmakla da yükümlü değildir. Bu takdirde işveren, somut olayın özelliklerine gö-

İşyerindeki diğer kişilere ya da müşterilere ciddi biçimde bulaşma tehdidi içeren bir hastalık söz konusu ise işverenin bu kişiyi işten çıkarması ayrımcılık olarak değerlendirilemez.

re haklı nedenle ya da geçerli nedenle iş sözleşmesini feshedebilir¹⁸.

İşçinin işini görmesine engel olmayan bir hastalığın iş ilişkisine etkisi ile ilgili olarak öncelikle söz konusu hastalığın bulaşıcı nitelikte olup olmadığı belirlenmelidir. Hiç şüphe yok ki işçinin hastalığının işyerinde çalışan diğer işçiler ya da müşteriler için de tehlike yaratmaması gerekmektedir. Aşağıda sadece işçinin hastalığının yapılacak iş açısından sakınca doğurmadığı, işyerindeki diğer kişiler ve müşteriler açısından bulaşma riski olmadığı, bu kişiler için herhangi bir tehlike oluşturmadığı durumlarda yapılan ayrımcılık incelenecektir.

İşyerindeki diğer kişilere ya da müşterilere ciddi biçimde bulaşma tehdidi içeren bir hastalık söz konusu ise işverenin bu kişiyi işten çıkarması ayrımcılık olarak değerlendirilemez. Aynı şekilde hastalığın yapılacak işin niteliği ile bağdaşmaması durumunda işveren açısından işe almama ya da işten çıkarma haklı nedenlere dayalı olmaktadır. Durumu somutlaştırmak için bir örnek vermek gerekirse, restorana alınacak aşçıda AIDS ya da hepatit virüsünün bulunması halinde işe almama haklı bir gerekçeye dayanmaktadır. Ancak aynı hastalığa sahip birinin santral görevlisi olmak için başvuruda bulunduğu bir işyeri tarafından hastalığının bulaşıcı olması nedeniyle işe alınmaması aynı ölçüde haklı bir gerekçe olarak değerlendirilemez.

Genel olarak hangi hastalıkların bulaşıcı olduğunun belirlenmesi için Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği'ne¹⁹ başvurulmalıdır. Burada birkaç örnek vermek gerekirse kızamık, kabakulak, difteri, tetanos, AIDS, HIV²⁰, hepatit A, hepatit B, hepatit C, hepatit D, hepatit E, tüberküloz ve kuduz bulaşıcı hastalıklar listesinde yer almaktadır. Bir hastalığın sadece bu yönetmelikte yer alması yeterli sayılmamalı, hastalığın bulaşma yolları ile yapılacak işin çalışma koşulları birlikte değerlendirilmeli ve sonuca bu şekilde varılmalıdır.

3. HIV (+)/AIDS Hastalığının İş İlişkinine Etkisi

HIV virüsü taşıyan bir kimsenin, çalışmasına engel olacak sağlık problemleri ortaya çıkmadan uzun süre yaşayabilecekleri tıp bilimi tarafından ortaya konmuştur. Bu nedenle iş görüşmeleri sırasında adaya HIV virüsü taşıyıp taşımadığı yönünde bir soru sorulması durumunda cevap vermek zorunda olmadığının kabul edilmesi mantığa uygun gelmektedir. Ancak öğretilerde kişinin AIDS hastası olduğu durumlarda bu yönde sorulacak bir soruya cevap vermekle yükümlü olduğu fikri de ileri sürülmüştür²¹.

HIV virüsü kişiler arasındaki sıradan fiziksel temaslarla ya da hava yoluyla bulaşmamakta, ancak vücut akışkanları (kan, meni, vajinal salgı, anne sütü) ile insandan insana geçmektedir. Dolayısıyla el sıkışma, aynı odada oturma, ortak tuvaleti kullanma, öksürme ya da hapşırma yoluyla virüsün diğer insanlara geçme olasılığı bulunmamaktadır. Durum böyle olunca, virüsün bulaşmasının mümkün olmadığı işler için kişinin HIV/AIDS olması herhangi bir tehdit yaratmamaktadır.

HIV/AIDS ile ilgili olarak uluslararası boyutta da düzenlemeler yapılmıştır. Türk hukuku açısından da HIV/AIDS İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan benzer sebepler kavramı içinde değerlendirilmeli ve işçinin bu nedenle uğrayacağı ayrımcılık yaptırma tabi tutulmalıdır. Bu konuda açık bir düzenleme bulunmadığından öğretilerde HIV virüsü taşıdığı için işe alınmayan bir adayın culpa in contrahendo esasına dayalı olarak tazminat talep edebileceği ifade edilmiştir²².

İşverenler tarafından AIDS hastalarının işe alınmaması yaygın bir hal alınca Avrupa Birliği Adalet Divanı, bir kişinin sağlık durumunu gizli tutma hakkının AB İnsan Hakları Sözleşmesi'nce güvence altına alınan özel hayata saygı duyulmasını isteme temel hakkından kaynaklandığını belirtmiştir. Fransız Hukukunda, bir kişinin AIDS olması durumunun, tek başına fesih sebebi olarak değerlendirilemeyeceği de ifade edilmektedir²³. Aynı esas Türk Hukuku açısından da geçerlidir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işçinin sağlık durumu, İş Kanununun 5.maddesinde yer alan "benzeri sebepler" kavramı içerisinde değerlendirilebilecektir. İşverenin herhangi bir başka neden olmaksızın sade-

ce işçinin sağlık durumuna, somut örnekte AIDS hastası olmasına dayalı olarak iş sözleşmesini feshetmesi ayrımcı nitelik taşıyan bir fesih olarak değerlendirilmelidir. Ancak burada bir kez daha belirtmek isteriz ki işçinin yakalandığı hastalığın İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan haklı nedenle feshe imkan tanıyacak boyuta gelmemiş olması, işyerindeki diğer kişiler ya da yapılan işten yararlanan kişiler açısından tehlike yaratmaması gerekmektedir. Sayılan bu durumların varlığı halinde yapılacak fesihler ise hukuka uygun kabul edilecektir.

4. Sağlık Durumuna İlişkin Bilgilerin Korunması

İşçinin sağlık durumuna ilişkin bilgilerin bir diğer önemi ise bu bilgilerin kişisel veri kapsamında yer almasıdır. İş Kanununun 75.maddesi uyarınca "İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada işçinin kimlik bilgileri yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır. İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür."

Maddenin açık düzenlemesi karşısında işverenin ancak kanunen düzenlemek ve saklamak zorunda olduğu kayıtları dosyada tutabileceği ortaya çıkmaktadır. Bunun ötesinde, işçinin alışkanlıkları, ekonomik durumu, fiziksel özellikleri gibi bilgilerin kaydedilmesi hukuka aykırı olacaktır²⁴. Dolayısıyla işveren, özlük dosyasında ancak İş Kanunu uyarınca alınması zorunlu olan sağlık raporlarını tutabilecektir. Borçlar Kanunu Tasarısında da²⁵ işçinin kişiliğinin korunması başlığı altında düzenlenen üç alt başlıktan biri kişisel verilerin kullanılmasına ilişkindir. Tasarıda 418.madde olarak yer alan düzenlemeye göre "İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya

İşveren, özlük dosyasında ancak İş Kanunu uyarınca alınması zorunlu olan sağlık raporlarını tutabilecektir.

hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Özel kanun hükümleri saklıdır.”

Sonuç olarak işçinin sağlık durumu işyerindeki diğer işçiler ya da müşteriler için gerçek bir tehdit oluşturmuyorsa, İş Kanunu uyarınca geçerli ya da haklı nedenle fesih kapsamında da yer almıyorsa, sağlık durumuna dayalı olarak iş ilişkisinin kurulması, çalışma koşullarının oluşturulması ya da sona erdirilmesinde farklı işlem yapılamaz. Örneğin bir kişi kanser ya da hepatit olduğu için mesleki eğitime katılması engelleniyorsa ya da terfi etmek için girmesi gereken bir sınava alınmıyorsa bunlar da ayrımcılık olarak değerlendirilecektir. Bu durumlarda ayrımcılığa uğrayan işçi, İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatını ve diğer kanunlardan doğan haklarını talep edebilecektir.

IV. Yaptırımlar

İş ilişkisinin kurulmasında, çalışma koşullarının uygulanmasında ya da iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde özürlülük ya da sağlık durumuna dayalı olarak ayrımcılık yapılması durumunda öncelikle İş Kanununun 5/6. fıkrasında düzenlenen ayrımcılık tazminatı²⁶ talep edilebilir. Bunun yanı sıra ayrımcılık oluşturan işlemin geçersizliği, işçinin yoksun bırakıldığı hakları talep edebileceği eda davası, genel hükümlere göre açılacak maddi ve manevi tazminat davaları, işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmesi uygulanabilecek diğer bazı yaptırım türleridir²⁷.

Bunların yanı sıra iş sözleşmesinin özürlülük durumuna ya da sağlık nedenlerine dayalı ayrımcılık sonucunda işveren tarafından feshedilmesi, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına göre kötü niyetli, geçersiz veya haksız fesih olacaktır. Bu takdirde anılan hukuka aykırı fesih türüne göre İş Kanunu'nun öngördüğü yaptırımlar gündeme gelecektir.

Ayrımcılık yasağına aykırı davranan işverenin karşılaşılabileceği bir diğer yaptırım idari para cezasıdır. İş Kanunu'nun 99.maddesi uyarınca 5.maddede aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için idari para cezası uygulanır. İş Kanunu'nun öngördüğü idari para cezalarına karşı Kabahatler Kanunu'nun 27.maddesi uyarınca tebliğ tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilecektir²⁸.

İş ilişkisinin kurulması aşamasında yapılan ayrımcılık TCK 122.madde uyarınca suç olarak değerlendirildiğinden işveren hakkında ceza yaptırımları uygulanabilir.

Ayrımcılık suçunun oluşmuş sayılması için failin kasıtlı olması gerekmektedir. Dolayısıyla suçun manevi unsuru kasttır. Fail, bilerek ve isteyerek ayrımcılık yapmalıdır. Ayrımcılık suçunun taksirle (dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıkla) ya da olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Buna ek olarak failin maddede sayılan ya da bu kapsamda değerlendirilebilecek nedenlere dayalı olarak, yani belirli bir saikle hareket etmesi, ayrımcılık yapması gerekmektedir²⁹.

Ayrımcılık suçu resen kovuşturulur ve sulh ceza mahkemesinin görev alanı içine girmektedir. Ayrımcılık suçunun cezası TCK 122.maddede altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak düzenlenmiştir. Adli para cezası ile ilgili olarak maddede alt ve üst sınırlar belirlenmediğinden bu konuda TCK 52.maddeye başvurulması gerekmektedir. Yapılan yargılama aşamasında hakim bir kez hapis cezasına hükmedince bu cezayı adli para cezasına çevirmesi mümkün değildir. Çünkü maddede bu iki ceza seçimlik olarak yer almaktadır (50/2). Suçun tekerrürü halinde hakim adli para cezası ile hapis arasında seçim hakkı Ceza Kanunu'nun 58.maddesi ile sınırlandırılmıştır. Anılan maddenin üçüncü fıkrası uyarınca “Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse hapis cezasına hükmolunur³⁰”.

DİPNOTLAR

- 1 Süzek, 362; Tunçomağ/Centel, 134; Tuncay, 22.
- 2 Yıldız, 75.
- 3 RG: 24.3.2001, 24235 M. Daha sonraki ulusal programlarda özürlemlerle ilgili olarak bu kadar açık hedefler belirlenmemiştir. Avrupa Birliğinin, cinsel tercih, yaş ve diğer bazı ayrımcılık nedenleri ile birlikte özürlemlere karşı ayrımcılığın yasaklanması ile ilgili direktifi olan 2000/78 sayılı direktifin iç hukuka aktarılacağına ilişkin genel ifadeler, ayrımcılıkla mücadele alt başlığı içinde yer almaktadır. Bu düzenlemelerin 2009-2013 yılları arasında çıkarılması öngörülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.abgs.gov.tr/files/Muktesebat_Uyum_Programi/19_Sosyal_Politikavelstihdam.pdf (erişim tarihi 25.04.2007)
- 4 http://www.uev.org.tr/sayilarla_engelli.html (erişim tarihi 25.04.2007)
- 5 <http://www.ozida.gov.tr/arastirma/oztemelgosterge.htm>; Özürlemler İdaresi, 2006-2010 yılları arasında da “Ayrımcılıkla

- Mücadele İçin Eylem Planı" üzerinde çalışmalarını sürdürmektedir. Bkz. <http://www.ozida.gov.tr/istihdam/ayrimcilik.htm> (erişim tarihi 27.11.2007)
- 6 Alpagut, 155.
- 7 Alpagut, 155; Yenisey, 68.
- 8 Süral, 53, yazar yaş, etnik köken ve cinsel tercihin de AB mevzuatı ile uyumu yakalamak amacıyla madde metnine eklenmesi gerektiğini ifade etmiştir. European Commission, 2007 Progress Report'ta, özürllülük durumuna dayalı ayrımcılığın önlenmesinde, veri ve araştırma yetersizlikleri nedenleriyle, etkili bir politika üretilmediği ifade edilmektedir, 61.
- 9 Korunmalı işyeri kavramı, normal işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özürllüler için mesleki rehabilitasyon ve istihdam oluşturmak amacıyla devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenerek çalışma ortamının özel olarak düzenlendiği işyerlerini ifade etmektedir. Özürllülerin istihdam edilebilmelerinin sadece İş Kanunu'nun 30.maddesinde düzenlenen ve belli büyüklükteki işyerleri ile belli bir oranın üzerinde özürllülük oranına sahip kişileri kapsayan iş akdi yapma zorunluluğunun yeterli olmadığı anlaşılmış, ardından korunmalı işyerleri aracılığıyla özürllülerin istihdamı yönünde çalışmalar başlatılmıştır.
- 10 Yenisey, 73.
- 11 Uşan, 245.
- 12 Y9HD, 21.4.2005, 23961/14007. (Kazancı İçtihat Bankası)
- 13 Fransız Hukukunda da işçinin sağlık durumu nedeniyle uzun süreli yokluğu ya da sürekli olarak tekrarlanan iş görememe durumunun, işyerinin işleyişini olumsuz etkilemesi, bu kişinin gördüğü işin ifasını mümkün kılmayacak hale getirmesi durumunda işverence fesih yapılabileceği kabul edilmektedir, bkz. Le Goff, 448.
- 14 Y9HD, 28.4.2005, 31892/14992, Çalışma ve Toplum, S.6, 2005/3, 199-200.
- 15 Caniklioğlu, 267-269.
- 16 Sevimli, 163, 167-168; Bayram, 21; ayrıca bkz. Aydın, 168 vd.
- 17 Caniklioğlu, 270.
- 18 Ekonomi, 133.
- 19 RG:30.5.2007, 26537
- 20 Öğretide, AIDS testlerinin sadece işyerinde çalışan diğer işçiler için tehlike yaratacak bir durumun varlığı halinde istenebileceği, böyle bir durumda bu testin talep edilmesinin işveren açısından bir hak değil aynı zamanda diğer işçilerin sağlıklarını korumak için bir yükümlülük olduğu haklı olarak ifade edilmiştir, Bayram, İşçinin Kişiliğini Koruma, 21-22.
- 21 Caniklioğlu, 268-269.
- 22 Bu konuda Sevimli, 177 vd., 180-181; 1475 sayılı İş Kanunu döneminde bir işçinin iş sözleşmesinin sadece AIDS olmasına dayalı olarak feshedilmesi kötü niyetli fesih olarak nitelendirilmiştir, Caniklioğlu, 183; HIV(+)/AIDS hastası işçinin sufl bu nedenle işten çıkarılmasının kötü niyetli fesih olduğu konusunda bkz. Aydın, 187-188.
- 23 Le Goff, 449.
- 24 Başalp, 104-106.
- 25 <http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm>. (erişim tarihi 27.11.2007)
- 26 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, 387 vd.
- 27 Bkz. Yıldız, 375 vd.

- 28 İş Kanunu'nun 108/2.maddesi idari para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde idare mahkemesinde itiraz edilebileceğini hükme bağlamıştı. Ancak bu fıkra 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun (RG:8.2.2008, 26781) 578/öö fıkrası ile yürürlükten kaldırılmıştır.
- 29 Yenidünya, 111-112.
- 30 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yenidünya, 114.

KAYNAKÇA

- ALPAGUT, Gülsevil: Özürllüler Hakkında Kanun ve Özürllü Çalıştırma Zorunluluğu Konusunda Mevzuattaki Son Değişiklikler, (Özürllü Çalıştırma), Mercek, Ekim 2005, 152-160.
- AYDIN, Ufuk: İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002.
- BAŞALP, Nilgün: Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004.
- BAYRAM, Fuat: Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30.Yıl Armağanı, Ankara 2006, 11-48. (İşçinin Kişiliğini Koruma)
- CANİKLİOĞLU, Nurşen: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 2002.
- EKONOMİ, Münir: Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi, Legal YKİ, C.1, S.2, 2006, 125-140. (Yaş Sınırı ve Emeklilik)
- EUROPEAN COMMISSION: Turkey 2007 Progress Report, http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2007/nov/turkey_progress_reports_en.pdf (2007 Progress Report)
- Le GOFF, Jacques: Droit dy Travail et société, Tome I, Les relations individuelles de travail, Fransa 2001.
- SEVİMLİ, K. Ahmet: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, (Özel Yaşam), İstanbul 2006.
- SÜRAL, Nurhan: AB Uyum Sürecinde İş Mevzuatımızın Değerlendirilmesi, İşveren Dergisi, C.44, S.7, Nisan 2006, 52-55. (Değerlendirme)
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, B.2, İstanbul 2005.
- TUNCAY, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu 2006 Yılı Toplantısı, İstanbul 2007, 21-53. (Sempozyum)
- TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, B.3, İstanbul 2003.
- UŞAN, Fatih: İş Hukukunda Sakat İstihdamı, Ankara 1999. (Sakat İstihdamı)
- YENİDÜNYA, Caner: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Ayrımcılık Suçu, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası Semineri, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, 97-127.
- YENİSEY, Kübra Doğan: İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası Semineri, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, 63-81.
- YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2008.