

Doç. Dr. Aydın BAŞBUĞ

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# İşyeri Hekiminin Tam Gün Çalışma Zorunluluğu Nedeniyle Çalışma Koşullarının Değişmesi

Bir sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen değişiklikler taraflardan birinin borcunu yerine getirmesini güçleştirebilir. Tarafların meydana geleceğini önceden bilmiş olsalardı, sözleşmeyi hiç yapmayacakları ya da sözleşmeyi kursalar dahi farklı düzenleyecekleri nitelikteki bu güçlükler hukuki olarak imkansızlık değildir. Ancak bu durum, borçlu ya da alacaklı aleyhine ağır sonuçlar doğurabilir. Günümüzde sözleşme kurulduktan sonra hâl ve şartlardaki değişikliğin, sözleşmeden doğan yükümlülüklere etki edeceği kabul edilmektedir<sup>1</sup>. Hukuki tartışmalar bu etkinin olup olmayacağından ziyade hangi ölçülerin uygulanacağı ve sonuçlarının ne olacağı sorunu üzerinde yoğunlaşmaktadır.

İş sözleşmesi de kurulduktan sonra çalışma koşullarında meydana gelen değişiklik ile taraflardan birinin borcunu yerine getirmesi güçleşebilir. İşte imkansızlık hali oluşturmayan bu hâl ve şartlardaki değişikliğin taraf yükümlülükleri açısından yeniden incelenmesi gerekmektedir<sup>2</sup>. İşyeri hekimi ile iş sözleşmesi ku-

rulduktan sonra 21.01.2010 tarihinde yürürlüğe giren 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile hekimin çalıştığı asıl işyerinde tam gün çalışması ve başka bir işyerinde çalışamayacağı yönünde değişiklik yapılmıştır.

İşyeri hekiminin anılan yasa ile işyeri hekimi olarak ikinci bir işte çalışması bir imkansızlık değildir. Ancak çalışma şartlarının yerine getirilmesi bakımından önemli bir ağır değişikliktir. Aşağıda bu değişikliğin, işyeri hekimi tarafından fesih hakkı sorunu ve bu feshe bağlı sonuçlar açısından konu ele alınacaktır.

## 1- İşyeri Hekiminin Tam Gün Çalışma Zorunluluğu

İş sağlığı ve güvenliği açısından işyeri hekimliğinin yeterince önemi anlaşılamamıştır. Konu değişik zamanlarda farklı şekilde ele alınmış, işyeri hekimliği istihdamından ziyade, bu alanın bir gelir kaynağı olarak değerlendirilmesi ön plana çıkmıştır. Bu, işyeri hekiminin işye-

rindeki faaliyetlerine yönelik ciddi değişikliklerden ziyade, atanması ile atayacak ve eğitim verecek makam etrafında yoğunlaşmasıyla açık bir şekilde görülmektedir. Son olarak 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile üniversite ya da diğer sağlık birimlerinde çalışan hekimlerin ikinci iş olarak işyeri hekimi olarak çalışabilmeleri büyük ölçüde sınırlandırılmıştır. Bu değişiklikler işyerinde iş sağlığının geri planda kalmasına yol açmaktadır.

Yapılan yasal düzenleme karşısında işyeri hekimi olarak çalışma ilişkisini sona erdirmek zorunda kalan hekim ve işveren, İş Kanunu açısından bazı sorunlarla karşı karşıya kalmıştır. Yazımızda bu sorunlara iş hukuku açısından değinmeye çalışarak, önümüzdeki günlerde yargıya konu olabilecek sorunlara dikkat çekilmek istenmektedir.

Sağlık personelinin ikinci işte işyeri hekimi olarak çalışmasına ilişkin 5947 sayılı Kanun'la meydana gelen yeni duruma bakacak olursak;

21.01.2010 tarihinde yürürlüğe giren ve 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 3. maddesine 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinde değişiklik yapılarak "Öğretim elemanları, üniversitede devamlı statüde görev yapar." hükmü getirilmiştir.

Ortaya çıkan yeni durumda üniversite öğretim elemanları, bu Kanun ile diğer kanunlarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremeyecek ve ek görev alamayacaktır. Ayrıca öğretim elemanlarının serbest meslek icra etmeleri de tamamen engellenerek tam gün süreli olarak üniversitede görev yapmaları gerektiği düzenlenmiştir.

Kanun, üniversite öğretim elemanları dışında diğer sağlık personelinin de işyeri hekimi olarak ikinci bir işte çalışmasına büyük sınırlama getirmektedir. Kanunun 7. maddesi, 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında değişiklik yaparak son fıkrasını şu ifade ile tamamlamıştır; "Sözleşmeli statüde olanlar da

dahil olmak üzere mahalli idareler ile kurum tabipliklerinde çalışan ve döner sermaye ek ödemesi almayan tabipler işyeri hekimliği yapabilir. Döner sermayeli sağlık kuruluşları ise kurumsal olarak işyeri hekimliği hizmeti verebilir. Bu maddenin uygulamasına ve işyeri hekimliğine ilişkin esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir."

Yeni duruma göre;

- Mahalli idareler ile kurum tabipliklerinde çalışan,
- Sözleşmeli statüde bulunular da dahil olmak üzere çalışan hekimlerin tamamı,
- Döner sermaye ek ödemesi almamak şartıyla işyeri hekimliği yapabilirler.
- Döner sermayeli sağlık kuruluşları ise kurumsal olarak işyeri hekimliği hizmeti verebilir.

Hükmün anlaşıldığı biçimiyle mahalli idareler veya kamu kuruluşlarında çalışan hekimlerin kendi kurumlarından izin almak şartıyla ikinci iş olarak işyeri hekimliği yapabilmeleri için kurumda döner sermayeden ek ödeme almaması zorunludur. Kanun, döner sermayenin bulunması durumunda ise hekimin çalıştığı sağlık kuruluşunun kurumsal olarak işyeri hekimliği hizmeti verebileceğini öngörmektedir. Aslında bu düzenleme ile kanun, işyeri hekiminin yürüttüğü hizmette, çalıştığı kuruma başvurarak ikinci iş nedeniyle taraf olduğu ilişkinin kurumsal olarak sağlık kuruluşuna devredilmesini aksi takdirde hekimin işyeri hekimi olarak çalışamayacağını düzenlemiştir. Bu durumda iş aynı hekim tarafından görülecek olsa dahi, hizmet sunma borcu işyeri hekiminin değil, hekimin çalıştığı sağlık kuruluşunun olacaktır. Bu düzenleme mevcut hekimlerin işyeri hekimi olarak sürdürmekte oldukları hukuki ilişkinin elde edilmesi, aksi takdirde bu ilişkinin devamının engellenmesinden başka bir şey değildir.

Kurum tabiplikleri ve mahalli idareler dışında çalışan hekimler yönünden de bir sınırlama getirilmiştir. Bu hekimler yönünden de Kanunun 7. maddesiyle, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesi değiştirilerek;

"Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, aşağıdaki

bentlerden yalnızca birindeki sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir:

a) Kamu kurum ve kuruluşları.

b) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan vakıf üniversiteleri.

c) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan vakıf üniversiteleri, serbest meslek icrası.

Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir.”

hükmü getirilmiştir.

Düzenleme açık bir şekilde kamu kurum ve kuruluşları dışındaki hekimlerin de ancak bir işyerinde çalışabileceklerini öngörmektedir. Yani işyeri hekimi ya çalıştığı sağlık kuruluşunda ya da işyeri hekimi olarak görev üstlendiği işyerinde çalışmaya devam edebilecektir. Bu düzenlemenin ilk cümlesinde yer alan “ ... bentlerden yalnızca birindeki ...” ibaresi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş ve uygulanması sonradan giderilmesi güç zararlara yol açacağından yürürlüğü durdurulmuştur. Çünkü Kanun sadece işyeri hekimliğini etkilememektedir. Kanunun 19. maddesi, 31/12/1980 tarihli ve 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun’u da, yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni durumda bir karmaşa ortaya çıkmaması için Kanunun yürürlüğü durdurulmuştur.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ibare, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimlerin yalnızca kamu kuruluşlarında çalışabileceğini düzenleyerek, kamu dışında hekimlik mesleğinin icrasını yasaklıyordu. Anayasa Mahkemesi tarafından bu ibarenin iptal edilmesi ile birlikte bu yasak ortadan kalkmıştır. Ancak yürütmenin durdurulmasına kadar geçen sürede ortaya çıkan uyuşmazlıklar ve bundan sonraki doğabilecek yeni düzenleme ve şartlara ışık tutmak amacıyla konunun değişik açılardan incelenmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi tarafından 1219 sayılı Yasa’nın 12. maddesindeki yasaklayıcı ibarenin iptal edilmesi ile birlikte hekimlere getirilen özel yasak kalkmıştır. Ancak uygulamada halen bazı tereddütler bulunmaktadır. Kanaatimizce bu konu, basit bir istihdam ilişkisi olarak görülmeyip, iş sağlığı merkezli düşünülerek yeniden düzenlenmelidir.

Anayasa Mahkemesi kararı sonrası gerçekleştirilecek yeni düzenleme ve yargı kararlarında, hekimin tam gün çalışma zorunluluğunun devam ettirilmesi yönünde gelişme meydana gelmesi halinde, bu yeni durumun iş hukuku açısından değerlendirilebilmesi için sonradan meydana gelen bu değişikliklerin sözleşme üzerindeki etkisi üzerinde durulmalıdır.

## 2- Genel Hükümlere Göre Sözleşmelerin Uyarlanması İhtiyacı ve Şartları

Sözleşme kurulduktan sonra hâl ve şartlardaki öngörülmeyle değişiklikler nedeniyle taraflar arasındaki karşılıklı edim ilişkisinin adaletsiz bir biçimde bozulduğu haller gözetilerek bu değişikliklere taraflar açısından bazı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Taraflar arasında önceden öngörülemeyen hal ve şartlardaki değişiklikler nedeniyle edimler arası ilişkinin ağır bir şekilde bozulması karşısında, sonradan ortaya çıkan bu değişikliğin tarafa sözleşmeyi haklı nedenle feshetme yetkisi verdiği kabul edilmiştir<sup>3</sup>. Ancak zaman içerisinde fesih yetkisinin tek başına yeterli olmadığı ve taraf menfaatleri açısından sözleşmenin yeni duruma uyarlanarak ayakta tutulmak suretiyle devamın etmesi benimsenmiştir.

Sözleşmenin kurulduktan sonra değişen şartlar karşısında sözleşmenin hakim kararıyla uyarlanması ihtiyacı, sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde daha çok ön plana çıkmaktadır. Taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi kuran iş sözleşmesi de, sonradan meydana gelen değişikliklere karşısında, uyarlanma ihtiyacını gerektiren sözleşme türlerinin başında gelmektedir. Ancak iş hukukunda, iş sözleşmesinin uyarlanması kabul edilmemektedir. Değişen şartlar karşısında hakim sözleşmeye müdaha-

le ederek bozulan dengeyi korumak için düzeltmek suretiyle sözleşme adaletini sağlaması konusu iş sözleşmesinden daha çok toplu iş sözleşmeleri için gündeme gelmiştir. Toplu iş sözleşmelerinin değişen şartlar karşısında uyarlanması, genel hükümler çerçevesinde ele alınmış ve uygulanmıştır. Doğal olarak toplu iş sözleşmelerinin uyarlanmasına karşı çıkmıştır.

İş sözleşmesi kurulduğu ve ekleri de hazırlandığı esnada önceden öngörülmemeyen ve beklenmeyen hâl ve şartlardaki değişikliklerin sonradan edimler arasındaki dengeyi aşırı bir biçimde bozması mümkündür. Kanaatimizce bu durumda istisnai bir çare olarak ve oldukça katı, dar kapsamda tutulmak koşuluyla iş sözleşmeleri ve eklerinin değişen şartlara uyarlanabileceği benimsenmelidir.

İş sözleşmesi kurulduktan sonra önceden öngörülemeyen ve beklenmeyen hâl ve şartlardaki değişikliklerin edimler arasındaki ilişkiyi aşırı bir biçimde bozması durumunda iş sözleşmesinin uyarlanması yerine fesih hakkının kullanılması evleviyetle mümkündür.

Borçlar hukukunun genel hükümleri çerçevesinde sözleşmenin geçerliliğini etkileyen hâl ve şartlarda sonradan meydana gelen değişikliğin fesih hakkı verebilmesi için aşağıdaki unsurların birlikte gerçekleşmesi aranmaktadır. Buna göre sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için;

### 2.1. Sözleşme kurulduktan sonra beklenilmeyen hâl ya da öngörülmemeyen hâl ve şartlar meydana gelmelidir

Sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan beklenmeyen hal ve şartlar, kişisel olmayan, toplumun tamamını veya bir kısmını etkileyen genel nitelikteki olaylardır. Ancak zaman içerisinde önceden öngörülemeyen hâl ve şartlardaki değişikliklerin olağanüstü, ağır olması ölçütü yumuşatılmıştır. Toplumun tamamını ilgilendirmeyen, bir grup kişiyi ilgilendiren, hatta sadece sözleşmenin taraflarını etkileyen olaylar da sözleşmenin uyarlanmasına yol açabilmektedir. Alman hukukunda BGB § 313'de sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını gerektiren hal ve şartlar arasında olağanüstü olma du-

rumu öngörülmemiştir. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 143. maddesi de Alman hukukunda olduğu gibi olağanüstü değişiklik şartını aramamıştır. Sonradan meydana gelen hal ve şartlardan hangilerinin uyarlamaya esas alınması gerektiği bakımından BK. m. 24/I b.4 hükmünün yol gösterici nitelikte olduğu ileri sürülmektedir.

### 2.2. Edimler arasındaki denge aşırı ölçüde ve açık biçimde bozulmuş olmalıdır

Sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan hâl ve şartların, sözleşmenin kurulduğu andaki tarafların karşılıklı edim ilişkisi dengesini aşırı ölçüde ve açık bir biçimde bozması gereklidir. Dolayısıyla hâl ve şartlardaki değişimin sözleşmeye olan her etkisi değil, ancak ciddi ve ağır sonuçları hukuk düzenince dikkate alınmaktadır. Edimler arası dengenin bozulduğu objektif ölçülere göre yapılacaktır. Yani taraflardan birinin ekonomik ve mali durumu dikkate alınmayacak, tarafların dahil olduğu iş çevresinin genel geçerli olan ölçüsü dikkate alınacaktır.

### 2.3. Sözleşme ile borçlanılan edim ifâ edilmiş olmamalıdır

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için borçlunun borçlandığı edimi ifâ etmemiş olması gereklidir. İfâ, borcu yerine getirmede bir güçlük bulunmadığını göstermektedir. Bununla beraber borcun kısmen ifâ edilmesi durumunda, ifa edilmeyen kısım için uyarlama talebinin yöneltilebileceği kabul edilmektedir. Borcun ifâ edilmemesi kuralı, zamanla yumuşatılmıştır. Borçlunun çekince (ihtirazi kayıt) koyarak ifâda bulunmasının uyarlama talebinin yöneltilmesine engel olmadığı savunulmuştur. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 143. maddesi de bu görüşü benimsemiş, borçlunun çekince ileri sürülerek yapılan ifaya rağmen uyarlama talebinde bulunulabileceğini kabul etmiştir.

### 2.4. Borçlunun kusurunun bulunmaması

Beklenmeyen ve öngörülmemeyen değişikliğin

ortaya çıkmasında borçlunun kusurlu bir davranışı bulunmamalıdır. Burada öngörülen kusur, somut olayda dürüstlük kuralının ihlal edilip edilmediğine ilişkindir. Yoksa sözleşmenin ihlalindeki kusur değildir. Dolayısıyla her somut olay için ayrı değerlendirme yapmak gerekecektir. Beklenmeyen ve öngörülme hâl ve şartlardaki değişiklik borçlunun davranışından kaynaklansa dahi, dürüstlük kuralı çerçevesinde bir davranışsa uyarılama talebine engel olmayacaktır. Öngörülen bu esnekliğin sınırı, borçlunun temerrüde uğramamış olmasıdır. Zira borçlu temerrüdü halinde borçlu, Borçlar Kanunu'nun 102/II hükmü gereğince kaza ve imkansızlık halinden de sorumludur.

### 2.5. Kanunda veya sözleşmede bir kayıt ya da hüküm bulunmamalıdır

Değişen hâl ve şartlar karşısında kanunun ya da tarafların önceden öngördüğü bir uyarılama kuralı (intibak kuralı) söz konusu ise, artık uyarılama talep etmek yerine önceden öngörülmüş olan uyarılama kuralı uygulanacaktır. Uyarılama kuralları, hâl ve şartların meydana gelmesi durumunda yeni bir düzenleme getiriyorsa olumlu uyarılama kuralından bahsedilecektir. Taraflar hâl ve şartlardaki değişikliği öngörmüş, ancak bu durumda dahi sözleşmede bir değişiklik olmayacağını kararlaştırmış olabilirler. İşte tarafların kararlaştırdıkları bu uyarılama kuralı, olumsuz uyarılama kuralıdır. Yani hâl ve şartlardaki değişikliğe rağmen, edimlerin ifâsı aynen devam edecektir.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için yukarıdaki olumlu ve olumsuz şartların birlikte gerçekleşmesi aranır. Şartların gerçekleşmesiyle, taraflardan birinin hakime başvurusu ile hakim, sözleşmeyi yeni şartlara uyarlayarak devam ettirir ya da beklenen amacın sağlanamayacağı anlaşılmış ise sözleşmeyi sona erdirir.

Genel hükümlerin iş hukukuna uygulanması aşamasında iş hukukunun özellikleri dikkate alınarak, iş hukukuna uygun düştüğü ölçüde uygulanması kabul edilmektedir. Aslında Medeni Kanun'un 5. maddesi de, genel hükümler

rin bütün özel hukuk ilişkilerine uygun düştüğü ölçüde uygulanmasını emretmektedir. Dolayısıyla genel hükümlerin sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için öngördüğü ölçüler iş hukukunun özellikleri dikkate alınarak reha bilite edilerek uygulanmalıdır.

### 3- İş Sözleşmesinin Sonradan Meydana Gelen Şartlardan Etkilenmesi

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ihtiyacı karşısında geliştirilen şartlar, süreç içerisinde olağanüstü, sıra dışı olaylardan artık olağan, beklenilebilen, taraflarca öngörülmele birlikte gerçekleşmeyeceği tahmin edilen hal ve şartlara da genişletilmiştir. Böylece uyarılamanın şartları yumuşatılarak, her sözleşme ilişkisine tatbik edilebilecek hale getirilmiştir. Uyarılama, dürüstlük kuralı çerçevesinde hakimin sözleşmeye müdahale ederek hükümleri değiştirmesini ön plana çıkarmaktadır.

Değişen şartlar karşısında sözleşmenin fesih, en son çözüm (tali çözüm) olarak düşünülmüştür. Bir çok hukuk sisteminde sözleşmenin uyarlanması, pozitif genel hukuk kuralı haline dönüşmektedir.

Bir sürekli borç ilişkisi kuran iş sözleşmesinin de bu ihtiyaçtan uzak durması düşünülemez. Esas ilke, diğer sözleşme türlerinde de olduğu gibi iş sözleşmesinin ekleri ile birlikte tamamen uygulanmasıdır. Ancak sözleşme hükümlerinin ve eklerinin uygulanmasında MK. m. 2 hükmü uyarınca dürüstlük kuralı da daima göz önünde tutulmalıdır.

İş sözleşmesinin değişen şartlar karşısında uyarlanabileceği teorisine kuşku ile yaklaşılmaktadır. Ancak değişen şartların sözleşmeye etkisi bakımından, uyarlanarak devam etmesi yerine fesih hakkının doğumu bakımından bir kuşku bulunmamaktadır. Kanaatimizce buradaki fesih hakkı, niteliği itibariyle haklı nedenle fesihtir. İşçi, bu şartların gerçekleşmesi durumunda ihbar süresini veya iş sözleşmesi belirli süreli ise, süre bitimini beklemeksizin haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilecektir.

İş Kanunumuzda işçi bakımından haklı nedenler 24. maddede düzenlenmiştir. Ancak 24. maddede sayılan haklı neden halleri,

sağlık, işverenin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışı ve zorunlu haller ile sınırlıdır. Sözleşmenin değişen şartlar karşısında haklı nedenle feshin bu üç sınırlı nedene dayandırılması mümkün değildir. Doktrinde İş Kanunu'nda sayılan haklı nedenlerin dışında Borçlar Kanunu'nun hizmet akdine ilişkin hükümlerinin uygulanarak BK. m. 344'deki haklı neden hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır<sup>4</sup>. Kanaatimizce, İş Kanunu dışında Borçlar Kanunu'nun haklı nedene ilişkin 344. maddesi, bir tamamlayıcı genel hukuk kuralı olarak uygulanabilir niteliktedir. Özel hukuk kuralınca, sözleşmenin sonradan meydana gelen şartlar karşısında etkileneceği ve haklı nedeni meydana getireceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı için genel hüküm niteliğindeki BK. m. 344'ün uygulanmaması için bir sebep bulunmamaktadır.

#### 4- İşyeri Hekiminin Haklı Nedenle Fesih Hakkı ve Sonuçları

İnceleme konusu olarak ele aldığımız işyeri hekimlerinin 21.01.2010 tarih ve 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun gereğince, işyeri hekimliğini bırakmak zorunda kalmaları nedeniyle sözleşme şartlarında sonradan bir değişikliğin meydana geldiğini ve bu değişikliğin işlem temelinin çökmesine neden olduğunu kabul etmekteyiz. Kanaatimizce burada işyeri hekiminin, işyeri hekimi olarak iş ilişkisini devam ettirebilme seçeneğinde bulunmaması, sonradan meydana gelen hâl ve şartlardaki değişikliğin borçlunun kusurundan kaynaklanmaması koşuluna ters değildir. İş hukukunun işçiyi koruyucu niteliğine göre işçinin kusurundan kaynaklanan hâl ve şartlardaki değişiklikler de uyarılma veya fesih hakkının kullanılmasına engel değildir. Sonradan meydana gelen bu değişiklik işyeri hekimine, BK. m. 344 kapsamında haklı fesih yetkisi vermektedir.

İşyeri hekiminin içinde bulunduğu durum bir mücbir neden değildir. Zira mücbir neden, sözleşme yapıldığı sırada öngörülemeyen, ortaya çıktığında direnilemeyen, harici bir neden olup, mutlak ifa imkansızlığını meydana getir-

mektedir<sup>5</sup>. Bu durumda feshe gerek kalmaksızın iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Ele aldığımız sorun bir ifa imkansızlığı, dolayısıyla bir mücbir neden değildir. İşyeri hekiminin, hukuki olarak işyeri hekimliğini sürekli bir iş olacak şekilde kabul etme imkanı bu imkansızlık halini ortadan kaldırır. Ayrıca işyeri hekiminin çalıştığı kurumun döner sermayesini devreye sokarak, kendisinin ifa yardımcısı sıfatı ile iş görmesinin devamı, fakat çalıştığı işverenin kurum olarak hizmetin borçlusu yerine geçirilmesi, borcun ve sözleşmenin nakledilmesi hukuken mümkündür. Bu haller, sorunun mücbir neden olarak kabul edilmesini engeller.

İş sözleşmesinin haklı nedenle fesheden işyeri hekimi, iş sözleşmesi belirsiz süreli ise, ihbar süresine bağlı kalmaksızın; iş sözleşmesi belirli süreli ise, geri kalan süre ne olursa olsun her zaman sözleşmeyi haklı nedenle, BK. m. 344'e göre feshedebilecektir.

İş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işyeri hekimi işverenden kıdem tazminatı talep edebilecek midir? Kıdem tazminatına hak kazandıran haller İş Kanunu'nun 120. maddesi nedeniyle yürürlükte bulunan 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun 14. maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır<sup>6</sup>. Sayılan bu haller arasında iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle İK. m. 24 kapsamında sona erdirilmesinin hak kazanma nedeni olarak kabul edildiğini görmekteyiz.

Acaba iş sözleşmesinin İK. m. 24 dışında başka bir haklı nedenle BK. m. 344'e göre sona erdirilmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanmak mümkün müdür? Sorun 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde öngörülen ve kıdem tazminatına hak kazandıran hallerin yorum yoluyla genişletilip genişletilemeyeceği ile alakalıdır. Kıdem tazminatına hak kazandıran bu haller sınırlı olarak sayılmıştır. Bu hallerin dışında yorum ya da kıyas yoluyla sayılarının artırılması mümkün değildir.

İşyeri hekimine iş sözleşmesinin haklı nedenle sona erdirme yetkisi veren sonradan meydana gelen bu değişikliğin İK. m. 24 kapsamında değerlendirilerek işyeri hekimini kıdem tazminatı talep edebilmesinin önünü açmak olası mıdır? İşyeri hekiminin, İK. m. 24 kapsamında tazminata hak kazandığı sonucuna varabilmek

için, sonradan meydana gelen bu değişikliğin fesih bakımından pozitif hukukta bir dayanağının bulunması gereklidir. İş Kanunu'nun 24. maddesinde sayılan haller sağlık, işverenin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışı ile zorunlu hallerden ibarettir.

Sonradan meydana gelen değişikliğin, işçiye sağlık nedenleri ile fesih yetkisini verdiği iddia edilemez. Sorunu ikinci fıkradaki "işverenin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışları ve benzerleri" başlığı altında değerlendirmek mümkün müdür?

İş Kanunu açıkça işverenin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışlarının bir yaptırımını olarak kıdem tazminatını öngörmüştür. Burada ifade edilen "haller" Kanunda sayılan; "ve benzerleri" ise, kanunda sayılmayan ancak işverenin ahlak ve iyi niyete uymayan davranışlarını ifade etmektedir<sup>7</sup>.

İşyeri hekimine, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini öngören sonradan meydana gelen değişiklik, İK. m. 24 kapsamında bir "zorunlu hal" olarak değerlendirilebilir mi? "İşçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler" işyeri ile ilgili olup, işçinin şahsı ile alakalı değildir<sup>8</sup>. Dolayısıyla sonradan ortaya çıkan ve sözleşmenin geleceğini etkileyen bu öngörülme hâl ve şartlar, bir "zorunlu hâl" olmamaktadır. Bu düzenlemede işverenin, işçinin iş görme borcunu yerine getirmesini kusuru bulunmaksızın kabul imkansızlığına düşmesi ele alınmıştır.

## 5- SONUÇ

İş sözleşmesi kurulduktan sonra, sözleşmenin kurulması esnasında öngörülemeyen ve bilinmeyen, ancak sonradan ortaya çıkan değişikliklerle borcun ifâsı taraflar açısından güçleşebilir. İmkansızlık hâli oluşturmeyen bu durumlarda sözleşmenin feshi veya uyarlanması kabul edilmelidir.

İşyeri hekimi olarak ikinci bir işte çalışmakta iken, 21.01.2010 tarih ve 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun gereğince, işyerinden ayrılmak zorunda kalmak, sözleşmenin başında öngörülme- yen sonradan ortaya çıkan bir değişikliktir. Bu değişiklik bir imkansızlık ya da mücbir neden

değildir. O halde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanan, kuruluştaki var olan işlem temelini çökmesi nedeniyle ya fesih hakkının ya da değişen koşullara uyarlanmasını talep hakkının tanınması gereklidir.

İşyeri hekimlerinin, sonradan ortaya çıkan bu değişiklik karşısında sözleşmeyi feshetmek zorunda kalması BK. m. 344 anlamında bir haklı fesihtir. Hekim ihbar sürelerine bağlı kalmaksızın ya da belirli iş sözleşmesinde kalan süreyi beklemeksizin iş sözleşmesini feshedebilir. Ancak bu fesih, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi nedeniyle yürürlükte olan 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun 14. maddesinde sınırlı sayıda belirtilen kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında değildir. Fesih hakkını kullanan işyeri hekimi kıdem tazminatı talep edemeyecektir.

## DİPNOTLAR

- 1 Ayrıntılı bilgi için bkz. Başbuğ, Aydın; İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması, İstanbul 2007, s. 7 vd. Arat, Ayşe; Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006, s. 52 vd.
- 2 Bu konudaki görüşlerimiz ve uyarlama hakkında bkz. Başbuğ, s. 52 vd. Ayrıca aynı yazar, İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008, s. 73 vd.
- 3 Bkz. Başbuğ, Uyarlama, s. 7-11.
- 4 Atabek, Reşat; İş Akdinin Feshi, İstanbul 1938, s. 116-117. Oğuzman, Kemal; Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 194, 210-211. Süzek, Sarper; İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s. 17,18. Kanaatimizce, BK. m.344 ile İK. m. 25/II arasında nitelik farkı bulunduğu için bu iki maddenin niteliği ve kapsamı farklıdır. İK. m. 25/II çifte norm karakterli bir düzenlemedir. Yani hem hukuki yaptırım hem de disiplin yaptırımını (kıdem tazminatından mahrum olma gibi) söz konusudur. Oysa BK. m. 344'ün ceza karakteri yoktur.
- 5 Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2008, s. 585-586. Akyiğit, Ercan; İş Kanunu Şerhi, cilt I, Ankara 2008, s. 1117-1118.
- 6 Süzek, Sarper; İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2008, s. 682. Mollamahmutoğlu, s. 789-790. Akyiğit, cilt II, s. 2493-2494.
- 7 Görüşümüze göre 25/II'de ifade edilen "ve benzerleri" kelimesi, yargılama sırasında olayın haklı neden olup olmayacağına ilişkin değerlendirme değildir. Disiplin cezası karakteri nedeniyle, cezaların önceden bilinmesi ve hukuk güvenliği açısından objektif hukuk kuralları ile belirlenmiş davranışlar olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle "ve benzerleri" ifadesi toplu iş sözleşmesi veya iç yönetmeliklerle önceden duyurulmuş, işçi tarafından bilinmesi gereken davranış kurallarıdır. Bkz. Başbuğ, Disiplin Cezaları, s. 87-88.
- 8 Süzek, s. 656. Mollamahmutoğlu, s. 617. Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 22. Baskı, İstanbul 2009, s. 261.