

İlgili Kanun / Madde
4857 S. İşK/18-21

T.C
YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2021/12111

Karar No. 2022/503

Tarihi: 17.01.2022

- İŞLETMESEL KARAR ALMA HAKKININ KANUNLA SINIRLANDIRILMASI
- İŞYERİNDE AYNI HİZMETİ YAPACAK İŞÇİLER VARKEN OSGB HİZMET ALMAK İÇİN YAPILAN FESHİN GEÇERSİZ FESİH NİTELİĞİNDE OLACAĞI

ÖZETİ: Başvuru konusu uyuşmazlıklarda, İşverence kanundaki açık düzenlemenin aksine bir karar alınması söz konusudur. İşverenin işyerinde aynı hizmeti sürdürmekte olan işçileri mevcut iken “ortak sağlık ve güvenlik biriminden hizmet alacağı gerekçesiyle mevcut işyeri hekimi, hemşire ve sağlık görevlilerinin iş sözleşmesini feshetmesi” kanun hükmü gereği mümkün değildir. Kanunda, işverene işyerinde (Kanunda sayılan şartları taşıyan) işyeri hekimi ile sağlık görevlileri çalışmaya devam etmek yahut ortak sağlık ve güvenlik biriminden hizmet almak konusunda bir seçim hakkı tanınmamış olup, aksine, işyerinde iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi veya diğer sağlık personelinin bulunmaması halinde ortak sağlık ve güvenlik biriminden hizmet alınması imkanı öngörülmüştür. Böylece işverenin işletmesel karar alma serbestisi bir anlamda kanun ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle kanunun açık hükmü hilafına alınan bir karar sonucunda, ortak sağlık ve güvenlik biriminden hizmet alınacağı gerekçesi ile işyerinde çalışmakta olan işyeri hekimi, hemşire ve diğer sağlık personelinin iş sözleşmesinin feshi, geçerli nedene dayalı bir fesih değildir.

**Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Arasındaki
Uyuşmazlığın Giderilmesi İstemine Dair
I. BAŞVURU**

Başvurucu Avukat dilekçesinde özetle; müvekkilinin davalıya ait işyerinde sağlık görevlisi

olarak çalışmakta iken iş sözleşmesinin İşverence işyerindeki is sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin ortak sağlık ve güvenlik biriminden alınmasına karar verilmesi' sebebiyle feshedildiğini, feshin geçersizliği ve ise iade talebi ile açtıkları dava sonucunda mahkemece 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 6/a maddesinin “Çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirir. Çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması HÂLİNDE, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet olarak yerine getirebilir.” Hükmünü içerdiği, madde ve madde Gerekçesi değerlendirildiğinde, Kanunun is sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin belirlenen sürelerle işyeri bünyesindeki personel tarafından verilmesini esas almakta olduğu, ancak işyerinde uygun vasıflara sahip personel bulunmaması halinde bu hizmetin işyeri dışındaki ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden alınabileceğini belirttiği, işverenin ortak sağlık ve güvenlik biriminden hizmet alabilmesi için öncelikle görevlendirdiği ve kendi işçisi olan işyeri hekimi veya diğer personelin görev tanımı içinde belirtilen niteliklere sahip personel olmaması gerektiği, işverenin personelin bu niteliklere sahip olmadığını ortaya koyduktan sonra ortak sağlık biriminden hizmet alımına gidebileceği, davalı işverenin işyerinde yaptığı anketi bu hususta delil olarak gösterdiği ancak yapılan anketin davacı sağlık personelinin yeterliliğe sahip olmadığını gösterir nitelikte olmadığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine ve davacının ise iadesine karar verildiğini, bu karara karşı istinaf yoluna Başvurulması üzerine İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 25. Hukuk Dairesince; davalı işverenin almış olduğu işletmesel karar gereğince, asıl isine göre yardımcı iş niteliğinde olan ve bu kapsamda alt işverene devri mümkün olan is sağlığı ve güvenliği hizmetini, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve bu kanunun alt düzenlemelerine göre, ortak sağlık ve güvenlik biriminden alma yönünde karar aldığı ve bu karar doğrultusunda da isinin niteliği gereği iş yerinin farklı bir bölümünde istihdamı da fiilen mümkün olmayan davacının, is akdinin geçerli nedenle feshedildiği sonucuna varılarak ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davanın reddine karar verildiğini, ancak İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 24. Hukuk Dairesi'nin 07.10.2020 Tarih, 2020/265 E.ve 2020/1867 K. Sayılı Kararına konu olayda davacı K. Y. tarafından benzer talepler ile ise iade davası açıldığını, İstanbul 5. İş Mahkemesinin 2018/22 esas 2019/335 sayılı kararı ile davanın reddine karar verildiğini, davacı vekilinin istinaf başvurusu ile İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 24. Hukuk Dairesi tarafından davacının 19 yıllık işyeri hekimi olarak iş sağlığı ile ilgili hizmeti verebilecekken davalının doğrudan OSGB (ortak sağlık ve güvenlik birimi) ile

çalışmayı tercih etmiş olmasının feshin son çare olması ilkesine uyulmadığını gösterdiği sonucuna varılarak ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve davanın kabulüne dair karar verildiğini, Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri tarafından verilen ve kesin nitelikte olan kararlar arasında hakkın yerine getirilmesi bakımından mevcut bir çelişki ve uyumsuzluk bulunduğu açık olduğunu” beyan ederek uyumsuzluğun 5235 sayılı Kanunun 35. maddesi çerçevesinde giderilmesini istemiştir.

II. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ HUKUK DAİRELERİ BASKANLAR KURULU KARARI

Yargıtay 9 Hukuk Dairesinin geri çevirme kararı üzerine, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu 05.11.2021 tarih ve 2021/50 esas 2021/ 50 karar sayılı kararı ile; “Her iki davada da fesihler sağlık hizmetinin ortak sağlık ve güvenlik biriminden alınması yönündeki işletmesel karara dayanılarak yapılmıştır. Dairelerin fesihlerin geçerli olup olmadığı yönündeki değerlendirmeleri ve ulaştıkları sonuçlar farklı olmuştur. Dolayısıyla Başkanlar Kurulunda yapılan değerlendirme sonucunda, dava konuları, davaların niteliği birlikte değerlendirildiğinde, oybirliğiyle alınan kararlar, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 25. ve 24. Hukuk Dairelerinin kesin nitelikteki kararları arasında 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 35. maddesinin 3. bendinde belirtildiği şekilde uyumsuzluk bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca toplantıda oyçokluğuyla, 25. Hukuk Dairesi kararının usul ve yasaya uygun olduğu, Uyumsuzluğun bu daire kararı doğrultusunda giderilmesi gerektiği konusunda görüş oluşmuştur.

SONUÇ:

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 25. Hukuk Dairesinin 15/01/2020 tarih 2019/1607 esas 2020/35 sayılı kararı ile İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 24. Hukuk Dairesinin 2020/265 esas 2020/1867 sayılı kararları arasında uyumsuzluk bulunduğuna oy birliğiyle, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulu 5235 sayılı Kanunun 35. ve Yargıtay Kanunu’nun 45. maddesi uyarınca, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 25. Hukuk Dairesinin kararının kurulca benimsenerek her iki daire kararı arasında bulunan çelişkinin giderilmesi için dosyanın Yargıtay 9. Hukuk Dairesine gönderilmesine oy çokluğuyla ” karar verilmiştir.

III. BAŞVURU KONUSU UYUŞMAZLIĞIN GIDERİLMESİ İSTEMİNE KONU KARARLAR

A. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 25. Hukuk Dairesinin 15/01/2020 tarih ve 2019/1607 Esas - 2020/35 karar sayılı dosyası;

1. İlk Derece Mahkemesi Kararında Özetle;

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 6/a maddesinin “Çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet olarak

yerine getirebilir.” hükmünü içerdiği, madde ve madde gerekçesi değerlendirildiğinde, Kanunun is Sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin belirlenen sürelerle işyeri bünyesindeki personel tarafından verilmesini esas almakta olduğu, davalı işverenin davacının sağlık görevlisi olarak görev yapamayacağını ve bu yönde niteliklere sahip olmadığını ortaya koyamadığı, bu nedenlerle feshin geçerli olmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine ve davacının ise iadesine karar verilmiştir.

2. Bölge Adliye Mahkemesi Kararında Özetle;

İşverence is akdinin feshinde usul ve şekil kurallarına uygun davranıldığı; is akdinin feshi işlemi, esas yönünden incelendiğinde, davalı işverenin almış olduğu işletmesel karar gereğince, tüm destek birimlerinin lağvedildiği, asıl isine göre, yardımcı is niteliğinde olan ve bu kapsamda, alt işverene devri mümkün olan, is Sağlığı ve güvenliği hizmetini, 6331 Sayılı Is Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve bu kanunun alt düzenlemelerine göre, ortak sağlık ve güvenlik biriminden alma yönünde karar aldığı ve bu karar doğrultusunda da, sağlık görevlisi olarak görev yapan ve isinin niteliği gereği, is yerinin farklı bir bölümünde istihdamı da fiilen mümkün olmayan davacının, is akdinin, tüm hakları ödenmek sureti ile geçerli nedenle feshedildiği, bu anlamda, davalı işverenin, almış olduğu işletmesel kararı, keyfilikten uzak, tutarlı, sosyal seçim - sosyal denge kuralına ve feshin son çare olma ilkesine uygun olarak uygulandığı, bu kapsamda, davalı işveren feshinin, hukuken, İş Kanunu hükümlerine göre, usulüne uygun olarak yapılmış, geçerli fesih kapsamında olduğu ve bu sebeple, yerel mahkemenin, ise iade davasının kabulüne yönelik kararının usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle davalı tarafın istinaf Başvurusunun kabulüne, ise ilk dereceli mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davanın reddine dair kesin olarak karar verilmiştir.

B. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 24. Hukuk Dairesinin 7/10/2020 tarih 2020/265 esas 2020/1867 sayılı kararı

1. İlk Derece Mahkemesi Kararında Özetle;

Davacının iş sözleşmesinin 6331 sayılı Kanun kapsamında is Sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin ortak sağlık ve güvenlik biriminden alınması yönündeki işletmesel kararla feshedildiği, feshine dayanak yapılan işletmesel karar uyarınca davalı şirketin tüm bölge ve birimlerinde destek fonksiyonlar bölümü altında konumlanan is Sağlığı ve güvenliği biriminin lağvedildiği, işveren tarafından alınan işletmesel kararının tutarlı bir şekilde uygulandığı, davacının yürüttüğü ise olan ihtiyacın ortadan kalktığı, davalı şirketin faaliyet alanı ve davacının pozisyonu dikkate alındığında davacının başka bir pozisyonda istihdam edilmesinin mümkün olmadığı, feshin usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

2. Bölge Adliye Mahkemesi Kararında Özetle;

6331 sayılı Is Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 6/1-a maddesinde “Mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak, is Sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için işveren; a)

Çalışanları arasından is güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve on ve daha fazla çalışanı olan çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde diğer sağlık personeli görevlendirir. Çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirebilir. Ancak belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması hâlinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak, bu hizmetin yerine getirilmesini kendisi üstlenebilir.” denildiği, davacının işyeri hekimi olarak is Sağlığı ile ilgili hizmeti verebilecekken davalının doğrudan OSGB (ortak sağlık ve güvenlik birimi) ile çalışmayı tercih etmiş olmasının feshin son çare olması ilkesine uyulmadığını gösterdiği” kanaatiyle ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, feshin geçersizliğine ve davacının ise iadesine kesin olarak karar verilmiştir.

IV. GEREKÇE

Başvuru konusu bölge adliye mahkemesi kararları arasında, ortak sağlık ve güvenlik biriminden is Sağlığı ve güvenliği hizmeti alınmasına dair işletmesel kararın iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden oluşturup oluşturmadığı noktasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Uyuşmazlığın esasına yönelik bir değerlendirme yapılmasından önce, is Sağlığı ve güvenliği alanındaki yasal düzenlemelere kısaca yer vermekte yarar vardır.

6331 sayılı Is Sağlığı ve Güvenliği Kanununun yürürlüğe girdiği 20.06.2012 yılına kadar, is Sağlığı ve güvenliği ile ilgili uyuşmazlıklarda 4857 sayılı Is Kanununda yer alan bir kısım hükümler ile Yönetmelik hükümleri uygulanmakta idi. 6331 sayılı Is Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 4857 sayılı Is Kanununun is Sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerini (m.2/4, 63/4, 69/4-6, 77-89, 105, geçici m. 2) yürürlükten kaldırmış (6331 sy K. m. 37), bu Kanuna yapılan atıfların da 6331 sayılı Kanuna yapılmış sayılacağı kabul edilmiştir.

6331 sayılı Kanuna göre, kural olarak tüm işverenlerin, işyerindeki işçi sayısından bağımsız olarak, işyeri hekimi ve is güvenliği uzmanı çalıştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bununla birlikte Kanunun 38. maddesinde istisnai bir düzenleme yapılarak, kamu kurumları ile elliden az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde is güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi çalıştırma veya ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alma zorunluluğunun 31.12.2023 tarihinde başlayacağı öngörülmüştür (S. Süzek, Is Hukuku, Yenilenmiş 19. Baskı, İstanbul 2020, 906).

İşyeri hekimlerine ilişkin düzenlemeler, Is Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile 20.07.2013 tarihinde yürürlüğe giren İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelikte yer almıştır. Kanunda işyeri hekimi, “İş Sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, işyeri hekimliği belgesine sahip hekim” olarak tanımlanmıştır (m.3/1-ı). Yönetmeliğin 4/b maddesinde ise “diğer sağlık personelinin” tanımı yapılmış olup, bunlar, “İş Sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça belgelendirilmiş hemşire, sağlık memuru, acil tıp

teknisyeni ve çevre Sağlığı teknisyeni diplomasına sahip kişiler ile Bakanlıkça verilen işyeri hemşireliği belgesine sahip kişiler”dir.

İşveren iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sağlamakla yükümlü olup, ilke olarak bu hizmeti iş sağlığı ve güvenliği alanında gerekli uzmanlık ve donanıma sahip işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personelinin çalıştırarak sağlaması esastır. Bununla birlikte, bu hizmeti sağlaması mümkün olmayan işverenler için is Sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dışarıdan teminine ilişkin ilk düzenleme (RG 26.05.2008 , 26887) 5763 sayılı Kanunun 4. maddesi ile yapılmıştır. Bu madde ile, 4857 sayılı Is Kanununun işyeri hekimlerine ilişkin 81. maddesi ile is güvenliği uzmanlarına ilişkin 82. maddesi birleştirilmiş, "İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri" başlığını taşıyan 81. maddeye "İşverenler, bu yükümlülüklerinin tamamını veya bir kısmını, bünyesinde çalıştırdığı ve bu maddeye dayanılarak çıkarılacak yönetmelikte belirtilen vasıflara sahip personel ile yerine getirebileceği gibi, işletme dışında kurulu ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak da yerine getirebilir. Bu şekilde hizmet alınması işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz." şeklindeki ikinci fıkra eklenmiştir (E. Karabacak, Is Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Dışarıdan Temini, İstanbul Hukuk Mecmuası, Özel Sayı 74, 2016, 504). Böylece kanun koyucu, işverene is Sağlığı ve güvenliği hizmetlerini bünyesinde çalıştırdığı (gerekli vasıflara sahip) personel ile yerine getirmek veya işletme dışında kurulu ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet almak konusunda bir seçim hakkı tanımıştır.

20.06.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6331 sayılı Kanunda ise ortak sağlık ve güvenlik birimi;

"Kamu kurum ve kuruluşları, organize sanayi bölgeleri ile Türk Ticaret Kanununa göre faaliyet gösteren şirketler tarafından, işyerlerine iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sunmak üzere kurulan gerekli donanım ve personele sahip olan ve Bakanlıkça yetkilendirilen birim" olarak tanımlanmış (6331 sy K. m. 3/1-m), Kanunun 6. maddesinde, işverenin is Sağlığı ve güvenliği hizmetlerini hangi şekillerde sunabileceği düzenlenmiştir. Bu hükme göre;

"(1) Mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak, is Sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için işveren;

a) Çalışanları arasından is güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve on ve daha fazla çalışanı olan çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde diğer sağlık personeli görevlendirir. Çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirebilir.

Ancak belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması hâlinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak, bu hizmetin yerine getirilmesini kendisi üstlenebilir. (Ek cümle: 10/9/2014- 6552/16 md.) Belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olmayan ancak 50'den az çalışanı bulunan ve az tehlikeli sınıfta yer

alan işyeri işverenleri veya işveren vekili tarafından Bakanlıkça ilan edilen eğitimleri tamamlamak şartıyla işe giriş ve periyodik muayeneler ve tetkikler hariç iş Sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yürütebilirler.” Madde metninde iş Sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin tamamının veya bir kısmının dışarıdan temini mümkün kılındığından, örneğin işverenin iş güvenliği hizmetini dışarıdan temin edip, iş Sağlığı hizmetini mevcut işyeri hekimi ile sürdürmesi mümkündür (Karabacak, 504).

Bu yasal düzenlemeler çerçevesinde Başvuru konusu kararlar değerlendirilecek olursa; kesin nitelikteki bölge adliye mahkemesi kararları arasındaki uyumsuzluk, işyerinde iş Sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sağlamak üzere, kanunda öngörülen şartları taşıyan işyeri hekimi ile diğer sağlık personeli çalışmakta iken, İşverence bu hizmetlerin ortak sağlık ve güvenlik biriminden alınmasına karar verilmesinin, işyeri hekimi ile diğer sağlık personelinin iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebep oluşturup oluşturmadığı noktasındadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Kanun açıkça işverenin çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliği sağlamakla yükümlü olduğunu öngörmüş (m 4/1), işyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınmasının, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmayacağını da Kanunda açıkça ifade edilmiştir (m.4/2). Ayrıca Kanunda, işverenin iş Sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünü üç farklı yöntem ile gerçekleştirebileceği öngörülmüştür. Buna göre işveren, ilk olarak “çalışanları arasında iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve on ve daha fazla çalışanı olan çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde diğer sağlık personeli” görevlendirebilir. İkinci olarak “çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirebilir”. Üçüncü bir yol olarak da, “kendisi belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması hâlinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak, bu hizmetin yerine getirilmesini kendisi üstlenebilir (6331 sy K. m. 6/1-a). Ancak Kanunun açık düzenlemesi dikkate alındığında, işverenin bu üç yoldan birini tercih etmek konusunda tamamen özgür bırakılmadığı, öncelikle çalışanları arasında iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli varsa, bunları görevlendirebileceği; “çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde”, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirebileceği anlaşılmaktadır. İlgili madde gerekçesinde de bu husus, “Profesyonel yardım alınımında önceliğin işyerinde çalışan kişilere verilmesi, işyerinde yeterli nitelikte personel bulunmaması halinde ise işyeri dışında kurulu bulunan yetkili kurum ve kuruluşlardan veya bu hizmeti veren organizasyonlardan alınması gerekmektedir” şeklinde ortaya konulmaktadır. Böylece kanun hükmünün lafzı ile Gerekçede belirtilen amaç arasında bir paralellik bulunmakta olup, işverenin bu yöntemlerden herhangi birini seçme konusunda tamamen özgür olduğu şeklinde farklı bir sonuca ulaşılması mümkün değildir. Ayrıca, 6331 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanununun (4763

sayılı Kanunun 4. maddesi ile değişik) 81. maddesinin ikinci fıkrasında işverenlerin iş Sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüklerinin tamamını veya bir kısmını bünyesinde çalıştırdığı ve bu maddeye dayanılarak çıkarılacak yönetmelikte belirtilen vasıflara sahip personel ile “yerine getirebileceği gibi” işletme dışında kurulu ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden “hizmet olarak da yerine getirebileceği” hükme bağlandığı halde, 6331 sayılı Kanunda açıkça “çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde” bu yola başvuruyla ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi, 6331 sayılı Kanundaki yasal düzenleme, önceki hükümden farklı olarak bilinçli bir tercihin sonucudur.

Bölge adliye mahkemesi kararlarına konu işe iade davalarında işverenin çalıştırdığı işyeri hekimleri ile hemşire, sağlık görevlisi gibi diğer sağlık personelinin Kanunda belirlenen niteliklere sahip olduğu ve işverenin bu işçilerin iş sözleşmesini ortak sağlık ve güvenlik biriminden hizmet alacağı gerekçesiyle feshettiği uyuşmazlık dışıdır. İşveren, Anayasa ile güvence altına alınan teşebbüs (girişim) özgürlüğünün sonucu olarak, iş Sağlığı ve güvenliği hizmetlerini mevcut işçileri çalıştırmaya devam etmek veya ortak sağlık ve güvenlik biriminden hizmet almak suretiyle sağlamak konusunda tam bir serbestlik içinde olması gerektiğini ileri sürmüştür. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 25. Hukuk Dairesince, işverenin ortak sağlık ve güvenlik biriminden hizmet alınmasına dair işletmesel kararı, iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshi için yeterli görülerek davanın reddine karar verilmiş; buna karşılık İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 24. Hukuk Dairesi, işverenin mevcut işyeri hekimi ve sağlık görevlileri ile bu hizmeti verebilecekken doğrudan ortak sağlık ve güvenlik birimi ile çalışmayı tercih etmiş olmasının yerinde olmadığı gerekçesiyle feshin geçerli sebebe dayanmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Esasen bölge adliye mahkemelerinin aynı nedenle feshe ilişkin işe iade davalarında farklı sonuçlara ulaşmalarının sebebi, ilgili dairelerce 6331 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi konusunda farklı değerlendirme yapılmasıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi, kanun hükmünün lafzının, gerekçesinin ve daha önceki kanun hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi suretiyle bir sonuca varılması yerinde olacaktır. Kanunun madde gerekçesinde de açıkça ifade edildiği gibi, iş sağlığı ve güvenliği hizmetinin sağlanmasında önceliğin işyerinde çalışmakta olan ve gerekli donanımına sahip kişilere verilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan kanun koyucunun işverene, iş sağlığı ve güvenliği hizmetini gerekli vasıfları taşıyan işçileri ile sürdürmek veya bu hizmetleri ortak sağlık ve güvenlik biriminden almak konusunda sınırsız bir yetki ve seçim hakkı tanıdığı kabul edilemez.

İşverenin, işçilerin davranışlarından yahut yetersizliğinden kaynaklanan geçerli bir sebebi veya haklı fesih sebepleri söz konusu olmadan, salt ‘ortak sağlık ve güvenlik biriminden hizmet alınması’ yönündeki işletmesel karar doğrultusunda iş sözleşmesinin feshi geçerli bir fesih değildir. Belirtmek gerekir ki, işletmeye, işyerine ve işe ilişkin geçerli nedenlerle feshin kaynağında daimi bir işveren kararı

bulunur. İşverenin işletmesel karar alma özgürlüğü anayasa ile teminat altına alındığından, işverenin işletmesel kararları yerindelik denetimine tabi tutulamaz(M. Mollamahmutoglu/M. Astarlı/U. Baysal, Is Hukuku, Ankara 2014, 998).

Ancak, Başvuru konusu uyuşmazlıklarda, İşverence kanundaki açık düzenlemenin aksine bir karar alınması söz konusudur. İşverenin işyerinde aynı hizmeti sürdürmekte olan işçileri mevcut iken “ortak sağlık ve güvenlik biriminden hizmet alacağı gerekçesiyle mevcut işyeri hekimi, hemşire ve sağlık görevlilerinin is sözleşmesini feshetmesi” kanun hükmü gereği mümkün değildir. Kanunda, işverene işyerinde (Kanunda sayılan şartları taşıyan) işyeri hekimi ile sağlık görevlileri çalışmaya devam etmek yahut ortak sağlık ve güvenlik biriminden hizmet almak konusunda bir seçim hakkı tanınmamış olup, aksine, işyerinde is güvenliği uzmanı, işyeri hekimi veya diğer sağlık personelinin bulunmaması halinde ortak sağlık ve güvenlik biriminden hizmet alınması imkanı öngörülmüştür. Böylece işverenin işletmesel karar alma serbestisi bir anlamda kanun ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle kanunun açık hükmü hilafına alınan bir karar sonucunda, ortak sağlık ve güvenlik biriminden hizmet alınacağı gerekçesi ile işyerinde çalışmakta olan işyeri hekimi, hemşire ve diğer sağlık personelinin iş sözleşmesinin feshi, geçerli nedene dayalı bir fesih değildir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 27.03.2017 tarih, 2016/7299 esas, 2017/4970 karar sayılı kararı; 02.04.2015 tarih, 2015/3000 esas, 2015/12939 kararı; 20.12.2018 tarih, 2018/4661 esas, 2018/23810 sayılı kararları da bu doğrultudadır.

Sonuç olarak, Uyuşmazlığın açıklanan ilke ve esaslar çerçevesinde ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 24. Hukuk Dairesinin 07/10/2020 tarih 2020/265 esas 2020/1867 sayılı kararı doğrultusunda giderilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

V. SONUÇ

1. İşyerinde is Sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sağlamak üzere çalışmakta olan ve Kanunda bu is için belirlenen nitelikleri taşıyan işyeri hekimi, hemşire ve diğer sağlık personelinin iş sözleşmesinin, “ortak sağlık ve güvenlik biriminden hizmet alınacağı” yönündeki işletmesel karar doğrultusunda feshedilmesi halinde, feshin 6331 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine aykırı olacağı, bu halde feshin geçerli nedene dayalı bir fesih olarak kabul edilemeyeceğine,

2-Bölge Adliye Mahkemelerinin, 4857 sayılı Is Kanunu ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu Is Sözleşmesi Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıkları incelemekle görevli ilgili hukuk dairelerine bildirilmesi için karardan bir suretin Hakimler ve Savcılar Kurulu Sekreterliğine gönderilmesine, 17.01.2022 günü oybirliği ile kesin olarak karar verildi.