

**T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**



**İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN SAĞLIK
SEBEPLERİ İLE SONA ERMESİ**

Berin YAPAN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

GAZİANTEP - 2024



LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZ KABUL VE ONAY FORMU

Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı öğrencisi **Berin YAPAN** tarafından hazırlanan **“İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN SAĞLIK SEBEPLERİ İLE SONA ERMESİ”** başlıklı tez **24/10/2024** tarihinde yapılan savunma sınavı sonucu **başarılı** bulunarak jürimiz tarafından **Yüksek Lisans Tezi** olarak kabul edilmiştir.

<u>Görevi</u>	<u>Unvanı, Adı ve Soyadı</u>	<u>Kurumu/Üniversitesi</u>	<u>İmzası:</u>
Tez Danışmanı	Doç. Dr. Hasan KAYIRGAN	Hacettepe Üniversitesi	
Jüri Başkanı	Doç. Dr. Ali EKİN	Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi	
Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemal RUHİ	Hasan Kalyoncu Üniversitesi	

Bu tez Enstitü Yönetim Kurulunca belirlenen yukarıdaki jüri üyeleri tarafından uygun görülmüş ve Enstitü Yönetim Kurulu kararı ile onaylanmıştır.

Doç.Dr. Ufuk AKBAŞ

Enstitü Müdürü

TEZ BİLDİRİMİ

Bu tezdeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edildiğini ve tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada bana ait olmayan her türlü ifade ve bilginin kaynağına eksiksiz atıf yapıldığını bildiririm.

DECLARATION PAGE

I hereby declare that all information in this document has been obtained and presented in accordance with academic rules and ethical conduct. I also declare that, as required by these rules and conduct, I have fully cited and referenced all material and results that are not original to this work.

İmza

Berin YAPAN

Tarih:

HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN SAĞLIK
SEBEPLERİ İLE SONA ERMESİ

Berin YAPAN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Danışman
Doç.Dr. Hasan KAYIRGAN

ÖZET

İş Hukukunda işçinin yaşadığı sağlık sorunları, işçinin iş ilişkisinde temel borcu olan iş görme borcunu etkilediği takdirde önem taşımaktadır. İşçinin sağlık sorunları, iş ilişkisi kurulmadan önce, iş ilişkisinin devamı ve sona ermesinde yani iş ilişkisinin tüm aşamalarını etkilemektedir.

Kanunda işçinin sağlık sebebiyle haklı fesih halleri, bazı koşulların varlığına göre işçi açısından (İşK m.24/1 ve işveren açısından İşK. m.25/1 iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, haklı sebeple fesih ağırlığına ulaşmayan bir sağlık sorunu, iş ilişkisini olumsuz yönde etkileyip iş ilişkisini çekilmez hale getirdiğinde iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilmesi de mümkün olup fesih usulü İşK m.18 vd. hükümlere göre gerçekleşecektir.

Çalışmamızda, özellikle işçinin sağlık sorunları halinde, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle veya geçerli nedenle fesih hakkının doğup doğmadığı hususu üzerinde durulmuştur. Ayrıca konu ile bağlantılı olarak hastalık, sağlık ve diğer ilişkili kavramlar açıklanmış, yine sağlık sorunlarının iş sözleşmesinin kurulmasına etkisi ile bu süreçte tarafların hak ve yükümlülükleri incelenmiştir. Konu ele alınırken doktrindeki görüşlere, uluslararası sözleşmelere ve Yargıtay içtihatlarına mümkün olduğunca yer vermeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İşveren, işçi, sağlık, hastalık, fesih

**HASAN KALYONCU UNIVERSITY
GRADUATE EDUCATION INSTITUTE
DEPARTMENT of PRIVATE LAW**

**TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT BY
THE EMPLOYER FOR HEALTH REASONS**

Berin YAPAN

MASTER THESIS

Advisor

Assoc. Prof.Hasan KAYIRGAN

ABSTRACT

In Labor Law, health problems experienced by the employee are important if they affect the employee's obligation to perform work, which is the basic obligation of the employee in the employment relationship. The health problems of the worker may have an impact on the employment relationship before it is established, on its continuation and termination, that is, at all stages of the employment relationship.

Depending on the existence of certain conditions in the law, Justifiable termination situations due to health reasons Two separate articles are regulated: Article 24/1 of the Labor Law for the employee and Article 25/1 of the Labor Law for the employer.

In addition, if a health problem that does not reach the severity of termination with just cause negatively affects the employment relationship and makes it unbearable, it is possible to terminate the employment contract with valid reason. In this case, the termination process takes place in accordance with Article 18 of the Labor Law and its continuation.

In our study, especially in case of health problems of the worker, The issue of whether the employer has the right to terminate the employment contract with just cause or valid reason is emphasized. In addition, disease, health and other related concepts were explained in connection with the subject, and the impact of health problems on the establishment of the employment contract and the rights and obligations of the parties in this process were examined. While discussing the subject, an effort was made to include doctrinal views, international conventions and Supreme Court case law as much as possible.

Keywords: Employer, Employee, Health, Illness, Termination

ÖN SÖZ

“İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Sona Ermesi” adlı tez çalışmamın hazırlanmasındaki katkılarından dolayı danışmanım Doç.Dr. Hasan Kayırgan’a teşekkürlerimi sunarım.

Hayatım boyunca beni her zaman destekleyen sevgili annem Sevim Yıldız’a ve sevgili babam Dr.Mehmet Kadir Yıldız’a, sevgili kardeşim Bera Yıldız’a, ve hayat arkadaşım sevgili eşim Mustafa Yapan’a tüm kalbimle teşekkür ederim.

Berin YAPAN

Gaziantep-2024

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
ABSTRACT	v
ÖN SÖZ	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR.....	ix
1.GİRİŞ	1
2. SAĞLIK, HASTALIK VE İLGİLİ DİĞER KAVRAMLAR VE KONUYLA İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER	3
2.1. Sağlık Kavramı	3
2.2. Hastalık Kavramı	4
2.3. İş Göremezlik Kavramı	5
2.4. Sakatlık-Özürlülük-Engellilik Kavramları	7
2.4.1. Türk Hukukunda.....	8
2.5. Konuyla İlgili Yasal Düzenlemeler	8
2.5.1. 158 Sayılı ILO Sözleşmesi.....	8
2.5.2. 4857 Sayılı İş Kanunu.....	9
2.5.3. Basın İş Kanunu	10
2.5.4. Deniz İş Kanunu	11
2.5.5. Türk Borçlar Kanunu	11
3. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SAĞLIK SEBEBİYLE SONA ERMESİ.....	12
3.1. Genel Olarak İş Sözleşmesinin Sona Ermesi.....	12
3.2. Tarafların Anlaşması (İkale) (Bozma Sözleşmesi)	12
3.3. Fesih	14
3.3.1. Haklı (bildirimsiz) fesih	15
3.4. İşveren Tarafından Sağlık Nedeniyle Bildirimsiz Fesih	16
3.4.1. İşçinin kusurlu davranışları sonucunda hastalığa yakalanması ya da engelli hale gelmesi	17
3.4.2. İşçinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanması ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu dair sağlık kurulu raporunun olması	23
3.4.3. İşK. m.25/1-(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi halleri	29
3.5. Sağlık Sebebiyle İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshi	35

3.5.1. Genel olarak	35
3.5.2. Geçerli nedene dayanmayan süreli fesih.....	35
3.5.3. Geçerli nedene dayanan süreli fesih	35
3.5.4. İşçinin yetersizliği.....	38
3.6. İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Feshinde Son Çare İlkesi	48
3.6.1. Geçerli nedene dayalı fesihlerde son çare ilkesi	48
3.6.2. Haklı nedene dayalı fesihlerde son çare ilkesi	51
3.7. Sağlık Sebebiyle Gerçekleşen Fesihlerde Savunma	55
3.7.1. Geçerli sebebe dayanan fesihlerde savunma.....	55
3.7.2. Haklı nedene dayanan fesihlerde savunma	57
4. İŞ SÖZLEŞMESİNDE SAĞLIK SEBEPLERİNİN ETKİSİ.....	60
4.1. İş Sözleşmesinin Kurulması Esnasında Sağlık Sebeplerinin Etkisi.....	60
4.1.1. İşveren ve işçi adayının hak ve yükümlülükleri.....	60
4.1.2. İş ilişkisinin kurulması sırasında sağlık sebebine dayalı ayrımcılık uygulamaları	64
4.2. İş Sözleşmesinin Devamında Sağlık Sebeplerinin Etkisi.....	69
4.2.1. İş sözleşmesinin devamında hamile ve AIDS’li işçileri koruyan düzenlemeler ve ayrımcılık uygulamaları	69
4.3. Sağlık Sebeplerinin İş Sözleşmesinin Sonuçlarına Etkisi	77
4.3.1. Ücrete etkisi	80
4.3.2. Kıdeme etkisi.....	82
4.3.3. Yıllık izin hakkının kullanılmasına etkisi	83
4.4. Hastalık Esnasında İşçinin Davranışları Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshi.....	84
4.5. Sağlık Sebeplerinin İşçinin Devamsızlığını Haklı Kılması.....	85
4.6. Sağlık Sebebiyle Feshin Diğer İş Kanunlarında Düzenleniş Biçimi	86
4.6.1. Basın İş Kanunu	86
4.6.2. Deniz İş Kanunu	89
SONUÇ	92
KAYNAKÇA.....	95
ÖZGEÇMİŞ.....	102

KISALTMALAR

AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	:	Anayasa
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
BAM	:	Bölge Adliye Mahkemesi
BİK	:	Basın İş Kanunu
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
DİK	:	Deniz İş Kanunu
dn.	:	Dipnot
E.	:	Esas
H.D.	:	Hukuk Dairesi
H.G.K.	:	Hukuk Genel Kurulu
İSGK	:	İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İşK.	:	İş Kanunu
K.	:	Karar
m.	:	Madde
R.G.	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
SBE	:	Sosyal Bilimler Enstitüsü

SSGSSK	:	Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
SSIY	:	Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği
T.	:	Tarih
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TİHEKK	:	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TİS	:	Toplu İş Sözleşmesi
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
vb.	:	ve benzeri
vd.	:	ve devamı
Y	:	Yargıtay

1.GİRİŞ

Sağlık, hayatın her alanında olduğu gibi iş hayatı içinde öncelikle en temel unsur olma özelliğine sahiptir. Öyle ki bireyin iş yaşamına adım attığı iş görüşmeleri esnasında dahi işe alınıp alınmaması konusunda en önemli kriterlerden biri sağlıktır.

İş hukukunda işçinin sağlık problemleri özellikle işçi iş göremez duruma geldiğinde önem taşımaktadır. İşçinin sağlık sorunları yüzünden iş göremez hale gelmesi, işyerinin işleyişini etkileyecek olup işverenin menfaatine zarar verecektir. Bununla birlikte, işveren karşısında zaten güçsüz konumda olan işçinin hastalanması, engelli hale gelmesi veya kadın işçilerin hamileliği ya da doğum yapması gibi haller, yasa gereği özel olarak korunması gereken durumlardır.

İşçinin yaşadığı sağlık sorunları sebebiyle işini ve buna bağlı olarak ücretini kaybetmesi işçinin manevi olarak ikinci defa yıkımına yol açacaktır. Bu sebeple, işçinin sağlık sorununun derecesi, sağlık sorunlarının iş göremezliğe yol açıp açmadığı, eğer işçi hasta ise bu hastalığın bulaşıcı olup olmadığı gibi hususlar değerlendirilerek işçi ve işveren arasındaki menfaat dengesinin tespit edilmesi gerekecektir.

İş sözleşmesinin sağlık sebebiyle derhal feshedilmesi, işçiler açısından İş Kanunu'nun 24/1 maddesinde, işverenler açısından ise bu kanunun 25/1 maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte, derhal fesih ağırlığına ulaşmayan sağlık sorunları işyerinde olumsuz etkilere yol açıyorsa iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilmesi mümkün olup, fesih usulü İşK. m.18 vd. hükümlerine göre gerçekleşecektir. Her üç fesih halinde de iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermeyip tarafların fesih iradesini açıklaması gerekmektedir.

İşçinin sağlık sorunlarının bulunduğu yani raporlu olduğu sürelerde eski sağlığına kavuşması için dinlenmesi gerekir. İşçinin bu sürelerde dinlenmek yerine sözleşmeye aykırı davranışlarda bulunması, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık sebebiyle fesih konusunu gündeme getirebilir. Yine işverenin bu süreçte ayrımcılığa yönelik uygulamalarda bulunması halinde ise işçi açısından fesih konusu gündeme gelebilecektir.

Çalışmamızın asıl inceleme konusu, işçinin sağlık sorunları sebebiyle işveren tarafından sözleşmenin sona ermesi olacaktır. Çalışmamızın birinci bölümünde

öncelikle sağlık, hastalık ve engellilik gibi kavramların genel olarak ne anlam ifade ettiği açıklanmış olup, daha sonra konuyla ilgili ulusal ve uluslararası mevzuatta yer alan düzenlemelere değinilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise asıl inceleme konumuz olan sağlık sebebiyle işverenin fesih hakkı değerlendirilmiş olup; bu hususta bildirimsiz fesih kapsamında kanunda yer alan içkiye düşkünlük, derli toplu olmayan yaşayış ve sakınca kavramları ile ne ifade edilmek istendiği, usule uygun bir fesih için işçinin devamsızlığının ne kadar sürmesi gerektiği, sözleşmenin feshedilmesi yerine alternatif bir iş imkânı yolunun tercih edilip edilemeyeceği, sağlık sebebiyle gerçekleşen fesihlerde savunma alınması gerekip gerekmediği gibi sorulara cevap verilmeye çalışılmıştır.

Sağlık sebebine dayalı bildirimli fesih halleri, kanun maddesinin gerekçesinde; sık sık hastalık, uzun süreli hastalık ve devamsızlığa sebep olmamakla beraber sözleşme konusu işi gereği gibi yapmaya engel nitelikte bir hastalık olarak üç hastalık türünden bahsedilmiştir. Bu kapsamda işçinin sık sık hastalandığı ya da uzun süreli bir hastalığa yakalandığı hallerde feshin geçerli olarak kabul edilebilmesi için rapor süresinin uzunluğu ya da rapor alma sıklığının ne kadar olması gerektiği yine çalışmamızın 2.bölümünde ele alınmıştır. Bunun yanı sıra, işçinin işe devam etmesine rağmen işini gereği gibi yerin getiremediği hallerde ise işveren tarafından gerçekleştirilecek feshin geçerli olarak kabul edilmesi için başka hangi hususlara dikkat edilmesi gerektiği üzerinde de durulmuştur.

Konumuzla bağlantılı olarak iş sözleşmesinin kurulması esnasında ve iş ilişkisinin devamında sağlık sorunlarının iş ilişkisine olan etkilerine de çalışmamızın üçüncü bölümünde yer verilmiştir. Ayrıca bu kapsamda işverenin iş görüşmeleri esnasında aday işçinin sağlık durumu hakkında sınırsız bir bilgi edinme hakkı olmadığından bu hakkın kapsam ve sınırları irdelenmiştir. Yine bu hususta işçinin de kendisine yöneltilen sorulara karşı doğru cevap verme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı çalışmamızda ele alınmıştır. Bunun yanı sıra, işverenin iş sözleşmesinin kurulması esnasında ve devamında gerçekleştirdiği sağlık sebebiyle ayrımcılığa yönelik uygulamalarda kanuna göre hangi yaptırımlar ile karşılaşabileceği, sağlık sebebiyle gerçekleşen bu ayrımcılıkların nasıl önlenebileceği üzerinde de durulmuştur.

2. SAĞLIK, HASTALIK VE İLGİLİ DİĞER KAVRAMLAR VE KONUYLA İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

2.1. Sağlık Kavramı

Sağlık ve hastalık kavramları birbirini tamamlamakla beraber ne anlama geldiğini ifade etmek oldukça zordur. Çünkü bu kavramlar geçmişten günümüze tartışmalı olup bireylerin cinsiyetine, bulunduğu kültüre, toplumdan topluma, nesilden nesile farklılık gösteren kavramlar olmuştur.¹Sağlık ile hastalık kavramlarının göreceli olması ve aralarında kesin bir sınırın belirlenememesi kanun koyucular tarafından bu kavramların tanımı ve kapsamını belirleme arayışına sebep olmuştur.²

Öncelikle bireyde herhangi bir hastalığın olmayışı sağlıklı olduğu anlamına geldiği ifade edilmiştir.³DSÖ'ye göre ise yalnızca hastalığın olmaması bireyin sağlıklı olduğu anlamına gelmemekte olup bu kavram genişletilmiştir. Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) Anayasasında sağlık kavramı, bireyin sadece hasta ya da sakat olmaması değil, ruhsal,bedensel ve sosyal olarak tam bir iyilik haline erişmesi olarak açıklanmıştır.⁴ Ülkemizde ise mevcut tanımın 1961 tarihli 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanunu'nun 2. Maddesinde ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5.maddesinin (a) bendinde de tekrar edildiği görülmektedir.

Bedensel(fiziksel) sağlık, kısaca bireyin vücut unsurlarının düzgün bir şekilde işlemesi olarak açıklanabilir.⁵ Ruhsal sağlık ise bireyin zihinsel yeteneklerini kullanabilmesi ya da anksiyete, stres gibi psikolojik faktörler ile başa çıkabilecek durumda olması için herhangi bir olumsuzluğun bulunmaması hali olarak açıklanabilir.⁶

DSÖ'nün mevcut tanımından da anlaşılacağı üzere sağlık yalnızca sübjektif bir olgu değildir. Bireyin sosyal olarak tam iyi bir durumda olmasının ön şartı toplum ile ilişki içinde olması yani sosyal hayatının sağlıklı olmasıdır.⁷ Toplumsal refahın

¹ Somunoğlu, Sinem: "Kavramsal Açıdan Sağlık", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C.4, S.1, (Şubat 1999), s.52.

²Dağlı, H.Gamze: Türkiye'de Sağlık Sektörünün Yapısı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, s.12.

³ Öztürk Yunus Emre/ Ramazan Kırac: "Sağlık ve Hastalık" *Scientific Developments*, Ankara, Gece Akademi,2019, s.383.

⁴ <https://www.who.int/about/accountability/governance/constitution>, Prof. Dr. Nusret Fişek'in Kitaplaşmamış Yazıları – I Sağlık Yönetimi https://www.ttb.org.tr/n_fisek/kitap_1/33.html

⁵ Yücel Özge/Sert Gürkan: Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, 3.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s.30.

⁶ Yücel/Sert: s. 30.

⁷ Prof. Dr. Nusret Fişek'in Kitaplaşmamış Yazıları – I Sağlık Yönetimi https://www.ttb.org.tr/n_fisek/kitap_1/33.html

olmadığı, çalışma ve hayat güvenliğinin sağlanamadığı yani ciddi çatışmaların, kargaşaların veya toplumsal bunalımları olduğu bir ortamda yaşayan bireyin tam bir iyilik halinde olması beklenemez.⁸Bu bakımdan bireyin sağlığını etkileyen birçok faktör bulunmaktadır. Bu faktörler DSÖ ve bazı araştırmacıların değerlendirmelerine göre biyolojik sebepler, bireysel sebepler, ekonomik ve sosyal sebepler, kamu hizmetleri ile politikaların sunumları gibi sebepler olabilmektedir.⁹

Netice itibariyle sağlık kavramını bireyin zihinsel,bedensel,duygusal ve toplumsal olarak çevresi ile uyum içinde yaşayabilmesi, ruhsal ve/veya bedensel olarak herhangi bir sakatlığın, fonksiyon kaybının olmaması olarak açıklamak mümkündür.

2.2. Hastalık Kavramı

Hastalık sonucunda kişinin ruhsal, bedensel ve sosyal fonksiyonlarında azalma veya tamamen tükenme görülür. Başka bir ifadeyle hastalık insanın hayat dengesini tamamen değiştirebilen bir durumdur.

Hukuksal anlamda hasta ve hastalık kavramları ile tıbbi anlamda hasta ve hastalık kavramları aynı anlamları taşımamaktadır.¹⁰Tıbbi yönden hastalık kavramı, bireyin zihin ve/veya vücut sağlığında meydana gelen anormal durumlardır.¹¹ Bir başka tanıma göre ise hastalık bir takım işaret ve belirtiler ile ortaya çıkan patolojik bir anormalliktir.¹² Bu anormal durum; yaralanma, kaza, gözle görülemeyecek türden mikroskobik canlılarla oluşan bir süreçten veya ağır bir psikolojik sorun ya da ağır bir ani olay neticesinde oluşan depresyon, panik atakvb. ruhsal hasarlar ile meydana gelebilir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4.maddesinin (b) bendine göre ise sağlık hizmetlerinden faydalanma gereksinimi bulunan bireyler hasta olarak kabul edilmektedir. Yine Sağlık Tesislerinde Hasta Hakları Uygulamalarına İlişkin Yönergenin m.4/e düzenlemesine göre de sağlık hizmeti alan bireyler hasta olarak kabul edilmektedir.Bu bakımdan, tıbbi olarak hastalık olarak görülmeyen salt estetik, sosyal endikasyon(gereklilik) ya da yalnızca danışmak maksadıyla sağlık

⁸ Yücel/Sert: s.31, Prof. Dr. Nusret Fişek'in Kitaplaşmamış Yazıları – I Sağlık Yönetimi https://www.tb.org.tr/n_fisek/kitap_1/33.html

⁹ Öztürk/Kıraç: s.385.

¹⁰ Caniklioglu, Nurşen: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 7.

¹¹ Özçetin Sevil/Balaban Murat: Sağlık Hukuku, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.14.

¹² Bolsoy Nursen/Sevil Ümran: “Sağlık-Hastalık ve Kültür Etkileşimi”, Atatürk Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Dergisi, C. 9, S. 3, 2006, s.80.

kurumlarına başvurulması halinde de hukuksal olarak hasta kabul edildiği görülmektedir. Çünkü bu hallerde de sebep ne olursa olsun kişi sağlık hizmetlerinden yararlanmaktadır.

İş Kanunu'nda da hastalıkla ilgili birçok düzenleme olmasına rağmen hastalık kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. İş Hukuku bakımından hastalık kavramı, Sosyal Güvenlik Hukuku ve tıp bilimindeki hastalık kavramları ile benzerlik gösterse de tam olarak uyuşmamaktadır.¹³

Tıp bilimine göre hastalık olarak görülen bir durum, İş Hukuku açısından hastalık olmayabilir. Bu bakımdan İş Hukuku'nda hastalık, tıp bilimine göre daha dar kapsamlıdır.¹⁴ Meydana gelen hastalığın iş hukuku anlamında da hastalık olarak görülmesi, işçinin sağlık durumunun işgöremez duruma gelecek seviyede bozulduğunda söz konusu olur.¹⁵ Başka bir ifadeyle, işçinin asıl borcunun konusu olan iş görme ediminin ifasını engelleyen bir sağlık durumu söz konusu olduğunda iş hukuku anlamında bir hastalıktan söz edilecektir.¹⁶ Bu bakımdan işçide tıbbi açıdan bir hastalık bulunmasına rağmen tedavisi iş saatleri dışında gerçekleştiriliyor ise iş hukuku anlamında bir hastalıktan söz edilmeyecektir.

2.3. İş Göremezlik Kavramı

Yukarıda da bahsedildiği gibi iş hukuku bakımından hastalık, işçinin iş görme edimini yerine getiremediğinde dikkate alınır. İşçinin tıbbi anlamda bir hastalığı olsa da işgörme borcunu etkilemiyorsa iş hukuku anlamında da bir hastalıktan söz edilemez. Yani İş Hukuku'nda bir hastalıktan söz edebilmek için işgöremezlik ile hastalık arasında illiyet bağı bulunması gerekir.

Kural olarak; basit dış tedavileri, nezle, ufak kaza veya çarpma sebebiyle oluşan hafif yaralanma gibi durumlar işçinin çalışma gücünü etkilememektedir.¹⁷ Hastalık, zihin ya da vücut sağlığında meydana gelen anormal bir durumken, işgöremezlik bu anormal durumun bir sonucudur.¹⁸

¹³ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s. 7; Ergin, Hediye: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 7

¹⁴ Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s. 7-8.

¹⁵ Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.8.

¹⁶ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.7.

¹⁷ Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.9.

¹⁸ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.9; Özçetin/Balaban: s.14.

Caniklioğlu, işgöremezliği işçinin vücut,zihin veya ruh sağlığında normalden saparak gelişen bir durum sebebiyle, ömür boyu ya da geçici bir süre için çalışmasının mümkün olmaması veya çalışmasının kendisinden beklenememesi olarak tanımlamaktadır.¹⁹Bu durumda örneğin, işçinin geçirdiği bir ameliyat sonrasında hemen çalışmasının mümkün olmaması veya bununla birlikte iyileştikten sonra da belli bir süre daha çalışamaması durumunda işgöremezlik halinden söz edilecektir.

İşgöremezlik hali, işçinin çalışamayacağı süre bakımından sürekli işgöremezlik ve geçici işgöremezlik olarak ikiye ayrılmaktadır. İşçinin işgörme borcunu bir süreliğine yerine getiremediği hallerde geçici işgöremezlikten bahsedilirken, işçinin ömür boyu veya en azından uzun bir zaman daha çalışamayacak durumda olması halinde ise sürekli işgöremezlikten bahsedilir.²⁰

İşgöremezlik ile ilgili bir diğer ayrım ise sürekli işgöremezlik halinde işçinin çalışma yeteneğinin bulunup bulunmamasına göre olup tam işgöremezlik ve kısmi işgöremezlik olarak iki çeşit iş göremezlik hali söz konusudur. İşçinin işgörme edimini hiçbir şekilde yerine getiremeyeceği hallerde tam işgöremezlikten bahsedilirken, işçinin belli bir oranda çalışabilecek düzeyde olması halinde ise kısmi işgöremezlik söz konusu olur.²¹Örneğin işçi yalnızca kolay ve düşük ücretli işlerde çalışabiliyorsa veya tam gün çalışmayıp günde sadece birkaç saat çalışabiliyorsa kısmi işgöremezlikten bahsedilir.²²

İşgöremezliğin tespiti yapılırken kişinin sözleşmedeki borçlandığı edimin konusuna göre bir değerlendirme yapılması gerekir.²³Hekim tarafından işgöremezliğin nedeni ve ne kadar süreceği konusunda değerlendirme yapılırken, çalışma şartları ile ilgili de işçiye sorular sorulması gerekir.²⁴Zira işçinin hastalığı her zaman iş görme borcunu etkilememektedir.Örneğin, masa başı çalışan işçi için ayağının altında bulunan nasır bir sorun yaratmazken podyum mankeni için bu durum iş görme edimini etkileyebilmektedir ya da şarkıcının sesi kısıldığı zaman borçlandığı edimi yerine

¹⁹ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.11.

²⁰ “Geçici iş göremezlik, sigortalının iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hâllerinde Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurulu raporlarında belirtilen istirahat süresince geçici olarak çalışamama hâlidir” (SSİY m.38/1).

²¹ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s. 10.

²² Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.10. ; Ayrıca Bkz. “Bu Yönetmeliğin uygulamasında, sürekli tam iş göremezlik hâli, sigortalının meslekte kazanma gücünün %100’ünün; sürekli kısmi iş göremezlik hâli ise %10 ilâ %99,99’unun kaybedilmesi durumunu ifade eder” (SSİY, m.41/7).

²³ Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.9.

²⁴ Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.9.

getiremeyip şarkı söyleyemezken bu durum terzinin işini yapması için bir engel teşkil etmeyecektir.²⁵

Konuyla ilgili değinilmesi gereken bir diğer husus ise doktrinde işçinin mevcut işini uzun bir süre yapamayacağı tespit edildiği hallerde işçiye daha hafif bir iş teklif edilmiş ise işçinin bu teklifi kabul etmesi gerekip gerekmediği tartışılmıştır. Bu konu daha ileride son çare ilkesi başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

2.4. Sakatlık-Özürlülük-Engellilik Kavramları

Literatürde, özürlülük, sakatlık ve engellilik kavramları birbirleri ile iç içe geçen kelimeler olmuştur. Ancak doktrinde bu kavramların taşıdığı anlamların birbirinden farklı olduğu ifade edilmektedir. Bu kavramlar arasındaki farklar ise şu şekilde açıklanmıştır:

Sakatlık: Bireyin vücudunun herhangi bir organ ya da dokusunda kalıcı veya geçici süreli olarak görülebilen, tamamen ya da kısmen bir bozukluk, yoksunluk ya da işlev kaybı.²⁶

Özürlülük:Bireyin, yerine getirmesi beklenen fiilleri, geçerli nedeni(mazereti) bulunması sebebiyle yerine getirememesi durumu.²⁷

Engellilik: Bireyin özürlü ya da sakatlığı dolayısıyla bir fiili yerine getirememesi veya tamamlayamaması veya eksik kalması durumudur.²⁸

Bu kavramlar arasındaki farkı bir örnekle somutlaştırmaya çalışırsak; bireyin gözleri görmemesi sakatlık halini oluşturmaktadır. Gözleri görmediği için yerine getirmesi gereken fiilleri yapamama durumunda ise özürlülük halinden söz edilecektir.

²⁵ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.11.

²⁶ TDK'ya göre güncel sakatlık tanımı: Sakat olma durumu; malullük, maluliyet. (<https://sozluk.gov.tr/>); Alemdar, Ensar: "Sakat, Özürlü ve Engelli Kavramları: Tarifleri ve Farkları", Zemin: Edebiyat Dil ve Kültür Araştırmaları, S. 2 , (2021), s.46.

²⁷ TDK'ya göre güncel özürlülük tanımı: Özürlü olma durumu. Özürlü: Doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duysal veya sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmiş, toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri çeken (kimse), Özürlü olan (<https://sozluk.gov.tr/>); Alemdar: s. 46.

²⁸ TDK'ya göre güncel engelli tanımı: Engeli olan; mânialı. Doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duysal veya sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmiş, toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri çeken (kimse) (<https://sozluk.gov.tr/>); Alemdar: s.46; Baykan, Zeynep: "Özürlülük,Engellilik, Sakatlık Nedenleri ve Korunma" Sürekli Tıp Eğitim Dergisi, C.9, S. 9, (2000), s.16.

Yine gözlerinin görmemesi sebebiyle yaşamının herhangi bir anında bir engel ile karşılaşması durumunda ise engelli bir bireyden bahsedilmiş olacaktır.²⁹

Nitekim konuyla ilgili olarak DSÖ'nün daha önce yapmış olduğu "bozukluk/yetersizlik-özürlülük-sakatlık/engellilik" olarak yapılan kavramların sınıflandırılması, yapılan eleştiriler üzerine yeniden düzenlenmiş ve "bozukluk/etkinlik sınırlılıkları/kalıtım kısıtlılıkları" şeklinde bir sınıflandırma yapılmıştır.³⁰

2.4.1. Türk Hukukunda

Türk Hukukunda, daha önceden SSGSSK ve İş Kanunu başta olmak üzere birçok kanunda özürlü ve sakat kavramlarının birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmekte olup bu durum bir anlam karmaşasına yol açmıştır. Buna karşılık, 25.04.2013 tarihli 6642 sayılı kanun ile mevzuatta yer alan özürlü ve sakat kavramlarının, engelli kavramı ile değiştirilmesi ile bu anlam karmaşasına bir son verildiğini söylemek mümkündür. Bu sebeple, bizde çalışmamızda engelli kavramını kullanmayı daha uygun görüyoruz.

Türk hukukunda engelli kavramına, 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunu'nun (EHK) 3.maddesinde açık bir şekilde yer verilmiş olup bu maddeye göre engelli; topluma katılırken, ruhsal, fiziksel ve duyuşsal yetilerinde farklı seviyelerde meydana gelen kayıplar sebebiyle, diğer bireylerle eşit şartlarda katılımını sınırlayan tutum ve çevre şartlarından etkilenen bireydir. İş Kanunu'nda ise engelli kavramı açıklanmamış olsa da AY m.10 ve İş Kanunu'nun 5.maddesinde ayrımcılık yasağına ilişkin yapılan düzenlemeler ile engelli bireylerin de koruma altına alındığı görülmektedir. Ayrıca İş Kanunu'nun 30.maddesine göre ise 50 ve üzeri sayıda işçinin bulunduğu işyerlerinde engelli işçi çalıştırmak mecburidir.

2.5. Konuyla İlgili Yasal Düzenlemeler

2.5.1. 158 Sayılı ILO Sözleşmesi

ILO tarafından 1963 senesinde gerçekleştirilen konferansta iş sözleşmesinin feshi hakkında 119 sayılı Tavsiye Kararı alınmıştır. Söz konusu karar zamanla birçok ülkenin yasal düzenlemelerin temelini oluşturmuştur. Bunun sebebi ise birçok ülkenin

²⁹ Alemdar: s.47.

³⁰ Şişman, Yener: "Özürlülük Alanında Kullanılan Kavramlar Üzerine Genel Bir Değerlendirme", Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi C.7, S. 28, (2012), s. 77-80.

toplu iş sözleşmelerinde iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin yeterli gelmediği anlaşılmıştır.

1981 ve 1982 senelerinde Uluslararası Çalışma Konferansında iş sözleşmesinin feshine ilişkin problemler yoğun bir şekilde ele alınmıştır. Bu konferansta 1982 tarihli 158 sayılı sözleşme kabul edilirken 166 sayılı tavsiye kararı alınmıştır. Bu düzenlemeler ile ülkelerin tamamında iş güvencesi hakkında geçerli sayılacak ortak asgari bir standart kabul edilmiştir.

158 sayılı Hizmet İlişisine Son Verilmesi Sözleşmesi (ILO), Türkiye’de 4 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmede, iş sözleşmesinin kaza, hastalık, hamilelik ve doğum sebeplerinden kaynaklanan fesihlere ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Sözleşmenin amacı, işveren tarafından haklı veya geçerli bir sebep olmaksızın yapılan fesihlere karşı işçinin korunmasını sağlamaktır.

Nitekim işçinin kapasitesinde veya işin yürütümünde ya da işyeri için gerekli, geçerli bir sebep olmadığı sürece iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği, bu sözleşmenin 4.maddesinde hüküm altına alınmıştır.

Sözleşmenin 5. ve 6. maddelerinde fesih için geçerli bir sebep olarak kabul görülmeyen haller belirtilmiştir. Konumuz açısından da önem taşıyan sözleşmenin 5.maddesinde kadın işçilerin sırf hamileliği sebebiyle ve doğum izni sürelerinde çalışılmayan süreler için iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği belirtilmiştir. Sözleşmenin 6.maddesinde ise geçici bir devamsızlığa sebep olan hastalık ya da kaza durumunun da fesih için geçerli bir sebep olmayacağı düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 7.maddesinde ise işçinin davranış ya da veriminden kaynaklanan fesihlerde, işçiye savunma imkânı tanınmadan iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

2.5.2. 4857 Sayılı İş Kanunu

Daha önce İş Kanunu’nda hastalık kavramının açıklanmadığını ama hastalığa ilişkin birçok düzenlemenin kanunda yer aldığını belirtmiştik. Nitekim, İşK. m.18/3’te fesih için geçerli sebep oluşturmayan durumlar belirtilmiş ve aynı hükmün (f) fıkrasında da İşK. m.25/1-(b)’ de belirtilen süreyi aşmayan hastalık ya da kazadan kaynaklanan devamsızlığın, fesih için geçerli bir sebep oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Bahsi geçen

sürenin hesabı, işçinin kıdemine göre yapılacak olup, İşK. m.17’de belirtilen süreye, 6 haftalık sürenin ilave edilmesiyle bulunur. İşK.m. 18/3-(c)’ye göre ise sırf hamilelik, cinsiyet ve doğum sebebiyle yapılan fesihlerin, geçerli bir neden olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Yine benzer yönde, İşK. m.18/3-(e)’de kadın işçilerin İşK. m. 74’te belirtilen süreler içinde ve çalışmasının yasak olduğu sürelerde işe devam etmemesinin fesih için geçerli bir sebep olmadığı belirtilmiştir.

İşK. m.24’de işçi açısından haklı nedenle derhal feshe sebebiyet veren durumlar sayılmış olup, bu maddenin 1.fıkrasında da haklı nedenle derhal feshe sebebiyet veren sağlık sebeplerinin neler olduğu belirtilmiştir.

İşK. m.25’ de ise işveren açısından haklı nedenle derhal feshe sebebiyet veren haller sayılmış olup, yine bu maddenin 1.fıkrasında da haklı nedenle derhal feshe sebebiyet veren sağlık sebeplerinin neler olduğu açıklanmıştır.

İşK. m.49/3’te, aylık ücretli olarak çalışan işçilerin hastalıktan kaynaklanan devamsızlıkta bile ücretinin tam olarak ödeneceği belirtilmiştir. Bununla birlikte, İşK. m. 48/2’de ise aylık ücretli olarak çalışan işçilerin devamsızlık sürelerinde SGK tarafından karşılanan geçici iş göremezlik ödeneğinin bu işçilerin aylıklarından mahsup edileceği belirtilmiştir.

İşK. m.46’da işçinin hastalık nedeniyle bir haftayı aşmayan devamsızlık süresinin çalışılmış gibi kabul edileceği ve hafta tatili ücretine hak kazanacağı belirtilmiştir.

İşK. m. 55’te işçinin kaza ya da hastalıktan kaynaklanan devamsızlık sürelerinin, İşK m.25/1-(b),2’de belirtilen süre ile sınırlı olması kaydıyla, yıllık izin hesabında çalışmış olarak kabul edileceği belirtilmiştir.

İşK. m.56’da ise hastalık ve dinlenme izinlerinin ya da diğer ücretsiz ve ücretli izinlerin yıllık izin olarak görülemeyeceği yani yıllık izinden mahsup edilemeyeceği belirtilmiştir.

2.5.3. Basın İş Kanunu

BİK m.12/1’e göre, hastalık sebebiyle gazetecinin iş sözleşmesi feshedilemez. Fakat bu hastalık, 6 aydan fazla sürüyorsa tazminat verilmesi koşuluyla iş sözleşmesi

feshedilebilir. Bu sebeple iş sözleşmesi feshedilen işçi 1 yıl içinde sağlık durumu düzelirse daha önce çalışmakta olduğu işine tercihen alınması gerekir.

2.5.4. Deniz İş Kanunu

DİK m.14'te, işveren ya da işveren vekili ile gemi adamı açısından haklı sebeple feshi düzenlenmiştir. DİK m.14/3-(b)'e göre, herhangi bir nedenle gemi adamı sürekli şekilde çalışmasını engelleyen bir hastalığa tutulur ya da engelli hale gelirse bu durum hem gemi adamı hem de işveren için haklı bir fesih sebebi olacaktır.

DİK m.42/2'de, İş Kanunu'nda olduğu gibi doktor raporuyla verilen hastalık ve dinlenme izinleri ile işverence verilmiş diğer izinlerin, çalışılmış gibi kabul edilerek gemi adamının hafta tatili ücretine hak kazanacağı düzenlenmiştir.

2.5.5. Türk Borçlar Kanunu

TBK m.409'a göre,işçinin kusuru olmaksızın askerlik, hastalık vb. gibi sebeplerle işgörme borcunu yerine getiremediği süreler, eğer sözleşme süresine kıyasen kısa kabul edilebilecek bir süre ise ve bu sürede başka yollarla karşılanmıyorsa işverenin hakkaniyete göre bir ücret ödemesi gerekir.

TBK. m.418'e göre, işveren; kaza, hastalık,gebelik,doğum gibi nedenlerle kusuru olmaksızın iş görme borcunu yerine getiremeyen;ev düzeni içinde, 1 yıla kadar çalışmış ve sosyal sigorta yardımlarından faydalanamayan işçinin gerekli tedavi ve bakımını sağlamak zorundadır. Bu süre, 1 yıldan fazla süren sözleşmeler için ise dört haftayı geçmemek kaydıyla ikişer gün arttırılır.

TBK m.423'e göre ise, kusuru olmaksızın kaza, hastalık, hamilelik ve doğum nedeniyle 1 yıl içinde en fazla 3 ay süreyle çalışamayan işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapılamaz. Bu süreler,sözleşme ile işçi lehine olacak şekilde arttırılabilir fakat azaltılamaz.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 344.maddesinde, kusuru olmaksızın kısa süreli kabul edilebilecek bir hastalıktan kaynaklanan işçinin işgörme edimini yerine getiremediği süreler için iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği belirtilmiştir. 6098 sayılı TBK m. 435' de ise bu düzenlemeye yer verilmemiş ve dürüstlük kuralına göre her somut olay açısından bir değerlendirme yapılarak iş sözleşmesinin sürdürülmesi beklenemiyor ise haklı bir nedenin bulunduğu kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

3. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SAĞLIK SEBEBİYLE SONA ERMESİ

3.1. Genel Olarak İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

İş sözleşmesinin tanımına İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda yer verilmiştir. İşK m.8'e göre, *“bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.”* TBK m.393'e göre ise, *“işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme”* iş sözleşmesidir. Bu sözleşme nitelik itibariyle sürekli edimli, işçinin kişiliğinin ön planda olduğu ve her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.³¹ İşverenin ücret ödeme, eşit davranma, işin görülmesi için gereken malzeme ve aracı verme, buluş yapan işçiye karşılığını ödeme, özlük dosyası düzenleme, işçiyi gözetme ve koruma yükümlülükleri bulunmaktadır. İşçinin ise, rekabet etmeme, talimatlara uyma ve sadakat ve asli edimi olan iş görme yükümlülüğü bulunmaktadır.

İş sözleşmesi kural olarak belirsiz süreli ve sürekli olması sebebiyle tarafların hak ve yükümlülükleri sözleşme sona erene kadar devam eder.³² Sözleşmenin sürekli özellikte olması ömür boyu süreceği manasına gelmemektedir.³³ Sözleşmenin sona ermesi ise farklı şekillerde gerçekleşebilmektedir. Sona erme; kendiliğinden olacağı gibi sözleşmenin geçersizliği, tarafların anlaşması(ikale) ya da fesih yolu ile de gerçekleşebilmektedir.³⁴

3.2. Tarafların Anlaşması (İkale) (Bozma Sözleşmesi)

Taraflar diledikleri zaman belirsiz ya da belirli süreli olduğuna bakılmaksızın iş sözleşmesini sona erdirebilirler. Bu anlaşma ile iş ilişkisinin derhal ya da belli bir süre sonra sona ermesi konusunda karar verebilirler. İş ilişkisini sona erdiren bu sözleşme şekil yönünden örtülü ya da açık olabilmektedir. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bildirim sürelerinin sona ermesini beklemelerine gerek yoktur.³⁵

³¹ Özcan, Durmuş: Öğreti ve Uygulamada İş Sözleşmesinin Feshi, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.1.

³² Özcan: İş Sözleşmesinin Feshi, s.1.

³³ Akyigit, Ercan: İş Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.224.

³⁴ Özcan: İş Sözleşmesinin Feshi, s. 2-3.

³⁵ Ertürk, Şükran: Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s.291; Senyen Kaplan, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s.375.

Kural olarak bozma sözleşmesi ile işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanarak işine dönmesi ve kıdem ile ihbar tazminatına hak kazanması söz konusu değildir. Ancak tarafların tazminatların ödenmesine ilişkin anlaşma yapması içinde bir engel yoktur.³⁶

Hukuk âleminde geçerli bir bozma sözleşmesinden bahsedebilmek için önemli olan husus işçinin gerçek iradesidir. Çünkü bozma sözleşmesi, genellikle işçi aleyhine olup bu sözleşme yapıldığında işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanarak işine dönmesi ve kıdem tazminatı ile ihbar tazminatına hak kazanması mümkün değildir.³⁷ Başka bir ifadeyle, işverenin iş ilişkisini sona erdirmek için bozma sözleşmesine başvurması çoğunlukla iş güvencesi hükümlerini aşma amacıyla yapılmaktadır.³⁸

Yargıtay uygulamasına göre, ikalenin gerçekliği araştırılırken sözleşmenin yapılmasında işçinin makul bir yararın olup olmadığının araştırılması gerekir. Makul yararın tespitinde icabın işverenden mi yoksa işçiden mi geldiği önemli olup her somut olaya göre belirlenmesi gerekir.³⁹

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, işçinin işten ayrılmasını ve ikale talebinde bulunmasını gerektirecek bir nedenin bulunmadığı, bu sebeple işçinin ikale iradesi olmadığı ve ikale ile işçiye ek bir menfaatte sağlanmadığı anlaşıldığından bozma sözleşmenin geçersizliğine hükmedilmiştir.⁴⁰

Netice itibarıyla ikalenin konumuz açısından önemine bakacak olursak sağlık sebepleri ile yapılan ikale sözleşmelerinde Yargıtay uygulamasında kabul edilen makul yarar kıstasına göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu durumda eğer bozma

³⁶ Özcan: İş Sözleşmesinin Feshi, s.4; Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku, 26.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.97.

³⁷ Akyiğit: İş Hukuku, s. 229; Alp,Nihat Seyhun/ Korkmaz, Fahrettin: Bireysel İş Hukuku, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2019, s.183; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra: Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s.175.

³⁸ Alp/Korkmaz: s.183.

³⁹ “Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusundaki icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır. Bozma sözleşmesi ile işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 sayılı Yasa kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, ... hukukunda hâkim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır”. (Y.9. HD. E. 2022/18759, K. 2023/1819, K.T. 13.02.2023) (Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 01.11.2023).

⁴⁰ Ankara BAM 5.HD. E. 2018/1140, K.2018/1315, T. 23.05.2018. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 01.11.2023).

sözleşmesinin işçinin özgür iradesiyle yapılmadığı veya işverenin iş güvencesi hükümlerini aşmak için yapıldığı yani kısaca işverenin gerçek iradesinin fesih olduğu anlaşılıyor ise iş sözleşmesinin işveren tarafından fesih yolu ile sona erdiği kabul edilmelidir.

3.3. Fesih

Tarafların iş sözleşmesini anlaşarak sona erdirme imkânı ile birlikte her iki taraf için de tek taraflı bir şekilde iş sözleşmesinin sona ermesini sağlayan fesih hakkı tanınmıştır. Nitekim iş ilişkisine son veren en önemli neden ise fesihtir.⁴¹

Feshin tanımı 4857 sayılı İş Kanunu'nda yapılmamıştır. YHGK, bir kararına göre ise fesih bildirimi, *“tek taraflı bir irade beyanı olup bu beyan belirsiz süreli iş sözleşmelerinde süre verilerek sözleşmenin sona erdirilmesinde kullanılabileceği gibi belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmelerin haklı nedene dayanarak, işçi veya işveren tarafından süre verilmeksizin sona erdirilmesinde de kullanılmaktadır. Bu nedenle iş sözleşmelerinde fesih bildirimi, sözleşmeyi belirli bir sürenin geçmesiyle ya da derhal sona erdiren, karşı tarafa yöneltilmesi gerekli tek taraflı bir irade beyanı olmakla muhataba ulaşması ile sonuç doğurur”*⁴².

Netice itibariyle, doktrin ve Yargıtay uygulamasına göre İş Hukuku'nda fesih, işveren ya da işçi tarafından bir irade açıklamasının karşı tarafa ulaşması ile ileriye yönelik bir şekilde iş sözleşmesinin sona ermesidir.⁴³ Açıklanan fesih iradesi, karşı tarafın kabulüne ihtiyaç olmadan hukuken sonuç doğurmaktadır.⁴⁴ Fesih hakkı, niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu sebeple irade beyanı belirli, açık olmalı ve herhangi bir şarta bağlanmamalıdır.⁴⁵ Şartları ve doğurduğu hüküm ve sonuçlarına göre fesih, bildirimli ve bildirimsiz olarak ikiye ayrılmaktadır.

⁴¹ Özcan: İş Sözleşmesinin Feshi, s.15; Senyen Kaplan: s.377.

⁴² Y. HGK. E. 2022/302, K.2022/865, T.08.06.2022. (Çevrimiçi) www.legalbak.net. (Erişim Tarihi:03.11.2023).

⁴³ Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, 6.Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2022, s.235.

⁴⁴ Akyigit: İş Hukuku, s. 230; Senyen Kaplan, s.378; Özcan: İş Sözleşmesinin Feshi, s.17-18.

⁴⁵ Özcan: İş Sözleşmesinin Feshi, s.17-18; Sümer: İş Hukuku, s. 98.

3.3.1. Haklı (bildirimsiz) fesih

TBK m.435/2'ye göre, bildirimsiz fesih, iş ilişkisini taraflar arasında katlanılmaz duruma getiren ve iş ilişkisinin dürüstlük kuralları bakımından sürdürülmesi beklenemeyen sebeplerin meydana gelmesi halinde iş sözleşmesini derhal sona erdiren fesih türüdür.⁴⁶

Belirli ya da belirsiz süreli bütün iş sözleşmelerinde taraflardan biri haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabilir. İş ilişkisini katlanılmaz bir hale getiren sebep var ise fesih hakkı bulunan taraftan ahde vefa (sözleşmeye bağlılık) beklenemez.⁴⁷

İş Kanunu'nun 24 ve 25.maddelerinde, TBK m.435' te yer alan genel düzenlemeye karşılık, haklı fesih oluşturan durumlar somutlaştırılmıştır. Kanunun 24.maddesi işçi bakımından haklı nedenle fesih oluşturan halleri, 25.maddesi ise işveren bakımından haklı nedenle fesih oluşturan halleri düzenlemiştir.

İşveren için haklı fesih imkânı tanıyan sebepler dört kısım halinde belirtilmiştir. Bu sebepler; “sağlık nedenleri”, “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” , “zorlayıcı sebepler” ve “gözüaltına alınma ya da tutukluluk sebebiyle devamsızlık süresinin İşK. m.'17 de belirtilen süreleri aşması” olarak belirtilmiştir. Biz ise çalışma konumuz itibariyle işverenin sağlık nedeniyle bildirimsiz feshinin düzenlendiği İşK. m.25/1 hükmü üzerinde duracağız.

İşçinin hastalığı nedeniyle iş sözleşmesinin haklı sebeple derhal feshi, sadece işverene değil hastalanan işçinin kendisine de tanınan bir haktır. Fesih hakkının hangi tarafta olduğu tespit edilirken işçinin hastalığının kaynağına bakılır. Söz konusu hastalık, çalışma veya işyeri koşullarından kaynaklanıyor ise işçi İşK. m.24/I-(a) hükmü kapsamında haklı sebeple derhal fesih hakkını kullanabilecektir.⁴⁸ Hastalığın işyeri ve çalışma koşulları ile bir ilgisi olmadığı durumlarda ise işveren, İşK. m.25/1 hükmü kapsamında haklı nedenle fesih hakkını kullanabilecektir.⁴⁹ Ancak İşK. m.25/1 hükmü kapsamında iş sözleşmesi feshedildiğinde diğer derhal fesih hallerinden farklı olarak işçi kıdem tazminatına hak kazanmaktadır. Bunun yanı sıra, işçinin bu bent kapsamında sözleşmesi feshedildiğinde ihbar tazminatı hakkından ise mahrum kalacaktır.

⁴⁶ Akyigit:İş Hukuku, s.223.

⁴⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal: s.236.

⁴⁸ Özcan: İş Sözleşmesinin Feshi, s.344.

⁴⁹ Özcan: İş Sözleşmesinin Feshi, s.344.

3.4. İşveren Tarafından Sağlık Nedeniyle Bildirimsiz Fesih

İşçinin sağlık durumunda meydana gelen değişiklikler sebebiyle işverenin haklı nedenle feshedebilme hakkı İşK. m.25/I' de düzenlenmiştir. Buna göre;

“a) İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi.

b) İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda.

(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez.”

Bu hükme göre, işverenin sağlık sebeplerine ilişkin haklı nedenle feshedebilme hakkını, üç başlık altında incelemek mümkündür:

1- İşçinin kusurlu davranışları sonucunda hastalığa yakalanması ya da engelli durumuna gelmesi (Kusurlu Hastalık)

2- Tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanması ve bu hastalık nedeniyle işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuna ilişkin sağlık kurulu raporunun bulunması (Çalışmaya mani olan tedavi edilemez hastalık)

3- Diğer sağlık nedenleri (Kusursuz Hastalık)

3.4.1. İşçinin kusurlu davranışları sonucunda hastalığa yakalanması ya da engelli hale gelmesi

Öğretide işçinin kusurlu davranışları, İşK. m.25/1-(a)'da yer alan hüküm esas alınarak “işçinin kasıtlı davranışı”, “içkiye düşkünlüğü”, “derli toplu olmayan yaşamı” şeklinde açıklanmıştır. İşçinin bu nedenler sebebiyle hasta olması ya da engelli hale gelmesi durumunda devamsızlığın ardı ardına üç iş günü olması ya bir ayda beş iş gününü aşması halinde işveren için haklı nedenle fesih sebebi oluşturacaktır.⁵⁰

3.4.1.1. İşçinin Kasıtlı Davranışı

Kast ifadesinden anlaşılması istenen, işçinin bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği hareketleri sonucunda hastalık ya da engellilik halinin meydana gelmesi ya da bu duruma sebebiyet vermesidir.⁵¹ Kanun maddesinde yalnızca kast ifadesi belirtildiğinden kast haricindeki kusurlar başka bir ifadeyle, tedbirsizlik ya da ihmal bu düzenlemenin dışında kalır.⁵²

1475 sayılı İşK. m.17/1-(b,2) hükmünde belirtilen “işçinin kendi kusuruna yükletilmeyen hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde...” olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme sebebiyle ağır ihmal ağırlığındaki bir kusurun da kast gibi görülmesi gerektiğini savunan bazı görüşler bulunmaktaydı.⁵³ 4857 sayılı İşK m.25/1-(b,2) hükmünde ise “(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde...” şeklinde düzenlenerek kasta varmayan tüm kusurlu davranışların İşK. m.25/1-(b,2) kapsamında kabul edilmesi gerektiği açık bir şekilde ifade edilmiştir. Söz konusu hükme örnek olarak, işçinin sevgilisi ile tartışıp yüksek bir yerden atlaması ya da ilaç içerek intihar girişiminde bulunması halinde kasıtlı bir davranış ile engelli hale geldiği ya da hastalandığını söylemek mümkündür.

⁵⁰ Kanunda yer verilen “engelli” ifadesi, 6642 Sayılı Kanun ile değişmeden önce “sakatlık” olarak düzenlenmişti.

⁵¹ Akyiğit: İş Hukuku, s.267; Ertürk, Şükran: “İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 4, S. 2, (Aralık 2002), s.2; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan: s.239; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri I), 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s.436.

⁵² Kılıçoğlu, Mustafa/Kılıçoğlu Ada, İlayda: Şerhli İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, 4. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s.698; Zeytinioğlu, Emin: “4857 Sayılı Yasada İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Nedenlerine Dayanılarak Haklı Nedenle Feshi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.15, S. 30, (2016), s.153.

⁵³ Oğuzman, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul, 1955, s.93.; Ağır ihmal sonucu hastalığa örnek olarak; yağmurlu ya da karlı bir havada keyfi bir şekilde mont, şemsiye vs olmadan çıkıp yürümek gösterilebilir (Taşman, Bilgehan: Bireysel İş Hukuku, Cem Ofset, İstanbul, 1988, s. 593); 1475 sayılı İşK. m.17/1(a) hükmünde de yalnızca kast ifadesinden bahsedildiğinden, söz konusu kanun yürürlükte olduğu dönemde de kast haricindeki kusurların bu hüküm kapsamında olduğunu savunmayan görüşlerde mevcuttur: Ertürk: Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı, s. 2-3.

Görüldüğü üzere bu bent kapsamında işçi kendi kusuru ile engelli hale gelmiş ya da hasta olmuştur. Bu durumun nasıl meydana geldiğinin, çalışanın hastalığa nerede yakalandığının vs. ise bir önemi bulunmamaktadır. Bu sebeple, işçi iş kazası ile engelli hale gelmiş veya meslek hastalığına tutulmuşsa ve kanunda belirtilen süre kadar devamsızlık söz konusuysa netice değişmemekte olup haklı fesih konusu gündeme gelebilecektir.⁵⁴ Buna karşılık, iş kazası işverenin kusurlu davranışları neticesinde meydana gelmişse haklı bir fesih sebebinden söz edilemeyecektir.⁵⁵

3.4.1.2. İşçinin Derli Toplu Olmayan Yaşayışı

Kural olarak işçinin çalışma saatleri dışında ki özel yaşamının iş ilişkisine bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak işçinin özel hayatındaki yaşam tarzı, işçinin çalışma gücüne, iş verimine yansiyorsa yani işverenin menfaatini olumsuz yönde etkiliyorsa bu durum haklı bir fesih sebebi olabilir.⁵⁶

İş Kanunu'nda derli toplu olmayan yaşayış ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. Öğretide derli toplu olmayan yaşayış, başıboş ve düzenli olmayan yani derbeder bir yaşam şeklini, normali aşan safahata düşkünlüğü ifade eder.⁵⁷

İşçinin toplu olmayan yaşayışına örnek olarak; neredeyse vaktinin tamamını harcadığı kumar alışkanlığı, çalışma isteğine engel olacak kadar yorgun bir hale getiren yaşam şekli, uzun süre sağlıksız yerlerde gece hayatı yaşama, aşırı miktarda alkol tüketimi ve uyuşturucu kullanma, uygun görülmeyen cinsel yaşamı gösterilebilir.⁵⁸

İşçinin uygunsuz cinsel yaşamı olması yani cinsel ilişki kurduğu kişilerde dikkatli olmaması; AIDS, bel soğukluğu gibi hastalıklara yakalanmasına sebep olabilir. Bununla birlikte, AIDS hastalığının bulaşma oranının en çok görüldüğü gruplardan birisi uyuşturucu kullanan bireylerdir. AIDS hastalığı bulunan bir uyuşturucu

⁵⁴ Akyiğit, Ercan: İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1.Cilt, 3.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.1128; Arslan, Seda: İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.26; Tiryaki, Hamit: İş Hukukunda Güncel Makaleler, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s.138.

⁵⁵ Y.9.HD. 2150/15223 , K.T. 14.05.1985., Narmanlıoğlu: s.437, dn.346.; Akyiğit: İş Hukuku, s.263; Arslan: s.27; Zeytinoğlu: s.157.

⁵⁶ Ergin; Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.109. ; Sözer, Ali Nazım: Hasta İşçinin İş İlişkisi, Doktora Tezi, 1981, s.117; Zeytinoğlu, s.153.

⁵⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal: s. 253; Narmanlıoğlu: s.437; Taşman: s.594; Tiryaki: s.138.

Derli toplu olmayan yaşam şeklinin özensiz bir yaşam tarzı olduğu hakkında Bkz. Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku,4.Baskı, On İki Levha Yayınları,İstanbul, 2022, s.739-740.

⁵⁸ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s. 240; Ergin; Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.109; Özcan: İş Sözleşmesinin Feshi, s.271.

bağımlısının enjeksiyon için kullandığı iğnenin bir başka bağımlı tarafından da kullanılması durumunda hastalığın kendisine bulaşmasına neden olabilecektir.⁵⁹

İşverenin yukarıda belirtilen davranışlar sebebiyle İşK. m. 25/1-(a) hükmüne dayanarak iş sözleşmesini feshedebilmesi için, işçinin bu davranışlar sonucunda hastalanması ya da engelli hale gelmesi aranır. Derli toplu olmayan bir hayat süren işçinin hastalanması veya engelli hale gelmesi şart olmakla birlikte hastalık ya da engellilik hali ile derli toplu olmayan hayat tarzı arasında bir ilişki olması da gereklidir.⁶⁰ Bu halde örneğin kumar bağımlısı olan işçinin konuyla bağlantısız bir şekilde trafik kazası geçirip işe gelememesi durumunda İşK. m. 25/1-(a) kapsamında haklı bir fesih sebebi söz konusu olmayacaktır.⁶¹

Derli toplu olmayan yaşamışın tespitinde her somut olaya göre ve günün koşullarına göre değerlendirme yapılması gereklidir.⁶² Normal bir bireyin hayatında görülebilecek düzensizlikler ve işçinin bulunduğu sosyal konumu ya da işin niteliği dolayısıyla sürdürmesi gereken hayat tarzı (örneğin, konsomatris) söz konusu hüküm kapsamında derbeder bir yaşam olarak kabul edilmez.⁶³

Doktrinde, fesih nedenlerinde işçinin özel yaşamına göre bir ayırım yapılması eleştirilmiş olup önemli olan hastalık ya da engellilik halinin varlığıdır. Ayrıca hastalığın işçinin özel hayatından kaynaklandığının ispat zorluğu sebebiyle bu hükmün uygulama kapsamını sınırlandırdığını ve olması gereken hukuk bakımından düzenlemenin kaldırılması gerektiği belirtilmiştir.⁶⁴

Konuyla ilgili olarak dikkat edilecek olursa işçinin derli toplu olmayan bir hayat sürmekle beraber hastalanmamış ancak erken uyanamadığı ya da canı istemediği için işe gelmemişse bu durumda haklı fesih sebebi teşkil eden durum, İşK m. 25/1-(a) hükmüne değil İşK. m. 25/2-(g) hükmüne dayanacaktır.⁶⁵ Bu halde ise işçi kıdem tazminatı hakkından mahrum kalacaktır.

⁵⁹ Ertürk: Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı, s.21.

⁶⁰ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.10.

⁶¹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan: s.239.

⁶² Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.241; Sözer: Hasta İşçinin İş İlişkisi, s.145.

⁶³ Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.110; Sözer: Hasta İşçinin İş İlişkisi, s.117.

⁶⁴ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.241; Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.110.

⁶⁵ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.241.

Kanaatimize göre, mevcut hükmün İşK. m.25/2-(g) bendinden farklı düzenlenerek işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesinde TCK m.22/6'da düzenlenen şahsi cezasızlık sebebine benzer bir amaç söz konusudur.⁶⁶ Yani mevcut düzenlemede işçinin kıdem tazminatına hak kazanmasında, işçi her ne kadar hastalığa ya da engelli hale gelmesine kendisi sebebiyet vermiş olsa da bu hastalık ya da engellilik hali üzerine birde iş sözleşmesinin tazminatsız şekilde feshedilmesinin ağır bir yaptırım olacağı düşüncesiyle hareket edildiğinin kanaatindeyiz. Ancak bu halde işçinin hastalanması veya engelli hale gelmesine kendi kusuru ile sebebiyet verdiği göz ardı edilmemesi gereken bir husustur. Böyle bir durumda işyerinin işleyişinde aksamalar olacağından işverenin hem menfaati zarar görecektir hem de üzerine tazminat ödeyecektir. Dolayısıyla söz konusu hükmün işveren açısından hakkaniyetli bir hüküm olmadığını düşünmekteyiz.

3.4.1.3. İşçinin içkiye düşkünlüğü

İçkiye düşkünlük kavramı, alkoliklik kavramıyla eşdeğer anlamda olup vazgeçilemeyecek kadar alkollü içki tüketmeyi alışkanlık haline getirmeyi ifade etmektedir.⁶⁷ Alışkanlık boyutunda olmayan ara sıra alkol kullanımı ise bu hüküm kapsamına girmemektedir.⁶⁸ Bu durumda, sürekli alkol kullanan bireyin karaciğerinin ağır hasara uğraması ya da siroza yakalanması gibi sebeplerle işçinin devamsızlığı bu hüküm kapsamında haklı fesih konusu oluştururken, ara sıra alkol tüketip komaya giren işçinin devamsızlığı ise bu düzenleme kapsamında değerlendirilmeyecektir.⁶⁹ İşçinin

⁶⁶ TCK, m.22/6'ya göre, "Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir."

⁶⁷ Yargıtay'ın mevcut kararlarında alkolizm kavramı ise şu şekilde açıklanmıştır: "Alkolizm, bireyin beden ve ruh sağlığını, aile, sosyal ve iş uyumunu bozacak derecede sık ve fazla alkol alma ve alkol alma isteğini durduramama ile beliren bir bozukluktur. Bir başka anlatımla, aşırı ve sürekli alkol tüketimine olan fiziksel ve psikişik bağımlılığı sonucunda, durumunu en iyi şekilde anlamasına rağmen alkol kullanımından vazgeçememe veya azaltamama, alkolizm olarak kabul edilir." (Y.9.HD. E. 2009/30667 , K. 2010/29160 , K.T. 15.10.2010). (Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 01.12.2023). ;Ergin; Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.111. ; Ertürk: Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı, s.3. ; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal: s. 253; Narmanlıoğlu: 437; Süzek, Sarper: İş Hukuku, 22.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2022, s.692; Taşman: 594.; Tiryaki: s.138.

⁶⁸ Arslan: s.30; Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.242; Ertürk: Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı, s.3; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal: 253; Narmanlıoğlu: s.437; Süzek: s.692; Tiryaki: s.138.

⁶⁹ Arslan: s.30; Kılıçoğlu/Kılıçoğlu Ada: s.698-699.

alkolik olup, kavgaya karışması ve karakola düşmesinden kaynaklanan devamsızlığı yine haklı feshe sebebiyet vermekle birlikte bu bent kapsamına girmeyecektir.⁷⁰

Alman hukukuna göre nikotin bağımlılığı, uyuşturucu bağımlılığı ve alkol bağımlılığı hukuken hastalık olarak görülmektedir. Oysa iş hukukunda işçinin yalnızca aşırı ölçüde alkol tüketmesi sebebiyle değil, bu aşırı tüketimden dolayı yükümlülüklerini yerine getiremediği takdirde alkol bağımlılığı önem arz etmektedir.⁷¹ Alkol bağımlılığına ilişkin işçinin kusurunun bulunup bulunmadığının tespitinde bağımlılığa sebep olan fiilin ilk davranış anı dikkate alınır.⁷²

Doktrinde derli toplu olmayan yaşayışın aslında içkiye düşkünlük halini de kapsadığı ifade edilmişse de yasa koyucu tarafından ayrı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir.⁷³ Söz konusu düzenlemede yalnızca içkiye düşkünlükten bahsedilmiştir. Öğretide ise bu bendin geniş yorumlanarak sağlık açısından daha tehlikeli olan ve alışkanlık yapan uyuşturucu maddelerin de bu kapsamda ele alınması gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır.⁷⁴

Her ne kadar feshe bağlanan hukuki sonuçlar, kanun koyucu tarafından aynı bent içerisinde düzenlenmesi sebebiyle değişmese de kanaatimizce, uyuşturucu gibi bağımlılık yapan maddelerin derli toplu olmayan yaşayış kapsamında olması daha uygundur. Zira yasa koyucu tarafından bu maddelerinde içkiye düşkünlük ile aynı kapsam içerisinde ele alınması öngörülseydi hükümde ayrıca belirteceğini düşünmekteyiz.

Nitekim, 6331 sayılı kanunun 28.maddesinde işyerinde uyuşturucu madde ya da alkol kullanmanın yasak olduğu ve işyerine uyuşturucu madde ya da alkol kullanarak gelmenin yasak olduğu belirtilmiştir. İşçinin bu düzenlemeye uymayan davranışlarda bulunması halinde ise İşK. m.25/2-(d)'ye göre haklı fesih konusu gündeme gelebilecektir.⁷⁵

⁷⁰ Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, 4. Baskı, C.1, Yetkin Yayınları, Ankara, s.862.

⁷¹ Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.15.

⁷² Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.15-16.

⁷³ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi s.241; Ertürk: Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı, s.3.

⁷⁴ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s. 242; Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.112; Sözer: Hasta İşçinin İş İlişkisi, s.149.

⁷⁵ “Bu düzenleme daha önce 4857 sayılı kanunun 84.maddesinde düzenlenmiş olup düzenlemenin kaldırılması ile 6331 sayılı kanunun 28.maddesinde yer almıştır. “İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüğünün alkol kullanımı nedeniyle ihlali, alkol bağımlılığına dayanmıyorsa, işçinin

3.4.1.4. İşK. m. 25/1-(a) kapsamındaki devamsızlık koşulu

İş Kanunu m.25/1-(a) düzenlemesi kapsamında iş sözleşmesinin haklı feshi için işçinin yalnızca hastalanması ya da engelli hale gelmesi yetmemekte, bununla birlikte devamsızlığın üç işgünü ya da bir aylık süre içinde beş iş gününü aşması gerekir.

Hükümde açıkça belirtildiği üzere işçi, art arda işe gelmediğinde devamsızlık hesabında “iş günü” dikkate alınacaktır. Bu nedenle, birkaç saat yaşanabilecek gecikmeler işverene bu hüküm kapsamında fesih hakkı vermeyecektir. Öte yandan, sözleşmesel askı günleri ya da tatil günleri de devamsızlık hesabında dikkate alınmayacaktır.⁷⁶ Bu durumda hafta tatili, salı günü olarak kabul edildiğinde pazar, pazartesi ve çarşamba günleri devamsızlık yapan işçinin sözleşmesinin haklı sebeple feshedilmesi mümkündür. Bununla birlikte, devamsızlık hesabı yapılırken, işçinin çalışma süresinin tam süreli mi ya da kısmi süreli mi olduğu da belirlenerek hesaplanmalıdır.⁷⁷ Örneğin, 8 saatlik günlük çalışma süresi olan işçinin, 5 saatlik devamsızlığı tam bir iş günü şeklinde değerlendirilmezken; günlük çalışma süresi 5 saat olan işçi için devamsızlık tam bir iş günü olarak kabul edilir.⁷⁸

Öğretide bir aylık sürenin nasıl hesaplanacağı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş bu sürenin hesabında takvim ayının dikkate alınacağını ileri sürmektedir.⁷⁹ Doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay kararlarına göre ise, bir aylık süre hesabının genel hükümlere (TBK m.92) göre olması gerektiği, yani devamsızlığın gerçekleştiği birinci günden itibaren bir ay sonra karşılık gelen gün olarak hesaplanması gerektiği belirtilmiştir.⁸⁰

davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi söz konusu olur. İş Kanunu’nun 25’inci maddesinin II’nci bendinin d fıkrası uyarınca, işçinin aynı Kanun’un 84’üncü maddesine aykırı hareket etmesi, haklı nedenle derhal fesih nedenidir. İş Kanunu’nun 84’üncü maddesine göre, işyerine sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmek ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmak yasaktır. Haklı fesih nedeninin doğumu için işçinin mutlaka alkolik veya uyuşturucu madde bağımlısı olması gerekli olmayıp İşK mad. 84/I’de belirtilen durumlardan birinin gerçekleşmesi yeterlidir. İşçinin tıbbi anlamda hastalık olarak nitelendirilebilecek alkol bağımlılığı varsa, hastalığa dayalı işçinin yetersizliğinden kaynaklanan feshin ilkeleri uygulanmalıdır.” Y.9.HD. E.2007/39450, K. 2008/15720 K.T. 16.06.2008. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 02.12.2023).

⁷⁶ Akyiğit: İş Hukuku, s.268; Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.245-246; Narmanlıoğlu: s.437.

⁷⁷ Akyiğit: İş Hukuku, s.268.

⁷⁸ Akyiğit: İş Hukuku, s.268.

⁷⁹; Kılıçoğlu/Kılıçoğlu Ada: s.699.

⁸⁰ “Maddede geçen “bir ay” ifadesi takvim ayını değil ilk devamsızlıktan sonra geçecek olan bir ayı ifade eder. İlk devamsızlığın yapıldığı gün ayın kaçınıcı günüyse takip eden ayın aynı günü bir aylık süre sona erer. Son ayda ilk devamsızlığının gerçekleştiği günün bulunmaması halinde son ayın son günü bir aylık süre dolmuş olur. Sonraki devamsızlıklar ise takip eden aylık dönemler içinde değerlendirilir.”. Y.9.HD.

Kanunda bir aylık sürede devamsızlığın beş iş gününden fazla olması durumunda işverenin haklı nedenle feshedebileceği belirtilmiştir. Düzenlemedeki “fazla” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüş, devamsızlığa ilişkin süre hesabında tam işgünü dikkate alınacağından bahisle fesih için en az altı gün süren bir devamsızlığın gerektiğini savunmaktadır.⁸¹ Bizimde katılmakta olduğumuz bir diğer görüşe göre ise kanunda ki fazla tabiriyle anlaşılması gereken yalnızca beş günlük sürenin aşılması gerektiğidir. Bununla beraber, fesih için altıncı günün tamamlanması ise aranmamaktadır.⁸² Eğer yasa koyucu bu sürenin tamamlanmasını isteseydi kanunda açık bir şekilde “altı iş günü” olarak belirteceğini düşünüyoruz.

İşK. m.25/1-(a)’da fesih için öngörülen devamsızlık sürelerinin, İşK m.25/2-(g)’de belirtilen sürelerden daha fazla olduğu görülmektedir. Buna karşılık, işçinin devamsızlık konusu olan hastalığa kendisinin sebebiyet vermesi durumunda ise İşK. m .25/1-(b,2) ‘ de öngörülen sürelerle göre daha az bir süre tanındığı görülmektedir.⁸³

3.4.2. İşçinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanması ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuna dair sağlık kurulu raporunun olması

İşK. m.25/1-(b)’de yer alan düzenlemeye göre işverenin haklı sebebe dayanarak sözleşmeyi feshedebilmesi için üç şartın varlığı aranır:

1. Hastalık tedavisi mümkün olmayan bir tür hastalık olmalı
2. İşçinin bu hastalık sebebiyle işyerinde çalışması sakıncalı olmalı
3. Hastalık sebebiyle işyerinde çalışmasının sakıncalı olduğunu gösteren bir sağlık kurulu raporunun olması gerekir.

3.4.2.1. İşçinin tedavisi mümkün olmayan hastalığa yakalanması

4857 sayılı İş Kanunu’nun 25.maddesinde, paraleli olan 1475 sayılı İş Kanunu’nun 17.maddesine göre bazı değişiklikler yapılmıştır. 1475 sayılı İş Kanunu’nun m. 17/1-(b) de yer alan hükümde ki “bulaşıcı ve tiksinti verici hastalık”

E.2021/1158, K. 2021/4708,K.T. 23.03.2021. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi:17.11.2023).

Caniklioglu; Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.246; Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.115; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal:s.253; Narmanlıoğlu:s.437; Tiriyaki: s.114; Zeytinoglu: s.154-155.

⁸¹Arslan: s.32; Caniklioglu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.245.

⁸² Kılıçoğlu/Kılıçoğlu Ada: s.699.

⁸³ Caniklioglu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.246-247.

ifadesi kaldırılarak, 4857 İş Kanunu'nun m. 25/1-(b) hükmünde tedavi edilemeyecek nitelikte hastalıktan söz edilmiştir. Söz konusu değişikliğin sebebi ise madde gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır:”Tasarıda belirtilen bulaşıcı hastalıklar, genellikle tedavi edilebilir hastalıklardır. Tiksinti ise, bilimsel bir kavram değildir ve sübjektiftir. İşçi hasta olduğu için mağdurdur ve gideri artmıştır. Ayrıca, sübjektif nedenlerle işinden uzaklaştırılması haksız ve adaletsiz bir uygulama olacaktır”⁸⁴

Öğretide tıbben tedavisi şu an için mümkün olmayan hastalık, tedavi edilemez nitelikte hastalık olarak nitelendirilmiştir.⁸⁵ Türleri açısından farklılık göstermekle beraber AIDS ve kanser hastalığı tedavisi mümkün görülmeyen hastalıklardandır.⁸⁶ Uzunca bir süre tedavi gereken ve tedavi neticesinde de iyileşme ihtimalinin zayıf görüldüğü şizofreni gibi psikoz grubundan ruhsal rahatsızlıklar da tedavisi mümkün olmayan hastalık olarak kabul edilmektedir.⁸⁷ Öğretide bir görüş ise tedavisi mümkün görülmekle birlikte tedavi süreci uzun olan verem gibi hastalıkların da bulaşıcı olması sebebiyle bu madde kapsamında (İşK. m.25/1-(b))değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁸⁸

Tedavisi mümkün olmayan hastalığın iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte var olması gerekir.⁸⁹ Yargıtay bir kararında, epilepsi hastası işçinin hastalığının anlaşılmasından 1 hafta sonra iş sözleşmesinin feshedilmesini haksız bulmuştur.⁹⁰

⁸⁴ Doktrinde Şakar, söz konusu değişikliğin olumlu görülmekle birlikte netice itibariyle farklı bir etki olacağını söylemenin güç olduğunu, daha önce vücudunda yaralar görülen bir garsonun işi ile bağdaşmayacak nitelikte görülerek iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilirken, aynı rahatsızlığın bir inşaat işçisinde görülmesi halinde, haklı sebeple feshin konusunu oluşturmayacağını, mevcut düzenlemeye göre ise yine sakınca tespiti yapılarak aynı sonuca ulaşılabileceğini belirtmiştir. Şakar, Müjdat: “Sağlık Sorunları Sebebiyle Devamsızlık Halinde Sözleşmenin Derhal Feshi”, Yaklaşım Dergisi, S.172, Nisan, 2007, s.37-38.

⁸⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal: s.254; Sümer,Haluk Hadi.:” İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.8, Aralık 2007, s.68.

⁸⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal: s.254.

⁸⁷ Sümer, Haluk Hadi: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi, s.68.

⁸⁸ Ergin, Hediye: “İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı”. Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 38, s.56.

⁸⁹ Ergin: İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı, .s. 56.; Ertürk: Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı, s.22-23; Sümer: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi,s.68.

⁹⁰ Y.9.HD. E.2001/1802, K. 2001/5190, K.T. 02.04.2001. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 03.01.2024).

3.4.2.2. İşyerinde çalışması sakıncalı olması

İşçinin tedavisi mümkün görülmeyen bir hastalığı olması halinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi için aranan koşullardan bir diğeri ise sakıncalı bir durumun varlığıdır.

Kanun metninde yer alan sakınca tabirinden ne anlaşılması gerektiği konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, buradaki sakınca deyiminden, hastalığın ilerlemesi, hastalığın işyerinde başka kişilere bulaşması gibi tıbbi yönden sakınca ya da iş güvenliği gibi işyeri açısından bir sakınca anlaşılmalıdır.⁹¹ Bir diğer görüş ise, düzenlemedeki sakınca kavramının yalnızca işyeriyle ilgili olduğunu, işçinin işiyle bir ilgisinin bulunmadığını, aksi durumda kanun koyucu düzenlemede işçinin işi ile ilgili bir sakınca halinden söz etmesi gerektiğini belirtmiştir.⁹²

Kanaatimize göre İşK. m.25/1-(b)'de yer alan sakınca kavramının geniş yorumlanması gerekir. Yani işçinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa tutulması halinde çalışmaya devam etmesi, hem kendi sağlığını olumsuz olarak etkileyebilecek olup hem de bu hastalık aynı zamanda bulaşıcı bir hastalık türü ise işyerinde ki, işverene, diğer işçilere veya işyerinde bulunan diğer kimselere bulaştırma tehlikesi de söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte, bu kişiler de sürekli hastalığa yakalanma korkusu içerisinde olabileceğinden iş akışının ve işyeri düzeninin bozulmasına da neden olabilecektir.

3.4.2.3. Hastalığın tedavisi mümkün olmadığına ve işyerinde çalışmasına sakıncanın bulunduğuna ilişkin sağlık kurulu raporu koşulu

İşçinin tedavi edilmesi mümkün olmayan bir hastalığının bulunması halinde, işverenin haklı nedene dayanarak feshedebilmesi için bu hastalığın ve hastalık sebebiyle çalışmasının sakıncalı olduğuna ilişkin bir sağlık kurulu raporu da gerekir.⁹³ Hükümde belirtilen sağlık kurulu, özel ve devlet hastanelerinin sağlık kurulu ya da Sosyal

⁹¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal: s. 254.

⁹² Kılıçoğlu, bu durumda fesih için önemli olanın işçinin yaptığı işin sakıncalı olmasını değil önemli olanın işçinin bütün işyerlerinde çalışmasının sakıncalı olduğunu, başka bir ifadeyle çalışma hayatının sona erdiğini belirtmiştir. Kılıçoğlu/Kılıçoğlu Ada: s.699

⁹³ Akyiğit: İş Hukuku, s.271.

Güvenlik Kurumu olabilir.⁹⁴ Konuyla ilgili uyuşmazlıklarda Adli Tıp Kurumu nihai merci olarak yetkilidir.⁹⁵

İş sözleşmesinin, sağlık kurulu raporu haricinde farklı bir rapora dayanılarak bu bent kapsamında feshedilmesi mümkün değildir. Söz konusu raporun sağlanamaması durumunda ancak koşulları varsa, diğer sağlık sebeplerinden dolayı fesih yoluna başvurulabilir.⁹⁶

Doktrinde Tunçomağ/Centel, sağlık kurulu raporu koşulunun oldukça dar bir uygulama alanının olduğunu, çünkü hiçbir işçinin kendi hür iradesi ve isteğiyle işten çıkarılma ihtimalinin olduğu bir ortamda kurul bünyesinde sağlık kontrolünden geçmek istemeyeceğini, netice olarak işvereninde kurul raporu şartını sağlayamadığından sözleşmeyi feshedemeyeceğini belirtmiştir.⁹⁷

Ergin ise, 2012 yılında yürürlüğe giren, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nu ile İşK.m.25/1-(b)' de yer alan sağlık kurulu raporu şartının örtülü bir şekilde ortadan kalktığını ifade etmiştir.⁹⁸ Yazar, işyeri hekimi tarafından düzenlenen ve işçinin çalışamaz durumda olduğunu belirten sağlık raporuna dayanarak işverenin haklı fesih yoluna gidebileceğini ileri sürmekte olup, İşK. m.25/1-(b) hükmünün; "*İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuunun Sağlık Kurulunca veya işyeri hekiminin raporu ile saptanması durumunda*" olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁹⁹

Kanaatimize göre, bahsedilen hükmün belirtilen şekilde değişmesi uygulamada birçok sakıncayı da beraberinde getirecektir. Zira işçinin işini kaybetmesine sebep olan, tedavisi mümkün olmayacak derecede bir hastalığın tespiti hakkında, yalnızca işyeri hekimi tarafından verilecek raporun, gerçeği yansıtıp yansıtmayacağının sorgulanması gerekir. Geçerli bir sağlık kurulu raporundan söz edebilmek için başvurulacak hastanede sağlık kurulu biriminin bulunması ve bu hastanenin tam teşekküllü olması gerekir.¹⁰⁰ Tam teşekküllü bir hastaneden anlaşılması gereken ise ruh sağlığı, nöroloji,

⁹⁴ Akyiğit: İş Hukuku, s.271.

⁹⁵ Arslan: s.44; Savaş: s.50.

⁹⁶ Akyiğit: İş Kanunu Şerhi, s.1132; Savaş, Fatma Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, 49-50.

⁹⁷ Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, (10. Baskı), Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, s.244.

⁹⁸ Ergin: İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı, s.60.

⁹⁹ Ergin: İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı, s.60.

¹⁰⁰ Sağlık kurulları tek tabibin yetkisi dışında kalan hususlarda veya mevzuatta sağlık kurulu raporu öngörüldüğü hallerde, kişilerin sağlık durumları hakkında karar vermeye yetkili organlardır. (Yataklı

kulak burun boğaz, genel cerrahi, dahiliye gibi bölümlerin varlığı ve bu bölümlerde de ilgili uzman hekimlerin bulunması gerekir.¹⁰¹ Bu halde, işçinin hastalığına ilişkin yapılacak inceleme ve değerlendirmeler, gerekli tıbbi donanıma sahip hastanelerde ve alanında uzman hekimler tarafından gerçekleştirilmektedir. Başka bir deyişle, işçinin tedavi edilebilmesi mümkün olmayan bir hastalığının bulunması ya da böyle bir hastalığın olduğuna dair bir şüphenin varlığı halinde, yapılacak tetkiklerin tam teşekküllü bir hastanede gerçekleşmesi gerekir.

Mevzuatımızda, 20.07.2013 Tarihli ve 28713 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan İşyeri Hekiminin Görevleri İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelikte, İşyeri Hekiminin görevleri düzenlenmiştir. Konumuz açısından özellikle Yönetmeliğin 9.maddesinin “Sağlık Gözetimi” alt başlığında yer alan düzenlemeler önem taşımaktadır.

Mevcut düzenlemeye göre, işçinin hastalığının ilk olarak işyeri hekimi tarafından da tespit edilebilmesi mümkündür. Ancak bu hastalığın, tedavi edilebilmesi mümkün olmayan ve işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuna ilişkin durumunun saptanarak raporla kayıt altına alınması sağlık kurulu ile gerçekleşecektir. Bununla beraber, işyeri hekimi tarafından işçinin geçmiş sağlık durumu, işyerindeki çalışma koşullarını ve böyle bir hastalığın ortaya çıkması halinde bu hastalığın yapılan işin niteliği ile ne kadar ilgili olduğu hakkında en doğru bilgiye ulaşılabacaktır.

Bu açıklamalar doğrultusunda, işçinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalığının bulunması ya da böyle bir hastalığın bulunduğuna dair bir şüphenin varlığı halinde, işyeri hekimi ile sağlık kurulunun işbirliği içinde çalışmasının, en yararlı çözüm olacağı kanaatindeyiz.¹⁰² Netice itibarıyla kanaatimizce, mevcut düzenlemenin, “işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun, ilgili işyeri hekiminin görüş ve önerileri alınarak, Sağlık

Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, m.22.) (R.G., S. 17927, T. 13.01.1983). ; Özlü, Celil Çağlar, “Heyet Raporu Nedir? Nasıl ve Neden Alınır?”, <https://sesanltd.com.tr/heyet-raporu-nedir-nasil-ve-neden-alinir/>

¹⁰¹Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, m.22.

¹⁰² Benzer yönde bkz. “İşyeri hekimi, Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Yönetmeliğine göre meslek hastalığı ile ilgili sağlık kurulu raporlarını düzenlemeye yetkili hastaneler ile işbirliği içinde çalışmak, iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına yakalanan çalışanların rehabilitasyonu konusunda ilgili birimlerle işbirliği yapmakla görevlidir.” (İşyeri Hekiminin Görevleri İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik, m.9/1-d, (5)).

Kurulunca saptanması” şeklinde yeniden düzenlenmesinin, olması gereken hukuk bakımından daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

3.4.2.4. İşK m.25/1-(b) kapsamında devamsızlık koşulu

Doktrinde, İşK. m.25/1-(b)’de yer alan koşulların sağlanması halinde işverenin fesih yoluna başvurabilmesi için ayrıca işçinin devamsızlığının İşK. m.25/1-(b,2)’de belirtilen (ihbar süresi+6 hafta) süreyi aşp aşmaması gerektiğine ilişkin farklı yönde görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, işverenin İşK m.25/1-(b) kapsamında fesih yoluna başvurabilmesi için İşK. m.17 ‘de düzenlenen bildirim sürelerine, altı haftalık sürenin de dahil edilmesiyle hesaplanan süre kadar işçinin devamsızlığının da bulunması gerekir.¹⁰³ Doktrinde baskın olan diğer görüşe göre ise, sağlık kurulu tarafından işçinin hastalığına ilişkin tanı konulduğu anda, işverenin iş sözleşmesini haklı sebeple derhal feshedebilmesi mümkündür.¹⁰⁴

Konuyla ilgili olarak Yargıtay kararlarına bakıldığında ise Yargıtay’ın kapatılan 22.Hukuk Dairesi ile 9.Hukuk Dairesinin yerleşik içtihatlarına göre işverenin İşK. m.25/1-(b) hükmüne göre iş sözleşmesini feshedebilmesi için ayrıca bir devamsızlık şartının aranmadığı görülmektedir.¹⁰⁵ Buna karşılık, Yargıtay’ın 7. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda ise işçinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa tutulması halinde iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için bildirim sürelerine altı haftalık sürenin de dahil edilmesiyle hesaplanan süre kadar devamsızlığın bulunması gerektiği belirtilmiştir.¹⁰⁶

Kanaatimize göre ise işçinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalık sebebiyle işyerinde çalışmasında sakınca bulunması durumunda işçinin çalışmaya devam edip etmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Zira bu halde işçinin çalışmaya devam etmesiyle mevcut sağlık durumu daha da zarar görebilecektir veya bu hastalık aynı

¹⁰³ Akyiğit: İş Hukuku, s.271; Özcan: İş Sözleşmesinin Feshi, s.274; Tiryaki: s.139.

¹⁰⁴ Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.121. Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan: s.239; Sümer’e göre ise bazı durumlarda işçinin hastalığına ilişkin tanının konması için geç kalınmış olabilir. Bu halde, işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunuyorsa işveren iş sözleşmesini feshedebilir (Sümer, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi, s.69).

¹⁰⁵ Y.9.HD. E.2009/31114, K. 2011/49075, K.T. 21.12.2011. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 25.11.2023); Y.22.HD. E.2012/30004, K.2012/380, T. 22.01.2013. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 25.11.2023).

¹⁰⁶ Y.7.HD. E. 2015/36349, K. 2016/2630, K.T.10.2.2016. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 25.11.2023).

zamanda bulaşıcı bir hastalık ise işyerinde bulunan diğer kişilere bulaşma riski de söz konusu olabilecektir. Yine böyle bir durumda işyerinde bulunan diğer işçiler de sürekli hastalığa yakalanma korkusu olabileceğinden iş akışının ve işyeri düzeninin bozulmasına da yol açabilecektir. Dolayısıyla işçinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalandığı ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuna ilişkin kurul raporu düzenlendiği anda, işverenin zorunlu askı süresini beklemeksizin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilmesi gerekir.

3.4.3. İşK. m.25/1-(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi halleri

İşK. m.25/1-(b,2) hükmünde yer alan “*gibi haller*” ifadesinden devamsızlığın kaza, hastalık, gebelik ve doğum gibi sağlık sebepleriyle sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır.¹⁰⁷Buna göre, düzenleme dışındaki sebeplere benzer haller de bu hüküm kapsamında değerlendirilecektir.

Daha önce ki açıklamalarımızda İşK. m.25/1-(a) hükmüne göre iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işçinin kusurunun kast derecesinde bir kusur olması gerektiğini belirtmiştik. Buna karşılık, işçinin kast dışındaki bütün kusurlu davranışlarıyla yol açtığı hastalık ya da engellilik hallerinin ise bu bent (İşK. m.25/1-(b,2) kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu durumu bir örnek ile açıklayacak olursak, trafik kurallarını ihlal etmesi sebebiyle kaza geçirip yaralanan işçinin iş sözleşmesinin feshi bu bent kapsamında gerçekleşirken, alkollü şekilde otomobil sürerek 8/8 kusurlu olarak gerçekleşen trafik kazasında işçinin yaralanması durumunda ise iş sözleşmesi, İşK. m.25/1-(a) hükmüne göre feshedilecektir.¹⁰⁸

İşK. m.25/1-(b) hükmü, doktrinde kusursuz hastalık olarak tabir edilsede görüleceği üzere bu bent kapsamında da feshe konu olan olaydaki hastalık ya da engellilik haline işçi kendi kusuru ile de sebebiyet vermiş olabilmektedir.¹⁰⁹İşK. m.25/1 hükmünde, işçinin kusuruna göre bir ayırım yapılmasının sebebi ise 1475 sayılı İş Kanunu’nun paralel hükmündeki İşK. m.17/1-(b,2) ‘de “*işçinin kusuruna yükletilmeyen*” şeklinde yer alan ifadeden kaynaklanmaktadır.

¹⁰⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal: s. 255.

¹⁰⁸ Doktor tavsiyelerine yeterli ölçüde dikkat etmediği için hastalığın ağırlaşmasına sebep olması, soğuk hava koşullarında giyimine dikkat etmediği için hastalanması da İşK. m.25/1-(b,2) kapsamında haklı fesih konusunu oluşturur. Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.245. ; Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.108.

¹⁰⁹ Çünkü kusur, kast ile birlikte hafif ve ağır ihmali de kapsayan bir kavramdır (Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.244).

İşçinin devamsızlığına sebep olan kaza ya da hastalık halinin temelinde mobbing eylemi olabilmektedir. Mobbing sonucunda işçinin yaşadığı derin üzüntü ve yoğun stres sebebiyle fiziksel ve ruhsal sağlığının etkilenmesi söz konusu olabilmektedir. Bu durumda ise işveren iş sözleşmesini haklı sebeple feshettiğini ileri süremez. Çünkü bir kimsenin, hukuka aykırı davranışlarına dayanarak bir hak iddia etmesi mümkün değildir.¹¹⁰ Nitekim Yargıtay'ın da konuyla ilgili verdiği kararlarında aynı doğrultuda olduğu görülmektedir.¹¹¹ Yine mobbing eylemini gerçekleştirenin işveren değil de işyerindeki diğer işçiler olması durumunda da işveren, koruma ve gözetme borcu yükümlülüklerini gereği gibi yerine getiremediğinden haklı nedenle fesih yoluna başvuramaz.¹¹²

Bir başka konu ise, doktrinde işçinin kusuru olup olmadığı önemsiz olup iş kazalarındaki istirahat sürelerinin devamsızlık olarak kabul edilemeyeceğini ileri süren görüş¹¹³ olmasına karşın Yargıtay, meydana gelen kazanın iş kazası olup olmadığının bir önem taşımadığını belirten kararlar vermektedir.¹¹⁴ Buna karşılık Yargıtay isabetli olarak iş kazasının meydana gelmesinde işverenin kusurunun bulunduğu durumlarda ise haklı bir fesih sebebinin bulunmadığını da belirtmiştir.¹¹⁵ Nitekim, Yargıtay'ın

¹¹⁰ Savaş: s.53; Zeytinoglu: s.156.

¹¹¹ Davacının iş sözleşmesi 4857 sayılı Kanun'un 25/1. maddesi uyarınca haklı sebeple feshedilmiş ise de, Somut olayda davacının işyerinde mobbinge maruz kaldığı için hastalandığı, rahatsızlığı sebebiyle sevk edildiği hastanede davacıya Sağlık Kurulu Raporu ile anksiyete bozukluğu teşhisi konulduğu ve dinlenmesi gerektiği için rapor verildiği, davacının hastalanmakta ve rapor kullanmakta herhangi bir kusurunun bulunmadığı, dolayısıyla anılan madde hükmü gereğince işverenin iş sözleşmesini haklı sebeple feshetmesinin hukuka uygun olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. Mahkemece, davacının, davalı işyerinde, işveren tarafından sürekli ve sistematik bir biçimde aşağılandığı, kişiliğinin ve saygınlığının zedelendiği, kötü muameleye maruz kaldığı ve mobbinge uğradığı şüpheden uzak bir şekilde ispat edilemediği gerekçesiyle hüküm kurulmuş ise de iddia, birbirini doğrulayan ve tamamlayan davacı ve davalı şahit anlatımları, davacının aynı mahiyette olan ve aynı bulgulara işaret eden birbiriyle ve anlatılanlarla uyumlu birden fazla doktor raporu gözönüne alındığında, mobbing olgusunun açık bir şekilde ispat edildiği; kaldı ki, hukuk yargılamasında ve özellikle de mobbinge dayanan iddialarda yüzde yüzlük bir ispatın aranmadığı, şüpheden uzak delil aramanın ceza yargılamasına ait olduğu, özel hukuk ve iş hukuku yargılamasında vicdani kanaatin oluşmasına yetecek kadar bir ispatın yeterli olduğu, taraflarca ileri sürülen delillerin sıhhat ve kuvvetinde tereddüt edilmesi halinde işçi lehine yorum ilkesinin uygulanması gerektiği, mobbing gibi diğer dava türlerine göre ispatı nispeten daha zor olan bir konuda kesin ve mutlak bir ispatın aranmayacağı, bu konuda işçi lehine ispat kolaylığı göstermenin hakkaniyet ve adalete daha uygun olacağı kanaat ve sonucuna varılmıştır. Yukarıda belirtilen sebeplerden dolayı işveren tarafından 4857 sayılı Kanun'un 25/1. maddesine dayanılarak yapılan feshin geçersizliğine ve davacı işçinin talebinin kabulü ile işe iadesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır. Y.22.HD. E.2014/2157, K. 2014/3434, K.T. 21.02.2014. (Çevrimiçi). www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 12.12.2023).

¹¹² Savaş: s.53.

¹¹³ Günay: s 585.

¹¹⁴ Y.9.HD. E. 2005/32884, K. 2005/36570, K.T. 02.05.2005. (Çevrimiçi). www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 12.12.2023).

¹¹⁵ Y.9.HD. 2150/15223 K.T. 14.05.1985; Narmanlıoğlu: s.437, 346 numaralı dn.

mobbing ile ilgili benimsediği görüş, iş kazası hakkında benimsediği görüş ile paralel niteliktedir.

3.4.3.1. İşçinin İşK. m.25/1-(b,2) hükmü kapsamında devamsızlığı

İşK. m.25/1-(b,2) hükmüne göre, işçinin geçirdiği kaza veya tutulduğu hastalık yüzünden devamsızlık yapması halinde işverenin haklı sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshedebilmesi için devamsızlığın İşK. m.17’de yer verilen ihbar sürelerini 6 hafta aşması gerekir.¹¹⁶Bu hüküm ile yasa koyucu, işçinin devamsızlığının belirlenen süreleri aşması halinde, iş ilişkisini sürdürmenin işveren için çekilmez duruma geldiğini kabul etmiştir.¹¹⁷

İşK. m.25/1-(b) hükmündeki süreler, nispi emredici özelliğe sahip olup iş sözleşmesi veya TİS ile işçiye daha fazla bir süre tanınabilir, fakat bu süreler sözleşme yolu ile kısaltılamaz.¹¹⁸ Bu hüküm kapsamında işverenin haklı nedenle fesih yoluna başvurabilmesi için bahsi geçen devamsızlık sürelerinin kesintisiz bir şekilde olması gerekir. Farklı tarihlerde alınan raporlar ile belirtilen süreler aşılsa dahi kesintisiz olmadıkça işverenin haklı nedenle fesih yoluna başvurması mümkün değildir.¹¹⁹ İşveren ise ancak bu durumda iş güvencesi kapsamındaki işçiler için sık sık rapor alma gerekçesine dayanarak geçerli sebeple fesih yoluna başvurabilir.

Konuyla ilgili Yargıtay ve BAM kararlarına bakıldığında da işverenin iş sözleşmesini İşK. m.25/1-(b) hükmü kapsamında haklı nedenle feshedilebilmesi için sunulacak raporun, “birbirini aralıksız şekilde devam eden birden fazla raporun olması” ya da “bildirim süresi+ 6 haftalık sürenin aştığını gösteren tek bir raporun olması” gerektiği belirtilmiştir. Buna karşılık,sık sık ve kısa süreli raporlara dayanılarak yapılan fesihlerin ise ancak geçerli neden teşkil edeceği belirtilmiştir.¹²⁰

¹¹⁶ Bu durumda çalışma süresi; 6 aydan az olan işçi için 8 hafta, 6 aydan 1,5 yıla kadar sürmüş işçi için ise 10 hafta, 1,5 yıldan 3 yıla kadar sürmüş ise 12 hafta ve 3 yıldan fazlaysa 14 hafta süreler sonunda işveren bildirimsiz feshedebilme hakkına sahip olur (Narmanlıoğlu: s. 438).

¹¹⁷Baskan: s.113. “Somut olayda, davacının yaklaşık 15 hafta raporlu olduğu, 4857 sayılı Kanun’un 17. maddesindeki 4 haftalık bildirim süresi ve 25/I. maddesindeki altı haftalık süre toplamı on haftalık süreyi aşacak şekilde istirahatli kaldığı anlaşılmıştır. Y.22.HD. E. 2011/5241 , K. 2012/696, K.T. 27.01.2012. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 28.11.2023).

¹¹⁸ Akyiğit: İş Kanunu Şerhi, s.1131; Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.124

¹¹⁹ Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku Uygulamaları, 7.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.287.

¹²⁰ İşçinin ardı ardına aldığı raporun 130 günün üzerinde olması iş sözleşmesinin İş Kanunu’nun 25/1 maddesi anlamında haklı feshine neden olur.” Y.9.HD. E. 2004/500, K.2004/1490, K. T: 29.01.2004. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 28.11.2023).

3.4.3.2. *Hamilelik ve doğum hali*

İş Kanunu'nda çalışanlar için ölüm, evlenme ve doğum gibi ailevi sebepler için özel izinler tanınmıştır. Bu izinlerden konumuzun kapsamına giren kadın işçinin doğumu ve hamileliği ilgili düzenleme ise İşK. m.74'te düzenlenmiştir. Buna göre, kadın işçilerin “doğum öncesinde sekiz hafta” ve “doğum sonrası sekiz hafta” olmak üzere “toplam on altı hafta”, çoğul gebelik halinde ise doğum öncesine iki hafta daha eklenmesi suretiyle” on sekiz hafta” (on hafta+sekiz hafta) çalışmamaları esastır.¹²¹Doktrinde işçinin çalışmasının yasak olduğu bu sürelerin “doğum izni” ya da “analık izni” olarak ifade edildiği görülmektedir. Kanunda izin kavramına yer verilmemiş olmasına karşılık, ilgili yönetmelikte ise bu kavrama yer verildiği görülmektedir.¹²²

Kanunda belirtilen doğum iznine ilişkin süreler sonrasında işçinin devamsızlığı sebebiyle işverenin haklı nedenle fesih yoluna başvurabilmesi içingereken zorunlu bekleme süresinin, altı haftalık süre ile ihbar süresi eklenerek mi hesaplanacağı yoksa yalnızca altı haftalık sürenin mi eklenerek hesaplanacağı konusunda doktrinde tartışmalar mevcuttur.

Doktrinde bir görüş, hesaplama yapılırken altı haftalık süreye ek olarak ihbar sürelerinin de eklenmesine gerek olmadığını belirtmiştir. Yani, tekli doğum halinde “22 hafta (8+8+6 hafta)”, çoklu doğum halinde ise “24 hafta (10+8+6)” hafta yeterli bir süre olduğu ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle bu görüş, devamsızlığın altı haftalık

“Dosyadaki bilgi ve belgelere göre 05.10.2020-30.10.2020 tarihleri arasında hastanede kaldığı, sonrasında 31.10.2020-29.11.2020, 30.11.2020-29.12.2020,30.12.2020-18.01.2021, 19.01.2021-19.03.2021,20.03.2021-18.05.2021ve 19.05.2021-17.06.2021 tarihleri arasında optik nörit rahatsızlığı nedeni ile raporlu olduğu,18.06.2021 tarihinde izne çıkarıldığı ve iş sözleşmesinin 06.07.2021 tarihinde feshedildiği görülmektedir. Buna göre işçinin kesintisiz biçimde raporlu olduğu sürenin, ihbar önelini(10 yıldan fazla olan kıdemine göre 8 hafta ihbar öneli bulunmaktadır) altı hafta aştığı ve bunun üzerine işverence yasadan doğan bildirimsiz fesih hakkını kullanarak iş sözleşmesinin sonlandırıldığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla davanın reddi gerekir.” İstanbul BAM. 50. HD. E.2023/502 K.2023/637, K.T.26.04.2023. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 29.11.2023); Y.9.H.D. 06.11.2018. E.2018/1729, K. 2018/19804 (Çevrimiçi) www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 29.11.2023).

¹²¹ Doktrinde bir görüş, çoğul gebelik halinde tekli doğumdan farklı olarak , doğumdan önceki süreye yalnızca 2 hafta eklenmiş olmasını, işçinin 2 farklı zamanda doğum yapması halinde 32 hafta izin süresi olurken, çoğul gebelik halinde ise 18 haftalık süre tanınmış olmasının kadın işçiler için hakkaniyetli olmadığını belirterek söz konusu hükmündeki sürelerin değiştirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Çöldemli, Ali: İş İlişkisinde Askı Halleri ve Pandemiye İlişkin Yasal Düzenlemeler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 122, dn. 514.

¹²²“Analık izni: Kadın işçinin doğum nedeniyle çalıştırılmadığı süre için verilen izni ifade eder.” Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik, m.4/(a) (R.G., S. 29882, T.08.11.2016).

süre+doğum izni süresinin aşılması durumunda işverenin haklı nedenle feshedebilme hakkına sahip olduğunu ileri sürmektedir.¹²³

Doktrinde hâkim olan görüşe göre ise, belirtilen süreler ek olarak İşK. m.17’de yer alan işçinin kıdemine göre tespit edilen ihbar süresinin de bekleme süresinin hesabına katılması gerektiğini belirtmiştir. Yani bu halde tekli doğumda “ihbar süresi+6 hafta+16 hafta”, çoklu doğumda ise “ihbar süresi+6 hafta+18 haftalık” sürelerin dolması halinde işveren haklı nedenle fesih yoluna başvurabilecektir.¹²⁴Nitekim Yüksek Mahkeme tarafından verilen kararlarında bu yönde olduğu görülmektedir.¹²⁵

Kanaatimize göre de,kanundaki “*bu süre*” ifadesi ile İşK. m.74’te belirtilen sürelerle, 6 haftalık süreye ilave olarak İşK m.17’de düzenlenen bildirim sürelerinin de eklenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Kanunda öngörülen 16 haftalık süre, asgari bir süre olup kısaltılması mümkün olmamasına karşılık bu sürelerin hekim raporu ile uzatılması ise mümkündür. Örnek olarak, doğum tarihi için öngörülen süreden 8 hafta önceki süre için izin alan işçinin, belirtilen tarihte doğum yapmamış olması halinde hekim raporu ile bu süre uzatılabilecektir. Bununla birlikte,düzenleme de yer alan 16 haftalık sürenin bölünerek kullanılması ise söz konusu olamaz.¹²⁶

Gebe işçilerin hekim onayı olması koşuluyla diledikleri takdirde doğum için öngörülen tarihten önceki 3 haftalık süreye kadar çalışabilme olanağı bulunmaktadır. İşçinin doğum öncesinde kendi isteğiyle çalışmış olduğu ya da doğumun öngörülen tarihten erken gerçekleşmesi halinde izinde kullanılamayan bu süreler, doğum sonrasındaki sürelerle ilave edilir.

¹²³ Akyiğit: İş Hukuku, s.268-269.

¹²⁴ Çelik,Nuri/Caniklioglu,Nurşen/Canbolat,Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş, 32. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019,s.608;Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan:s.240; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal: s.255; Narmanlıoğlu: s.438; Senyen Kaplan: s.464; Süzek: s.693; Tiryaki: s.139; Tunçomağ/Centel: s.244; Zeytinoğlu: 156.

¹²⁵ “İşçinin hastalık hali işçinin kusuru olmaksızın hastalık veya kaza hallerinde bildirim süresi ile 6 hafta; doğum ve gebelik hallerinde ise doğum izni, bildirim süresi ve 6 hafta işe devam edemediği sürede iş sözleşmesi askıda olup işveren iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/1-b bendi gereği haklı nedenle feshetmediği sürece de askı hali devam edecektir.” Y.7.H.D. E.2015/28097, K. 2015/15038, K.T. 15.09.2015. (Çevrimiçi). (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>) (Erişim Tarihi: 10.12.2023).

¹²⁶ Doğan, Sevil: İş Hukukunda İşçinin İş ve Aile Yaşamı Uyumunun Sağlanması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022,s.125.

Doğum yapan kadın işçi, yasal analık izin süresinin sona ermesinden itibaren dilerse 6 aylık ücretsiz izin alma hakkına sahiptir. Söz konusu hüküm emredici nitelikte olup işverenin onayına gerek yoktur.¹²⁷ Bununla birlikte, bu izne işverenin onay vermeyip iş sözleşmesini feshettiği durumlarda yapılan fesih geçersiz kabul edilir.¹²⁸ Ancak işçi dilerse bu sebeple iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkına sahiptir.¹²⁹ Ayrıca yasal asgari doğum izni süresinde ya da daha sonrasında ki ücretsiz izinli olduğu sürelerde işverenin bu izne onay vermemesi ya da bu süreçte işçiyi çalıştırması durumunda işveren ya da vekili için para cezası verilir (İŞK, m.104).

Doğum öncesi ya da doğum sonrasındaki yasal asgari doğum izni sürelerinin hekim raporu ile arttırılabileceğini yukarıdaki açıklamamızda ifade etmiştik. Bu sürelerin hekim raporu ile arttırılması durumunda 6 aylık ücretsiz izin süresi, rapor tarihinin sona ermesinden itibaren başlar.¹³⁰

Doğum, hastalık ve kazaya ilişkin sürelerin başlangıç tarihi, hastalığın başladığı, doğumun ya da kazanın gerçekleştiği, günü takip eden ilk gün kabul edilir.¹³¹ Başka bir ifadeyle, doğumun ya da kazanın gerçekleştiği veya hastalığın başladığı gün süre hesabında dikkate alınmaz.

İş Kanunu'nda kadın işçilere yönelik özel bir düzenlemenin olmasının temelinde devletin analık haline ilişkin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. İş Kanunu'nda yer alan hükmün dayanağını Anayasa'nın 41. ve 50. maddeleri oluşturmakta olup kadın işçileri güvence altına alma amacıyla düzenlenmiştir. Hükümde kadınların fizyolojik özellikleri dikkate alınmakla birlikte, kadının ailevi sorumlulukları, özellikle çocuklarının eğitim ve bakım gibi ihtiyaçlarının aksamaması için tedbirler alınmasına da dikkat edilmiştir.¹³²

¹²⁷ Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s .92. ; Kılıçoğlu/Kılıçoğlu Ada: s.700; Y.9.HD. E.2008/27521, K.2008/25157, K.T. 26.09.2008; Çil İş Hukuku İlke Kararları, s.309-311.

¹²⁸ Y.9.HD. E.2008/36349, K.2009/20734, K.T. 13.07.2009 (Legal İSGHD, 2009/24).

¹²⁹ Özcan, Durmuş: İş Kanunları Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.827.

¹³⁰ Narmanlıoğlu: s.453; Doğan, Sevil: s.125.

¹³¹ Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap: İş Hukuku, 6.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s.205; Narmanlıoğlu: s.439.

¹³² Narmanlıoğlu: s.729; Çöldemli: s.121.

3.5. Sağlık Sebebiyle İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshi

3.5.1. Genel olarak

Önelli fesih hakkı, taraflardan birinin sözleşmeyi feshetmek istemesi halinde diğer tarafa sözleşme feshedilmeden bir süre önce haber edilmesidir. Kanunda sözleşme feshedilmeden önce bir süre tanınması ile işçinin yeni bir iş araştırıp bulması, işveren için de farklı bir işçi araştırıp bulması sağlanmaktadır.

Kural olarak önelli fesih halleri, belirsiz süreli iş sözleşmeleri için düzenlenmiştir. TBK m.430/3 ise bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Süreli feshin, uygulamada üç çeşidi bulunmaktadır Bu çeşitler,” geçerli sebebe dayanmayan süreli fesih “(iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından) , “geçerli sebebe dayanan süreli fesih”(iş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından) ve “toplu işçi çıkarma” şeklindedir.

3.5.2. Geçerli nedene dayanmayan süreli fesih

Geçerli sebebe dayanmayan süreli fesih, İşK. m. 17’de düzenlenmiştir. İş güvencesi kapsamında olmayan çalışanların, belirsiz süreli olan iş sözleşmesini, kıdeme göre hesaplanan ihbar süreleri dikkate alınarak işçi ya da işveren tarafından bir sebebe ve şekle bağlı olmaksızın iş sözleşmesinin sona erdirilmesidir. Diğer bir ifadeyle, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin, iş sözleşmeleri herhangi bir sebep ileri sürülmeden feshedilebilecektir.

3.5.3. Geçerli nedene dayanan süreli fesih

İşverenin, iş güvencesi kapsamında yer alan işçinin iş sözleşmesini bildirimli şekilde feshedebilmesi için kıdeme göre hesaplanan ihbar süreleri dikkate alınmasıyla birlikte, İş Kanunu’nun 18. ,19. ve 20. Maddeleri yer alan şartlarında gerçekleşmesi gerekir.Söz konusu düzenleme ile kanun koyucu iş güvencesi kapsamında yer alan işçilerin iş sözleşmelerinin feshini güçleştiren ve işçi yararına olan ilave şartlar getirmiştir.¹³³

İş güvencesi, hukuka uygun olmayan, geçerli bir sebep teşkil etmeyen, yani işverenin keyfi olarak görülen fesihlerine karşı işçiyi belli bir ölçüde korumaktadır.

¹³³ Özcan: İş Sözleşmesinin Feshi, s.68.

Diğer bir ifadeyle iş güvencesi, işverenin fesih hakkını sınırlandırmaktadır.¹³⁴Burada amaç, her koşulda iş sözleşmesini sürdürülmesini sağlamak olmayıp iş sözleşmesinin feshi için yasada öngörülen sebeplerin varlığının aranmasını sağlamaktır.Eğer fesih için geçerli bir sebep yoksa ya da geçerli bir sebep bulunmasına rağmen işveren fesih sebebini ispatlayamıyorsa işçi sözleşme konusu işine iade edilecek ya da bu koşul sağlanamıyorsa işçiye tazminat ödenecektir.¹³⁵

İşverenin iş sözleşmesinin feshi için ileri sürdüğü sebepleri, sonradan değiştirmesi mümkün değildir. Bununla beraber, birden fazla sebebi olmasına rağmen, sebeplerden sadece biri ileri sürülerek sözleşme feshedilmişse, artık fesih için diğer sebepler de ileri sürülemez.¹³⁶

İş güvencesine ilişkin en temel kaynak 158 sayılı ILO sözleşmesidir. İş güvencesine ilişkin düzenlemeler, mevzuatımıza ilk olarak, 09.06.2003 tarihine kadar yürürlükte olan, 4773 Sayılı Kanun ile 15.03.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda ise bu kanunun 18 vd. maddelerinde temel sınırları belirlenmiş olup 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

İş güvencesi hükümlerine göre sözleşmesi feshedilecek işçinin, İşK. m. 18 vd. göre fesih tarihinde çalışma süresi en 6 ay olmalı, bu işyerinde asgari 30 işçi bulunmalı ve bu işçinin işletmenin tamamını yöneten işveren vekili ya da yardımcısı olduğu bir pozisyonda bulunmaması gerekir. Düzenleme de yer alan asgari 30 işçi koşulu, tarım ve orman ile ilgili olan işyerleri için geçerli değildir. Bu iş yerlerinde ise asgari 50 işçi çalışması gerekmektedir. İşçi sayısı hesabında raporlu ya da izinli olan çalışanlar da dahil edilir. Hükümdeki belirtilen asgari işçi sayısı, nispi emredici özellikte olup işçi lehine olacak şekilde değiştirilmesi mümkündür.¹³⁷

Altı aylık çalışma süresinin hesabında, başlangıç tarihi olarak fiilen çalışma tarihi dikkate alınır. İşçinin fiilen çalışmaya başladığı tarihten sonra, izinli veya raporlu olarak geçirdiği süreler de altı aylık süre hesabında esas alınacaktır.¹³⁸ Hükümde

¹³⁴ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan: s.191.

¹³⁵ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan: s.191.

¹³⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal: s.309.

¹³⁷ Sümer: İş Hukuku, s.103.

¹³⁸ İşçinin 6 aylık kıdem hesabına deneme ve askıda kalan süreler de dahil edilir. Başka bir anlatımla bu hesapta fiili çalışma süreleri mutlak olarak aranmaz. Aynı Kanunun 66'ncı maddesinde belirtilen çalışma süresinden sayılan haller altı aylık kıdem hesabında dikkate alınacaktır. Y.9.HD. E. 2017/866 K. 2017/13722, K.T. 20.09.2017. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 20.11.2023) Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s.198-199; Özcan: İş Sözleşmesinin Feshi, s.87.

belirtilen 6 aylık çalışma süresi şartı, nispi emredici özellikte olup, işçi lehine değiştirilmesi mümkündür.¹³⁹Bununla birlikte, yer altında çalışan işçiler için belirtilen 6 aylık çalışma süresi şartı bulunmamaktadır.

Kanunda iş güvencesi hakkında yer alan düzenlemeler, yalnızca belirsiz süreli sözleşmeli olarak çalışanları kapsamaktadır. Diğer bir ifadeyle, iş sözleşmesi belirli süreli olan işçiler, iş güvencesinden faydalanamazlar.¹⁴⁰

3.5.3.1. Geçerli neden kavramı

Yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere iş güvencesi kapsamında olan işçilerin iş sözleşmelerinin feshi, kanunda belirtilen geçerli bir sebeplerden birine dayanması gerekir. Söz konusu hükmün temeli, 158 sayılı ILO sözleşmesi ve 166 sayılı Tavsiye kararına dayanmaktadır. Kanun koyucu, hükümde geçeli sebep olacak halleri tek tek belirtmemiştir. Buna karşılık, maddenin gerekçesinde geçerli sebeple feshe örnek teşkil edecek somut olayların yargı kararları ile zamanla belirginleşeceği ifade edilmiştir.

Meydana gelen somut olayın, iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden mi haklı neden mi oluşturduğunu anlamak için bu iki fesih sebebi arasındaki farkı ortaya koymak gerekir. Bu fark madde gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: *“Bu madde bakımından geçerli sebepler 25 inci maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir.”*

Netice itibariyle, meydana gelen somut olayda, işveren bakımından iş ilişkisinin sürdürülmesi makul ve önemli oranda beklenilemeyeceği düşünülüyorsa fesih için geçerli bir sebebin varlığını kabul etmek gerekir.

İş Kanunu’nda fesih için geçerli sebep kabul edilen haller, üç başlık altında toplanmıştır. Bu sebepler şunlardır:¹⁴¹

¹³⁹ Sümer: İş Hukuku, s.103.

¹⁴⁰ Sümer: İş Hukuku, s.103.

¹⁴¹ Gerekçede, işçinin davranışları ya da yeterliği işçinin kişiliğine ilişkin nedenleri ; işyerinin işletmenin ya da işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerin ise işyeri ile ilgili olduğu belirtilmiştir.

-İşçinin Davranışı

-İşçinin Yetersizliği

-İşletmesel Nedenler (İşyerinin ya da işletmenin gerekleri)

3.5.4. İşçinin yetersizliği

İşK. m.18/1’de “işçinin yeterliliği” tabiri kullanılmış olmakla beraber, bu tabirden anlaşılması gereken “işçinin yetersizliği” olmalıdır.¹⁴² Çünkü bu durumda iş sözleşmesinin feshinin temelindeki neden, işçinin edim konusu iş için yetersiz hale gelmiş olmasıdır.¹⁴³ Diğer bir ifadeyle, işçide iş görme borcunu yerine getirmek için aranan özelliklerin ve yeteneklerin, ömür boyu ya da uzun bir süre için kaybedilmesi, yetersizlik halini gösterir.¹⁴⁴ Yetersizliğin tespitinde fesih tarihi dikkate alınır.¹⁴⁵

Yetersizlik sebebiyle iş sözleşmesinin feshine yol açan hallerin her birinin ayrı ayrı belirtilmesine imkân bulunmamaktadır.¹⁴⁶ İş Kanunu’nun 18.maddesinin gerekçesinde ise yetersizlikten ne anlaşılması gerektiği şu şekilde açıklanmıştır: *“Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir”*

İş sözleşmesinin işveren tarafından şüphe feshi ile sonlandırıldığı hallerdeki feshin temelinde de işçinin yetersizliğine dayandığı görülmektedir. İşveren, işçinin davranışında haklı sebeple feshine yol açan kusurlu hali ispatlayamamasına karşın söz konusu davranış işçiye karşı güven duygusunda önemli bir soruna sebep olmuşsa ve işçinin yeterliği hakkında işverende bir şüphe uyandırmışsa işveren bakımından fesih için geçerli bir sebebin varlığı kabul edilir.¹⁴⁷

¹⁴² Alman Hukuku’nda ise bu durum kişisel nedenler olarak belirtilmiş olup, aynı amaç doğrultusundadır. Caniklioğlu,Nurşen: “İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.74.

¹⁴³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal:s. 302.

¹⁴⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal: s.302.

¹⁴⁵ Baskan: s.89.

¹⁴⁶ Caniklioğlu: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, s.74.

¹⁴⁷ Özcan: İş Kanunları Şerhi, s.292; Süzek: s.602-603.

İşçinin yetersizliği söz konusu olduğunda iş sözleşmesinin feshi için yalnızca yetersizlik halinin görülmesi fesih hakkı vermemektedir. Ayrıca yetersizlik sebebiyle gelecekte işçinin iş görme borcunu yerine getiremeyeceği anlaşılmalı ve bununla bağlantılı olarak işletme menfaatlerin olumsuz etkilenme ihtimalinin bulunması gerekir.¹⁴⁸ Aslında bu denetim, ölçülülük ilkesi ve dürüstlük kurallarına göre, olumsuz öngörü ilkesini açıklamaktadır. Bu ilke doğrultusunda, işçinin iş görme edimini yerine getiremeyeceği hususunda bir kanı oluşmalıdır.¹⁴⁹

Doktrinde işçinin yetersizliği hakkında madde gerekçesinde belirtilen örnekler sebebiyle “mesleki yetersizlik” ve “fiziki yetersizlik” olarak iki ayrı yetersizlik halinden bahsedilmiştir. Bu sebeple biz de yetersizlik kavramını iki ayrı şekilde inceleyeceğiz.

3.5.4.1. Mesleki yetersizlik

İşçi, iş görme edimini yerine getirirken kapasitesine ve yeteneklerine göre yerine getirecektir. Eğer işçi iş görme edimi esnasında, İşK. m.25’de belirtilen nedenlere ulaşmamakla birlikte, kapasite ve yeteneği sözleşme konusu olan işi için artık yeterli olmuyorsa, mesleki yetersizlikten bahsedilir. Mesleki yetersizliğe örnek oluşturan haller, gerekçe de belirtildiği üzere, işe yatkınlığının bulunmaması ve kendini yetiştiremeyecek halde olması, benzer işi yapan işçilere göre daha verimsiz çalışması ya da belirtilen niteliklere göre performansının düşük olması gibi durumlarda mesleki yetersizlikten söz edilir.¹⁵⁰ Bu sebeple işverenler iş ilişkisinde performans değerlendirilmesi, verimlilik gibi hususlara da dikkat etmektedirler.

İşçinin işgörme edimi esnasında üretime kattığı, harcadığı emeğin oranı ve kalitesi performans olarak ifade edilirken, verilen emek neticesinde meydana gelen üretimin miktarı verim olarak ifade edilir.¹⁵¹ Performans ve verim düşüklüğü ise şu örnekler ile açıklanabilir: İşçinin iş için gereken kararları almaması, gerektiği kadar çalışmaması, inisiyatif göstermesi gereken konularda eksikliklerinin olması, kendini yetiştirme konusundaki eksilmeler, çalışma temposunun yavaşlaması vb. gibi sebeplerle

¹⁴⁸ Eyrenci, Öner: “İşçiye Bağlı Nedenlerle Feshin Geçerliliğinde Ölçülük Denetimi”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.355.

¹⁴⁹ Başkan: s.90.

¹⁵⁰ Süzek: s.599.

¹⁵¹ Caniklioglu: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, s.78.

beklenen ölçüde iş ya da üretim yapamaması durumunda performans ve verim düşüklüğü söz konusu olur.¹⁵²

Bir performans düşüklüğünden bahsedebilmek için işçinin potansiyel performansının bilinmesi ve bu performansın işçi tarafından gerçekleştirilemiyor olması gerekir. Performans düşüklüğünün olup olmadığının tespitinde, objektif mi ya da sübjektif mi niteliklere göre bir inceleme yapılacağı sorunun da ise madde gerekçesinden hareketle, işçinin nitelikli olması ve iş görüşmelerinde bu niteliklere bakılması durumunda sübjektif bir inceleme isabetli olacaktır.¹⁵³ Bununla birlikte, niteliği bulunmayan veya herhangi bir nitelik aranmayan bir iş için ise performans tespiti objektif kriterlere göre olacaktır.¹⁵⁴

Yargıtay'da kural olarak verimsizliğe yönelik iddiaların objektif kriterlere göre değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir.¹⁵⁵ Performansla ilgili fesihlerde, geçerli nedenin varlığına ilişkin değerlendirme yapılırken dikkate alınacak en önemli kriterler, şu şekilde belirtilmiştir: İşyerine özgü bir kriterin bulunması, bu kriterin ölçülebilecek ve objektif olması, önceden belirlenen kriterlerin işçiye çalışma başladığında bildirilmesi, ulaşılabilir bir hedefin olması.¹⁵⁶ Ayrıca belirtilen bu unsurlarla beraber Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere işveren fesih için performans düşüklüğü sebebine dayanıyorsa, performans geliştirme konusunda işçinin eğitim görüp görmediğinin de incelenmesi gerekir.¹⁵⁷

İşveren tarafından performans düşüklüğünün tespit edilmesi durumunda, iş sözleşmesi feshedilmeden önce işçinin bu hususa ilişkin uyarılması (ihtar) gerekir. Nitekim, 166 sayılı ILO tavsiye kararında da iş sözleşmesi feshedilmeden önce ihtar yoluna gidilmesi ancak bir yararı olmazsa fesih yoluna başvurulması uygun görülmüştür.¹⁵⁸

Yetersizlikten kaynaklı geçerli sebeple fesih için kusur şartı gerekmediğinden işçi kusursuz bile olsa iş görme borcunu yerine getirme kapasitesi ve yeteneğindeki

¹⁵² Çelik/Canikliolu/Canbolat, 534.

¹⁵³ Canikliolu: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, s.79.

¹⁵⁴ Canikliolu: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, s.79.

¹⁵⁵ Y.22.HD. E.2013/590, K. 2013/1158, K.T. 28.01.2013. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 05.01.2024).

¹⁵⁶ Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 4.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s.217-221.

¹⁵⁷ Y.9.H.D. E. 2021/961, K. 2021/5954, K.T. 11.3.2021. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 05.01.2024)

¹⁵⁸ Özcan: İş Kanunları Şerhi, s.294.

yetersizliğin geçerli fesih sebebi kabul edilebileceği yargı kararlarıyla belirtilmiştir.¹⁵⁹ Bununla beraber, iş sözleşmesinin feshi, engelli işçinin veriminden kaynaklandığı hallerde ise işçiden beklenen performans, engellilik oranında olması gerekir. Eğer beklenen performanstan daha düşük bir iş yapılmışsa ve bu durum işverence somut bir şekilde kanıtlanmışsa, iş sözleşmesini geçerli sebeple feshetme imkanı bulunmaktadır.¹⁶⁰

3.5.4.2. Fiziki yetersizlik

İşçinin fiziki yetersizliğinden dolayı iş sözleşmesinin feshedilmesinde, iş görme borcu konusu ile yetersizlik arasında bir illiyet bağının olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, iş sözleşmesinin feshi için, yetersizliğin işyerinin işleyişini olumsuz olarak etkiliyor olması ve işçinin iş görme edimini gereği gibi ifa etmesine engel olması gerekir.¹⁶¹

İş hayatında fiziksel yetersizliğin en önemli sebebi işçinin sık sık rapor alması ve uzun süren bir hastalığa tutulmasıdır. Bizde işçinin fiziksel yetersizliğine sebep olan bu halleri ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğiz.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli sebebe dayalı fesihlerde ilk olarak fiziksel yetersizlik gelirken bu kapsamda geçerli sebeplerin başında görülen durumlar ise işçinin hastalığı ya da kazaya uğramasıdır.¹⁶²

Geçmiş yıllarda Yargıtay, sağlık nedenleri ile ilgili fesihlerin işçinin davranışları kapsamına giren geçerli bir fesih sebebi olarak kabul etmiş olsa da sağlık nedenleri ile ilgili gerçekleşen fesihlerin işçinin yeterliliği kapsamında bir geçerli fesih sebebi olduğu kabul edilmelidir.¹⁶³

Hastalık nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için fesih anında ve geleceğe yönelik olacak şekilde hastalığın işçide verim düşüklüğüne yol açması

¹⁵⁹ Y.9.HD. E.2008/8488, K. 2008/33641, K.T. 15.12.2008. (Çevrimiçi). www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 05.01.2024).

¹⁶⁰ Y.9.HD. E. 2008/34233 K. 2009/14264, K.T. 25.5.2009.(Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 05.01.2024).

¹⁶¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal: s. 303.

¹⁶² Süzek: s.594

¹⁶³ Y.9. HD. E. 2006/35881 K. 2007/9896, K.T. 09.04.2007. (Çevrimiçi) www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 08.01.2024). Ayrıca Bkz. Sümer: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi, s.70.

gerekir.¹⁶⁴ Ayrıca fesih için sadece verimde düşüş yetmemekte işyerinde bir takım aksaklıklara ya da önemli olumsuzluklara yol açması, işletmesel açıdan menfaatlerin önemli derecede zarar görmüş olması gerekir.¹⁶⁵

Fiziksel yetersizliğe neden olan hastalık halleri madde gerekçesinde belirtildiği üzere şu şekildedir:

-İşçinin sık sık hastalanması,

-Devamsızlığı uzun sürecek bir şekilde hastalığa yakalanması (Uzun süreli hastalık)

-Devamsızlığa sebep olmamakla beraber sözleşme konusu işi gereği yapmaya engel nitelikte bir hastalığa yakalanması

3.5.4.2.1. Uzun süreli hastalık

İş hukukunda kural olarak, hastalanıp rapor alan bir işçinin iş sözleşmesinin hemen feshedilmesi mümkün değildir. Hayatın olağan akışına göre, herkesin zaman zaman hastalanabileceği gibi işçinin de hastalanıp işe devam edemediği zamanlarda işveren tarafından bu durumun makul karşılanması gerekir.¹⁶⁶ Fakat raporlu sürelerin sıklığı ya da bu sürelerin uzaması işyerinde olumsuzluklara sebep oluyorsa, işletme menfaatlerine büyük oranda zarar veriyorsa, diğer bir ifadeyle, işveren ve işçi arasındaki menfaat dengesinin, işveren aleyhine etkilenmesi durumunda iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilmesi mümkün olabilir.¹⁶⁷

İşçinin sunduğu raporların sıklığındaki artış ya da rapor süresinin uzun bir düzenlendiği hallerde bu durumun yol açtığı olumsuzlukların çoğalması halinde ilk başta daha ağır basan ve korunması gereken işçinin menfaati ile işletmenin menfaati arasında denge kurulması ihtiyacı ortaya çıkar. Bu durumda işverenin, işletmenin haklı menfaatlerinin, işçiden üstün tutulması gerektiği anlaşıldığı an da ise geçerli bir fesih sebebinin varlığını kabul etmek gerekir.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Başkan: s.94.

¹⁶⁵ Y.9.HD. E.2007/27584, K. 2008/5327, T. 18.03.2008. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi:09.01.2024).

¹⁶⁶ Caniklioğlu: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, s.84.

¹⁶⁷ Süzek, s. 593-594; Caniklioğlu: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, s. 84.

¹⁶⁸ Caniklioğlu: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, s.84.

Alman Hukuku'nda da işçinin hastalığı sebebiyle gelecekte işe dönebileceği öngörüleliyorsa ve böyle bir durumun da işvereni zarara uğratacağı anlaşıldığında geçerli fesih sebebinin varlığı kabul edilmektedir.¹⁶⁹ Devamsızlık süresinin uzunluğu tespit edilirken kanuni hastalık izin süresinden az olmamak şartıyla somut olayın niteliğine göre karar verilir.¹⁷⁰ Konuyla ilgili olarak Alman Mahkeme içtihatlarında belirtilen bir kararda ise öngörülebilir gelecekte tekrar işe dönmesine engel olan ve işçinin on sekiz ay işinden uzak kalması öngörülen hastalığın fesih için geçerli sebep oluşturduğu hükme bağlanmıştır.¹⁷¹

İş sözleşmesinin feshinde uzun süreli hastalık hali, hukukumuzda da geçerli bir sebep olarak kabul görmektedir. İşK. m.18/3-(f) hükmüne göre, kaza ya da hastalık sebebiyle iş sözleşmesinin geçerli sebebe dayalı olarak feshedilmesi için, işçinin devamsızlığının İşK. m.25/1-(b,2) hükmünde belirtilen bekleme süresini aşması gerekir. Diğer bir ifadeyle, iş sözleşmesi, bekleme süresi (ihbar süresi+6 haftalık süre) geçmeden haklı sebeple feshedilmeyeceği gibi, geçerli sebeple de feshedilemeyecektir.¹⁷² Ancak doktrinde iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilebilmesi için hastalık sebebiyle devamsızlığın ne kadar sürmesi gerektiği konusunda farkı görüşler bulunmaktadır.

Akyiğit, İşK. m.18/3-(f) hükmünde işçinin kusur ayrımı gözetmeksizin İşK. m. 25/1-(b,2) hükmüne atıf yapılmasını eleştirmiş, geçerli nedenle gerçekleşen fesihler için İşK. m. 25/1-(a) ve İşK. m.25/1-(b) hükümlerinde olduğu gibi kusur ayrımına gidilmesi gerektiğini; diğer bir ifadeyle, geçerli nedenle gerçekleşen fesihlerde de hastalığın meydana gelmesinde işçinin kusurunun bulunduğu durumlarda kusursuz olarak yakalanılan hastalıklara göre yasada daha az bir süre tanınmasının daha adil bir uygulama olacağını belirtmiştir.¹⁷³

Kılıçoğlu/Şenocak'a göre ise kanunda belirlenen bekleme süresi aşılmadıkça geçerli sebeple iş sözleşmesi feshedilemez. Bununla beraber geçerli sebeple fesih için sadece bu sürenin dolması yetmemekte, aynı zamanda başka koşullarında olması gerekir. Bu koşullardan biri ilk olarak, bekleme süresini aşan hastalığın, fiili olarak bu

¹⁶⁹ Baskan: s.96. dn. 377'de yer alan yazarlar.

¹⁷⁰ Baskan: s.96. dn.378.

¹⁷¹ Baskan: s.96. dn.379.

¹⁷² Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s. 82; Süzek, s.594; Tiryaki, s.84.

¹⁷³ Akyiğit, Ercan: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi İşe İade, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.257.

sürede mevcut olması gerekir. Bu halde ise işveren, bekleme süresi sona erene kadar işçinin tekrar çalışma gücüne kavuşup kavuşamayacağını beklemesi gerekir. Sürenin sona ermesinden sonra işçinin halen çalışamayacak durumda olması da iş sözleşmesinin feshi için yetmemekte, yakın bir tarihte de eski sağlığına kavuşma ihtimali kuvvetle muhtemel görülmemelidir. Ayrıca işçinin tekrar ne zaman çalışabileceği öngörülememesi ve bu belirsizlik halinin işletme için katlanılmaz seviyede olumsuz etkilere sebebiyet vermesi gerektiğini de ileri sürmüşlerdir.¹⁷⁴

Konuya ilgili olarak Yargıtay kararlarında ise işçinin sağlık nedenlerinden kaynaklanan devamsızlığı sebebiyle iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilebilmesi için devamsızlığın İşK. m.25/1-(b,2) hükmünde belirtilen süreleri aşması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁷⁵

Sümer'e göre ise, işçinin sağlık nedenlerinden kaynaklanan devamsızlığı sebebiyle iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilebilmesi için İşK. m.25/1-(b,2) hükmünde yer alan sürenin aranmaması gerekir. Kanunda belirtilen süreler, sözleşmenin haklı nedenle feshi için öngörülmüştür. Geçerli sebeple fesih hallerinde ise haklı sebeple fesih ağırlığına ulaşmayan ama işyerinde olumsuzluklara sebebiyet veren bir sürenin ölçüt alınması gerekir. Bu sebeple, ortaya çıkan sağlık sorunlarında her somut olayın niteliğine göre bir olumsuz etki yaratıp yaratmadığı belirlenmelidir. İşçinin hastalığı, işin gereği gibi yapılmasına engel nitelikte olduğu ve işyerinde olumsuz etkilere yol açtığı durumlarda iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebebin bulunduğu kabul edilmesi gerekir.¹⁷⁶

Kanaatimize göre de geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshinde, kanunda haklı sebeple fesih için aranan süreler atıf yapılması işveren ve işyerinin menfaatine zarar verebilir. Aslında böyle bir durumun çalışanlarında aleyhine olduğu düşünülebilir. Zira iş sözleşmesinin feshine konu olan sebep, iş ilişkisinin devamını işveren için çekilmez bir hale getirmişse bu durumda işveren bir an önce iş sözleşmesini feshetmek istemesine

¹⁷⁴ Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal: İş Kanunu Şerhi, 1.Cilt, 2.Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.544-546.

¹⁷⁵ Fesih bildirim tarihinde davacının sürekli istirahatte olduğu gün sayısı ihbar öneli ile birlikte altı haftalık süre eklendiğinde 96 günlük süreyi bulmadığından, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/1-(b) maddesindeki haklı fesih nedeni koşulları da oluşmamıştır. Aynı yasanın 18/2-(f) maddesi uyarınca "Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (1) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık" nedeni ile işçinin iş sözleşmesinin feshi geçerli bir neden teşkil etmemektedir. Y.9.HD. E.2007/24530, K. 2008/171, K.T. 18.02.2008. (Çevrimiçi) www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 11.01.2024)

¹⁷⁶ Sümer: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi, s.70-71.

rağmen yasal bekleme süresinden önce iş sözleşmesini feshedemediği için bu süreden sonra ihbar tazminatı ödemek yerine doğal olarak haklı fesih yoluna başvuracaktır.

Netice itibariyle, sağlık sebeplerinden kaynaklanan geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshi için kanaatimize göre bekleme süresinin aşılmasının gerekmesine hukuki açıdan bir yarar bulunmamaktadır. Ancak somut olayın niteliğine göre bir değerlendirilme yapılarak hastalığın yakın bir tarihte sona ereceği öngörülebiliyorsa ve işçinin devamsızlığı işverenin menfaatini önemli derecede etkilemiyorsa sözleşmenin feshedilmesinden önce işçinin sağlık durumunun düzelmesinin beklenmesi daha uygun olacaktır.

3.5.4.2.2. Sık sık hastalanma

İş Kanunu'nun 18.maddesinde, sık sık hastalanma ile ilgili bir düzenleme olmasa da aynı maddenin gerekçesinde, işçinin sık sık rapor alması, yetersizliğe ilişkin geçerli bir sebep olarak belirtilmiştir.

İşçinin hastalık sebebiyle sık sık rapor alması ve işe devamsızlık yapması nedeniyle iş sözleşmesinin feshi söz konusu olduğunda bu raporların birkaç günlük kısa süreli olması ya da uzun süreli olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Rapor çok kısa süreli düzenlenmiş bile olsa, sıklıkla rapor alınması işyerinde olumsuzluklara neden olabilecektir.¹⁷⁷ Bu halde, işverence iş akışının sağlanamaması, işyerindeki diğer işçilerin rapor alan işçinin işini de yapmasının gerekmesi, vardiya sistemi bulunuyorsa işçinin devamsızlığı yüzünden vardiya planında değişiklikler olması vb. gibi durumlarda devamsızlık kısa süreli dahi olsa iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilebileceği kabul edilmelidir.¹⁷⁸

İşçinin belirli aralıklarla rapor aldığı hallerde, geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshedilmesi için, raporun ne sıklıkla alınması gerektiği ve süresinin ne olması gerektiği konusunda net bir ölçüt belirlemek mümkün değildir. Konuyla ilgili olarak Alman Hukuku'nda ise işçinin bir yıllık çalışma süresi içinde %14-25 oranında bir

¹⁷⁷Caniklioğlu: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, s.85.

¹⁷⁸ Uygulamada son anda sunulan raporlar nedeniyle, vardiyası tamamlanan işçinin, rapor alan işçi yerine de çalıştırıldığı görülmektedir. Böyle bir durum ise kanuna aykırı olmakla birlikte, iş sağlığı ve güvenliği bakımından iş kazası olma ihtimalini de arttırmaktadır. Caniklioğlu: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, s.85, dn. 78.

devamsızlığının olması durumunda sık sık hastalanmanın meydana geldiği kabul edilmiştir.¹⁷⁹

Sık sık hastalanma söz konusu olduğunda uzun süreli hastalık halinden farklı olarak devamsızlıkla ilgili kanunda bir düzenleme yer almadığından, böyle bir durumda devamsızlığın işyerinde olumsuz bir etkiye sebebiyet vermesi ve işveren ile işçi arasındaki menfaat dengesinin işveren aleyhine olacak şekilde etkilendiği hallerde geçerli bir fesih sebebinin varlığı kabul edilir.¹⁸⁰

Sık sık hastalanmanın ne zaman geçerli bir fesih sebebi olduğunu tespitinde net bir ölçüt olmadığından, hastalığa bağlı devamsızlığın geçerli sebebe yol açıp açmadığı her somut olayın niteliğine göre yargı organları aracılığıyla belirlenecektir.¹⁸¹

Nitekim Yargıtay' da bu hususta geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshi için net bir ölçüt belirtmemiş, hastalık nedeniyle yapılan devamsızlıkta, farklı bir işçi istihdam etme gereksinimi oluyorsa, işin yürütülmesi ve işletmenin işleyişi olumsuz şekilde etkileniyorsa, geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshinin söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Bu durumda, ilk olarak, devamsızlığın süresi, iş güvenliği, çalışma şartları, işletme kapasitesi, işyeri ortamı gibi etkenlere dikkat edileceği ifade edilmiştir.¹⁸²

Sık sık hastalık sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi, hastalıktan kaynaklanan devamsızlık sebebiyle iş görme ediminin ifasının gereği gibi yerine getirilmemesine dayanmaktadır. Bu nedenle, sık sık hastalanmanın fesih için geçerli bir sebep olarak

¹⁷⁹ Ayrıca, Alman Hukukunda diğer bir görüşe göre ise, işçinin farklı farklı zamanlarda normal çalışması gereken sürenin %20 'si kadar devamsızlığı söz konusu olduğunda, işverence artık başka bir delil sunulmasına gerek olmaksızın sık hastalanmanın olduğu kabul edilir. Konuya ilişkin bilgi için Bkz; Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s. 189, dn.636.

¹⁸⁰ İşçinin 12 kez toplamda 69 gün SGK istirahati kullanarak devamsızlık yapması ve bu durumun iş yerinde olumsuzluğa neden olması sebebi ile iş akdinin feshedilmesinde sık rapor alma ilgili yasa maddesinin gerekçesinde açıkça geçerli fesih sebebi olması dolayısıyla fesih geçerli kabul edilmelidir. Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 10. HD. E.2022/1045, K.2022/1529, K.T.13.09.2022 (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 08.01.2024); Süzek, s.595; Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.189-190.

¹⁸¹ Süzek: s.595; Sümer: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi, s.71; Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.86.

¹⁸² İşçinin sık sık rapor alması sebebiyle önceden hazırlanan uçuş programlarının aksayacağı, iş gücü planlamasının değişeceği açıktır. Davacının sık sık rapor alması işyerinde olumsuzluklara yol açmış ve iş ilişkisi işveren açısından çekilmez hale getirmiştir. İşverenin feshi, davacının yeterliliğinden kaynaklanan geçerli nedene dayandığından, davanın reddi gerekir. Y.9.HD. E.2015/22940, K. 2015/32996, K.T. 19.11.2015. (Çevrimiçi) (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) (Erişim Tarihi: 15.01.2024)

kabul görmesi için bu durum ile ileride tekrar karşılaşılacağına dair bir öngörünün de bulunması gerekir.¹⁸³

3.5.4.2.3. Devamsızlığa sebep olmamakla beraber sözleşme konusu işi gereği yapmaya engel nitelikte bir hastalık

Bazı durumlarda işçi hasta olduğu halde rapor almayıp işe devam edebilmektedir. Bu hastalık türü sık sık ya da uzun süreli hastalıklardan farklı olarak devamsızlığa yol açmamasına karşın, işçi hastalık sebebiyle iş görme edimini verimli bir şekilde ve gereği gibi yerine getirememektedir.¹⁸⁴ Diğer bir ifadeyle, bu halde işçi çalışmaz hale gelmemekle birlikte tutulduğu hastalık nedeniyle çalışma gücü devamlı şekilde olumsuz etkilenmektedir.¹⁸⁵ Netice itibarıyla, işçinin iş görme edimini gereği gibi yerine getiremediği anlaşıldığı hallerde sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebebin bulunduğu söylenebilecektir.¹⁸⁶

Şüphesiz böyle bir durumun geçerli neden olarak kabul görmesi için işçinin hastalığı geçici olmamalı, hiç değilse belirli bir süre daha sürmesi gerekir. Bu sebeple, kısa süreli iş gücü kaybı veya işyerinde olumsuzluklara neden olmayacak şekilde esaslı olmayan önemsiz azalmalar fesih için geçerli neden olarak görülmezler.¹⁸⁷ Doktrinde, işyerinde ağır yük taşıyan işçinin elinde oluşan rahatsızlık yüzünden artık bu işi yapamayacak olması, asıl işi terzilik olan işçinin kolunu kaybetmesi konuyla ilgili olarak örnek gösterilmiştir.¹⁸⁸

¹⁸³ Davacının 2004 yılında 13 günü *hastalık* olmak üzere toplam 130 gün, 2005 yılında 27 günü *hastalık* olmak üzere toplam 53 gün, 2006 yılında ise 118 günü *hastalık* olmak üzere toplam 160 gün devamsızlığı bulunmaktadır. İşçinin bu durumu 2007 yılında fesih tarihine kadar da 7 günü *hastalık* nedeniyle 13 gün devamsızlığı kayıtlardan anlaşılmaktadır. Mahkemece davacının rahatsızlığının geçici olduğu gerekçesine dayanılmış ise de, davacının sürekli devamsızlık yapmasının işyerini ve iş ilişkisini olumsuz etkilediği, iş ilişkisinin işveren açısından sürdürülmesinin beklenemeyeceği, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşılmaktadır. Yargıtay 9. HD. E. 2007/39410, K. 2008/14508, K.T. 09.06.2008. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

Davacının hastalığı nedeniyle sık sık rapor aldığı, verimli olamadığı, ... sağlık raporunda çalışmasına engel bir durumunun olmadığı belirtilmiş ise de, rapor tarihinden sonra da durumunda her hangi bir düzelme olmamış, verimsizliği devam etmiştir. Buna göre feshin geçerli nedene dayanmaktadır. Y.9.HD. E. 2006/5581, K. 2006/7866, K.T. 27.03.2006. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 15.01.2024). Baskan: s. 95; Tiryaki: s. 83.

¹⁸⁴ Tiryaki: s.86.

¹⁸⁵ Centel, Tankut: İş Güvencesi, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.91; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat: s.517.

¹⁸⁶ Tiryaki: s.86.

¹⁸⁷ Caniklioğlu: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, s.91-92; Centel: s.91; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat: s.517.

¹⁸⁸ Caniklioğlu: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, s.91; Özcan: İş Sözleşmesinin Feshi, s.107.

İşçinin hastalanıp işe devam ettiği hallerde çalışma gücünde bir azalma olmasa bile söz konusu hastalık bulaşıcı bir hastalık ise ve işyerindeki diğer kişilere bulaşma tehlikesi bulunuyorsa yine iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir nedenin bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Başta sağlık sektörü olmak üzere bazı meslek gruplarında hastalığın bulaşma tehlikesi daha yüksek olduğundan işveren tedbir almak maksadıyla da geçerli sebeple iş sözleşmesini feshedebilecektir.¹⁸⁹

İşçinin çalışma gücünü etkilemeyen diğer bir hastalık hali ise işçinin fiziksel görünümde bazı değişikliklerin ortaya çıkması durumudur. Bu durumda ise işçinin yapmakta olduğu iş ve işyerindeki konumu önem taşır. Eğer yapılan iş mankenlik, oyunculuk veya müşterilerle yoğun olarak görüşülmesi gereken bir iş ise sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebebin varlığı kabul edilmektedir. Ancak daha önce ki açıklamamızda da belirttiğimiz gibi her iki durumda da mevcut hastalığın yakın bir zamanda geçebileceği yani işçinin eski sağlığına kavuşabileceği öngörülebiliyorsa geçerli bir fesih sebebinden söz edilemeyecektir.¹⁹⁰

3.6. İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Feshinde Son Çare İlkesi

3.6.1. Geçerli nedene dayalı fesihlerde son çare ilkesi

İş hukukunda işçi için en büyük riziko ve netice olarak en ağır olay iş sözleşmesinin feshedilmesidir.¹⁹¹ İşveren açısından kanunda öngörülen iş sözleşmesinin fesih sebeplerinden biri meydana geldiğinde işverenin dürüstlük kuralları kapsamında iş ilişkisini sürdürmek için alternatif yollara başvurması, “son çare ilkesi” olarak tanımlanabilir.¹⁹² Başka bir ifadeyle son çare ilkesi, iş sözleşmesinin ayakta tutulmaya çalışılması olarak ifade edilebilir. Ancak alternatif yollara başvurularak gerekli tedbirler alınmasına rağmen iş ilişkisine devam edilemiyorsa ya da elverişli alternatif bir yol bulunamıyorsa feshin tek çözüm olduğu kabul edilir.¹⁹³ Esas olan sözleşmeye bağlılık (pacta sunt servanda) olup fesih istisnai bir durumdur.¹⁹⁴

¹⁸⁹ Tiryaki: s.87.

¹⁹⁰ Tiryaki: s.87.

¹⁹¹ Kabakcı, Mahmut: Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s.242; İnciroğlu, Lütfi: Sorulu Cevaplı İş Hukuku Uygulaması, 5.Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2023, s.242.

¹⁹² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat: s. 508; Baskan: s.8.

¹⁹³ Kabakcı, Mahmut: Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s.242; İnciroğlu, Lütfi: Sorulu Cevaplı İş Hukuku Uygulaması, 5.Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2023, s.242.

¹⁹⁴ Süzek: s.624.

Son çare ilkesinin temeli, dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Söz konusu ilke, iş Kanunu'nda açık şekilde belirtilmemiş olmasına karşılık, bu kanunun gerekçesinde, öğreti ve Yargıtay kararlarında bahsedilmiştir.¹⁹⁵

İşçinin hastalanması sebebiyle iş sözleşmesinin feshi söz konusu olduğunda kural olarak yetersizlikten kaynaklandığını daha önceki açıklamalarımızda belirtmiştik. İşçinin yetersizliği ya da davranışlarından kaynaklanan fesihlerde son çare ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde görüş farklılıkları bulunmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre, bu ilke sadece işletmesel nedenlerle yapılan fesihlerde uygulanır, işçinin verimi ya da davranışı ilgili fesihlerde son çare ilkesinden söz edilemez.¹⁹⁶

Doktrinde baskın olan görüş ise Yargıtay ile¹⁹⁷ paralel yönde olup, davranış veya yetersizlikten kaynaklanan fesihlerde de son çare ilkesine başvurulması gerektiğini belirtmektedir.¹⁹⁸ Bu nedenle sağlık sebeplerinden kaynaklanan fesihlerde işçiyi farklı bir pozisyonda çalıştırma imkânı bulunan durumlarda yapılan feshin geçerli bir sebep olarak kabul edilemeyeceği, engelli işçinin çalışması zorunlu olan hukuk sisteminde, alternatif bir yola başvurulmadan sağlık sebeplerinden dolayı sözleşmenin

¹⁹⁵4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde son çare ilkesi şu şekilde ifade edilmiştir: "Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır."

¹⁹⁶ Ekmekçi/Yiğit: s.663.

¹⁹⁷"İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerin iş sözleşmesinin geçerli feshi için, işçinin kişisel yetenek ve özellikleri itibarıyla, fesih anında iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri tamamen veya kısmen ifa edemeyecek durumda olması şarttır. İşçinin yetersizliğinin, işletmenin normal işleyişinde somut olarak aksaklık ve bozulmalara sebebiyet vermesi ve işçinin yetersizliğinin doğurduğu üretim aksaklığının ilave masrafı doğurmayan tedbirlerle giderilemez olması gerekir. İş sözleşmesinin işçinin fiziki ve mesleki yetersizliği nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, onun iş edimini yerine getirmesi için sahip olması zorunlu olan mesleki ve fiziki özelliklerindeki eksiklik ve yoksunluğun iş sözleşmesinin feshi anında mevcut olması ve onun iş ediminin usulüne uygun bir şekilde ifası için kısa sürede doktor, terapist, psikolog, antrenör vs. nin yardımıyla bu özelliklere yeniden kavuşabilmesinin mümkün görülmemesi gerekir... Verimi düşen bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, ilgili işçinin kendi verim ve performans profiline uyan başka bir işte çalışmaya devam etmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir. İşte bu bağlamda yapılacak araştırma sonucunda işçinin başka bir işe nakli mümkün görülüyorsa, işveren iş sözleşmesini geçerli olarak feshedebilecektir. Keza, işçinin çalıştığı işte çalışabilme için istenen profil, devamlı olarak gelişen ve yenilenen bir mesleki bilgiye sahip olunmasını gerektiriyorsa, işçiye bu profile uygun bilgiyi edinebilmesi için fırsat verilmelidir." Y. 9. HD. E. 2009/22987, K. 2010/19429, K.T. 21.06.2010. (Çevrimiçi) www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 03.02.2024).

¹⁹⁸Akyiğit, Yargıtay'ın bu yöndeki kararlardan hareketle, işçinin kişiliğine ilişkin fesihlerde de son çare ilkesinin uygulanmasının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Akyiğit, Şerh, s.1138; Alp: s.162; Baskan, s.92;Caniklioğlu;Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.189; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat: s.507; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan: s.207; Kabakcı: s.251. Sümer: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi, s.71; Süzek: s.625.

feshedilmesinin hukuka uygun kabul edilemeyeceğini,¹⁹⁹ ayrıca son çare ilkesinin işverenin gözetme yükümlülüğünün de bir parçası olduğu isabetli olarak belirtilmiştir.²⁰⁰

Nitekim Alman Hukukunda da yetersizliğe ilişkin fesihlerde son çare ilkesine başvurulduğu görülmektedir. Çünkü işçinin yetersizliği söz konusu olduğunda kusuru bulunmaksızın iş görme edimi yerine getirilememektedir. Bu durumda ise iş sözleşmesinin feshedilmesinin ölçülü bir davranış olmayacağı ve eğer elverişli ise alternatif yollara başvurulması gerektiği kabul edilmiştir.²⁰¹

Federal Mahkeme tarafından verilen bir kararda ise işçinin hastalık sebebiyle yalnızca part-time çalışabileceği anlaşıyor ise bu durumda işverence işçinin part-time çalışabilecek şekilde koşulları yeniden belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁰² Yine mahkemenin bir diğer kararında ise fesih konusunun kaynağı ne olursa olsun her zaman son başvurulması gereken yolun fesih olduğu belirtilmiştir.²⁰³

Alman Hukuku'nda uyuşturucu madde ve alkol bağımlılığı da hastalık olarak kabul edildiğinden yetersizlikten kaynaklanan bir fesih sebebi olarak görülmektedir. Bununla birlikte, bağımlılığın fesih anında bulunması gerektiği ve işçinin rehabilitasyon ya da terapiyi kabul etmediği durumlarda feshin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir.²⁰⁴

Buna karşılık, Yargıtay'ın 2017 yılında verdiği bir kararda ise işçinin davranışı veya verimsizliği işyerinde olumsuzluklara neden olmuşsa ve iş ilişkisinin sürdürülmesi çekilmez duruma gelmişse işverenden son çare ilkesine başvurusu beklenemeyeceği belirtilmiştir.²⁰⁵

¹⁹⁹ Alp, s.162; Köseoğlu, Ali Cengiz: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, 12.Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011, s. 185.

²⁰⁰ Tiryaki: s.86.

²⁰¹ Caniklioğlu: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, s.73; Köseoğlu: s.155.

²⁰² Kılıçoğlu/Kılıçoğlu Ada: s.398.

²⁰³ Kılıçoğlu/Kılıçoğlu Ada: s.398.

²⁰⁴ Baskan: s.98.

²⁰⁵ “Dosya içeriğine göre davacının 2015 yılında 9, 2014 yılında 5, 2013 yılında 3 ve 2012 yılında 2 kez toplamda 39 gün rapor aldığı, diğer yıllar dikkate alınmazsa da 2015 yılında sık sık tekrar ettiği, esasında bu durumun mahkemenin de kabulünde olduğu anlaşılmaktadır. Davacının sık sık toplantılara geç kalması veya doktora gideceğini belirterek katılmadığı yönünde tutanaklar olduğu gibi katılmadığına ve haber vermediğine dair tutanaklar da tutulmuştur. Davacının en son alınan savunmasında amiri ile sorunlar yaşadığını, psikolojisinin bozulduğunu ve rahatsızlığı nedeni ile rapor aldığını belirtmiştir. Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre davacının rapor alsa da almasa da toplantılara geç katıldığı veya katılmadığı, işyerinde amirleri ile sorunlar yaşandığı, sık sık rapor alması ve toplantılara katılmamasının

İşçinin sık sık rahatsızlanıp devamsızlık yaptığı durumlarda iş görme edimi yerine getirilemediğinden fesih yerine alternatif bir yol seçilecekse bu yolun devamsızlığı ortadan kaldıracak şekilde olması gerekir. Fakat bu konuda alternatif bir yolun olma ihtimali oldukça düşüktür. Çünkü sık sık hastalığın sebebi yapılan iş ile ilgili değilse işçinin farklı bir işte çalıştırılması ya da hastalıkta işçinin kusuru bulunmuyorsa ihtar verilmesi gibi önlemler amaca yönelik olmadığından alternatif bir yoldan yani son çare ilkesinden söz edilemeyecektir. Ancak sık sık rahatsızlığın temelinde sözleşme konusundaki iş yer alıyorsa bu durumda son çare ilkesinin gözetilmesi gerekir.²⁰⁶

Uzun süreli hastalıklardan kaynaklanan devamsızlıklarda da işçi,kendi işinde çalışamamasına karşılık farklı bir işte çalışabilme imkânı varsa bu farklı işte çalıştırılması gerekir. Ancak böyle bir ihtimal ile karşılaşılması da yine oldukça düşüktür. İşverenin, uzun süreli hastalıktan kaynaklanan devamsızlıklarda işyerindeki diğer işçilere fazla mesai yaptırılması, geçici süreliğine farklı bir işçi çalıştırması vb. gibi fesih yerine daha hafif önlemlere başvurmayı tercih etmesi ise son çare ilkesinin oldukça sınırını genişleteceğinden isabetli bir yöntem olarak görülmemektedir.²⁰⁷

3.6.2. Haklı nedene dayalı fesihlerde son çare ilkesi

İş Kanunu'nun m. 25/1-(a) hükmü kapsamına giren hastalığa ilişkin fesihlerde işçinin devamsızlığının aralıksız şekilde üç iş günü ya da bir aylık sürede beş iş gününden fazla sürdüğü ve bu hüküm dışında kalan gebelik, doğum,kaza ve hastalık gibi durumlarda ise İşK. m.17'de düzenlenen süreyi 6 hafta aşması durumunda yasa koyucu iş ilişkisinin sürdürülmesinin çekilmez durumda olduğunu kabul etmiştir. Bu sebeple, işverenden fesih yerine daha hafif görülen alternatif bir yola başvurması beklenemez. Bununla birlikte, belirtilen durumların varlığında fesih yerine alternatif bir yolun önerilmesi de zaten oldukça güçtür. Çünkü bu durumda fesih sebebi işçinin devamsızlığından kaynaklandığından işveren iş gücü açığını kapatmayı

işyerinde olumsuzluklara yol açtığı anlaşılmaktadır. Davranış ve verimi neden ile işyerinde olumsuzluklara yol açan ve iş ilişkisini devamını çekilmez hale getiren bir işçi açısından feshin son çare olması ilkesinden söz edilemez.” Y.9.HD. E. 2016/29524, K. 2017/12122, K.T. 06.07.2017. (Çevrimiçi) www.karararama.yargitay.gov.tr. (Erişim Tarihi: 15.03.2024).

²⁰⁶ Baskan: s.95.

²⁰⁷ Baskan: s.97.

hedeflemektedir. Böyle bir halde işverenden bu duruma katlanmasını beklemek ise işverenin fesih yetkisini aşırı ölçüde kısıtlayacaktır.²⁰⁸

Konuyla ilgili tartışılmalı bir diğer husus ise, sağlık nedenlerinden kaynaklanan ve haklı bir fesih sebebi olarak görülen, İşK. m.25/1-(b) hükmündeki tedavi edilmesi mümkün olmayan ve işyerinde çalışması sakıncalı görülen hastalıklarda son çare ilkesinin uygulanmasının gerekli olup olmadığıdır.

Doktrinde, İşK. m.25/1-(b) hükmünü değerlendiren yazarların birçoğu işverene mutlak bir fesih hakkı tanındığını, konu ile ilgili hakimin bir takdir yetkisi olmadığını dolayısıyla da son çare ilkesinden bahsedilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir.²⁰⁹

Ancak Yargıtay kararlarına bakıldığında ise İşK. m. 25/1-(b) hükmü kapsamındaki fesihler için bile son çare ilkesinin arandığı görülmektedir.²¹⁰ Bahsi geçen kararlar ilgili Alp'in değerlendirmesi ise somut olay bakımından İşK. m. 25/1-(b) hükmü kapsamında haklı bir fesih sebebi bulunmamaktadır. Çünkü söz konusu kararda işçinin raporu belli işlerde çalışamayacağına ilişkin olup, işyerinde çalışması hakkında değildir. Oysa İşK. m.25/1-(b) hükmünde fesih için işçinin işyerinde çalışmasının sakıncalı olması aranır. Bu halde ise fesih için haklı sebep teşkil eden koşullar sağlanamadığından, ancak geçerli bir fesih sebebinden söz edilebilir ve son çare ilkesinin gözetilmesi gerekir.²¹¹ Yazar, haklı sebeplerde son çare ilkesine başvurulmasının işverenin fesih hakkını kısıtladığını, kararın olması gereken hukuk açısından uygun bir karar olduğunu, ancak mevcut hukuk sistemi ile bağdaşmadığını, kanundaki düzenleme sebebiyle işverenin sözleşmeyi haklı sebeple feshedebileceğini belirtmiştir. Özetle, Alp'e göre Yargıtay'ın konuya ilişkin kararı sonuç açısından isabetli olsa da fesih sebebinin aslında İşK. m. 25/1-(b) hükmü ile bir ilgisi bulunmamaktadır.²¹²

Ayrıca yazara göre haklı sebeple fesih hakkının sınırlarının kesin bir şekilde belirlenmiş olması, son çare ilkesinin uygulanabilirliğini engellemekte olup hakkaniyet ile bağdaşmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Bu sebeple haklı fesihle ilgili

²⁰⁸ Başkan: s.113.

²⁰⁹ Savaş: s.51; Alp, Mustafa: Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi 2006, Ankara, 2009, s.163.

²¹⁰ Y.9.HD. E. 2006/3213, K.2006/5521, K.T. 06.03.2006. (Çevrimiçi) www.kazanci.com (Erişim Tarihi:15.02.2024); Benzer yönde Bkz. Y.9.HD. E. 2018/8762, K. 2018/19373, K.T. 25.10.2018. (Çevrimiçi) www.kazanci.com (Erişim Tarihi:15.02.2024).

²¹¹ Alp: s.163; Benzer yönde bkz. Kılıçoğlu/Kılıçoğlu Ada: s.699.

²¹² Alp: s.163.

düzenlemelerin, olması gereken hukuk açısından hakime takdir yetkisi sağlayacak şekilde olması gerektiği, işçiden kaynaklanan sebeplerde bile son çare ilkesine başvurulurken, daha ağır neticeleri olan haklı sebeple fesih hallerinde de evleviyetle gözetilmesi gerektiği ve bu doğrultuda İş Kanunu'nun 25.maddesinin yeniden düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.²¹³

Diğer bir görüşe göre ise haklı sebeplerde son çare ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı her somut olaya göre değerlendirilmesi gereken bir husustur. Örneğin, fesih sebebi cinsel tacizden kaynaklanıyorsa son çare ilkesinden söz edilmesi mümkün değilken, İşK. m.25/1-(b)hükmüne ilişkin fesihlerde ise işçinin farklı bir işte çalışabilme imkânı olup olmadığına bakılması gerekir.²¹⁴

Fransız ve Alman Hukukunda olduğu gibi hukukumuzda da son çare ilkesi uyarınca işçinin farklı bir işte çalıştırılabilmesi için işyerinde boş bir pozisyonun bulunması ve işçinin niteliğine uygun bir iş olması gerekir.²¹⁵ İşyerinde boş kadro olmadığında ya da diğer işçilerin çalışma koşullarını ve menfaatini olumsuz olarak etkileyecek bir durum söz konusu olduğunda işverenden son çare ilkesine göre hareket etmesi beklenemez.²¹⁶

İşveren alternatif bir yol olarak işçiye farklı bir iş önererek ise bu işin nitelik bakımından işçinin sağlığı için uygun olup olmadığının dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. Yargıtay konuyla ilgili olarak, uzun yıllar kıdemli vasıflı bir çalışanın, ameliyat geçirmesi sonrasında vasıfsız şekilde çalıştırıldığı olay hakkında işçi mevcut işinden daha hafif bir iş talep etmiş olsa da bu işin işçinin niteliğine göre en

²¹³ Alp: s.163.

²¹⁴ Manav Özdemir, Eda: Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s.117.

²¹⁵ Mahkemece gerekli araştırma yapılarak, fesih bildirimini çerçevesinde davalı şirket tarafından alınan işletmesel kararın tutarlı şekilde uygulanıp uygulanmadığı ve feshin son çare olması ilkesinin gözetilip gözetilmediği, bu bağlamda fesihten sonra işyerine davacı ile aynı nitelikte işçi alınıp alınmadığının belirlenmesi, özellikle fesih tarihinde davacıya başka bir görevlendirmenin yapılabilir olup olmadığı ve aynı tarihte davacının görevlendirilebileceği boş kadronun bulunup bulunmadığı yönlerinden uzman bilirkişi raporu alınması ve sonucuna göre tüm dosya içeriği ile birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekir. Y.22.HD. E. 2018/8060, K. 2018/15357, K.T. 20.6.2018. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

Fransız ve Alman Hukuku ile ilgili kaynaklar için Bkz. Baskan: s.167. dn.624-626; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Başkan: s.208; Tiriyaki: s.86

²¹⁶ “İşyerinin devirden sonra hemşire olarak davacının davalının diğer işyerlerinde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı araştırılmış değildir. Eğer sağlık personeli davacının çalıştırılması mümkün bir işyeri mevcut değilse feshin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir”. Y9.HD E.2005/27642, K.2005/34063, K.T. 19.10.2005 (Çevrimiçi) www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 22.02.2024); Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan: s.206-207.

uygun iş olması gerektiğini belirtmiştir.²¹⁷ Yani alternatif işin işçinin işyerindeki konumuna, mesleğine, bilgi ve tecrübesine uygun bir iş olması gerekir.²¹⁸ Diğer bir deyişle, işçi için alternatif olarak görülen işin aynı kategoride olması hiç değilse yakın bir kategoride olması zorunludur.²¹⁹ Eğer alternatif iş kategori olarak mevcut işten daha düşük bir iş ise bu durum hukuken esaslı bir değişiklik olup işçiye teklif edilmesi gerekir.²²⁰ Ancak işçinin bu teklifi kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır.²²¹ İşçiye önerilecek alternatif işin, süreklilik gösterecek şekilde değil, sağlık durumu düzelene kadar yani geçici bir süre için önerilmesi gerekir.²²²

Caniklioğlu, haklı olarak bu koşulları sağlayan bir işin önerilmesi halinde dürüstlük kuralları gereği işçi tarafından kabul edilmesi gerektiği, önerilen işin kabul edilmemesi halinde ise artık işçinin durumunu işgöremezlik kapsamında değerlendirmeyip kanundaki devamsızlığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.²²³

Esaslı değişik, işçinin konumu, yaptığı işi, ücreti, aile ve sosyal hayatını esaslı şekilde etkileyen,²²⁴ işçinin durumunu ağırlaştıran, iş sözleşmesinin objektif esaslı koşullarına müdahalede bulunulan²²⁵ işçinin dürüstlük kuralı kapsamında onaylamasının beklenemeyeceği değişikliklerdir.²²⁶ Esaslı olmayan bir değişiklik ise işçinin iş görme edimi ile doğrudan bir bağlantısı olmayan, sözleşme konusu işin görülmesi için pek önemli görülmeyen değişikliktir.²²⁷ Netice olarak, esaslı bir değişikliğin bulunduğu

²¹⁷ “Somut olayda, davacı lastik tamircisi olup yıllarca çalışan kalifiye bir işçidir. Geçirdiği menisküs ameliyatı sonrası mevkici (vasıfsız işçi) olarak el arabası ve süpürge ile sokak temizlik işçisi olarak görevlendirildiği anlaşılmaktadır. Davacının işverenden yazılı bir talebi yoktur. Tanık beyanlarından anlaşıldığı üzere geçirdiği rahatsızlık sonucu sözlü olarak daha hafif bir iş verilmesini istemişse de bu işin durumuna en uygun iş olması gerekmektedir. İşverence rızası dışında temizlik işçisi olarak görevlendirildiği, bunun üzerine işyerini terk etmek suretiyle iş sözleşmesini kendisinin sonlandığı anlaşılmaktadır. İşverence çalışma koşulları esaslı şekilde değiştirilmiştir. Bu durumda, iş sözleşmesinin 4857 sayılı Kanun'un 24/II- f. bendi gereğince işçi tarafından haklı sebeple feshedildiğinin kabulü gerekir. Kıdem tazminatına hükmedilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y22.HD E.2015/24749, K.2017/28845 K. T.18.12.2017. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

²¹⁸ Sümer: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi, s.71.

²¹⁹ Caniklioğlu; Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.71; Kılıçoğlu/Kılıçoğlu Ada: s.398.

²²⁰ Kılıçoğlu/Kılıçoğlu Ada: s.398.

²²¹ Caniklioğlu; Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.12.

²²² Sözer: Hasta İşçinin İş İlişkisi, s.13.

²²³ Caniklioğlu; Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.12; Benzer yönde Bkz. Uşan, Fatih M./Erdoğan, Canan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 3.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.224.

²²⁴ Uşan/Erdoğan: s.220

²²⁵ Kabakcı: s.289; Sözek: 677 vd.

²²⁶ Doğan Yenisey: Kübra: “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi” Çalışma ve Toplum, S.3., 2010, s.95.

²²⁷ Uşan/Erdoğan: s.220.

kabul edilebilmesi için yeni koşulların işçinin aleyhine olması gerekir.²²⁸ Bu sebeple esaslı kabul edilebilecek bir değişiklik olsa bile, değişiklik işçi lehine ise İşK. m.22 kapsamına girmeyecektir.²²⁹

Doktrin ve Yargıtay kararlarında işçinin sağlık sebepleri dolayısıyla işinin değiştirilmesi işçi yararına bir değişiklik olduğu belirtilmiştir.²³⁰ Ancak değişikliğin sebebine göre bir ayırım yapmak yerine değişiklik sonucunda işçinin çalışma şartlarının önceki duruma göre ağırlaşıp ağırlaşmadığına bakılarak bir değerlendirmenin yapılması daha adil bir sonuca ulaşılmasını sağlayacaktır.²³¹

3.7. Sağlık Sebebiyle Gerçekleşen Fesihlerde Savunma

3.7.1. Geçerli sebebe dayanan fesihlerde savunma

İş hukukunda savunma hakkı, fesih sebebi hakkında işçinin bilgilendirilmesi, bu konuda gerçeğin aydınlatılması ve işverenin fesihle ilgili düşüncesini etkilemeye yarayan bir araçtır.²³²

İşK. m.19/2 hükmü, 158 sayılı ILO sözleşmesinin 7.maddesine paralel olarak hazırlanmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre, “*Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır.*”

Düzenlemeden anlaşıldığı üzere, işçinin kişiliğinden kaynaklanan nedenlerle ilgili fesihlerde savunma koşulu öngörülmüştür. İşçiden kaynaklanmayan, işçi ile bir ilgisi olmayan fesihler için savunma hakkı tanınmadığı gibi, bir yararı da yoktur. Netice itibariyle davranış ya da yetersizlikten kaynaklanan fesihlerde, belirsiz süreli ve iş güvencesi kapsamındaki işçilerin savunması alınmadan iş sözleşmelerinin feshedilmesi mümkün değildir.²³³

²²⁸ Süzek: s.676.

²²⁹ Süzek: s.676; Uşan/Erdoğan: s.224.

²³⁰ Uşan/Erdoğan: s.225.

²³¹ Baskan: s.235.

²³² Duman, Barış: “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.1. (Haziran 2020), s.14.

²³³ Duman: s.3.

Hükümde yer alan verim ifadesinin, işçinin yeterliliği olarak anlaşılması gerekir.²³⁴Buna karşılık, madde gerekçesinde işçinin bedensel ya da zihinsel yetersizliği bulunması durumunda işverenden savunma alınması beklenemeyeceği belirtilmiştir.²³⁵

Savunmanın usulü ve şekli hakkında kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple savunma sözlü ya da yazılı olabilir ancak işverene ispat kolaylığı açısından yazılı bir savunma alınması daha uygun görülmektedir.²³⁶

Yargıtay’a göre usulüne uygun bir savunmadan bahsedebilmek için dikkat edilmesi gereken hususlar şu şekildedir: *“İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranış sebebiyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildirimiyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur”*²³⁷

İşK. m. 19/2 hükmü ile yukarıda bahsedilen karardan anlaşılacağı üzere yetersizlik ya da davranış sebebiyle kaynaklanan fesihlerde savunma işçi için tanınmış bir hak olup, işveren için bir yükümlülüktür.²³⁸ Kararda belirtilen makul sürenin nasıl

²³⁴İşçinin sık sık rapor almasının da verimsizliğe yol açacağını kabul etmek gerekir. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde sık sık hastalanma veya çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık halinin işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri olduğu belirtilmiştir. Ancak, İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca yetersizlik nedeni ile iş sözleşmesinin feshi için fesihten önce işçiden savunmasının alınması gerekir. Dava konusu fesih bildiriminde davacının fazla rapor almasının işyerinde olumsuzluklara ve verimsizliğe yol açtığından söz edilmesine rağmen, fesihten önce davacıdan savunması alınmamış olduğundan feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir. Y 9. HD. E.2007/15398, K.2007/16979 K.T.28.05.2007. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 26.02.2024); Benzer karar için Bkz. Y. 9.HD. E.2016/29598, K. 1017/18105, K.T. 13.11.2017. (Çevrimiçi) www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 26.02.2024); Senyen Kaplan: s.421; Süzek: s.632.

²³⁵ Günay, işçinin bedensel yetersizliği anlaşılabilir feshin sebebiyet veren davranışın zihinsel yetersizlikle ilgili olup olmadığının açık bir şekilde anlaşılamayacağından savunma alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Günay: s.639.

²³⁶ Günay: s.640; Süzek: s.632.

²³⁷ Y.9.HD. E. 2017/24792 K. 2018/9808, K.T. 03.05.2018. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 18.02.2024); Y.9.HD. E. 2007/37485 K.2008/12509, K.T. 26.05.2008. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 18.02.2024).

²³⁸ Duman: s.2.

tespit edileceği ise savunma alınması gereken fesih konusuna göre belirlenmesi gerekir. İşçiye savunma için makul süre tanınmaması ise feshi geçersiz kılar.²³⁹

3.7.2. Haklı nedene dayanan fesihlerde savunma

İş hukukunda çalışmamızla ilgili tartışılmalı olan bir husus ise tedavisi mümkün olmayan ve işyerinde çalışması sakıncalı görülen hastalığa bağlı fesihlerde işçinin savunmasının alınmasının gerekip gerekmeyeceğidir. Doktrinde baskın görüşe göre, İşK. m.25/1-(b) hükmüne dayanan fesihler için işçinin savunmasının aranmaması gerekir.

Süzek'e göre, İşK. m.25/son hükmünde bu kanunun 18, 20 ve 21. maddelerine atıf yapıldığından aynı kanunun 19.maddesi kapsam dışı tutulmuştur. İşK.m. 19/2'de yalnızca İşK.m.25/2 hükmünden bahsedilmesinin sebebi ise diğer bentler için savunma alınması gerektiğinden değil, maddedeki diğer bentlerin kusurla bir ilgisi olmadığından savunma alınmasını gerektirecek bir nedende bulunmamaktadır. Ayrıca ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık hallerinde, kıdem tazminatından mahrum kalan işçi için bile kanunda savunma hakkı tanınmamışken, sağlık nedenleri, zorlayıcı sebepler ya da gözaltı veya tutuklanma hallerinde savunma alınmasının gerekli olduğu kanısına varmak isabetli görülmemektedir.²⁴⁰

Ergin'e göre, İş Kanunu'nun 25.maddesinin I, III, ve IV. fıkralarında yer alan fesih sebeplerinin işçinin verimi ya da davranışı ile bir ilgisi bulunmamaktadır, Belirtilen düzenlemelerde işçi iş görme ediminin ifasını, kendisinden kaynaklanmayan ve kusurla da bir ilişkisi olmayan, geçici ya da sürekli olarak imkansız hale getiren koşullar sebebiyle yerine getirememektedir. Bu halde, işçiden savunma alınmasının hukuki bir dayanağı bulunmadığı gibi, savunma alınmasının bir manası ve çoğu durumda olanağı da yoktur.²⁴¹

Dulay Yangın ise, istirahat raporlarının fesih için haklı sebepleri ortaya koyan yegane belgeler olduğunu, işçinin savunmasının alınması ile farklı bir belgeye ulaşılması veya farklı bir durumun öğrenilmesi söz konusu olmadığından sağlık

²³⁹ Ekmekçi/Yiğit: s.655.

²⁴⁰ Süzek: s.720-723; Benzer yönde Ertürk: Bireysel İş Hukuku, s.385.

²⁴¹ Ergin: İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı, s.63.

nedenlerinden kaynaklanan haklı fesihlerde işçinin savunmasının alınmasına gerek olmadığını belirtmiştir.²⁴²

Konuyla ilgili olarak geçmiş yıllarda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ve Yargıtay'ın kapatılan 22. Hukuk Dairesi arasında ise görüş ayrılıkları bulunduğu görülmektedir. Yargıtay 9.HD. geçmiş yıllarda İşK.m.25/I-(b) hükmüne dayanan fesihlerde, savunma alınmasının gerektiği yönünde kararlar vermiştir. Gerekçe olarak ise İşK. m. 19/2 hükmüne göre, yalnızca İşK. m. 25/2 hükmüne dayanan fesihlerde savunma alınmasının gerekmediği, bunun haricindeki fesihler için ise savunma alınmasının kanuni bir gereklilik olduğu ifade edilmiştir.²⁴³

Konuyla ilgili olarak Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin ise İşK. m.25/1-(b) hükmüne dayanan fesihlerde işçinin savunmasının alınması gerekmediği yönünde kararlar verdiği görülmektedir. Gerekçe olarak ise İşK. m.18'de açıkça "yeterlilik" kavramından bahsedilmişken, aynı kanunun 19.maddesinde ise "verimlilik" kavramının yer aldığı, bu halde iş sözleşmesi verim dışında işçinin yeterliliği sebebiyle feshedilecekse savunma alınmasına gerek olmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca İşK. m.19 gerekçesinde bedensel ya da zihinsel yetersizlik ile ilgili konularda savunma alınması beklenemeyeceğinin açık şekilde belirtildiği, bu sebepler ile yasa koyucunun yeterlilik ve verimlilik kelimelerini bilinçli bir şekilde farklı kullandığının anlaşıldığı, bedensel ya da zihinsel yetersizlik hallerinin ise İşK.m.25/1 hükmüne münhasır olduğu, öte yandan İşK. m.25/son'da bu kanunun 18,20 ve 21. maddelerine atıf yapıldığını ancak bu kanunun 19.maddesinin kapsam dışı bırakılmasının, İşK. m.25 kapsamına giren fesihlerle bir ilgisi olmadığı belirtilmiştir.²⁴⁴

Konu ile ilgili tartışmalar, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 19.10.2018 tarihindeki kararı ile önemini kaybetmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme

²⁴² Dulay Yangın, Dilek: "İş Sözleşmesinin İş Kanunu .25/1-(b) Uyarınca Haklı Nedenle Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması Gerekli midir?" (Karar İncelemesi), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, S.3, (2017), s.2052.

²⁴³ "Davacı işçinin iş sözleşmesinin, 4857 sayılı İşK. m.25/I uyarınca sağlık nedenleri ile davalı işverence feshedilmiş, ancak savunması alınmamıştır. Davacının iş sözleşmesinin sağlık sebepleri ile feshedilmesine karşın, fesih öncesinde savunmasının alınmamış olması feshin geçersizliği sonucunu doğurmaktadır." Y.9.HD. E. 2016/13617, K. 2017/8796, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 28.02.2024); Aynı yönde kararlar için Bkz. Y.9.HD. 24.05.2017, E. 2016/10472, K. 2017/7099, K.T. 24.04.2017. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 28.02.2024); Y.9.HD. E. 2015/35476, K.2016/18795, K.T. 31.10.2016. Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 28.02.2024).

²⁴⁴ Y.22.HD. E. 2016/29395, K. 2016/27966, K.T. 15.12.2016. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 01.03.2024); Y.22. HD. E. 2013/10035, K. 2013/14132, K.T. 01.06.2013. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi:01.03.2024).

Genel Kurulu, söz konusu kararda İŞK. m. 25/1-(b) hükmüne dayanan fesihlerde işçinin devamsızlığının ihbar süresine ek olarak altı haftalık süreyi aşması durumunda işveren için haklı sebeple fesih koşullarının oluştuğunu, ayrıca savunma alınmasının gerek olmadığını belirtmiştir.²⁴⁵

Konuyla ilgili değinilmesi gereken bir diğer bir husus ise iş güvencesi ile ilgili düzenlemeler nispi emredici nitelikte olduğundan, bu düzenlemelerin kapsamı işçi lehine genişletilebilecektir.²⁴⁶ Bu sebeple, yasada savunma alınması öngörülme­yen feshe ilişkin sebeplerde, bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle ya da işverenin iradesi doğrultusunda işyeri uygulaması olarak fesihten önce savunma alınmasının kararlaştırılması mümkündür.²⁴⁷

²⁴⁵ YİBGK. 19.10.2018. E. 2017/9, K.2018/10). (R.G., S. 30769, K.T. 09.05.2019).

²⁴⁶ Aras, Talip:“İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik”, TBB Dergisi, Sayı 119, 2015, s.454.

²⁴⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.242; Duman, s.4.

4. İŞ SÖZLEŞMESİNDE SAĞLIK SEBEPLERİNİN ETKİSİ

4.1. İş Sözleşmesinin Kurulması Esnasında Sağlık Sebeplerinin Etkisi

4.1.1. İşveren ve işçi adayının hak ve yükümlülükleri

4.1.1.1. Bilgi edinme hakkı/bilgilendirme yükümlülüğü

İş sözleşmesinin kurulması için gerçekleştirilen görüşmelerde aday işçinin ve işverenin menfaatleri ve düşündükleri konular birbirinden farklıdır. Aday işçi, genel olarak ailesinin ve kendisinin geçimini sağlamak için işe ihtiyacı olduğundan işverene karşı güçsüz konumda olup korunmaya muhtaçtır. Bununla birlikte, aday işçi işe kabul edilmesi için donanımlı özelliklerini öne çıkarmak, eksik ve yetersiz yanlarını gizlemek, kendisi ile ilgili gerçek dışı bilgiler verebilmektedir.²⁴⁸

İş sözleşmesinin kurulması için gerçekleştirilen görüşmelerde taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki başlamasına karşılık, taraflardan birinin diğer tarafa gerçeğe aykırı bilgi vererek zarar verici bir davranışta bulunması halinde sözleşmeden kaynaklanan borcun ihlali hakkındaki hükümlere göre sorumluluk söz konusu olmaktadır.²⁴⁹ Bu safhada tarafların sorumluluğu borçlar hukuku kapsamında koruma (davranış) yükümlülükleri doğrultusunda açıklanabilir.²⁵⁰ Nitekim koruma yükümlülükleri sözleşme kurulduğu anda değil, tarafların sözleşme görüşmelerini gerçekleştirdiği esnada başlar.²⁵¹

Koruma yükümlülüğünün temeli ve sınırı, TMK m.2 dürüstlük kuralı kapsamında belirlenir. Bu doğrultuda iş hukukunda taraflar, iş sözleşmesinin kurulmasında etkili olan hususlarda karşı tarafa doğru bilgi vermekle yükümlüdür.²⁵²

İşveren, görüşmeler esnasında aday işçiye sözleşme konusu iş ile bir ilgisi olmayan konularla ilgili soru sormamakla yükümlüdür. Görüşmeler esnasında aday işçi tarafından sunulan sertifika, diploma, sağlık raporu, çalışma belgesi gibi belgelerin işverence saklı tutulması gerekir. Buna karşılık, belgelerin işverende kalması aday işçinin kişilik hakkını ihlal ediyorsa, talep üzerine iade edilmesi ya da yok edilmesi

²⁴⁸ Süzek: s.320.

²⁴⁹ Yürekli, Sabahattin: “İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 72, S.2, (Haziran, 2014), s.542.

²⁵⁰ Süzek: s.320.

²⁵¹ Süzek: s.320.

²⁵² Yürekli: s.542.

gerekir.²⁵³Bu aşamada aday işçi ise yapılacak iş ile ilgili konuda kişilik hakkını ihlal etmediği sürece işverenin sorularına doğru cevap vermekle yükümlüdür.²⁵⁴Konuyla ilgili örnek teşkil eden Yargıtay kararına göre, güvenlik görevlisi olarak çalışan kişinin, işe girerken doldurulan formda sabıka kaydını saklaması bu yükümlülüğe aykırı niteliktedir.²⁵⁵

Öte yandan, Anayasa'nın 25, 51 ve 67.maddeleri uyarınca kural olarak aday işçiye, sendikaya üyeliği, siyasi düşüncesi, dini inancı gibi konular hakkında bir soru sorulamaz. Aday işçinin bu konularda cevap vermemesi ya da gerçeğe aykırı cevap vermesi ise işvereni yanıltma olarak düşünülemez.

Sözleşme görüşmeleri esnasında kusurlu olarak koruma yükümlülüklerine aykırı davranılması durumunda *culpa in contrahendo* kapsamında bir sorumluluk söz konusu olur ve sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümler uygulanır. Bu halde sözleşme görüşmelerinde kusur sebebiyle meydana gelen zararların TBK m.112 vd. hükümlerine göre tazmin edilmesi gerekir.²⁵⁶

İşverenin işçinin kişilik hakkına saldırı oluşturan eylemlerde bulunması ya da soru sorabileceği konularda sınırını aşması durumunda ayrıca manevi tazminat ödenmesi des öz konusu olabilecektir. Bu durumda ise TBK m.114/2 uyarınca; TBK m. 24, 56 ve 58 e göre işlem yapılabilir.²⁵⁷

Sözleşme görüşmeleri esnasında kusurlu hareketlere rağmen kurulmuş bir iş sözleşmesi olabilir. Böyle bir halde, iş sözleşmesi kurulduğu esnada taraflardan biri sözleşmenin esaslı konularında gerçeğe aykırı bilgi vererek ya da gerçeğe aykırı bilgiye sessiz kalarak diğer tarafı yanıltması durumunda İşK. m. 24/2-(a) ve İşK. m. 25/2-(a) kapsamında haklı bir fesih sebebi söz konusu olacaktır.

İş sözleşmesinin kurulması için yapılan görüşmelerde aday işçi ile ilgili bilgi sahibi olmak işveren açısından büyük önem taşır. İşveren aday işçi hakkında bilgi sahibi olmaya çalıştığı zaman öncelikle işçinin sağlık durumu hakkında bilgi almak isteyecektir. Zira işçinin sağlık durumu, sözleşme konusu işin yerine getirilmesi ve

²⁵³ Süzek: s.321.

²⁵⁴ Yürekli: s.551.

²⁵⁵ Y. 9.HD. E. 1997/19393, K. 1998/432, T. 22.1.1998. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 01.03.2024)

²⁵⁶ Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.33.

²⁵⁷ Yürekli: s.565.

işyeri menfaati ve işleyiş için en önemli etkidir. İşveren bu bilgileri edinmek için aday işçiye sağlık durumu hakkında sorular sorabileceği gibi sağlık raporu ile de bilgi sahibi olabilecektir.

Doktrinde genel olarak işverenin aday işçiye sağlık durumu ile ilgili sorular sorabileceği kabul edilmiştir. Bununla beraber, işverenin sınırsız bir şekilde soru sorma hakkına sahip olduğu da düşünülemez. Soru sorabilme hakkının kapsamı, işin niteliğine göre belirlenir. Bu halde, işçinin sağlık durumu sözleşme konusu işin niteliği için önem taşıyorsa işverenin konuyla ilgili sınırlı olacak şekilde sorular sorabileceği kabul edilmelidir.²⁵⁸ Buna karşılık işveren tarafından sorulmasa bile işçinin işin görülmesini büyük ölçüde engelleyecek bir hastalığı bulunuyorsa veya yakın zamanda bir tedavi görmesi ya da bir ameliyat geçirmesi söz konusuysa işçi tarafından kendiliğinden açıklanması gerekir.²⁵⁹ Netice itibarıyla işverenin, işçinin sağlık durumu ile ilgili soru sorabilme hakkının sınırı sözleşme konusu işin niteliğine göre belirlenecektir.

İşçinin sağlık durumu hakkında kendisine yöneltilen sorulara gerçeğe aykırı cevap vermesi ya da sessiz kalması halinde esaslı bir yanıltma olup olmadığı somut olayın özelliğine göre hakim tarafından tespit edilir. Bu durumda yanıltma konusunun ağırlığına göre işveren için İşK. m.25/II-(a) uyarınca haklı bir fesih sebebi mi ya da İşK m.18 kapsamında işçinin davranışından kaynaklanan bir geçerli neden mi teşkil ettiği objektif şekilde belirlenmesi gerekir.²⁶⁰ Örneğin, inşaat işçisinin epilepsi hastalığı olduğunu saklaması, güvenlik görevlisinin iş başvuru formunda sabıka kaydını saklaması, bel fitiği olan işçinin taşıma işi için bu rahatsızlığı gizlemesi gibi davranışlar esaslı yanıltma teşkil eder.²⁶¹ Öte yandan, masa başında çalışılacak iş için safrak kesesinde taş bulunduğunu söylenmemesi, işçinin sendika üyeliği bulunup bulunmadığı hakkındaki soruya doğru yanıt vermemesi, sözleşme yapılırken işin niteliği gerektirmediği sürece kadın işçinin hamileliğini gizlemesi vb. gibi haller ise iş sözleşmesinin feshi için haklı sebep olarak kabul edilemez.²⁶²

Yanıltma sebebiyle İşK. m. 25/2-(a) kapsamında haklı fesih sebebinden söz edebilmek için yanıltmanın sözleşme kurulduğu anda gerçekleşmesi gerekir. Şüphesiz yanıltmanın sözleşme yapıldıktan sonra gerçekleşmesi ise haklı bir fesih sebebinin

²⁵⁸ Caniklioğlu; Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s. 267-268.

²⁵⁹ Sözer: Hasta İşçinin İş İlişkisi, s.21-23; Ekmekçi/Yiğit, s.745.

²⁶⁰ Süzek: s.607.

²⁶¹ Özcan: İş Sözleşmesinin Feshi, s.275.

²⁶² Özcan: İş Sözleşmesinin Feshi, s.275.

meydana gelmediği anlamına gelmez. İş sözleşmesi kurulduktan sonraki yanılma oluşturan davranışlar bu maddedeki diğer bentler kapsamında haklı bir fesih sebebi oluşturur.²⁶³

4.1.1.2.1. İşverenin muayene ettirme hakkı ve sınırları

İşverenin işçinin sağlık durumu hakkında bilgi edinmesinin bir diğer yolu ise hekim muayenesi aracılığıyla gerçekleşir. Aslında sağlık muayenesi, işverenin bilgi edinme hakkı olmakla birlikte işveren için aynı zamanda bir yükümlülüktür. Zira, İSGK m.15'te işverenin sağlık muayenesi yaptırma zorunluluğu bulunduğu haller belirtilmiş olup buna göre,

- 1) *İşe girişlerinde,*
- 2) *İş değişikliğinde*
- 3) *İş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri hâlinde.*
- 4) *İşin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla.*
- 5) *Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamaz.*

Sağlık raporları, işyeri hekiminden alınır. 50'den az çalışanı bulunan ve az tehlikeli işyerleri için ise kamu hizmet sunucuları veya aile hekimlerinden de alınabilir. Raporlara itirazlar Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen hakem hastanelere yapılır, verilen kararlar kesindir (İSGK m.15/3).

Sağlık gözetiminden doğan maliyet ve bu gözetimden kaynaklı her türlü ek maliyet işverence karşılanır, çalışana yansıtılamaz (İSGK m.15/4). Sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulur (İSGK m.15/5).

Sağlık muayenesi sonrasında hekim, işçinin bütün sağlık durumu hakkında işvereni bilgilendiremez. Hekim yalnızca görülecek iş ile ilgili sınırlı olacak şekilde işçinin sağlık durumunun bu iş için uygun olup olmadığı hakkında bilgi vermesi

²⁶³ Ekmekçi/Yiğit: s.744-745.

gerekir.²⁶⁴ Buna karşılık, bazı durumlarda da işçinin muayene edilmesi için yasal zorunluluk olmasa bile işin niteliği sebebiyle uygulamada sağlık muayenesinin arandığı görülmektedir. Örneğin, futbolcuların detaylı bir sağlık kontrolünden geçirilmesi herkesçe bilinen bir uygulama olup yasa ile düzenlenmemiştir.²⁶⁵

4.1.2. İş ilişkisinin kurulması sırasında sağlık sebebine dayalı ayrımcılık uygulamaları

İş görüşmelerinde, işverenler aday işçilere bazı sorular sorarak ve başka yollarla da bilgi edinerek sözleşme serbestisi (AY m.48) kapsamında yapılacak iş için en verimli işçiyi belirleme hakkına sahiptirler. İşveren tarafından görüşmeler esnasında sorulacak soruların sözleşme konusu iş hakkında olup olmaması önem taşımaktadır. Aksi halde, işverence sorulan sorular ayrımcılık yasağına aykırı nitelikte olabilecektir.

İşverenin eşit davranma yükümlülüğüne ilişkin en temel düzenleme Anayasanın 10. maddesi olup buna göre, “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*”

İş Kanunu’nun 5.maddesine göre ise, *İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz*(İşK. m.5/1).

İşveren, 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 yapamaz(İşK m. 5/3).²⁶⁶

Ayrıca İşK. m.99/1-(a) hükmüne göre, bu kanunun 5. maddesine aykırı davranılması halinde işveren ya da işveren vekili, idari para cezası ödemekle yükümlü olur.

²⁶⁴ Sözer: Hasta İşçinin İş İlişkisi, s.20; Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.259.

²⁶⁵ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.269.

²⁶⁶ İşK m.5 gerekçesinde ise “işverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma, bu arada cinsiyet ayırımına gitmeme yükümlülüğü, çalışma hayatının önemli sorunlarından biri olarak tüm ülkelerin, uluslararası ve uluslararası hukukun gündemine girmiş ve çok sayıda ulusal ve uluslararası kaynaklarda yer almıştır.” denilerek işe alım sürecinde de eşit davranma yükümlülüğünden bahsedilmiştir.

İş Kanunu dışında 6701 sayılı TİEHKK m.3 e göre de “Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır.”

Yine aynı kanunun 6.maddesinin 1.fikrasına göre, “İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz.”

Öte yandan, TCK m.122/1’de işe işe alım sürecinde nefret ya da ayrımcılık sebebiyle eşitlik ilkesinin ihlal edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Yine benzer yönde, STİSK m.25’de sendikal faaliyetlerden kaynaklanan sebeplerle işe alım sürecinde ayrımcılığı ve 5387 sayılı EHK m.14’te de işe alım sürecinde ayrımcılık yasaklanmıştır.

Doktrinde işe iş ilişkisinde işverenin eşit davranma yükümlülüğünün ne zaman başlayacağı hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde baskın olan görüş, İşK. m.5/1’de açık bir şekilde “iş ilişkisi” olarak belirtildiğinden, eşit davranma yükümlülüğünün iş sözleşmesinin kurulmasından sonra başlayacağını ileri sürmüşlerdir.²⁶⁷ Doktrinde bir diğer görüş ise, Anayasanın 10.maddesi gereği, 5237 sayılı TCK m.122/1’de iş görüşmelerinde de ayrımcılık yapılmasının suç olduğu ve 6701 sayılı TİEHKK m.6/1’de işe işe alım sürecinde ayrımcılık yapılamayacağı açık bir şekilde belirtilmesi sebebiyle işe alım sürecinde de ayrımcılık yasağının kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.²⁶⁸

Ancak İşK. m.5/6 uyarınca, işe alım sürecinde ayrımcılığa maruz kalan işçi, özel nitelik gösteren ayrımcılık tazminatını talep etmesi mümkün değildir. Bu halde işe alım sürecinde ayrımcılığa maruz kalan işçi culpa in contrahendo (sözleşme görüşmelerinde kusur) kapsamında tazminat talep edebilmesi mümkündür.²⁶⁹ Netice olarak, işe alım

²⁶⁷ Doğan Yenisey, Kübra: “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, C.4, S.11, 2006, s.68; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.213; Narmanlıoğlu: s.330.

²⁶⁸ Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.33; Süzek: s.487-488.

²⁶⁹ Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.33.

sürecinde, işçiye işe alınacağına dair güven verilmesi fakat ayrımcılık yapılarak iş sözleşmesinin yapılmaması halinde culpa in contrahendo gereğince çözüme kavuşturulması gerekir.²⁷⁰ Haklı sebep olmaksızın iş sözleşmesi yapılmaması halinde aday işçinin kişilik hakkı bir zarar görmüşse bu zararın da haksız fiil hükümlerine göre tazmini gerekir.²⁷¹

İş hukukunda işçinin sağlık durumundan kaynaklanan ayrımcılık uygulamalarının başında görülen sağlık sebeplerinin AIDS hastalığı, işçinin engelli olması ve kadın çalışanların hamileliği ile ilgili olduğu görülmektedir. Bu sebeple bizde ayrımcılık uygulamalarında bahsedilen bu sağlık sebepleri üzerinde duracağız.

4.1.2.1. HIV/AIDS’li işçiler açısından

AIDS hastalığı, ölümcül nitelikte olup bireyde hastalığın belirtilerini gösteren HIV enfekte olması halidir. HIV taşıyıcısı ise, bireyde virüs olmakla birlikte, hastalık belirtisi görülmemektedir.²⁷² AIDS hastalığının iş ilişkisinde ayrı bir öneme sahip olmasındaki en büyük etken ise hastalığın bulaşıcı olması sebebiyle, işyerindeki diğer işçilerin aynı işyerinde çalışmaktan endişe etmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak bu hastalığın bulaşma yolları diğer hastalıklardan farklı olup, normal temasla, havadan veya besinler ile geçmemektedir.²⁷³

HIV taşıyıcısı ya da AIDS hastası olan bireyden hastalığın bulaşması, gebelik halinde anneden bebeğe plasenta aracılığıyla, organ nakliyle, kan ya da kan ürünlerinin verilmesiyle veya cinsel ilişki yoluyla gerçekleşmektedir.²⁷⁴ Söz konusu hastalığın kişiden kişiye geçme ihtimali, normal sosyal ilişkilerle çok düşük olması nedeniyle bu yaklaşımı doğru bulmak mümkün görülmemektedir.²⁷⁵

İrdelenmesi gereken bir diğer husus ise işverenin işçi adayına AIDS hastası/HIV taşıyıcısı olup olmadığına ilişkin soru sorma hakkına sahip olup olmadığıdır. Doktrinde bu hususla ilgili genel olarak hastalığın etkisinin uzun yıllar sonra ortaya çıkması ve bulaşma ihtimalinin çok düşük olması sebebiyle kural olarak işverenin soru sorma hakkının olmadığı, buna karşılık işçinin de doğru cevap verme yükümlülüğü

²⁷⁰ Yürekli: s.560.

²⁷¹ Sevimli, Ahmet: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006,s.148.

²⁷² Ertürk: Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı,s.7

²⁷³ Sevimli: s.114.

²⁷⁴ Ertürk: Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı, s.7-8.

²⁷⁵ Ertürk: Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı, s.8.

bulunmadığı belirtilmişti.²⁷⁶ Öte yandan, sağlık sektörü gibi işin niteliğinden kaynaklanan ve virüsün bulaşma ihtimali yüksek olan işlerde ise işverenin soru sorma hakkının bulunduğu kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁷⁷

AIDS hastalığının iş ilişkisine etkisini ve konuyla ilgili sorunları ele alan Uluslararası Çalışma Örgütü *HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamı* Başlıklı Uygulama Kodunda da; iş sağlığı ve güvenliği ilkelerine, tıbbi gizlilik ve ulusal mevzuata uygun olmak koşuluyla iş sağlığı ve güvenliği ile işçinin sözleşme konusu işe uygun olup olmadığının belirlenmesi için işçiye sağlık durumu ile ilgili soruların sorulmasının hukuka uygun olduğu belirtilmiştir.²⁷⁸ Söz konusu Uygulama Kodunda işverenin aday işçiye HIV taşıyıp taşımadığına ilişkin soru sorma hakkının bulunmadığı da belirtilmiştir. Yine bu Kod uyarınca iş görüşmelerinde veya iş ilişkisi devam ederken HIV testinin bir koşul olarak sunulmaması gerekir m.(8/I). Bununla beraber, Koda göre hastalığa ilişkin test yapılması, ancak yapılmasını haklı gerektirecek bir durum varsa ve işçinin rızası bulunuyorsa yapılabilir. Hastalığın bulaşma ihtimalinin yüksek olduğu işyerleri için ise hastalıkla ilgili özel tedbirlerin alınması gerektiği belirtilmiştir.

İş ilişkisinde ya da iş ilişki kurulmadan önce işçiden AIDS hastalığı ile ilgili kişisel bilgi edinmenin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. İşçilerin, sağlık durumu hakkındaki bilgileri işyerinde bulunan diğer çalışanlara bildirme gibi bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır (m.4/7). İşçilerin AIDS hastalığı ile ilgili bilgilerinin sağlık dosyasında saklı tutulması gerektiği ve bu bilgilerin sadece gerekli olduğu durumlarda sağlık personeli ile paylaşılabilceği belirtilmiştir (m.5/2-g)

Netice itibarıyla, işin niteliği gerektirmediği sürece işçiye HIV taşıyıcısı ya da AIDS hastası olup olmadığı ile ilgili bir soru sorulmaması gerekir. Hastalığa ilişkin yapılacak testlerin ise ancak işin niteliği için gerekli olması durumunda ve işçinin onayı ile yapılması mümkün olabilir. Buradaki soru sorma hakkının sınırı, her olayın özelliğine ve şartlarına göre ayrı ayrı belirlenir.²⁷⁹ Bununla birlikte, AIDS hastası olan işçilerin, işin niteliği gereği bulaşıcılığı yüksek bir olan iş ortamında çalışması halinde

²⁷⁶ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.269; Ertürk: Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı, s.9.

²⁷⁷ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.269; Ertürk: Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı, s.9.

²⁷⁸ Ünal,Canan: “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Tankut Centel (Ed.), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018,s.275.

²⁷⁹ Ertürk: Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı, s.9.

TMK m.2 dürüstlük kuralı uyarınca, işverence sorulmasa dahi işçinin bu hastalığı açıklamakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir

4.1.2.2. *Hamile işçiler açısından*

İş hukukunda tartışma konusu olan sağlık sebeplerinden bir diğeri ise iş görüşmeleri esnasında işverenin kadın işçi adaylarına hamile olup olmadığı hakkında bir soru sorma hakkının olup olmadığıdır. Bu doğrultuda, işverenin kadın işçi adayına keyfi kabul edilebilecek hallerde hamile olup olmadığı ya da yakın bir zamanda hamilelik düşünüp düşünmediğine dair bir soru sorulması cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağına ve AY m.20 özel hayatın gizliliği ilkesine aykırılık oluşturur.²⁸⁰

Anayasanın 50.maddesinde ise bireylerin kendi gücüne, cinsiyetine ve yaşına uygun olmayan işlerde çalıştırılmayacağı belirtilmiştir. İşK. m.5/3 hükmüne göre ise *“İşveren, 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 yapamaz.”*

Bu kapsamda, işveren işçiye hamile olup olmadığına ilişkin bir soru yöneltmiş olsa bile işçi dilerse sorulara cevap vermeme hakkını kullanabilir. Ayrıca işçi bu tür sorulara gerçek dışı cevaplar verse bile işveren açısından geçerli bir fesih sebebi doğmayacaktır.²⁸¹ Buna karşılık, İşK. m.5/3’te belirtildiği üzere işin niteliği bakımından işçinin işe uygun olup olmadığının belirlenmesi işverence gerekli görülüyorsa işverenin konuyla ilgili sorular sorabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Bu durumda işçinin hamileyken çalışması tehlikeli görülüyor ise örneğin, çalışma ortamı yüksek radyasyonun bulunduğu bir ortamsa ya da yapılan iş beden öğretmenliği, mankenlik gibi bir iş ise bu halde işverenin soru sorma hakkı olmakla birlikte işverence sorulmamış olsa dahi TMK m. 2 dürüstlük kuralı gereği işçinin kendiliğinden açıklaması gerekir.²⁸²

Türk Hukukunda iş görüşmelerinde ayrımcılığa ilişkin bir diğer düzenleme ise engellilere yöneliktir. EHK m.14/2’e göre, *“İşe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri*

²⁸⁰ Yuvalı, Ertuğrul: “4857 Sayılı İş Kanunu’nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler ile İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.106, (2013), s.98-99.

²⁸¹ Akyiğit: İş Hukuku, s.272.

²⁸² Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.25; Yuvalı: s.99.

ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.”

Yine benzer yönde STİSK m.25/1’de iş görüşmelerinde sendikal sebeplerle ayrımcılık yapılamayacağı hüküm altına alınmış olup buna göre, *“işçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.”*

4.2. İş Sözleşmesinin Devamında Sağlık Sebeplerinin Etkisi

4.2.1. İş sözleşmesinin devamında hamile ve AIDS’li işçileri koruyan düzenlemeler ve ayrımcılık uygulamaları

4.2.1.1 Hamile işçiler açısından

Kadın işçinin hamileliği iş sözleşmesinin sona ermesinde doğrudan bir etki yaratmasa da dolaylı olarak etki yarattığı görülebilmektedir. Mevzuatımızda ise iş sözleşmesinin tüm aşamalarında kadın işçilerin korunmasını kapsayan düzenlemeler ile hamilelik sebebiyle ayırım yapılmasını önleyecek düzenlemeler mevcuttur. Kadın işçilerin yaşantısı ve sağlığı için yapılması fiziki güç gerektiren ve tehlikeli işlerde çalıştırılması yasaklanmıştır. Kadın işçilere hamilelik süresince periyodik kontroller için ücretli izin hakkı tanınmıştır (İşK. m.74/3, Yön m.11).²⁸³

Doğum öncesi ve doğum sonrası çalıştırılması yasak olan süreler doktor tarafında gerekli görülmesi halinde arttırılabilecektir (İşK. m.74/2). Bu sürelerin dışında işçi dilerse 6 aylık ücretsiz izin hakkını da kullanabilmektedir. Hamile işçinin hekim raporu ile daha hafif işlerde çalıştırılması da öngörülmüş olabilir. Bu durumda ise ücrette bir indirim yapılması mümkün değildir (İşK m.74/4).

Emziren anne işçilerin izin süresinin bitimi ve işe başlamadan önce çalışmasına engel bir durum olmadığını belirten rapor alması gerekir. İşçi için hekim tarafından çalışması sakıncalı görülen işler var ise ya da bu işlerde çalışmaması için bir süre öngörülmüşse bu işçi raporda belirtilen iş ve sürelerde çalıştırılmaz (Yön m.12).Bu düzenlemeler dışında günde 1.5 saatlik emzirme izni hakkı tanınmış ve bu izin günlük

²⁸³ Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik (R.G., S. 28737, T. 16.08.2013).

çalışma süresine de dahil edilmiştir (İşK. m.74/son). Yine emziren anne işçilere doğumdan sonraki 1 yıllık süre içinde gece çalışması yasaklanmış olup ve doğum yapan işçilerin günde 7.5 saatten fazla çalıştırılamayacağı belirtilmiştir. (Yön. m.8 ve m.9).

Mevzuatımızda görüldüğü üzere hamile ve kadın işçileri korumak amacıyla pozitif bir ayrımcılık yapılmıştır. Bu düzenlemeler haricinde daha öncede belirttiğimiz gibi İşK. m.5/3’de iş sözleşmesi kurulurken, devam ederken ya da sona erme aşamasında fiziksel ya da işin niteliği için gerektirmediği sürece hamilelik sebebiyle doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcılık yapılmayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm haricinde, belirsiz süreli iş sözleşmeleri feshedilirken, iş güvencesinden yararlanan işçiler açısından feshin hukuken geçerli bir nedene dayanması gerektiği ve hangi nedenlerin fesih için geçerli sebep olarak kabul edilemeyeceği İş Kanunu’nda belirtilmiştir. Bu sebeplerden birini oluşturan “hamilelik ve doğum” hali de kanunda açıkça belirtilmiştir (İşK. m.18/3-(d)).

Yine kadın çalışanların İşK. m.74’te öngörülen çalıştırılmasının yasak olduğu süreler içinde işe devam etmemesi nedeniyle sözleşmenin feshedilemeyeceği kanunda açıkça belirtilmiştir (İşK. m.18/3-(e))

Dolayısıyla işçinin sırf hamile olması sebebiyle işine son verilmesi geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilemez. Kadın çalışanların böyle bir durumla karşılaşmaları halinde ise işe iade davası açılması mümkündür.

4.2.1.1.1. Kötüniyet tazminatı

Yukarıdaki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi iş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçilerin sırf hamile olması ya da doğum yapması sebebiyle iş sözleşmelerinin bildirimli fesih yoluyla sona erdirilmesi yasa tarafından engellenmiştir. Bu durumda iş güvencesi hükümleri dışında kalan işçilerin bu koruma kapsamı dışında kaldığı düşünülebilir. Zira bu kapsamda kalan işçilerin iş sözleşmeleri, işverence geçerli bir sebep sunulmadan dahi feshedilebilir. Ancak bu kapsamdaki kadın işçilerin sırf hamileliği sebebiyle işten çıkarılması durumunda fesih hakkı kötüye kullanmış olup yasada bir yaptırım öngörülmüştür. Söz konusu yaptırım ise İşK. m.17’de düzenlenen kötüniyet tazminatıdır.²⁸⁴

²⁸⁴ Tiryaki: s.92.

Fesih hakkının işveren tarafından kötüye kullanıldığının ispatlanması durumunda, yasada belirtilen ihbar sürelerinin üç katı oranında bir tazminat ödenmesi gerekir. İhbar süreleri arttırılmış olsa dahi bu tazminatın hesabında yasal ihbar süresi dikkate alınır. Söz konusu tazminat için işçinin bir zarara uğramasına gerek olmayıp kötüniyetin varlığı yeterlidir.²⁸⁵

İşveren iş sözleşmesinin feshedilmesinde ihbar sürelerine uymaması durumunda ihbar tazminatı ödemekle de yükümlü olur.²⁸⁶ Yargıtay'ın bir kararında kötüniyet tazminatı şu şekilde değerlendirilmiştir: "İş Kanunu'nda yer alan kötüniyet tazminatı, TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralının aktarılmış halidir. Bu halde, hukuken tanınmış bir hakkın kullanımında, objektif iyiniyet kurallarına göre hareket edilmemesi ve bu sebeple karşı tarafın bir zarara uğraması veya bir zarar tehlikesinin meydana gelmesi halinde fesih hakkı kötüye kullanılmış kabul edilir. Somut olayda, yapılan feshin işçinin hamileliğinden kaynaklandığı anlaşılmış olup kötüniyetli bir fesih gerçekleşmiştir."²⁸⁷

İşçinin hamileliği sebebiyle yapılan fesihlerin her zaman haksız bir fesih olduğu söylenemez. Yargıtay, hamilelikten kaynaklanan işin verimini veya işyeri akışını etkileyen hallerde işverenin takdirine dayanan bir fesih hakkı olduğunu belirtmiştir.²⁸⁸ Bununla birlikte, çalışanların veriminde bir değişiklik söz konusu olmasa bile mankenlik gibi doğrudan fiziki görünümün ön planda olduğu işlerde ya da hamile bir işçi için riskli görülen işlerde (örneğin yüksek radyasyonun bulunduğu bir ortamda çalışılması gibi) feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilerek kötüniyetin varlığından söz edilemeyecektir.²⁸⁹ Yine işçinin raporlu olduğu bilinmeden işverence iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde de kötüniyetin varlığından söz edilemez.²⁹⁰ Buna karşılık, işverence sırf hamilelik nedeniyle yapılan feshin ise kötüniyetli bir fesih olduğu şüphesizdir.²⁹¹

²⁸⁵ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan: s.189; Tiryaki, s.94.

²⁸⁶ Akyiğit: İş Hukuku, s.241; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat: s.479; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal: s.293; Narmanlıoğlu: s.403:

²⁸⁷ Y.9.HD. E.2004/25538, K.2005/14932, K.T.28.04.2005 (Çevrimiçi). (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>) (Erişim Tarihi: 05.02.2024).

²⁸⁸ Y.9.HD. E.1987/7104, K.1987/7868, T. 15.09.1987. Çimento İşveren Dergisi, Kasım 1987, s.24-25.

²⁸⁹ Tiryaki: s.87.

²⁹⁰ Y.9.HD. E.1997/19265, K. 1997/22192, Tekstil İşveren Dergisi, Mart-Nisan -1998, s.15.

²⁹¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat: s.480.

Yargıtay'a göre; işverence gerçekleşen feshin kötüniyete dayandığının işçi tarafından somut delillerle ispatlanması şarttır.²⁹² Ancak bu halde işverenin niyeti maddi bir olay niteliği göstermediğinden, olayların kronolojik gelişimi, fiili karineler gibi hususlara da dikkat edilerek ispat yükü konusundaki güçlüklerin yumuşatılması gerekir.²⁹³ Bu sebeple, tanık ifadelerinde işçinin istifaya zorlandığının belirtilmesi, doğum izninin bittiği tarihten itibaren hemen iş sözleşmenin feshedilmesi, kötüniyetin bulunduğu dair inandırıcı delil olarak görülmelidir.²⁹⁴

4.2.1.1.2. Ayrımcılık tazminatı

İşçinin kötüniyet tazminatı dışında İşK. m.5'deyen alan ayrımcılık tazminatına da hak kazanıp kazanmadığına değinilmesi de gerekmektedir. İşK. m.5/6'ya göre, iş sözleşmesi sürdüğü esnada ya da sona erdiği süreç içinde, işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi durumunda dört aya kadar ücreti ile birlikte yoksun kaldığı hakları da talep etme hakkı bulunmaktadır.

Tazminat miktarının tespitinde işçinin işyerindeki konumu, ayrımcılığın şiddeti vb. gibi hususlara bakılarak bir değerlendirme yapılacaktır. Maddede tazminatın miktarının üst sınırı dört aylık ücret olarak belirlenmiş olsa da bu hüküm nispi emredici özellikte olduğundan iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile tazminatın miktarı arttırılabilir. Maddenin gerekçesinde belirtilen ücretin çıplak ücret olduğu diğer bir deyişle prim, ikramiye ve sosyal haklar gibi ek ödemeleri içermediği ifade edilmiştir. Kötüniyet tazminatında olduğu gibi bu tazminat için de işçinin bir zarara uğramasına gerek olmayıp ayrımcılığa yönelik bir davranış yeterlidir.

İşçinin hamilelik sebebiyle işten çıkarılması halinde ayrımcılığa maruz kaldığı başka bir deyişle, işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davrandığı anlamına gelmektedir. Görüleceği üzere işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranışı, aynı zamanda kötüniyetli bir fesih olarakta kabul edileceğinden bu tazminatlardan hangisinin uygulanacağına ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmasıyla birlikte

²⁹² Y.9.HD. E.1999/18874, K. 2000/932, K.T. 03.02.2000 (Çevrimiçi) www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 03.04.2024); Y.9.HD. E.2007/8667, K. 2000/13602, K.T. 10.10.2000. (Çevrimiçi) www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 03.04.2024).

²⁹³ Ekmekçi/Yiğit: s.608.

²⁹⁴ Özer, Hatice Duygu: "Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi", Çalışma ve Toplum, C.21, S.2, (2009), s.135.

yalnızca İşK m.17’de hüküm altına alınan kötüniet tazminatının uygulanması gerekir.²⁹⁵

Konuyla ilgili Yargıtay kararına bakılacak olur ise, “Somut olayda, aynı fesih sebebine bağı olarak hem kötü niyet tazminatına, hem de eşit davranma borcuna aykırılık tazminatına hükmedilmiştir. Aynı fesih sebebine bağı olarak iki ayrı tazminata hükmedilebilmesi, ancak kanunun açıkça cevaz verdiği hallerde mümkündür. Oysa, yukarda bahsedilen 4857 Sayılı Kanun hükümlerinden iki tazminata da hükmedilebileceğı sonucuna ulaşılammaktadır. Bu durumda, aynı olay sebebiyle birden fazla tazminat koşullarının gerçekleşmesi halinde, işçi lehine olan tazminata hükmedilmesi gerekirken, iki tazminata birden hükmedilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”²⁹⁶

Karardan anlaşılacağı üzere, işçinin ayrımcılık ve kötüniet tazminatının aynı dava içinde talepte bulunmasına hukuken bir engel olmamakla birlikte bu tazminatlara bir arada hükmedilebilmesi için tazminat gerekçelerinin birbirinden bağımsız şekilde olması gerekir. Ayrıca bir olay üzerinden her iki tazminata hak kazanılmış olsa dahi işçi lehine olan başka bir deyişle daha yüksek miktardaki tazminata hükmedilmesi gerekir. Bununla birlikte, işçi için iki farklı tazminat hakkı öngörölmesi halinde hukuka aykırı bir davranış yüzünden işveren iki defa cezalandırılmış olacaktır.²⁹⁷

4.2.1.2. AIDS’li işçiler açısından

Çalışma hayatında olmak isteyen HIV pozitif bireylere, işyerinde diğ işçiler ile işveren tarafından baskı yapıldığı görölmektedir. Bu davranış sonucunda birey işe kabul edilmemekte, iş sözleşmelerine hukuka aykırı bir şekilde son verilmekte/yenilenmemekte ya da sosyal hakları sınırlandırılmaktadır. Bireylerin bu çeşit davranışlara maruz kalması psikolojik, sosyal ve ekonomik yönden bir yıkıma yol açmaktadır.

Öğretide Canikliöğlu, işçinin sırf HIV virüsü taşıması sebebiyle yapılan feshin kötünietli bir fesih olduğunu belirtmiştir. Yazar, HIV taşıyıcısı veya AIDS hastası olan

²⁹⁵ Doktrindeki görüşler için Bkz. Çelik/Canikliöğlu/Canbolat: s.483 ve 1354-1357 dn.’de belirtilen yazarlar.

²⁹⁶ Y.22.HD. E. 2014/31113, K. 2015/12206, K.T. 31.03.2015. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 07.04.2024). Aynı yönde bir diğ karar için Bkz. Y.22.HD. E. 2012/29053, K. 2013/27095, K.T. 09.11.2013. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi : 07.04.2024).

²⁹⁷ Özcan: İş Sözleşmesinin Feshi, s.312; Özer: s.136.

işçinin iş sözleşmesinin sırf hastalık sebebiyle feshedilmesinin İsviçre Hukukunda kötüniyetli olarak görülmesinden hareketle Türk Hukukunda da bu görüşün benimsenmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna karşılık, sözleşmenin konusunu oluşturan iş sebebiyle hastalığın işyerindeki diğer kişilere bulaşma ihtimali bulunuyor ise kötüniyetli bir fesihten söz edilemeyeceği belirtilmiştir.²⁹⁸

Yine benzer görüşte olan Ertürk ise, HIV taşıyıcısı veya AIDS hastası işçiler için virüsün bulaşma yollarının çok kolay olmadığını ve bu sebeple de kural olarak bu durumun işyeri için bir sakınca yaratmadığını, sırf hastalık sebebine dayanılarak iş sözleşmesinin feshedilemeyeceğini, ancak yapılan işin niteliği virüsün yayılmasına yol açacak nitelikte görünüyorsa veya hastalığın ilerleyen dönemlerinde yoğun tempodan dolayı işçi zorlanıyor ya da veriminde düşüşe yol açıyorsa artık bu gibi durumlarda işverenin bildirimsiz fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirebileceğini belirtmiştir.²⁹⁹

Konuyla ilgili olarak AYM'ye yapılan T.A.A başvurusunda, HIV taşıyıcısı olması nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen işçinin makul sürede yargılanma hakkı, özel hayata saygı hakkı ile maddi ve manevi varlığın korunmasına yönelik hakların ihlal edildiğine yönelik iddialar incelenmiştir. Somut olayda HIV pozitif olan işçiye son altı aylık ücretinin ödenmesiyle birlikte iş yerinde çalıştırılması engellenmiştir. Yapılan incelemede ise işyeri hekimi tarafından işçinin çalışmasına engel bir sebep olmadığı belirtilmiştir. Yerel mahkeme işçinin işyerinde çalıştırılmamasını ayrımcılık olarak kabul etmiştir. Buna karşılık Yargıtay ise işverenin bu davranışında diğer işçilerin sağlığını koruma amacı olduğunu, ayrımcılık içeren bir davranış olmadığı gerekçesiyle bozmuştur.

AYM ise yapılan yargılamada, hayatı boyunca hastalığın tedavisi için düzenli ve sürekli gelire ihtiyacı olan işçinin, HIV pozitif olması nedeniyle gelir sağladığı işini kaybettiğine dikkat çekmiş, salt hastalığın bulaşıcı nitelikte olması sebebiyle işçinin iş yerinden uzaklaştırılmasının kabul edilebilir bir çözüm olmadığını, başvuruçunun işyerinde çalışması için engel teşkil eden bir sebep olmamasına rağmen derece mahkemeleri tarafından alternatif iş olanaklarının incelenmemesi nedeniyle manevi ve maddi varlığın korunmasına ilişkin hakların ihlal edildiği, işçinin HIV pozitif olması sebebiyle ön yargı ve dışlanma gibi davranışlara iş hayatında maruz kalabileceği ve bu

²⁹⁸ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.183.

²⁹⁹ Ertürk: Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı, s.21.

durumun da HIV pozitif kişiler üzerinde yıkıcı etkileri olabileceği göz önünde bulundurulduğunda başvuranın gizlilik isteminin kabul edilmemesinin özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği, ayrıca gerçekleştirilen yargılamanın dört yıl on aylık sürede sona ermesi ile makul sürede yargılanma hakkının da ihlal edildiği ifade edilmiştir.³⁰⁰

Konuyla ilgili olarak AIHM tarafından verilen bir kararda ise³⁰¹ mücevherat üretimi olan bir işletmede çalışan başvurucunun HIV pozitif olduğunun anlaşılması üzerine işyerinde diğer çalışanların baskısı ile iş sözleşmesine son verilmiştir. Söz konusu kararda, işçinin HIV pozitif olmasının sözleşme konusu işin görülmesine bir etkisi olmadığını, çalışanların tedirgin olmasının hastalığın bulaşıcı olduğu yönünde yanlış bir varsayıma dayandırıldığını, diğer çalışanların baskısının şirket için bir tehlike yaratmadığını, bu halde işyerindeki çalışanların önyargılarının farklı bir işçinin sözleşmesine son verilmesine bir gerekçe olarak belirtilemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca menfaatlerin dengelenmesi konusunda da işverenin menfaati karşısında, sözleşmenin zayıf tarafı konumunda olan hatta hastalık sebebiyle daha da zayıf olan işçinin korunma ihtiyacı olduğundan mevcut olayın dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Mahkeme başvurucunun hastalığı sebebiyle ayrımcılığa maruz kaldığını ve bu sebeple AIHS m.8 ile bağlantılı olan aynı sözleşmenin 14.maddesinin ihlal edildiği yönünde kanaate varmıştır.

Görüldüğü üzere toplumda HIV pozitif tanısı konulan bireyler hakkında virüsün geçiş yolları konusunda bilgisizlik ve söz konusu virüs ile ilgili olumsuz önyargılar nedeniyle her zaman bir tartışma konusu olmuştur. Ölümcül ve bulaşıcı özellik gösteren HIV virüsünün günümüzde tam olarak bir tedavisi olmasa da çeşitli tedaviler ile kontrol altında tutulabildiği ve bu virüsü taşıyan bireylerin diğer sağlıklı bireyler gibi hayatlarını sürdürdüğü görülmektedir. Ayrıca günümüzde bu virüsün hangi koşullarda bulaşıp bulaşmama ihtimalinin olduğu da tıbben belirlidir. Dolayısıyla, HIV pozitif bireylerin, toplumdaki diğer bireylerle bir arada bulunması sakıncalı olarak kabul edilemez.

³⁰⁰ Anayasa Mahkemesi; T.A.A Başvurusu, Başvuru No:2014/19081, T. 1.2.2017, R.G. Tarih ve Sayı: 10.03.2017-30003.

³⁰¹ AIHM; I.B./Yunanistan, Başvuru No: 552/10, T. 03.10.2013.

İş hayatı açısından incelendiğinde AIDS hastaları uzun yıllar boyunca veriminde herhangi bir düşüş olmadan çalışabilmektedir. HIV virüsü taşıyan bireylerin ekonomik hayatta olmaları en temel hakları olmakla birlikte bu bireylerin ekonomik ihtiyaçları ve sosyal yaşantısı için iş hayatında aktif olmaları hayati öneme sahiptir.

HIV pozitif bireylerin çalışma hayatında psikolojik tacize ve ayrımcılığa uğramadan çalışabilmesi için, işçiler ve işverenleri AIDS hastalığının bulaşma yolları ve korunma yolları hakkında bilgilendirilmeli, işveren işyerinde gerekli tüm tedbirleri almalıdır.

Netice itibarıyla yukarıda belirtilen doktrindeki görüşler ile AYM ve AİHM kararları doğrultusunda işverenlerin HIV pozitif bireylerin, iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebilmesi için bu hastalığın işyerinde olumsuz bir etkiye yol açması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, HIV pozitif işçinin sözleşme konusu iş ile aynı ya da benzer işi yapanlara göre daha düşük verime sahipse, çalışamaz halde olmamakla birlikte işini gerektiği yapması sürekli olarak etkileniyorsa veya performans düşüklüğü yaşıyorsa bu halde öncelikle son çare ilkesi gözetilmelidir. Ancak son çare ilkesine başvurularda olumlu bir netice elde edilemiyorsa iş sözleşmesi geçerli sebebe dayalı olarak feshedilebilir. Dolayısıyla işçinin sırf HIV pozitif olması nedeniyle iş sözleşmesine son verilmesi geçerli bir neden olarak kabul edilemeyeceği gibi geçerli bir neden bulunsa dahi son çare ilkesi gözetilmeden iş sözleşmesine son verilmesi halinde yapılan fesih geçersiz olarak kabul edilmelidir.

İşK. m.25/1-(b) uyarınca işçinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanması ve bu hastalık nedeniyle işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu ilişkin sağlık kurulu raporunun bulunması halinde iş sözleşmesinin işverence haklı sebebe dayanarak feshedilebileceğini daha önceki açıklamalarımız da belirtmiştik. Bahsi geçen bu hükmün HIV pozitif olan işçiler açısından değerlendirilmesi gerekir. HIV pozitif olan bireylerin, bu virüsü diğer bireyler için bulaşma ihtimali olmayan iş alanlarında çalışması durumunda ve işyerinde olumsuz bir etki yaratmadığı sürece iş sözleşmesinin haklı sebeple de feshedilemeyeceği kanaatindeyiz. Buna karşılık, bu bireylerin iş yerinde olması tehlike yaratıyorsa, hastalığın seyri günden güne ağırlaşır tedavi edilemiyorsa ve bu durum ayrıca sağlık kurulu tarafından da tespit edilmiş ise işverenin iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebileceği kanaatindeyiz.

Söz konusu hastalık sebebiyle yapılan fesih, verimsizlikten ya da bulaşma tehlikesinin varlığından değil de salt hastalık nedeniyle ya da bu hastalığın ileride yol açacağı verimsizlik ihtimali nedeniyle gerçekleştirilmiş ise nitelik itibariyle kötüniyetli bir fesih olup tazmin edilmesi gerekir.³⁰²

4.3. Sağlık Sebeplerinin İş Sözleşmesinin Sonuçlarına Etkisi

İş hayatında meydana gelebilecek birçok sebep, iş ilişkisinin normal işleyişini etkileyerek sözleşmeyi dayanıksız duruma getirir. Örneğin, hastalık, analık, iş kazası, zorlayıcı sebeplerin meydana gelmesi, gibi durumlar işçinin kusursuz ve geçici olarak iş görme ediminin yerine getirilmesini imkansız hale getirir.³⁰³ İşçinin iş görme borcunu kusursuz ve geçici olarak yerine getiremediği hallerde iş sözleşmesi sona ermez, askıda olur.³⁰⁴

İşçinin devamsızlığı, iş sözleşmesinin askıya alındığı hallerde kanuna uygun bir hale gelmektedir. Zira iş görme borcunun yerinin getirilmemesinde işçinin kendi kastı ya da bir kusuru bulunmamaktadır.³⁰⁵ Yani sözleşmenin askıda olması halinde iş sözleşmesinin yapıldığı esnada değil sonradan meydana gelen bir ifa imkansızlığı söz konusudur.³⁰⁶ Bu durumda ise işçinin devamsızlığı sebebiyle işverenin fesih hakkı bulunmamaktadır.

Konuyla ilgili olarak öğretide, iş sözleşmesinin askıya alınmasının iş güvencesini sağlamaya ilişkin bir araç olduğu yönünde hakim görüş bulunmaktadır.³⁰⁷ Ancak askı süresinin çok uzamış olması ya da taraflar için çekilmez duruma gelmiş olması halinde artık işverenin fesih hakkının olduğunun kabul edilmesi gerekir.³⁰⁸ Zira TBK m.409'da iş görülen süreye kıyasla daha kısa kabul edilebilecek bir süre için işin yerine getirilmemesinden bahsedilmekte yani ifa imkansızlığının geçici bir süre için olduğu belirtilmektedir.

³⁰² Ertürk: Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı, s.23.

³⁰³ Alp/Korkmaz: s.174.

³⁰⁴ Süzek: s.513.

³⁰⁵ Alp/Korkmaz: s.175.

³⁰⁶ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.107.

³⁰⁷ Başbuğ/Yücel Bodur: s.165; Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.110; Senyen Kaplan: s.290.

³⁰⁸ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.111.

İş sözleşmesinin askıda olması durumunda iş sözleşmesinin temelini oluşturan işverenin ücret ödeme ve işçinin işgörme borçları geçici olarak askıdadır.³⁰⁹Taraflar askı süresi içinde temel borçlar için borcun yerine getirilmesi konusunda bir talepte bulunamazlar. Bununla birlikte, sadakat ve gözetme gibi yan borçlar askı süresi içinde de varlığını sürdürmektedir.³¹⁰Taraflardan birinin yan borçları ihlal etmesi halinde ise diğer taraf iş sözleşmesini haklı sebep ile feshedebilir.

İfa imkânsızlığı, bazı hallerde maddi bazı hallerde ise manevi özellik göstermektedir. Örneğin kadın işçinin doğum yapması, işçinin iş kazası geçirmesi ya da hastalanması gibi meydana gelen olaylar maddi ifa imkânsızlığına örnek teşkil etmektedir.³¹¹ Manevi ifa imkânsızlığı halinde maddi bir imkânsızlık bulunmaması ile birlikte işçiden işgörme ediminin ifası beklenilmez özelliktedir. Örneğin işçinin bir yakınıni kaybetmesi, çocuğunun doğum yapması, eşinin hastalanması gibi imkânsızlık halleri manevi niteliktedir.³¹²

İşveren, işçinin hasta olduğu sırada iş sözleşmesini feshetmesi halinde sözleşme askıda olduğundan İşK. m.17’de yer alan bildirim süreleri işçinin raporlu olduğu süre içinde işlemez (TBK m.432). Bu halde askı durumundan önce gerçekleşen fesihlerde işlemeye başlayan ihbar süreleri duracak, sözleşme askıya alındıktan sonra gerçekleşen fesihlerde ise ihbar süresi işlemeyecektir. Dolayısıyla bildirim süresi, rapor süresinin sona erdiği tarihten sonraki gün işlemeye başlayacaktır.³¹³

Konuyla ilgili Yargıtay tarafından verilen kararlarda aynı yönde olup işçinin raporlu olduğu dönemde gerçekleşen fesihler rapor süresinin bitmesiyle hüküm ve sonuçlarını doğurur.³¹⁴Bununla birlikte, yalnızca hastayken gerçekleşen fesihler değil, işçi hastalanmadan önce gerçekleşen fesihlerdeki sürenin işlemesi durur. Yargıtay bildirim süresi içinde işçi rapor almış ise raporlu süre ile bildirim sürelerinin iç içe giremeyeceğini, bildirim süresinin rapor için belirtilen süre kadar uzaması gerektiğini

³⁰⁹ Çöldemli: s.114.

³¹⁰ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan: s.166.

³¹¹ Alp/Korkmaz: s.175.

³¹² Süzek: s.516-517.

³¹³ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.176; Sümer: İş Hukuku Uygulamaları, s.289.

³¹⁴ Y.9.HD. E.1997/18547, K. 1997/22278 K.T. 23.12.1997. (Çevrimiçi) www.kazanci.com Erişim Tarihi: 13.04.2024).

belirtmiştir.³¹⁵Bu halde, işçinin sahip olduğu hakların tespitinde rapor süresinin sona erdiği tarih dikkate alınır.

İşveren askı döneminde bildirim süresine ilişkin ücreti peşin bir şekilde ödese dahi iş sözleşmesini derhal feshedemeyecek ve askı süresinin sona ermesini beklemesi gerekecektir.³¹⁶ İşveren bu dönemde işçinin hastalanması, doğum yapması gibi sebeplerden kaynaklanan devamsızlık nedeniyle sözleşmeyi feshedemez. Ancak tarafların yan borçları devam ettiğinden farklı bir haklı sebebe dayanarak (örneğin sadakat yükümlülüğüne aykırı bir davranış) iş sözleşmesi feshedilebilir.³¹⁷Bu durumda bildirim süresinin dolması için gereken süre ancak askı süresinin sona ermesiyle başlar.³¹⁸ Ancak iş sözleşmesi niteliği itibariyle belirli süreli bir iş sözleşmesi ise sözleşmenin askıda olması iş sözleşmesinin süresinde bir değişikliğe yol açmaz.Bu halde askı süresi, belirli süreli iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe denk gelmesi durumunda iş sözleşmesi sona erecektir.

Taraflar arasında askı süresine ilişkin bir anlaşma bulunduğu hallerde ise sürenin sona ermesiyle işveren işe başlatmadıysa işveren tarafından sözleşmenin feshedildiğinin kabul edilmesi gerekir.³¹⁹

İşK. m.25/1-(b)'ye göre kaza, hastalık gibi nedenlerden kaynaklanan devamsızlıklarda işverence iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için beklenmesi gereken süre, İşK. m.17'de belirtilen bildirim sürelerine altı hafta eklenmesiyle hesaplanan süredir. Yani hesaplanan bu süre boyunca sözleşme askıya alınmış olup iş sözleşmesi feshedilemeyecektir.

Kadın çalışanların doğum yapması halinde ise 16 haftalık (çoğul doğumda 18 haftalık süre)+ ihbar öneli+ 6 hafta süre boyunca iş sözleşmesi askıya alınacaktır. İşçinin isteği durumunda ise 16 haftalık süreden sonra ücretsiz altı ay izin hakkını kullanabilmektedir. Yine bu süre içinde de sözleşme askıda olup, feshedilmesi mümkün değildir.

³¹⁵ Y.9.HD. E. 1999/2826, K. 1999/4097 K.T. 04.03.1999. (Çevrimiçi) www.kazanci.com Erişim Tarihi: 13.04.2024).

³¹⁶ Alp/Korkmaz: s. 177.

³¹⁷ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan: s.166.

³¹⁸ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.177.

³¹⁹ Alp/Korkmaz: s.178.

4.3.1. Ücrete etkisi

İş sözleşmesinin askıya alınmış olduğu durumlarda, her iki tarafın borçları da (işin ifası, ücret ödeme) askıya alındığı kabul edilmektedir. Bu halde, işçinin sözleşme konusu edimi yerine getirmemesi, işveren için haklı bir fesih sebebi oluşturmazken, görülmeyen bir iş için işverende ücret ödemekle yükümlü olmayacaktır.

İşK. m. 25/1-(b)' de açık bir şekilde sözleşmenin askıda olması durumunda işe gelinmeyen süreler için ücrete hak kazanılamayacağı belirtilmiştir. Kural olarak askı halinde işçi ücrete hak kazanamamaktadır. TBK m.409'da düzenlenen çalışma süresine oranla kısa kabul edilebilecek süreli hastalıklarda hakkaniyete uygun bir miktar da ücret ödenmesi gerektiğini belirten hüküm bu kapsamda uygulanmaz.³²⁰ Bu durumun ilk istisnası ise İşK.m.49/4'te ise düzenlenmiştir. Buna göre aylık maktu ücretle görev alan çalışanların ücreti izinli, hasta ya da farklı sebeple mazeretli oldukları durumlarda bile ücretin tamamı ödenmesi gerekir.³²¹

Maddede belirtilen aylık ücretli işçiler, çalışmasına engel bir sebep olsa dahi ücretlerini eksiksiz bir şekilde alan işçilerdir. Aylık ücretli olarak çalışan işçilerin çalışmasına engel olan hastalık ya da kaza halinde kusuru olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.³²² Aylık ücret ile aylık ödeme kavramları anlam itibarıyla farklı olup aylık ödeme bir ödeme planı yani ücretin ödenme şekliyen, aylık ücret ise ücretin türünü yani sistemini ifade etmektedir. Aylık ücret sistemi istisnai olup tarafların bu hususta anlaşmalarına bağlıdır.³²³ Kural olarak işçinin çalışmadığı her gün için sözleşmede anlaşılan ücret tutarından kesinti yapılır. Dolayısıyla işçinin ücret sisteminin aylık olup olmadığının belirlenmesi için izinli olduğu sürelerde ücretinden kesinti olup olmadığına bakılması gerekir.³²⁴

Hastalık sebebiyle sözleşmesi askıya alınan işçi bu dönemde SGK aracılığıyla geçici görmezlik ödeneği almaktadır. 1475 sayılı Kanunda aylık ücret sistemi ile çalışanların sözleşmelerinin askıya alındığı hallerde aylık ücretlerinin ve geçici iş göremezlik ödeneğinin nasıl belirleneceği konusunda doktrinde tartışmalar

³²⁰ Akyigit: İş Hukuku, s.271.

³²¹ Narmanlioğlu: s.701.

³²² Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.124.

³²³ Kural olarak askı döneminde ücret ödenmeyeceği belirtilmiş olsa da uygulama da aylık ücret sistemi yaygın olduğu görülmektedir (Çöldemli: s.119).

Bazı iş sektörlerinde (örneğin hizmet sektörü gibi) ise aylık ücret sisteminin asıl olduğu durumlarda bulunmaktadır. Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.131.

³²⁴ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.130.

mevcuttur.³²⁵ Bu tartışmalar 4857 sayılı İş Kanunu ile son bulmuştur. Çünkü İşK m.48/2'ye göre, “*Hastalık nedeni ile çalışılmayan günlerde SSK tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneği aylık ücretli işçilerin ücretlerinden mahsup edilir.*”

Bu halde, aylık ücretli olarak çalışanların ücretleri, geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanıldığı hallerde bu ödemenin mahsup edilmesiyle tam bir şekilde ödenir.³²⁶ Yani bu durumda işçi çalışmış olsaydı alacağı ücret ne ise eksiksiz olarak o tutar üzerinden ücrete hak kazanacaktır.

Konuyla ilgili diğer bir istisna ise taraflar iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesine eklenecek bir madde ile sözleşmenin askıda olduğu dönemlerde bile ücret ödeneceği yönünde anlaşabilirler.³²⁷ Ancak bu süre içinde ücretin ödeneceğine ilişkin sözleşmede bir hüküm bulunmuyorsa Yargıtay’a göre ücretin ödenmemesi gerekir.³²⁸

İş sözleşmesinin askıya alınması için, geçici ifa imkansızlığına yol açan sebebin kusursuz olması gerektiğini daha önce de belirtmiştik. Ancak, İşK 25/1-(a) hükmüne göre de işveren üç ve beş günlük süre içinde sözleşmeyi feshedemeyecek, bu sürelerde işin ifasını gerçekleştirmediğinden ücrette ödenmeyecektir. O halde İşK m.25/1-(a) hükmü için istisnai bir geçici ifa imkânsızlığı olduğu söylenebilecektir.³²⁹

İş Kanunu’na göre işçinin hafta tatili ücretine hak kazanabilmesi için tatil için belirlenen günden önceki altı gün çalışmış olması gerekmektedir. Bununla birlikte, kanunda işçinin çalışmamasına rağmen bazı sürelerde çalışmış gibi kabul ederek hafta tatili ücretine imkân tanınmıştır. İşK m.46’ya göre, bir haftalık süre ile sınırlı kalmak kaydıyla verilen hastalık izinleri çalışılmış gün gibi kabul edilerek hesaba katılır. Buna göre bir süre içinde dört gün izinli olan işçi çalışmış gibi kabul edilecek ve hafta tatili ücretine hak kazanacaktır.³³⁰

³²⁵ Görüşler için Bkz. Narmanlıoğlu: s.700-701; Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.133.

³²⁶ Narmanlıoğlu: s.701.

³²⁷ Alp/Korkmaz: s.177.

³²⁸ Y.9.HD. E.2014/12233, K. 201524710, K.T. 07.09.2015. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 15.03.2024).

³²⁹ Çöldemli: s.119.

³³⁰ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.168.

4.3.2. Kıdeme etkisi

İş Kanunu'na göre çalışanların kıdem tazminatı hakkından yararlanabilmeleri için en az bir yıl süre ile o işyerinde çalışmaları gerekmektedir. Yürürlükteki 1475 sayılı İşK. m.14/1'e göre, hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır. Kanunda belirtilen iş sözleşmesinin başlangıç tarihi ise sözleşmenin yapıldığı tarih olmayıp işçinin fiili olarak çalışmaya başladığı gündür.³³¹ Sözleşme kurulmadan fiili şekilde çalışmaya başlanması halinde ise işe başlangıç tarihi, yine fiili şekilde çalışmaya başladığı tarih kabul edilir.³³²

Görüldüğü üzere işçinin kıdeminin tespitinde fiili çalışma esas alınmaktadır. Ancak işçinin fiili olarak çalışmaya başladıktan sonra da hastalanması mümkündür. Böyle bir durumda ise işçi fiili olarak çalışmadığından sözleşme askıya alınabilecektir. Öğretide konuyla ilgili olarak askı süresinin tamamının kıdem hesabında dikkate alınıp alınmaması gerektiği hususunda tartışmalar mevcuttur. Bir görüşe göre, kanun maddesinde istisna belirtmeksizin her tam yıl için işçinin kıdem tazminatına hak kazandığı belirtilmiştir, bu durumda askı süresinin tamamının kıdem hesabında dikkate alınması gerekir.³³³

Bir diğer görüşe göre ise istirahat süresi, makul süreyi aşıyor ise kıdem hesabında bu aşan sürenin dikkate alınmaması gerekir.³³⁴ Makul süreden anlaşılması gereken ise İşK. m.25/1-(b,2) hükmünde belirtilen sürelerdir. Nitekim Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre de askı dönemi makul süreyi aşmadığı müddetçe kıdem hesabında dikkate alınması gerektiği ancak makul süre aşılmış ise aşan kısmın kıdem hesabında dikkate alınmayacağı belirtilmiştir.³³⁵ Ayrıca Yargıtay zorunlu askı süresi sona erdikten sonra işveren tarafından sözleşmenin feshedilip feshedilmemesinin kıdem hesabında bir önemi olmadığını da belirtmiştir.³³⁶

³³¹Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.174; Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s. 157; Eyrenci Taşkent/Ulucan/Baskan: s.265.

³³² Özer: s.126.

³³³ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.158; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan: s.264.

³³⁴ Özcan: İş Sözleşmesinin Feshi, s. 272; Tiryaki: s.142.

³³⁵ Y.9.HD. E. 2016/18182, K. 2020/6283 T. 24.6.2020 (Çevrimiçi) www.kazanci.com (Erişim Tarihi:18.03.2024); Y.22.HD. E.2017/28561, K. 2020/4713, T. 10.03.2020 (Çevrimiçi) www.kazanci.com (Erişim Tarihi:18.03.2024); Y.22.HD. E/2017/14043, K.2018/15841, T. 26.0.2018. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 20.03.2024).

³³⁶ Y.7.HD. E.2015/34284, K. 2016/414, T. 20.01.2016. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 20 03.2024).

Bununla birlikte, 1475 sayılı kanunun yürürlükteki 14.maddesi, emredici bir hüküm olduğundan tarafların raporlu sürelerin tamamının kıdem hesabında dikkate alınması gerektiği hususunda anlaşmaları halinde, toplu iş sözleşmesinde bu anlaşmaya dair bulunan maddeler geçersizdir.³³⁷

4.3.3. Yıllık izin hakkının kullanılmasına etkisi

Yıllık ücretli izin hakkı, AY m.50'de düzenlenen dinlenme hakkının bir parçasını oluşturmaktadır. Söz konusu hak, işçinin vazgeçilmez haklarından biridir (İşK, m.53/2). İş Kanunu'na göre yıllık ücretli izin hakkından yararlanabilmek için işçinin fiilen çalışmaya başladığı tarihten itibaren en az bir yıl çalışmış olması gerekir (İşK. m.53/I). Bununla birlikte kanunda bir yıllık sürenin hesabı yapılırken bazı sürelerin çalışılmış gibi kabul edileceği de belirtilmiştir. Konumuz açısından bakacak olursak işçinin hastalandığı ya da geçirdiği kaza sebebiyle işe devam edemediği günler ile doğumdan önce ve sonra kadın işçilerin çalıştırılmadığı süreler, genel tatil, hafta tatili ve ulusal bayram olan günlerde işçiler İş Kanunu'na göre çalışmış olarak kabul edilir (İşK. m.55). Çalışılmış olarak kabul edilen günlerin ise kıdem hesabında dikkate alınması gerekir. Doğum izninde kanunda öngörülen süreler hekim raporu ile arttırılabilir. Yine bu sürelerin artması halinde de işçi çalışmış gibi kabul edilerek artan sürelerin kıdem hesabında dikkate alınması gerekir. Buna karşılık, doğum sonrası işçinin 6 ay ücretsiz izin talep etmesi halinde bu süreler ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmayacaktır.

Çalışanlar, yıllık iznini kullandıkları süre içinde kaza geçirebilir ya da hastalanabilir. Bu durumda hastalanma ya da kaza geçirmeye bağlı olarak geçirilmesi gereken istirahat sürelerinin, işçinin yıllık izin hakkına olan etkisini incelemek gerekir.

Konuyla ilgili yasada bir düzenleme olmamasına karşılık yıllık izin hakkının kanunda düzenlenme amacının göz önünde bulundurulması gerekir. Yıllık izin hakkının amacı, işçinin çalışmaya ara vererek dinlenmesi bu sayede işine daha verimli şekilde devam ettirebilmesini sağlamaktır. Ancak işçinin yıllık izin hakkını kullandığı süreler içinde hastalanması halinde yıllık izin hakkının kanundaki amacı gerçekleşemez.³³⁸

³³⁷ Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.176.

³³⁸ Kartal, Serhat: Türk Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebepleriyle Sona Ermesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.53.

İşçinin yıllık izin süresinde kaza geçirmesi, hastalanması ya da doğum izni ile yıllık izin süresinin çatışması halinde kanunda düzenlenen diğer izinler ile yıllık izinlerin aynı anda kullanıldığını söylemek mümkün değildir. Nitekim İşK. m.56/4'te, işçiye yıl içinde verilen izinlerin ya da hastalık veya dinlenme izinlerinin yıllık izinden mahsup edilmesine imkân bulunmadığı açıkça ifade edilmiştir.Öte yandan, işçinin geçirdiği kaza ya da hastalığa bağlı istirahat süreleri ile doğumdan önce ve sonraki sekiz haftalık sürelerin kıdem hesabında dikkate alınacağını kanunda belirtilmesi, izin süresi içinde çalışma yasağı, işveren tarafından yıllık iznin bölünemezliği kuralı ile de kanunda çalışanların izin süresinde dinlenmesinin amaçlandığı açık bir şekilde görülmektedir.³³⁹ Yıllık izin hesabında işçinin hastalanması ya da kaza geçirmesine sebep olan olayda kusurlu olup olmaması ise önemli değildir.³⁴⁰

Bununla birlikte, sağlık sebepleri dolayısıyla kullanılamayan yıllık izin hakkının işçinin ne zaman kullanabileceğine yine işveren tarafından karar verilmesi gerekir.³⁴¹ İşverenin izin tarihi ve süresini belirlerken çalışma koşulları ve çalışma ortamını göz önünde tutması işyerinin işleyişi için önemli bir etkiye sahiptir.

4.4. Hastalık Esnasında İşçinin Davranışları Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshi

Daha önceki açıklamamızda belirttiğimiz gibi, işçinin raporlu olduğu süre içinde sözleşme askıda olup temel borçların ifası ertelenirken yan edimler varlığını sürdürmektedir. Bu durumda işçinin sadakat borcu devam ettiğinden işçinin bu borca aykırı davranışları, İşK. m.25/2 hükmü uyarınca haklı bir fesih sebebi oluşturacaktır.

İşçinin raporlu olduğu süre içinde sağlığına kavuşması için bu süreyi dinlenerek geçirmesi gerekir. Raporlu olunan süre içinde farklı bir işyerinde çalışıyor olması³⁴² ya da bu süre içinde sosyal medya paylaşımlarından tatile gittiğinin anlaşılması,³⁴³ sadakat yükümlülüğüne aykırı kabul edilen davranışlardandır.

³³⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat: s.764.

³⁴⁰ Sözer: Hasta İşçinin İş İlişkisi, s.182.

³⁴¹ Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nde de belirtildiği üzere yıllık izin kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında kalmaktadır. İşverenin bu hakkının iyi niyet kuralları çerçevesinde kullanılması gerektiği açıktır. Bir başka anlatımla, işçinin anayasal temeli olan dinlenme hakkının, işyerinin gereklerine ıygun biçimde ve mümkün olduğunca işçinin talebi çerçevesinde kullandırılması gerekir. İşverenin bu noktada yönetim hakkını kötüye kullanmasının yasalar karşısında korunmayacağı kabul edilmelidir. Y.9.HD. E.2006/15954, K. 2006/17843, K.T. 20.06.2006(Çevrimiçi) www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 25.04.2024)

³⁴² Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi,s.283.

³⁴³ Y.9.HD. E. 2016/17532, K. 2017/12196 K.T. 06.07.2017. (Çevrimiçi) www.legalbank.net. (Erişim Tarihi: 02.01.2024).

İşçinin raporlu olduğu dönemde dinlenmek yerine eğlenceye gitmesi, iyileşmesini geciktirecek faaliyetlerde bulunması sadakat yükümlülüğüne aykırı olup işveren için bir fesih sebebidir.³⁴⁴

İşçinin hasta olmamasına rağmen rapor alması³⁴⁵, alınan raporun gerçeğe aykırı şekilde değiştirilmesi³⁴⁶ ya da işverene sahte rapor sunulması³⁴⁷ vb. gibi davranışlar yine bu kapsamda sadakat yükümlülüğüne aykırılık oluşturmaktadır.

4.5. Sağlık Sebeplerinin İşçinin Devamsızlığını Haklı Kılması

Sağlık sebepleriyle iş sözleşmesinin feshedilmesinin temelinde kural olarak işçinin devamsızlığı bulunmaktadır. Devamsızlığın sağlık sebeplerinden kaynaklandığı durumlarda, dürüstlük kuralları gereği işveren için katlanılamayacak seviyede uzun süren bir devamsızlık söz konusu ise fesih sebebi olabilir. Bununla birlikte ahlak ve iyiniyet kuralları kapsamında düzenlenen devamsızlığın haklı bir fesih sebebi olarak kabul edilmesi için ne kadar sürdüğü önemli olmadığı gibi, mazeretsiz ve izinsiz bir devamsızlık olması gerekir (İşK m. 25/II-(g)).

Sağlık sebeplerinin devamsızlığı haklı kılıp kılmadığı değerlendirilirken titizlikle inceleme yapılması gerekir. Rapor tarihi ve süresi, devamsızlığın hangi tarihler arasında sürdüğü, devamsızlığı haklı kılan bir durumun olup olmadığı dikkatli bir şekilde incelenmesi gerekir.³⁴⁸ Sunulan raporun ise özel hastane ya da devlet hastanesi olmasının bir önemi bulunmamaktadır.³⁴⁹ Rapor hastalığın ispatı için en kolay araç olmakla birlikte ispat için gerekli olmayıp, işçi telefon, mail, çalışma arkadaşı aracılığıyla vb. gibi farklı yollarla da hastalığı işverene bildirebilir.³⁵⁰

Devamsızlığın haklı bir gerekçe olarak kabul edilebilmesi için hastalığın işverene gecikmeksizin bildirilmesi gerekir³⁵¹. Gecikmeksizin deyiminden anlaşılması

³⁴⁴ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.282.

³⁴⁵ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.283.

³⁴⁶ Y.9.HD. E. 1995/12934, K. 1995/33314, T. 02.11.1995. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi:02.01.2024).

³⁴⁷ Y. 9.HD. E. 2005/12256, K.2005/37906, T. 05.12.2005. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi:02.01.2024).

³⁴⁸ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.284; Ergin: s.130.

³⁴⁹ Ertürk: Bireysel İş Hukuku, s.365.

³⁵⁰ Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi s.131.

³⁵¹ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.286.

gereken, işçinin işvereni bilgilendirme imkânına sahip olduğu andan itibaren vakit kaybetmeden bilgilendirmesi anlamına gelmektedir.³⁵²

4.6. Sağlık Sebebiyle Feshin Diğer İş Kanunlarında Düzenleniş Biçimi

4.6.1. Basın İş Kanunu

Basın İş Kanunu'nun 12.maddesine göre işveren, gazetecinin hastalanması halinde iş sözleşmesini feshedemez. Buna karşılık, hastalık süresi itibariyle altı ayı aşıyorsa iş sözleşmesinin tazminat verilmesi koşuluyla feshedilmesi mümkündür.

Söz konusu hüküm açısından işçinin hastalığında bir kusurunun olup olmasının ya da hastalığın işyerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının bir önemi bulunmamaktadır.³⁵³ Bu durumda önemli olan gazetecinin görevini yerine getiremeyecek bir hale düşmesidir.³⁵⁴

Hastalık sebebiyle gazetecinin görevini yerine getirip getiremeyeceğine ilişkin tespit yapılırken gazetecinin fiilen yapmış olduğu iş dikkate alınmaktadır. Bu halde hastalık gazetecinin görevini yerine getirmeye engel değilse işveren hastalık sebebiyle sözleşmeyi feshedemez. Örneğin hastalık sonucunda hareket edebilme yeteneği kısıtlanan gazetecinin görevi masa başında bir iş ise sözleşmenin feshi için haklı bir sebep bulunmazken, muhabir olarak görev yapan bir gazeteci için haklı bir fesih sebebi oluşturacaktır.³⁵⁵ Bununla birlikte işçinin görevini yerine getiremeyeceği haller yalnızca fiilen yapmakta olduğu işlerden kaynaklanmaz. İşçi fiilen görevini yerine getirebilecek halde olmasına rağmen işverenin menfaati için işin yapılmaması gerekiyorsa işçinin görevini yerine getiremeyeceği kabul edilmelidir. Örneğin, gazetecinin işyerinde çalışması riskli olan bulaşıcı bir hastalığa yakalanması ve bu hastalığın 6 aydan fazla sürmesi halinde görevini yerine getiremeyecek durumda olduğunun kabul edilmesi gerekir.³⁵⁶

Maddede belirtilen bir diğer husus ise işçinin kıdemi ne olursa olsun iş sözleşmesi hastalık süresi altı aydan fazla olmadıkça feshedilemeyecektir. Basın İş Kanunu, İş Kanunu'ndan farklı olarak iş sözleşmesinin feshi için işçilerin kıdemine

³⁵² Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.290.

³⁵³ Çöldemli: s.118.

³⁵⁴ Caniklioğlu; Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.272-273; Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.139.

³⁵⁵ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.273.

³⁵⁶ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.42, 273.

göre bir ayırım yapmamış olup tüm işçilerin iş sözleşmelerinin feshi için altı aylık bir askı süresi belirlemiştir.³⁵⁷

İşveren, altı aylık süre sonunda fesih hakkını kullanırken dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanması gerekir. Bu halde işçi altı aydan fazla olmakla birlikte kısa bir sürede iyileşecek durumdaysa hastalık sebebiyle sözleşmenin feshedilemeyeceği kabul edilmelidir.³⁵⁸

BİK m.12’de düzenlenen diğer bir husus ise görevini yerine getiremeyecek duruma düşen işçinin sözleşmenin feshedilmesinden itibaren bir yıl içinde iyileşmesi halinde tekrar eski işine tercihen alınır. Kanun maddesinde yer alan “*tekrar eski işine tercihen alınır*” ifadesi ile anlaşılması gerekenin ne olduğu, işverenin sözleşme yapma zorunluluğu bulunup bulunmadığı öğretide tartışma konusu olmuştur. İşverenin yeniden sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilebilmesi için gazetecin önceki işinde boş bir pozisyonun olması gerekir.³⁵⁹ Nitekim kanun maddesinde yer verilen “*tercihen alınır*” ifadesiyle anlaşılması istenen durumda budur.³⁶⁰ Dolayısıyla gazetecinin iyileştiği esnada önceki işi ya da önceki işine benzer nitelikte benzer bir işte boş bir pozisyon bulunmuyorsa işverenin gazeteci ile yeniden sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilemeyecektir.

Maddede belirtilen bir yıllık süre, feshin hukuki sonuçlarını doğurduğu tarihten itibaren işlemeye başlar. İşçi bir yıllık süre içinde iyileştiğini ispatlamak koşuluyla tekrar işe başlamak için başvuruda bulunabilir.³⁶¹ Ancak maddede başvuru açısından herhangi bir süre belirtilmemiştir. Kanaatimize göre işçi bir yıllık süre içinde iyileşmesi durumunda makul bir süre içinde başvurması gerekir. İşçinin iyileştikten uzun bir süre sonra başvuruda bulunmaması halinde ise işverenin tekrar işe alma zorunluluğu bulunmadığının kabul edilmesi gerekir.

Basın İş Kanunu’nda, İş Kanunu’nda olduğu gibi ücret yapılan işin karşılığında ödenir (BİK m.4). Ancak gazetecinin hastalığından kaynaklanan askı süresinde işçiye ücret ödenip ödenmeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde baskın

³⁵⁷ Caniklioğlu, BİK’e tabi olan işçilerin, diğer işçilere göre daha fazla korunduğunu ifade etmiştir. Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.274; Çöldemli: s.118.

³⁵⁸ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.274; Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.138.

³⁵⁹ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.44.

³⁶⁰ Savaş: s.147.

³⁶¹ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.43-44.

görüŖe göre BİK'e tabi olan işçiler açısından bir kanun boşluğu olduğu ve bu boşluğun TBK'da yer alan hükümlere göre (TBK m.409) doldurulması gerektiği ifade edilmiştir.³⁶²

Yine Basın İş Kanunu'nda sözleşmenin derhal fesih yoluyla sona erdirilebilmesi için herhangi bir süre belirtilmemiştir. Bu durumda da TBK hükümlerine göre hareket edilmesi gerekir.³⁶³

Basın İş Kanuna tabi olan işçilerde, İş Kanunu kapsamındaki işçilerden farklı olarak geçici iş göremezlik ödeneği alınması halinde TBK m.409'göre verilecek olan ücreti etkilemeyecektir.³⁶⁴

Taraflar iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile hastalık süresi içinde de işçiye ücret ödenmesini kararlaştırabilirler. Basın İş Kanunu'nda gazetecinin hastalık döneminde ücreti ile ilgili bir düzenleme bulunmamasına karşılık BİK m.16'da gebelik ve askerlik dönemindeki ücretler düzenlenmiştir. Buna göre *“kadın gazetecinin hamileliği halinde, hamileliğin yedinci ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadar izinli sayılır. Bu müddet zarfında müessese gazeteciye son aldığı ücretin yarısını öder. Doğum vuku bulmaz veya çocuk ölü dünyaya gelirse, bu halin vukuundan itibaren bir ay müddetle bu ücret ödenir. Gazetecinin sigortadan veya bağlı bulunduğu teşekküllerden alacağı yardım, bu ödemeye tesir etmez.”*

Görüldüğü üzere Basın İş Kanunu'nda, İş Kanunu'ndan farklı olarak işçinin kıdemine göre değil tüm Basın İş Kanunu'na tabi olan işçiler için altı aylık bir askı süresi öngörülmüştür. Oysa İş Kanunu'nda hastalık sebebine dayalı fesih için geçmesi gereken süre ise en fazla on dört hafta olarak belirlenmiştir. Yine Basın İş Kanunu'na tabi olan işçiler hastalanması ya da doğum yapması halinde geçici iş göremezlik ödeneği aldıklarında ücretlerine bir etkisi olmayıp mahsup edilmez.³⁶⁵ Ayrıca Basın İş Kanunu'nda kadın gazeteciye doğumdan önce ve sonra çalışmadığı süreler için ücret öngörülmüşken İş Kanunu'nda doğum iznindeki işçiler için aksi kararlaştırılmadıkça bu sürelerde ücret öngörülmemiştir. Netice itibariyle mevzuata bakıldığında gazetecilerin diğer çalışanlara göre daha çok korunduğu anlaşılmaktadır.

³⁶² Akyiğit: İş Hukuku, s.272; Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi 281; Çöldemli: s.118; Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi: s.168; Narmanlioğlu: s.395. dn. 206; Savaş: s.182.

³⁶³ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.168.

³⁶⁴ Sümer, Haluk Hadi: Bireysel Basın İş Hukuku, 3.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.110.

³⁶⁵ Sümer: Bireysel Basın İş Hukuku, s.110.

4.6.2. Deniz İş Kanunu

DİK m.14'te işveren ve gemi adamı açısından haklı fesih oluşturan sebepler düzenlenmiştir. DİK m.14/3-(b) hükmünde, gemi adamının herhangi bir sebeple sürekli olarak gemide çalışmasına engel bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi halinde hem gemi adamının hem de işverenin haklı sebeple feshedebileceği belirtilmektedir.

Deniz İş Kanunu'nda, İş Kanunu'ndan farklı olarak yalnızca gemi adamının kendisinin hastalığına dayanarak sözleşmeyi haklı sebeple feshedebileceği düzenlenmiştir. Bu halde, diğer gemi adamları veya yolcuların bulaşıcı bir hastalığı sebebiyle sözleşme haklı nedenle feshedilemeyecektir. Ancak bu durumda gemi adamının sağlığı için önem taşıdığı ve adil bir uygulama olmadığı göz ardı edilemez bir gerçektir.³⁶⁶ Netice itibariyle gemi adamı, başka bir gemi adamının ya da yolculardan birinin bulaşıcı bir hastalığının bulunması halinde ancak bildirimli fesih yolu ile sözleşmeyi sona erdirebilecektir.³⁶⁷

DİK m.14/3-(b) hükmüne göre iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedilebilmesi için iki koşulun bulunması gerekir. Bu koşullardan ilkinde göre, sakatlık ya da hastalığın sürekli olması gerekir. Süreklilikten ne anlaşılması gerektiği konusunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide bir görüş, hastalığın sürekli olup olmadığının tespiti için denizcilik teamüllerinden yararlanılması gerektiğini belirtmiştir.³⁶⁸ Bizimde katıldığımız bir diğer görüşe göre ise İş Kanunu'nda kusursuz hastalık için belirlenen sürenin (İşK. m.25/1-(b)) burada da kıyas yolu ile uygulanması gerekir.³⁶⁹

Haklı nedenle feshedebilmek için aranan diğer koşul ise sakatlık ya da hastalığın sürekli bir şekilde gemide çalışmasına engel olması gerekir. Çalışmaya engel nitelikte olan sakatlık ya da hastalık halinden ne anlaşılması gerektiği konusunda kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Öğretide, konuyla ilgili olarak gemi adamının sakatlığı ya da hastalığına rağmen gemide çalışabileceği farklı bir iş bulunuyor ise iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedilemeyeceği belirtmiştir.³⁷⁰ Öğretide bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise gemi adamlarının çalışma alanları belirli bir uzmanlık

³⁶⁶ Caniklioglu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.224.

³⁶⁷ Savaş: s.157.

³⁶⁸ Akyigit, Ercan: Kıdem Tazminatı, 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s.904.

³⁶⁹ Caniklioglu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.227-228; Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.140.

³⁷⁰ Koyuncu: İbrahim, Serdar: "Deniz İş Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesini Sona Erdiren Haller", Deniz Hukuku Dergisi,2003, s.97.

gerektirdiğinden ancak gemi adamının kendi işine benzer bir iş bulunup bulunmamasına göre bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir.³⁷¹ Kanaatimize göre de, gemi adamının kendi işine benzer nitelikte uygun bir iş bulunmuyorsa sözleşmenin haklı sebeple feshedilebilmesi mümkündür.

Maddede belirtilen “*herhangi bir sebeple*” ifadesiyle gemi adamının sakatlanması, hastalanmasında bir kusurunun olup olmadığının, hastalık ya da sakatlığa yol açan eylemin nerede ve nasıl gerçekleştiğinin ya da hastalığın bulaşıcı olup olmamasının bir önemi bulunmadığı anlaşılmaktadır.³⁷² Burada önemli olan husus, sakatlanma ya da hastalanmanın iş sözleşmesi kurulduktan sonra gerçekleşmiş olması gerekir. Öte yandan, işveren iş sözleşmesi kurulmadan önce varolan sakatlık veya hastalığı bilmesine rağmen sözleşmeyi kurmaya devam etmişse artık bu sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshedemez. Ancak iş sözleşmesinin kurulma aşamasında mevcut olan hastalık ya da sakatlığın gizlenerek sözleşme kurulması sağlanmışsa TBK kapsamında hile ve hata hükümlerine göre sözleşmenin iptali istenebilir.

DİK m.42 hükmü, hafta tatili ücretini düzenlemekte olup, İŞK. m.46/2-(c) hükmü ile benzer niteliktedir. DİK m.42’ye göre, gemi adamının bir haftalık süre içinde kalmak koşuluyla doktor raporuyla düzenlenen dinlenme ve hastalık izinleri ile işveren tarafından verilen diğer izinler, fiili olarak çalışmış gibi hesaba katılır. Bu halde, daha önce İş Kanunu kapsamında olan işçiler açısından yapılan açıklamalarda bahsedildiği gibi, işçinin fiilen çalışmadığı günler çalışmış gibi sayılacak olup, gemi adamı hafta tatili ücreti alabilecektir. Ancak hastalık süresinin bir haftayı aştığı durumlarda ise gemi adamının hafta tatili ücreti hakkı bulunmamaktadır.

Deniz İş Kanunu’nda, gemi adamlarının iş sözleşmesi, yurt dışında ya da yurt içinde yabancı bir limanda feshedilmesi veya sona ermesi halinde yurda veya bağlama limanına iade edileceği belirtilmiştir. Gemi adamları, yurda iadesi için bir haftalık süre içinde talep etmeleri halinde bu haktan yararlanabilirler. Gemi adamının hastalanması ve sair zorunlu bir sebebin meydana gelmesi halinde belirtilen bir haftalık süre engellerin kalktığı tarihten itibaren başlar (DİK m.25).

DİK m.15’e göre işveren ve gemi adamı derhal fesih hakkını altı işgünü içinde kullanması gerekir. Altı günlük süre, sözleşmenin feshine yol açan davranışın

³⁷¹ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s. 226-227; Savaş: s.158.

³⁷² Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.227.

öğrenilmesinden itibaren başlar ve herhalde bir yıllık süreden sonra fesih hakkı kullanılamaz. Deniz İş Kanunu'nda, İş Kanunu'ndan farklı olarak fesih nedenlerine göre süre açısından bir ayırım yapılmamıştır. Bu halde, gemi adamının sürekli olarak çalışmasına engel bir hastalığa yakalanması veya sakatlığa uğraması halinde, durumun öğrenilmesinden itibaren gemi adamı, işveren ya da işveren vekili altı işgünü içinde iş sözleşmesini feshetme hakkına sahiptirler.³⁷³



³⁷³ Caniklioğlu: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s. 280-281; Ergin: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebebiyle Sona Ermesi, s.168-169.

SONUÇ

İş ilişkisinde işçinin sağlık sorunları ile çok karşılaşılmasına rağmen bu konuda ilgili kanunlarda yer alan tarafların hak ve yükümlülükleri hakkındaki düzenlemeler oldukça zayıftır. Bu sebeple, iş ilişkisinde sağlık sebebine dayalı ortaya çıkan sorunlarda, daha çok Yargıtay kararları ile çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır.

İş Hukukunda işçinin hastalığı, iş görme edimini yerine getiremediğinde dikkate alınır. Bu halde, işçinin tıbbi anlamda bir hastalığı söz konusu olsa bile iş görme borcunu etkileyen bir durum yoksa iş hukuku bakımından bir hastalıktan söz edilemez.

İşçinin hastalığı nedeniyle iş sözleşmesinin haklı sebeple derhal feshi, sadece işverene değil hastalanan işçinin kendisine de tanınan bir haktır. Fesih hakkının hangi tarafta olduğu tespit edilirken işçinin hastalığının kaynağına bakılır. Söz konusu hastalık, çalışma veya işyeri koşullarından kaynaklanıyor ise işçi, İşK. m.24/1-(a) hükmü kapsamında haklı sebeple derhal fesih hakkını kullanabilecektir. Hastalığın işyeri ve çalışma koşulları ile bir ilgisi olmadığı durumlarda ise işveren, İşK. m.25/1-(a) hükmü kapsamında haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabilecektir.

İşçinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalık sebebiyle işyerinde çalışmasında sakınca bulunması durumunda işçinin çalışmaya devam edip etmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Zira bu halde işçinin çalışmaya devam etmesi ile mevcut sağlık durumu daha da zarar görebilecektir veya bu hastalık aynı zamanda bulaşıcı bir hastalık ise işyerinde bulunan diğer kişilere bulaşma riski de söz konusu olabilecektir. Yine böyle bir durumda işyerinde bulunan diğer işçilerde sürekli hastalığa yakalanma korkusu olabileceğinden iş akışının ve işyeri düzeninin bozulmasına da yol açabilecektir. Dolayısıyla işçinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalandığı ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu ilişkin kurul raporu düzenlendiği anda, işverenin zorunlu askı süresini beklemeksizin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilmesi gerekir.

İşçinin hastalığının ilk olarak işyeri hekimi tarafından da tespit edilebilmesi mümkündür. Ancak, bu hastalığın, tedavi edilebilmesi mümkün olmayan ve işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu ilişkin durumunun saptanarak raporla kayıt altına alınması sağlık kurulu ile gerçekleşecektir. Bununla beraber, işyeri hekimi tarafından işçinin geçmiş sağlık durumu, işyerindeki çalışma koşullarını ve böyle bir

hastalığın ortaya çıkması halinde bu hastalığın yapılan işin niteliği ile ne kadar ilgili olduğu hakkında en doğru bilgiye ulaşılacaktır.

Bu açıklamalar doğrultusunda, işçinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalığının bulunması ya da böyle bir hastalığın bulunduğu dair bir şüphenin varlığı halinde, işyeri hekimi ile sağlık kurulunun işbirliği içinde çalışmasının, en yararlı çözüm olacağı kanaatindeyiz. Bu sebeple İşK m.25/1-(b) de yer alan hükmün, “işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu, ilgili işyeri hekiminin görüş ve önerileri alınarak, Sağlık Kurulunca saptanması” şeklinde yeniden düzenlenmesinin, olması gereken hukuk bakımından daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

Sağlık sebebine dayalı iş sözleşmesinin bildirimsiz feshinde, kanunda bildirimsiz fesih için aranan sürelerle atıf yapılması işveren ve işyerinin menfaatine zarar verebilir. Aslında böyle bir durumun çalışanların aleyhine de olduğu düşünülebilir. Zira iş sözleşmesinin feshine konu olan sebep, iş ilişkisinin devamını işveren için çekilmez bir hale getirmişse ve bu durumda işveren bir an önce iş sözleşmesini feshetmek istemesine rağmen yasal bekleme süresinden önce iş sözleşmesini feshedemediği için bu süreden sonra ihbar tazminatı ödemek yerine doğal olarak haklı fesih yoluna başvuracaktır.

Netice itibarıyla, sağlık sebeplerinden kaynaklanan geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshi için kanaatimize göre bekleme süresinin aşılmasının gerekmesine hukuki açıdan da bir yarar bulunmamaktadır. Ancak somut olayın niteliğine göre bir değerlendirilme yapılarak, hastalığın yakın bir tarihte sona ereceği öngörülebiliyorsa ve işçinin devamsızlığı işverenin menfaatini önemli derecede etkilemiyorsa sözleşmenin feshedilmesinden önce işçinin sağlık durumunun düzelmesinin beklenmesi daha uygun olacaktır.

İşçinin sık sık hastalandığı ya da uzun süreli bir hastalığa yakalandığı hallerde işçi için alternatif bir iş imkânı var ise işçinin bu alternatif işte çalıştırılması gerekir. Ancak böyle bir ihtimalin bulunması oldukça güçtür. Çünkü söz konusu hastalığın sebebi ve buna bağlı olarak işçinin devamsızlığı, yapılan iş ile ilgili değilse işçinin farklı bir işte çalıştırılması mümkün görülmemektedir. Yine işçinin devamsızlığı sebebiyle işyerindeki diğer işçilere fazla mesai yaptırılması, geçici süreliğine farklı bir işçi çalıştırması vb. gibi fesih yerine daha hafif önlemlere başvurmayı tercih etmesi ise son

are ilkesinin oldukça sınırını genişletecek olup isabetli bir yöntem olarak görülmemektedir.

İşçinin derli toplu olmayan bir hayat sürmesi sebebiyle hastalanıp devamsızlık yapması İşK 25/1-(a)kapsamında haklı bir fesih sebebidir. İşçinin derli toplu olmayan bir hayat sürmekle beraber hastalanmamış ancak erken uyanamadığı ya da canı istemediğı için işe gelmemişe bu durumda haklı fesih sebebi teşkil eden durum, İşK m. 25/1-(a) hükmüne değıl İşK. m. 25/2-(g) hükmüne dayanacaktır. Bu iki maddenin nitelikleri ise birbirinden farklıdır. İşK m.25/1 kapsamında gerçekleşen fesihlerde işçi kıdem tazminatına hak kazanırken, ihbar tazminatı hakkında mahrum kalır. İşK. m.25/2-(g) ile gerçekleşen fesihlerde ise işçi hem kıdem tazminatından hem de ihbar tazminatından mahrum kalmaktadır.

Kanaatimize göre, mevcut hükmün İşK. m.25/2-(g) bendinden farklı düzenlenerek işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesinde TCK m.22/6’da düzenlenen şahsi cezasızlık sebebine benzer bir amaç söz konusudur. Yani mevcut düzenlemede işçinin kıdem tazminatına hak kazanmasında, işçi her ne kadar hastalığa ya da engelli hale gelmesine kendisi sebebiyet vermiş olsa da bu hastalık ya da engellilik halizerine birde iş sözleşmesinin tazminatsız şekilde feshedilmesinin ağır bir yaptırım olacağı düşüncesiyle hareket edildiğinin kanaatindeyiz. Ancak bu halde, işçinin hastalanması veya engelli hale gelmesine kendi kusuru ile sebebiyet verdiğı göz ardı edilmemesi gereken bir husustur. Böyle bir durumda işyerinin işleyişinde aksamalar olacağından işverenin hem menfaati zarar görecek hem dezerine tazminatdeyecektir. Bu sebeple, söz konusu hükmün işveren açısından hakkaniyetli olduğunu düşünmemekteyiz. Bunun yanı sıra işverenin İşK 25/1-(a) kapsamında sözleşmeyi feshedebilmesi için işçinin kusurunu ispatlaması uygulamada oldukça güç olduğundan tıpkı Basın İş Kanunu’nda olduğu gibi işçinin kusuruna göre bir ayırım yapılmadan yeni bir düzenleme yapılmasının olması gereken hukuk bakımından daha adil olacağını düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, E. (2007). *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade)*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Akyiğit, E. (2008) *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi (3.Baskı) (Cilt I)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Akyiğit, E. (2010). *Kıdem Tazminatı (2.Baskı)*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Akyiğit, E. (2022). *İş Hukuku*(14. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Alemdar, E. (2021). Sakat, Özürlü ve Engelli Kavramları: Tarifleri ve Farkları. *Zemin: Edebiyat Dil ve Kültür Araştırmaları*, 0(2), 28 - 49.
- Alpagut, G. (2022). İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden Tarafın Tazminat Talep Hakkı. *Çalışma ve Toplum* , 3 (74) , 1733-1767 . DOI: 10.54752/ct.1141928
- Aras, T. (2015). *İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik. TBB Dergisi*, 0(119), 429-456.
- Arıcı, K. (2022). *Türk İş Hukuku - I - Ferdi İş İlişkileri Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi.
- Arslan, S. (2012). *İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı*. On İki Levha Yayıncılık.
- Baskan, E. (2021). *İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi*. İstanbul: Legal Yayıncılık
- Başbuğ, A., & Bodur, M.Y. (2021). *İş Hukuku* (6.Baskı). Beta Yayınevi: İstanbul.
- Baykan, Z. (2000). Özürlülük, Engellilik, Sakatlık Nedenleri ve Korunma, *Sürekli Tıp Eğitim Dergisi*. 9(9), 15-22.
- Bayrak, A. (2022). Sık Sık Kısa Süreli Hastalanma Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi ve Konunun Covid 19 Salgını Bağlamında Değerlendirilmesi . *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 30 (1) , 259-299 . DOI: 10.15337/suhfd.1009733
- Baysal, U. (2011). *İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Bolsoy, N. & Sevil, Ü.(2006). Sağlık-Hastalık ve Kültür Etkileşimi, *Atatürk Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Dergisi*, 9(3), 2006, 78-87.

Caniklioğlu, N. (2002). *Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi*. İstanbul:Beta Yayınları.

Caniklioğlu, N. (2017). İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, Prof Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 67-131.

Centel, T. (2020). *İş Güvencesi*(2.Baskı). İstanbul: Legal Yayıncılık.

Çelik, N., Caniklioğlu, N., & Canbolat, T.(2019). *İş Hukuku Dersleri*(32. Baskı). İstanbul:Beta Yayınları.

Çöldemli, A. (2022). *İş İlişkisinde Askı Halleri ve Pandemiye İlişkin Yasal Düzenlemeler*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Dağlı G.H.(2006). *Türkiye’de Sağlık Sektörünün Yapısı*. [Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No:186014)

Demir, C.A. (2021). *Hastalığın İş İlişkisine Etkisi*. [Doktora Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi SBE]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No:702101)

Dıncırcı, B. (2021). Yargıtay Kararları Kapsamında Kötüniyet Tazminatına Genel Bir Bakış. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(2) , 219-231. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/shd/issue/68720/1080618>

Doğan, S. (2022). *İş Hukukunda İşçinin İş ve Aile Yaşamı Uyumunun Sağlanması*. Ankara: Seçkin Yayınları.

Doğan Yenisey, K. (2006) . İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, *Çalışma ve Toplum*, 4(11), 63-82.

Doğan Yenisey, K. (2010). Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi *Çalışma ve Toplum*, 0(3), 93-112.

Dulay Yangın, D. (2017). İş Sözleşmesinin İş Kanunu m. 25/I-(b) Uyarınca Haklı Nedenle Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması Gerekli midir? (Karar İncelemesi). *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19(3), 2029 - 2055.

Duman, B. (2020). 4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 11(1) , 1-17. DOI: 10.21492/inuhfd.653672

Ekmekçi, Ö. & Yiğit, E. (2022). *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (4. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Ergin,H.(2010).*Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi*. İstanbul: Beta Yayınları.

Ergin, H. (2014). Hastalık Riskinden Dolayı İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 20(1), 177-200.DOI:[10.33433/maruhad.606944](https://doi.org/10.33433/maruhad.606944)

Ergin, H. (2015). İşyerinde Çalışan Bir İşçinin Hepatit-B Hastalığına Yakalanması Nedeniyle Diğer İşçilerin İş Sözleşmelerini Derhal Fesih Hakkı. *Sicil İş Hukuku Dergisi*,0(33), 56 - 64.

Ergin, H.(2017). İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 0(38), 54-64.

Ergin, H. (2020). İş Sözleşmesinin Bulaşıcı Hastalık Nedeniyle İşçi Tarafından Haklı Feshi. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 0(44), 44-56.

Ertürk, Ş. (2002). 'İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle Aids Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları. *DEÜHFD*, 4(2), 1-26. (Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı)

Ertürk, Ş. (2022). *İş Hukuku Dersleri - Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Eyrenci, Ö. (2017). İşçiye Bağlı Nedenlerle Feshin Geçerliliğinde Ölçülük Denetimi. Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 345-357.

Eyrenci, Ö., /Taşkent, S., /Ulucan, S., & Baskan, E. (2020). *İş Hukuku*. (10. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları.

Gümrükçüoğlu, Y.B. (2012). *Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık

Günay, C.İ. (2015). *İş Kanunu Şerhi*(4.Baskı). (Cilt I). Ankara: Yetkin Yayınları.

Günay, C. İ. (2020). *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*. (6.Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.

İnciroğlu, L. (2023). *Sorulu Cevaplı İş Hukuku Uygulaması* (5.Baskı). İstanbul: Legal Yayıncılık.

Kabakcı, M. (2012) .*Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme*.İstanbul:Beta Yayınları.

Kartal, S. (2020). *Türk Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebepleriyle Sona Ermesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Kılıçoğlu M., & Şenocak, K. (2008). *İş Kanunu Şerhi*(2.Baskı)(Cilt I). İstanbul: Legal Yayıncılık.

Kılıçoğlu, M., &Kılıçoğlu, İ.A. (2016). *Şerhli İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*(4.Baskı). İstanbul: Bilge Yayınevi.

Korkmaz, F., & Alp, N. S. (2019). *Bireysel İş Hukuku* (4.Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları.

Köseoğlu, A.C. (2011). *İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi*. İstanbul: Beta Yayınları.

Manav, E. (2009). *Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları*. Ankara: Turhan Kitabevi.

Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M., & Baysal, U. (2022). *İş Hukuku Ders Kitabı*(6.Baskı).Lykeion Yayınları.

Narmanlıoğlu, Ü. (2014). *İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri I* (5. Baskı). İstanbul:Beta Yayınevi.

- Nazlı, S. (2018). İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Fesih Sebebinin Terditli Olarak İleri Sürülmesi .*İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*,5(2) , 269-292 . Retrieved from <https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd/issue/54315/737035>
- Özcan, D. (2014). *İş Kanunları Şerhi*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özcan, D. (2015). *Öğreti ve Uygulamada İş Sözleşmesinin Feshi*(2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi. (İş Sözleşmesinin Feshi).
- Özçetin, S./ Balaban, M.(2014). *Sağlık Hukuku*(2.Baskı).Ankara : Seçkin Yayınları.
- Özer, H.D. (2009). Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi, *Çalışma ve Toplum*, 21(2), 123-136.
- Özkan, S.D. (2019). İşçinin İş Görme Borcunu İfa Etmemesi Sebebiyle İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25(2), 1211 - 1235. 10.33433/maruhad.667727
- Öztürk, Y. E., & Kırac, R. (2019). Sağlık ve Hastalık. *Scientific Developments*, Ankara: Gece Akademi, 382-389.
- Palabıyık, B.B. (2023). *Yargı Kararları Işığında Mobbing ve İspatı*(4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları.
- Sarı, A. (2019). *İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Savaş, F.B. (2012). *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Senyen Kaplan, E. T. (2023). *Bireysel İş Hukuku*(13. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Sevimli, A. (2006). *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul:Legal Yayıncılık.
- Somunoğlu, S. (1999). Kavramsal Açıdan Sağlık. *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, 4(1), 51-62.
- Sözer, A. N. (1981). *Hasta İşçinin İş İlişkisi*. [Doktora Tezi, Ege, Üniversitesi].

Sümer, H. H. (2007). İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi. *Sicil İş Hukuku Dergisi*. 0(8), 66-73.

Sümer, H.H. (2019). *İş Hukuku Uygulamaları*(7.Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları.

Sümer,H.H. (2020) . *Bireysel Basın İş Hukuku* (3.Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları.

Sümer, H.H. (2022) *İş Hukuku* (22.Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları.

Süzek, S. (2022). *İş Hukuku*(22.Baskı).İstanbul: Beta Yayınları.

Şişman Y. (2012). *Özürlülük Alanında Kullanılan Kavramlar Üzerine Genel Bir Değerlendirme Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, 7(28), 69 - 86

Taşman, B. (1998). *Bireysel İş Hukuku*(Cilt II). İstanbul: Cem Ofset.

Tezcan, D. (2015). *Öğreti ve Uygulamada İş Sözleşmesinin Feshi*(2.Baskı). Adalet Yayınevi: Ankara.

Tiryaki, H. (2016). *İş Hukukunda Güncel Makaleler*. Ankara: Bilge Yayınevi.

Tunçomağ, K., & Centel, T. (2022). *İş Hukukunun Esasları*(10. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları.

Uşan, M. F., & Erdoğan, C. (2022). *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*(3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Ünal, C (2018) .İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler. T. Centel. (Ed.),*İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III*. On İki Levha Yayınları, (261-318). On İki Levha Yayınları.

Yuvalı, E. (2013). 4857 Sayılı İş Kanunu’nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler ile İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 0(106), 93-114

Yücel, Ö., & Sert, G. (2023). *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*. (3.Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Yüksel, S.R. (2013). İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshinde İspat. *İstanbul Barosu Dergisi*.87(6), 111-128.

Yürekli, S. (2014) İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo). *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 72(2), 541-579.

Zeytinoğlu, E. (2016). 4857 Sayılı Yasada İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Nedenlerine Dayanılarak Haklı Nedenle Feshi. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. 15(30), 149-162.



ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı Soyadı : Berin YAPAN
Uyruğu : T.C.

EĞİTİM

Derece	Adı	Bitirme Yılı
Üniversite	: Hasan Kalyoncu Üniversitesi	2020
Yüksek Lisans	: Hasan Kalyoncu Üniversitesi Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans	2024

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Kurum	Görevi
2020	Gaziantep Barosu	Avukatlık Stajı
2021		Serbest Avukat