

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK HUKUKUNDA
İŞ SÖZLEŞMESİNİN SAĞLIK
SEBEPLERİYLE SONA ERMESİ

SERHAT KARTAL

2501170680

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. ÖMER EKMEKÇİ

İSTANBUL - 2020

ÖZ
TÜRK HUKUKUNDA İŞ SÖZLEŞMESİNİN SAĞLIK
SEBEPLERİYLE SONA ERMESİ
SERHAT KARTAL

Hastalık ve engellilik hali iş sözleşmesinin her aşamasında iş ilişkisine etki etmektedir. Ancak taraflar açısından başlamış ve devam eden bir sözleşmesel ilişkide en önemli husus sözleşmenin sona erip ermeyeceğidir. Bu çalışmada iş sözleşmesinin sağlık sebebiyle sona ermesi konusu dört bölüm halinde ele alınmıştır. Çalışmanın daha sağlıklı ilerlemesi ve belirli bir bütünlükte ele alınabilmesi için konu, İş Kanunu özelinde işlenmiş ve diğer kanunlara gerektiği ölçüde değinilmiştir. Çalışmanın birinci bölümünde hastalık ve engellilik kavramlarının İş hukukundaki karşılığının ne olduğu kavramsal açıdan ele alınmıştır. İş Kanunu'nda hastalık ve engellilik ile ilgili düzenlemelere de bu bölümde özetle değinilmiştir. İkinci bölümde ise iş sözleşmesinin kurulması sırasında sağlık sebeplerinin etkisi ele alınmış ve tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında sağlık koşulları hakkında karşı tarafı doğru bilgilendirme yükümlülüğü üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölümde sağlık sebeplerinin sözleşmenin devamı (askı hali), ücret, kıdem ve yıllık izin gibi sözleşmeden doğan haklara etkisi ele alınmıştır. Dördüncü bölümde ise çalışmanın asıl konusu olan iş sözleşmesinin sağlık sebebiyle sona ermesi konusu, İş Kanunu temelinde, geçerli ve haklı nedenle fesih konusu olarak hem işçi hem işveren açısından, yargı içtihatları da göz önünde bulundurularak ele alınmıştır. İş Kanunu m. 18/3-f bendinde yer alan düzenlemeye yönelik eleştiri ve öneriler de dördüncü bölümde işlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Sebebi, İş Sözleşmesi, Fesih, Sona Erme, Hastalık, Engellilik, Bekleme Süresi, Devamsızlık.

ABSTRACT
IN TURKISH LAW, TERMINATION OF LABOUR CONTRACT
DUE TO HEALTH
SERHAT KARTAL

Situation of disease and disability affect employment relation at every stage of the labour contract. However, the most important issue in a contractual relationship that has started and continued for the parties is whether the contract will terminate or not. In this study, the termination of the labour contract due to health is discussed in four chapters. The subject has been handled by the Labor Law numbered 4857 in order to proceed healthily and to be handled with a certain integrity, and other laws have been mentioned to the extent necessary. In the first chapter of the study, the notions of disease and disability in Labor Law is conceptually analyzed. Regulations on illness and disability in the Labor Law are also mentioned in this section in sum. In the second chapter, the effect of health reasons during the establishment of the labour contract was discussed and the obligation of the parties to inform the other party about the health conditions correctly within the scope of culpa in contrahendo responsibility was emphasized. In the third chapter, the effect of health reasons on contractual rights such as continuation of the contract (suspension), wage, seniority and annual leave are discussed. In the fourth chapter, the termination of the labour contract due to health that is the main subject of the study is handled considering high court decisions, on the basis of the Labor Law numbered 4857, from the perspectives of both employee and employer. The criticisms and suggestions on the regulation in the Article 18/3-f of the Labor Law numbered 4857 are also handled in the fourth chapter.

Keywords: Health Reasons, Labour Contract, Termination, Disease, Disability, Waiting-Period, Absenteeism.

ÖNSÖZ

İşbu çalışmada uygulamada sıklıkla karşılaşılan sağlık sorunları nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin koşulları ve sonuçları İş Kanunu temelinde ele alınmaya çalışılmıştır. Öğretide sağlık sebebiyle iş sözleşmesinin sona ermesi konusu üzerine yapılan spesifik çalışmaların azlığı ve eski tarihli olmaları dikkate alınarak, ileride konu hakkında çalışmak isteyen bilim emekçilerine naçizane bir kaynak sunmak amaçlanmıştır.

Öncelikle lisans döneminden beri engin tecrübelerinden beni mahrum bırakmayan, ayrıca hem tez konumu seçmem hem de tezimi sağlıklı bir şekilde sonuçlandırmamdaki yadsınamaz katkıları nedeniyle iş hukukunun duayen isimlerinden olan pek saygıdeğer hocam İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölüm Başkanı Sayın Prof. Dr. Ömer Ekmekçi'ye teşekkürlerimi sunarım.

Akabinde her zaman için varlıklarına şükür ettiğim, her zor anımda yanımda olan, maddi ve manevi desteklerini benden esirgemeyen canım annem Hatice Kartal'a, canım babam Süleyman Kartal'a, canım kardeşim Serdal Kartal'a ve canım sevgilim Nesteren Çaydaşı'na en kalbi hislerimle teşekkür ederim.

İstanbul, 2020

Serhat Kartal

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	III
ABSTRACT	IV
ÖNSÖZ.....	V
İÇİNDEKİLER.....	VI
KISALTMALAR LİSTESİ	X
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HASTALIK VE ENGELLİLİK KAVRAMLARI ÜZERİNE

1.İŞ HUKUKU AÇISINDAN HASTALIK VE İŞ GÖREMEZLİK KAVRAMI ..	4
2. İŞ HUKUKU AÇISINDAN ENGELLİLİK KAVRAMI	11
3. HASTALIK VE ENGELLİLİĞİN İSPATI.....	13
4. İŞ KANUNUNDA HASTALIK VE ENGELLİLİK İLE İLGİLİ HÜKÜMLER	15

İKİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK SEBEPLERİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI SIRASINDAKİ ETKİSİ

1. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI SIRASINDA İŞÇİNİN VE İŞVERENİN KARŞI TARAFI SAĞLIK KOŞULLARI HAKKINDA BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	19
1.1. İşverenin Soru Sorma Hakkı ve İşçinin Hastalığını Bildirme Yükümlülüğü ..	21
1.2. İşverenin İşyerinin Sağlık Koşulları Hakkında İşçiye Bilgilendirme Yapma Yükümlülüğü	25
1.3. Tarafların Bilgilendirme Yükümlülüğüne Uymamasının Sonuçları	29
2. İŞVERENİN HASTA VE ENGELLİ İŞÇİ İLE SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU	31
2.1. İşverenin Hasta İşçi İle Sözleşme Yapma Zorunluluğu.....	31

2.2. İşverenin Engelli İşçi İle Sözleşme Yapma Zorunluluğu	32
3. SAĞLIK SEBEPLERİNE BAĞLI OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YASAĞI	35

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SAĞLIK SEBEPLERİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAKLARA ETKİSİ

1. SAĞLIK SEBEPLERİNİN SÖZLEŞMENİN DEVAMINA ETKİSİ (SÖZLEŞMENİN ASKIDA KALMASI)	37
2. SAĞLIK SEBEPLERİNİN ÜCRETE ETKİSİ.....	41
3. SAĞLIK SEBEPLERİNİN KIDEME ETKİSİ.....	46
4. SAĞLIK SEBEPLERİNİN YILLIK İZNİN KULLANILMASINA ETKİSİ.....	52

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN SAĞLIK SEBEPLERİ İLE SONA ERMESİ

1. SAĞLIK SEBEPLERİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİ NEDENLE FESHİNE ETKİSİ	54
1.1. İş Kanununda Geçerli Nedenle Fesih Kavramı	54
1.2. Fiziki Yetersizlik Olarak Hastalık Ve Engellilik	57
1.3. Bekleme Süresinde Geçerli Sebeple Sözleşmeyi Sona Erdirme Yasağı Ve Eleştirisi.....	68
1.4. Sözleşmeyi Geçerli Sebeple Sona Erdirmenin Usulü ve Sonuçları	71
1.5. İş Güvencesi Olmayan İşçiler Açısından Sağlık Sebepleri İle Fesih ve Sonuçları.....	72
1.6. Hamile İşçi ve AIDS'li İşçi ile Sözleşmenin Sona Erdirilmesi	75
2. SAĞLIK SEBEPLERİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKLI NEDENLE FESHİNE ETKİSİ	82
2.1. İşçi Açısından Sağlık Sebebiyle Haklı Nedenle Fesih Hakkı.....	84

2.1.1. İş Sözleşmesinin Konusu Olan İşin Yapılmasının İşin Niteliğinden Doğan Bir Sebep İle İşçinin Sağlığı veya Yaşayışı İçin Tehlikeli Olması.....	84
2.1.2. İşçinin Sürekli Olarak Yakından ve Doğrudan Buluşup Görüştüğü İşveren Yahut Başka Bir İşçinin Bulaşıcı veya İşçinin İş İle Bağdaşmayan Bir Hastalığa Tutulması.....	94
2.2. İşveren Açısından Sağlık Sebebiyle Haklı Nedenle Fesih Hakkı	101
2.2.1. İşçinin Sağlık Sebebiyle Yaptığı Devamsızlığa Dayalı Olarak İşverenin Sahip Olduğu Haklı Nedenle Fesih Hakkı	102
2.2.1.1. İşçinin Kusuruna Dayanan Hastalık ve Engellilik Nedeniyle Devamsızlık	103
2.2.1.2. İşçinin Kusuruna Dayanmayan Hastalık ve Engellilik Nedeniyle Devamsızlık	110
2.2.2. İşçinin Tutulduğu Hastalığın Tedavi Edilemeyecek Nitelikte Olduğu ve İşyerinde Çalışmasında Sakınca Bulunduğunun Sağlık Kurulunca Saptanması Durumunda Haklı Nedenle Fesih	124
2.3. İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerine Uyulmaması Nedeniyle İşçi ve İşveren Lehine Haklı Nedenle Fesih Hakkı.....	130
2.4. İşçinin ve İşverenin Sözleşme Görüşmeleri Sırasında Karşı Tarafı Sağlık Koşullarında Yanıltması Nedeniyle Haklı Nedenle Fesih Hakkı	138
2.5. İşçinin Sahte Rapor, Hatır Raporu Vermesi Yahut Raporlu İken Başka Yerde Çalışması Nedeniyle Haklı Nedenle Fesih Hakkı.....	143
2.6. İşçinin Hastalığının İş Kanunu 25/II-g Hükmünde Yer Alan Devamsızlık Nedeniyle Fesih Hakkı Açısından Devamsızlığı Haklı Kılması	146
2.7. Haklı Nedenle Derhal Feshin İşçi ve İşveren Açısından Usulü ve Sonuçları	148
2.7.1. Genel Olarak	148
2.7.2. Sağlık Sebepleri ile Yapılacak Olan Haklı Nedenle Derhal Fesihte Savunma Alınması Zorunluluğu Var mıdır?	152

3. İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ SİRASINDA SAĞLIK NEDENİYLE AYRIMCILIK YASAĞINA AYKIRI HAREKETLERİ VE YAPTIRIMI.....	156
4. İŞVERENİN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI ÇERÇEVESİNDE İŞÇİNİN HASTALIĞI İLE İLGİLİ ÖĞRENMiŞ OLDUĞU BİLGİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK İŞLEMEME VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE AKTARMAMA BORCU VE İHLALİ HALİNDE İŞÇİNİN FESİH HAKKI....	160
SONUÇ.....	165
KAYNAKÇA.....	168

KISALTMALAR LİSTESİ

a.e	: Aynı Eser
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
d.n.	: Dipnot
HD	: Hukuk Dairesi
E.	: Esas Numarası
K.	: Karar Numarası
İş K.	: İş Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	: Madde
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
Y.	: Yargıtay

GİRİŞ

Hastalık ve engellilik hali hayatın içerisinde her an, her insanın başına gelebilecek sağlık sorunlarıdır. Bu tür sağlık sorunları insanın psikolojisini, aile ilişkilerini, okul ilişkilerini, sosyal ilişkilerini etkilediği gibi hiç şüphesiz iş ilişkisinde de çok önemli sonuçlar doğurur.

İş görüşmelerinde sorulan soruların kimisi, kişinin sağlığına yönelik sorulardır. İşverenler alacağı işçilerin yapılacak işe uygun olup olmadığını anlamak isteyeceklerdir, ki bu en doğal haklarıdır. Ancak işverenler işçinin her türlü sağlık bilgisini edinebilirler mi? Yahut öğrendikleri sağlık bilgilerini ne şekilde kullanabilirler?

İşçiler yine işe girdikten sonra da hastalanabilir yahut engelli hale gelebilirler. Bu durumda işçilerin aynı verimle kesintisiz çalışmaları beklenemez. Hastalık işçilerin devamsızlık yapmasına yol açabileceği gibi, devamsızlık yapmasalar dahi eski gücü ve verimi ile çalışamamalarına sebep olabilir. İşçinin devamsızlık yapması ne zaman için haklı sebep oluşturur? Yahut eski gücü ile çalışamayan işçinin başka bir birimde görevlendirilmesi mümkün müdür?

Tüm bu sorulara çalışmamızda cevap bulmaya çalışacağız. Ancak hastalık ve engelliliğin işçiler ve işverenler açısından en önemli sonucu hiç şüphesiz sözleşmenin varlığına ve devamına yapacağı etkidir. Bu nedenle çalışmamızın esas konusu sağlık sebebiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi olacaktır. İş sözleşmesinin kurulması sırasında veya sözleşmenin devamında işçinin hastalığının iş ilişkisine ne gibi etkiler yapacağı hususuna ise gerekli ve konumuzla bağlantılı olduğu ölçüde çalışmamızın ikinci ve üçüncü bölümlerinde değinmeye çalışacağız. Ancak asıl üzerinde duracağımız konu iş sözleşmesinin sağlık sebebiyle sona ermesi olacaktır.

İşçinin yaşadığı hastalık veya engellilik hali nedeniyle işverenin, işçiden gerekli verimi alamaması ve işçiyle devam etmesinin beklenmemesi mümkündür. Bu

durumda işverenin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı oluşabilir. Aynı şekilde işyerinin, işyerindeki diğer işçilerin, işverenin, işyeri ekipmanlarının ve başkaca iş ortamı unsurlarının da işçinin sağlığına olumsuz etki etmesi mümkündür. Böyle bir durumda işçi de sözleşmesini sona erdirmek isteyecektir. Öyleyse işyerindeki bir işçinin hastalanması veya engelli hale gelmesi hem işçiye hem de işverene sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verebilir.

İş sözleşmesinin sona ermesi ölüm, ikale anlaşması, fesih gibi çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Ancak sağlık sebepleri ile sözleşmenin sona ermesi daha çok fesih şeklinde gerçekleşmektedir. Sağlık sebebiyle tek taraflı fesih hakkı işçiler açısından İş Kanunu 24/I, işverenler açısından İş Kanunu 25/I maddelerinde haklı nedenle fesih başlığı altında özellikle düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra işçinin hastalığı işyerinde olumsuzluklar yaratıyorsa ve işverenden artık işçi ile devam etmesi beklenmiyorsa bu durum, işverene İş Kanunu m.18 vd. hükümlerince geçerli nedenle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verebilir. İşçinin hasta veya engelli olması dışında böyle bir halde iken gerçekleştireceği davranışlar da yine işverene ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranış nedeniyle fesih hakkı verebilir. İşçi tarafından işverene hatırlanması veya sahte rapor verilmesi sık karşılaşılan örneklerdir. Tarafların bir fesih sebebi olarak sözleşme görüşmeleri sırasında birbirlerini sağlık konularında esaslı olarak yanıltmaları da mümkündür. Yine işçinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymaması işveren, işyerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması ise işçiye sözleşmeyi fesih hakkı verebilir. Bunun yanı sıra işçiye sağlık durumu nedeniyle yapılacak ayrımcılık veya işçinin kişisel verilerinin ihlal edilmesi de işçiye fesih hakkı verebilir. Tüm bu hususlara çalışmamızın dördüncü bölümünde değinmeye çalışacağız.

Sözleşmenin sona erdirilmesi sebepleri kadar sözleşmenin hangi gerekçeyle feshedildiğine bağlı olarak ne şekilde sona erdirileceği yani fesih usulü de önemlidir. Bu hususlara ise geçerli nedenle fesih ve haklı nedenle fesih sebeplerini anlattıktan sonra ayrı birer başlık altında değineceğiz. Özellikle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu tarafından verilen yeni tarihli bir kararla, sağlık sebebiyle işçinin sözleşmesi sona erdirilirken savunma alınması gerekip gerekmediği yönündeki Yargıtay daireleri

arasındaki uygulama farklılığı ortadan kaldırılmıştır. Bu karara da çalışmamızın dördüncü bölümünde yer vereceğiz.

Ancak hepsinden önce hastalık ve engellilikten ne anlaşılması gerektiği hususunun açıklanması gerekir. Bu nedenle çalışmamızın birinci bölümünde, hastalık ve engellik kavramlarını ve iş hukukunda bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiğini açıklamaya çalışarak çalışmamıza başlayacağız.

Çalışmanın daha sağlıklı ilerlemesi ve konunun belli bir bütünlükte ele alınması için sınırlandırılması elzemdir. Bu nedenle çalışmamızı 4857 sayılı İş Kanunu¹ özelinde ele alacağız. Konu ile bağlantılı olan diğer kanunlara ise yeri geldiğinde ve konu gerektirdiğinde değineceğiz.

¹ 10/6/2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazete

BİRİNCİ BÖLÜM

HASTALIK VE ENGELLİLİK KAVRAMLARI ÜZERİNE

1. İŞ HUKUKU AÇISINDAN HASTALIK VE İŞ GÖREMEZLİK KAVRAMI

Bir kişinin sağlıklı olması onun beden ve ruhen tam olmasını ifade eder. Olumsuzluğu ile tanımlanacak olursa sağlıklı olmanın hasta ve engelli olmamayı ifade ettiği söylenebilir. Gerçekten de hastalık ve engellilik hali içindeki bir insanın tam olarak sağlıklı olduğu söylenemez. Bu nedenle sağlık sebeplerine bağlı olarak iş sözleşmesinin ne yönde etkileneceğine ve bu çalışmanın esas konusu olan sağlık sebepleriyle iş sözleşmesinin sona ermesi konusuna giriş yapmadan önce hastalık ve engellilik kavramlarına değinilme zarurietiyi vardır.

Hem hastalık hem de engellilik kavramı esasen tıp ilminin konusuna giren kavramlardır. Ancak her iki kavrama verilen anlam tıp ilminde ve iş hukukunda ve hatta sosyal güvenlik hukukunda farklılık arz etmektedir². Şöyle ki; hastalık tıbbi açıdan belirli işaret ve semptomlarla kendini gösteren patolojik bir anormalliği ifade etmektedir³. Daha sade ve geniş anlamda tanımlamak gerekirse hastalık bedensel veya ruhsal bir yönden normalden sapma durumudur⁴. Bu anlamda grip, nezle, yaralanmalar, nevroz ve psikozlar tıbben birer hastalıktır. İş hukuku açısından bakılacak olursa, tıbben hastalık olarak kabul edilen bir şeyin iş hukuku açısından da hastalık olarak kabul edilebilmesi için aynı zamanda iş göremezliğe* yol açması

² Nurşen Caniklioğlu, **Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s.7-8

³ Nursen Bolsoy, Ümran Sevil, “Sağlık-Hastalık Ve Kültür Etkileşimi,” **Atatürk Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Dergisi**, C:9,S:3, 2006, s.80 (çevrimiçi) <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/29326> Erişim Tarihi:15.11.2019

⁴ Nurşen Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.8 (Bauer/Röder/Lingemann Krankheit im Arbeitsverhaeltnis, 2. Auflage, Heidelberg 1996, s.21'den **naklen**)

* Kavram birçok kaynakta “İşgöremezlik” şeklinde birleşik yazılmaktadır. Ancak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve 4857 sayılı İş Kanununda yer aldığı şekliyle “İş Göremezlik” olarak ayrı yazılması daha uygun görülerek çalışmamızda bu yazım şekli kabul edilmiştir.

gerekir⁵. İş göremezliğe yol açmayan yani işçinin işine devam etmesini engellemeyen ruhsal ve bedensel sapmalar iş hukuku açısından hastalık sayılmaz. Zira işçinin ruhsal veya bedensel anlamdaki mevcut rahatsızlıkları, işçinin iş sözleşmesi ile yükümlendiği edimleri sözleşmeye uygun şekilde ifa etmesini engellemediği sürece işçi ve işveren arasında çözülmesi gereken bir sorun oluşturmayacaktır.

O halde iş göremezlik kavramının da açıklanması gerekir. “*Hastalık işçinin ruh ve beden sağlığında normalden sapma teşkil eden bir durum, iş göremezlik ise bir sonuçtur*”⁶. Bu sonuca göre işçi sağlıksal sebeplerle iş sözleşmesinde üstlendiği edimlerini hiç veya kısmen yerine getiremiyorsa yahut yerine getirmesi halinde bu edim işçinin sağlığını hemen veya sonradan kötüleştirecekse iş göremezlik hali vardır⁷. Birinci durumda işçinin çalışmasının imkansızlığı, ikinci durumda işçiden çalışmasının beklenememesi hali vardır⁸. Birinci durumda işçinin sağlığında meydana gelen bozukluk işçinin üstlendiği edimi yerine getirmesini geçici yahut sürekli olarak, kısmen veya tamamen engel olmaktadır. Örneğin geçirdiği kaza sonrası ses telleri zarar gören ses sanatçısı artık üstlendiği edimi kalıcı olarak yerine getiremeyecektir. İkinci durumda ise işçinin yaptığı işe devam etmesi halinde sağlığındaki bozukluğun daha da kötüleşmesi tehlikesi vardır. Pek tabi ki bu kötüleşme riskinin somut duruma uygun olması, farazi olmaması yani objektif olarak var olması gerekmektedir. Örneğin dışına dolgu yaptıran işçinin çalışmasında herhangi bir engel yoktur. Yine sabahleyin kan veren işçinin öğleden sonra işine devam etmesinde teorik olarak engel yoktur.

Burada sadece hastalık üzerinden giden belirli bir ölçüt olamayacağını söylememiz gerekir. İş göremezliği tespit ederken hem geçirilen hastalığın derecesi, hem de işçinin yaptığı işin türünün önemli olduğu öğretide vurgulanmıştır⁹. Hastalığın

⁵ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.7 vd.

⁶ **A.e.**, s.9

⁷ **A.e.**, s.9-10

⁸ **A.e.**, s.10-11

⁹ Ali Nazım Sözer, **Hasta İşçinin İş İlişkisi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İzmir, 1981, s.7 vd. (çevrimiçi)

<https://asozer.yasar.edu.tr/MAKALELER/HASTA%20ISCININ%20IS%20ILISKISI%20DOKTORA%20TEZ'.DOC> Erişim Tarihi: 15.11.2019 (Sözer, Hasta İşçi), (Eserin basılı hali ile internet ortamındaki sayfa numaraları farklı olup internet ortamındaki halinde yer alan sayfa numaraları dikkate alınmıştır.) Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.10-11

derecesi yani ağırlığı noktasında bir işçinin grip nezle gibi hafif hastalıklarının işini görmesine engel olmayacağı söylenebilir. Yine ayaktaki nasır, teorik olarak yapılan işe engel olmasa da bir manken için podyumda yürütmesine engel olabileceği için iş göremezlik hali yaratabilecektir¹⁰. Aynı şekilde grip ve nezle geçiren işçi bir laboratuvar çalışanı ise ve laboratuvarın özelliğine göre çalışanların hapşırıp aksırması sorun yaratacak ise yine işçinin iş göremezlik hali içinde olduğu söylenebilecektir. İşte bu durumlar işçinin yerine getirmekte olduğu ediminin türünün de iş göremezlik halinin tespiti için önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Yine işçinin hastalığının bulaşıcı olup olmamasının dolaylı da olsa iş göremezliğe yol açabileceğini belirtmek isteriz. Zira sahip olunan hastalık tek başına o işçiyi yaptığı işten alıkoymamakta ise de hastalığı işyerinde kendisi ile beraber çalışan iş arkadaşlarına bulaştırma riski varsa ve iş arkadaşlarının yapacağı işlere mani olabilecek bir hastalık ise hastalığın bulaşıcı olması da iş göremezliğin tespitinde kullanılmalıdır. Böyle bir durumda işverenden o işçiyi çalıştırması beklenemez. Bu da dolaylı da olsa işçi açısından iş göremezlik hali yaratır. Bir örnek vermek gerekirse, bir restoranda danışma yahut güvenlik kısmında çalışan işçinin grip olması değil ancak mutfak çalışanları yahut garsonların grip olması halinde gribini bulaştırma riskinden dolayı işverenin ilgili işçiyi çalıştırmama ve eve istirahate gönderme hakkı olduğunun kabulü gerekir. Birinci halde danışma ve güvenlik çalışanının grip olması önemli görülmebilecek ise de hijyen kuralları gereği mutfak çalışanı ve garsonların grip olması restoran için bir sorun teşkil etmektedir.

Olası bir uyuşmazlık halinde iş göremezliğin tespitinde işçi ve işverenin sübjektif yargıları esas alınmamalı daha ziyade bir doktorun tıbbi ölçütlere dayanan objektif değerlendirmesi esas alınmalıdır¹¹.

¹⁰ Caniklioglu, a.g.e., s.11

¹¹ Sosyal Güvenlik Hukuku açısından bu durum kanun ve yönetmeliklerde özellikle belirtilmiştir. Örneğin Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği (12.05.2010 tarihli ve 27579 sayılı Resmi Gazete) m.38/1’de “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” diyerek iş göremezliğin tıbben tespit edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

İş göremezlik hali geçici olabileceği gibi sürekli de olabilir¹². Geçici iş göremezlik halinde işçinin çalışmaması belirli bir süre sonra sona erecek ve işçi eski sağlığına kavuşarak edimini tam olarak yerine getirecektir¹³. Sürekli iş göremezlikte ise işçi artık sözleşme ile yükümlendiği edimi ömür boyu olmasa dahi geçici olmayacak bir sürede eskisi gibi yerine getiremeyecektir¹⁴. Bu sürekli olarak edimi gerektiği gibi yerine getirememe hali tamamen olabileceği gibi kısmen de olabilir¹⁵. Edimi tamamen yerine getirememe halinde yani tam iş göremezlikte işçi hiç çalışamazken kısmi iş göremezlikte belirli bir oranda çalışabilme gücüne sahiptir¹⁶.

Kısmi veya tam iş göremezlik nedeniyle sürekli şekilde eski işine devam edemeyecek olan işçiye, işveren tarafından yeni bir iş önerilmesi halinde işçinin kabul etme zorunluluğu olup olmadığı öğretide tartışılmıştır. Buna göre, işçiye eski işi ile yakın bir pozisyonda olan ve iş göremezlik süresi ile sınırlı olarak önerilen dürüstlük kuralına uygun önerinin kabul edilmemesi halinde, artık işçinin iş göremezlik içinde bulunmadığı ve bu nedenle işe devam edemeyişinin devamsızlık sayılarak ilgili hükümlerin uygulanabileceği savunulmuştur¹⁷. Burada belirtmek gerekir ki işçinin kısmi yahut tam iş göremezliği nedeniyle daha az süre çalışabilecek olması yahut daha hafif bir işte çalışabilecek olması pek tabi ki daha düşük ücret alması anlamına gelebilecektir. Bu durumda işçinin önerilen işi kabul etmemesinin dürüstlük kuralına aykırı olmadığını ve işçiyi iş göremez durumdan çıkarmadığını kabul etmek gerekir. Ayrıca işverene de somut olayın özelliklerine göre İş Kanunu m. 18 ve devamı hükümlerince geçerli nedenle işçinin sözleşmesine son verebilme imkanı tanınmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira diğer görüşün kabulü ile devamsızlık nedeni ile sözleşmenin sona erdirilmesi işçinin kıdem ve ihbar tazminatlarından mahrum kalabilmesine yol açacaktır. Diğer yandan daha hafif iş nedeniyle daha az ücret alacak olması işçinin çalışma koşullarının esaslı olarak değişmesi niteliğinde olduğu için

¹² Sosyal Güvenlik Hukuku açısından geçici ve sürekli iş göremezlik durumu özellikle sigortalıya yapılacak ödemenin türü ve miktarı açısından önemlidir. Bu konuda bkz. Can Tuncay- Ömer Ekmekçi, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, İstanbul, Beta, 2019, s.425 vd.

¹³ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.10

¹⁴ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.10; Sosyal Güvenlik Hukuku açısından sürekli iş göremezlik için meslekte kazanma gücünün en az yüzde 10 oranında azalmış olması gerekir Tuncay- Ekmekçi, **a.g.e.**, s.427

¹⁵ Tuncay- Ekmekçi, **a.g.e.**, s.478

¹⁶ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.10

¹⁷ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.12; Sözer, **Hasta İşçi**, s.14

işçinin yazılı onayına tabidir. Keza daha az ücrete çalışılacak olmasa dahi işçinin yaptığı işin değişecek olması başlı başına çalışma koşullarında esaslı değişiklik yaratacaktır. Çalışma koşullarının esaslı değişikliğe uğraması nedeniyle işçinin değişikliği kabul etmeme hakkı, İş Kanunu 22. maddesinin amir hükmünün gereğidir. Ancak işçide meydana gelen sürekli iş göremezlik hali nedeniyle şartlarının bulunması halinde işverenin 18. madde ve devamı hükümlerine uygun şekilde geçerli nedenle tazminatlı fesih hakkı da bulunmaktadır. İleride bu konuya değineceğiz.¹⁸

Kendisinde meydana gelen hastalık ve engellilik nedeniyle işçi, kısmi veya tam iş göremez hale geldiği takdirde işveren ona uygun bir pozisyonun bulunması halinde kendisine önermek zorundadır. Bu feshin son çare olması ilkesinin ve işçiyi gözetme borcunun da gereğidir. Ancak bu tür bir pozisyon mevcut değilse veya işçi önerilen mevcut pozisyonu esaslı değişiklik nedeniyle kabul etmez ise işverene artık istihdam yaratma yükümlülüğü yüklenemez ve işveren geçerli nedenle fesih yolunu kullanabilir¹⁹. “Çünkü işveren adama göre iş değil, işe göre işçi aramak ve istihdam etmek zorundadır”²⁰.

İş göremezlik kavramı her zaman için işçinin çalışmasının imkansızlığını ifade etmez. Çalışmasının kendisinden beklenememesi hali de iş göremezlik durumu yaratabilir²¹. Bu konuda öğretilde verilen başlıca örneklerden biri, kalp ameliyatı geçiren işçinin durumudur²². İşçinin kalp ameliyatının hemen sonrasında çalıştırılamaması imkansızlık hali iken ameliyat sonrasında iyileşmesine rağmen belirli bir süre daha çalışamaması ise kendisinden beklenememesi halidir. Bu durumda işçinin çalışamaması bir zorunluluk değildir ancak mazur görülebilir bir haldir. Bu nedenle iş göremezlik kavramı tanımlanırken özellikle edimi yerine getirememesi hali yanında edimi yerine getirmesi halinde sağlığının hemen veya sonradan kötüleşebilme riskinin olmasının da iş göremezlik olduğu belirtilmiştir.

¹⁸ IV. Bölüm 1.2. Başlık

¹⁹ Ayşegül Sarı, **İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.159

²⁰ Ahmet Taşkın, “**İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Performans Nedeniyle Feshi**”, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s.192

²¹ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.11; Sözer, **Hasta İşçi**, s.12

²² Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.11

İşçinin teşhis ve tedavi amacıyla doktora gitmesi de dolaylı olarak iş göremezlik olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda eğer sağlığını korumak, iş göremezliği önlemek, iş göremezlik hali sonrası eski haline gelmek için mesai saatleri içinde işçinin doktora gitmesi gerekiyorsa bu durumda da iş göremezlik hali vardır²³. Ancak işçinin somut bir hastalığı olmadan genel muayene amacıyla doktora gitmesinin iş göremezlik oluşturmayaacağı ifade edilmiştir²⁴. Doktor kontrolü sonrasında istirahat tavsiye edilmişse bu durum bizzat hastalık nedeniyle iş görme borcunun yerine getirilememesinden farksızdır ve iş göremezlik halinin oluştuğunun kabulü gerekir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılabileceği üzere, iş göremezlik işçinin son çalıştığı işe göre belirlenir yoksa varsayımsal bir çalışma üzerinden işçinin çalışabilme gücü öngörülemez. Zira her hastalık işçinin o anki işinin ne olduğuna göre iş göremezlik yaratıp yaratmamak noktasında farklılık yaratacaktır. Yukarıda verilen örnekte olduğu gibi grip ve nezle büro çalışanı için iş göremezlik yaratmazken laboratuvar çalışanı için iş göremezlik hali yaratabilir. Bu nedenle işçi sözleşmesindeki edimi yerine getiremiyorsa iş göremezlik hali vardır²⁵.

İşçinin hastalık nedeniyle iş göremezlik halinde bulunması durumunda çalışmadığı sürede ücretin ödenip ödenmeyeceği meselesi bir Yargıtay kararına da konu olmuş ve ücretin yapılan işin karşılığı olan edim olduğu vurgulanarak raporlu olarak çalışılmadığı sürede işçinin ücrete hak kazanmadığı belirtilmiştir²⁶. Bu husus hakkaniyete de uygun olup işçinin kendi hastalığı nedeniyle çalışmadığı ve haliyle sözleşmede kararlaştırılan edimi yerine getirmediği durumda bu süredeki ücreti isteyememesi gerekir. Yıllık izin veya hafta tatili gibi işçinin çalışmadığı halde ücretini aldığı durumlar kanuni düzenleme nedeniyle olup istisnaidir. Bunun yanı sıra -iş yoksa ücret de yok- anlayışının iş hukukunun bünyesine uygun olmadığı ve hastalık

²³ Sözer, **Hasta İşçi**, s.8,

²⁴ Sözer, **Hasta İşçi**, s.8; Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.11

²⁵ Sözer, **Hasta İşçi**, s.13; Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.11

²⁶ “Ücret, yapılan işin karşılığı olan edim olup; aksi yönde akti (sözleşmesel) bir hüküm bulunmadığı takdirde kural olarak raporlu sürede (çalışma olmadığı için) ücret alacağı doğmaz.” Y. 9. H.D. E.2006/17703 K.2007/9055 Çalışma ve Toplum Dergisi 2007/4 Sayı:15, s.295-298 (çevrimiçi) <http://www.calismatoplum.org/> Erişim Tarihi:01.11.2019

nedeniyle çalışılmadığı süre içerisinde işverenin ücret ödeme borcunun devam etmesi gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur²⁷. Sözer bu konuda “...cansız varlıkların dahi aşınma payının ayrılması, aynı işlemin işçiler bakımından da uygulanmasının gerekliliğini ortaya koymaktadır...” demektedir²⁸.

Keza hastalık halinde ücretin ödenmeyeceği, sağlık sebepleri ile işverenin fesih hakkını düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu 25/I maddesinde “*Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez*” denilerek açıkça ortaya konmuştur. Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu²⁹ 409. maddesinde uzun süreli hizmet ilişkisinde işçinin hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri hallerde kusuru olmaksızın iş gördüğü süreye oranla kısa süre için edimi ifa edememesi halinde başkaca bir yolla karşılanmadığı takdirde işverenin işçiye hakkaniyete uygun ücret ödemesi gerektiği düzenlenmiştir. İş Kanunu 25/I maddesinin açık hükmüne karşın Borçlar Kanunu 409. Maddesinin İş Kanunu'na tabi işçiler için uygulanıp uygulanamayacağı öğretide tartışılmıştır. Sözer, iki kanun arasında çelişki olduğunu ve bu çelişkinin Borçlar Kanunundan ayrı bir düzenleme ile işçiye daha ileri ve daha çağdaş haklar tanımayı, onun durumunu düzeltmeyi amaçlayan İş Kanunu mantığına uygun olamayacağını ifade etmiştir³⁰. Ancak özel hüküm olan İş Kanunu 25/I maddesinin açık düzenlemesi karşısında İş Kanunu'na tabi işçiler açısından genel hüküm niteliğindeki Borçlar Kanunu 409. maddesinin uygulanma imkanının olmadığı kanaatindeyiz.

Taraflar arasında akdedilen sözleşmede, işçinin hastalık nedeniyle çalışmadığı günlerde dahi ücrete hak kazanacağının kararlaştırılması işçi lehine geçerli bir düzenlemedir. Bu tür anlaşma sonucu ödenen ücrete maktu aylık (aylık ücret) denir. 4857 sayılı İş Kanunu 49/4 maddesinde “...*hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylığı tam olarak ödenen aylık ücretli işçilere...*” ifadesi ile kastedilen bu tür işçiler olup hastalık süresine bakılmaksızın fesih hakkı doğana kadar

²⁷ Bu görüşler için Sözer, **Hasta İşçi**, s.39 vd.

²⁸ **A.e.**, s.41

²⁹ 4/2/2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete

³⁰ Sözer, **Hasta İşçi**, s.60

bu işçilerin ücretleri tam olarak ödenir³¹. İşçinin hastalık nedeniyle çalışmadığı süre için Sosyal Güvenlik Kurumundan geçici iş göremezlik ödeneği alabilme imkanı olduğuna da değinmek isteriz. Ancak çalışmanın bütünlüğünden sapmamak adına geçici iş göremezlik örneğinin şart ve sonuçlarına değinmeyeceğiz, sadece hatırlatmakla yetineceğiz. Hastalık halinde işçinin ücretinin ne yönde etkileneceğine aşağıda daha detaylı olarak değineceğiz.³²

2. İŞ HUKUKU AÇISINDAN ENGELLİLİK KAVRAMI

Sakatlık, özürlülük ve engellilik kimi zaman birbirinin yerine kullanılan kelimelerdir. Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde de sakat, özürlü ve engelli kavramları birbirine eş değer görülerek sakat kavramı "Vücudunda hasta veya eksik bir yanı olan, engelli, özürlü" şeklinde tanımlanmıştır³³. Ancak öğretilerde engelli, özürlü ve sakatlık terimleri arasında fark bulunduğunu ve engelli ile özürlü kelimelerinin sakatlık kavramını tam olarak karşılamadığını ifade edenler vardır³⁴.

Mevzuattaki terim kullanımına bakıldığında, İş Kanunu'nda, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda ve daha birçok kanunda yer yer sakat yer yer özürlü kavramları kullanılmakta idi³⁵. Ancak 25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı "Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Engelli Bireylere Yönelik İbarelerin Değiştirilmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun" birinci maddesiyle birçok kanunda yer alan sakat ve özürlü kavramları engelli kavramıyla değiştirilmiştir. Yine 20 Şubat 2019 tarihli Resmi Gazete'de "Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik" ile "Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik" yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelikler ile kanun düzeyinde yapılan terim

³¹ A.e., s.59

³² III. Bölüm 2. Başlık

³³ <http://sozluk.gov.tr/>

³⁴ Caniklioğlu, a.g.e., s.14

³⁵ Örneğin 4857 sayılı İş Kanunu 30. maddesinin başlığı "Özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma zorunluluğu" iken 25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanunun birinci maddesiyle, bu maddenin başlığında yer alan "Özürlü" ibaresi "Engelli" olarak değişmiştir. Kanunun son halinde madde başlığı "Engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu" şeklindedir.

birliği yönetmelik düzeyinde de sağlanmaya çalışılarak 30/3/2013 tarihli ve 28603 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Özürlölük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlölere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik” yürürlükten kaldırılmıştır ve özürlü kelimesinin yerine engelli kelimesi tercih edilmiştir.

Böylece kanun koyucu terim birliği sağlamak adına adı geçen bu üç terim arasında engelli terimine öncelik vermiş ve mevzuatı bu yönde değiştirmiştir. Kanun koyucunun bu iradesine öncelik tanınarak çalışmamızda engelli terimini kullanmayı tercih ettik.

5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun’un³⁶ tanımlar başlıklı 3. maddesinde engelli kavramı “*Fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duysal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen bireyi*” şeklinde tanımlanmıştır. Yine Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelikte de aynı tanıma yer verilmiştir.

Engeli kavramı mevzuat anlamında bu şekilde tanımlanmış olsa da doğrudan İş Kanunu’nda engelli tanımı yapılmamış olup öğretilde iş hukuku açısından engelli kavramının, işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlölüklerini gereği gibi yerine getirmesine engel olan fiziksel, zihinsel, ruhsal ve sosyal yeteneklerin kaybedilmesi³⁷ yahut bir vücut kısmının kullanılabilirliğini azaltan veya ortadan kaldıran böylece kişiyi iş pazarında sağlıklı diğer kişiler karşısında zarara uğratan her olay³⁸ şeklinde tanımlandığı görölmektedir.

Göröldüğü üzere hastalık kavramında olduğu gibi engellilik kavramında da iş hukuku açısından önem arz eden nokta iş görme ediminin zarar görmesi yani iş sözleşmesi ile yükümlenen edimin gereği gibi yerine getirilememesidir. Hastalık ile

³⁶ 7/7/2005 tarih 25868 sayılı Resmi Gazete

³⁷ Taşkın, **a.g.e.**, s.192

³⁸ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.15 (Sözer, İş Göremezlik, s.43’dan naklen)

ilgili yapılan açıklamalar sırasında, iş göremezlik kavramı konusunda yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

Peki, hastalık ve engellilik arasında ayırım nasıl tespit edilecektir? Öğretide bu ayırımın tespiti için hastalığın tedavi ihtiyacı içinde olması ve tedavi edilebilir olması ancak engelliliğin kural olarak kalıcı olması, tedavi edilememesi gösterilmektedir³⁹.

Bu haliyle işçinin hasta olması yahut engelli olması durumuna göre, özellikle sözleşmenin feshi noktasında tarafların haklılığı, işverenin alternatif iş sunma olanağının varlığı, işçideki sağlıksal durumun iş görme edimini gereği gibi ifasına engel olma ihtimali gibi konularda farklı değerlendirmeler yapmak gerekir. Örneğin halı saha maçında bacağını yaralayan ve birkaç hafta tedavi görmesi gereken işçiye işverenin sunacağı alternatif iş ile geçirdiği kaza sonucu bacağı kesilen işçiye işveren tarafından sunulacak alternatif iş farklılık arz edebilir. Yine işten alınabilecek verim açısından feshin haklılığı değerlendirilirken işçinin hasta olması ile engelli olması arasındaki fark önem arz edebilir.

3. HASTALIK VE ENGELLİLİĞİN İSPATI

Yukarıda değindiğimiz üzere olası bir uyuşmazlık halinde iş göremezliğin tespitinde esas alınması gereken işçi ve işverenin sübjektif yargılarından ziyade bir doktorun tıbbi ölçütlere dayanan objektif değerlendirmesidir.

Özellikle devamsızlık durumunda işe gelmeyen işçinin, devamsızlığının geçerli bir mazerete dayandığını ispatlaması gerekmektedir. Burada ispat yükü işçidedir. Çoğu kez işçilerin işe devamsızlık sebebi, hastalık olmaktadır. Bu gibi durumlarda işçinin gerçekten hasta olup olmadığı yahut hasta ise işe devamsızlık yapacak yani iş göremeyecek seviyede bir hastalığı olup olmadığını ispatlayacak araçlardan en önemlisi doktor raporudur.

³⁹ A.e, s.15

Ancak doktor raporu sunmamak, işçinin hasta olmadığına kesin göstergesi değildir. İşçi hasta olduğunu başka yollarla da örneğin tanıklarla da ispatlayabilir yahut zaten hastalık durumu işverenin bilgisi dahilindedir. Bu hallerde işçinin rapor sunma zorunluluğu yoktur⁴⁰. Örneğin işçinin işyerinde fenalaşarak hastaneye kaldırılması yahut evlerinin yakın olması nedeniyle işverenin, işçinin evde hasta yattığını bilmesi durumlarında sırf rapor sunulmaması işçinin mazeretsiz olarak işe gelmediğini göstermez. Bu gibi durumlarda işverenin yine de rapor sunulmasını istemesinde menfaati yoktur.

İşçinin hasta olduğunu iddia ettiği ancak rapor sunmadığı durumlarda hastalıktan işverenin bilgisi de bulunmamakta ise, haklı bir şüphe içinde olan işverenin işçiden gelmediği günler için rapor yahut başkaca delil sunmasını isteme hakkı bulunmaktadır⁴¹. Alınacak rapor resmi hastaneden yahut özel hastaneden alınmış doktor raporu olabilir. Örneğin 2004/22689 esaslı kararında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de özel klinikten alınan raporun geçerli olduğunu belirtmiştir⁴².

İşçinin, işverenin özellikle talep ettiği bir doktordan rapor alma zorunluluğu yoktur. Ancak tekrarlanan hastalık şüphesi, diğer işçileri tehlikeye sokabilecek bulaşıcı bir hastalık şüphesi, işçinin hastalık numarası yapması(temaruz) şüphesi gibi haller varsa işverenin, işçiden kendi istediği bir doktordan rapor almasını talep etme hakkı olduğu belirtilmiştir⁴³.

⁴⁰ Sözer, **Hasta İşçi**, s.34

⁴¹ **A.e.**

⁴² “Davacı dosya içerisindeki belgelere göre 6.6.2002 tarihinde KBB uzmanı özel doktordan hastalığı nedeniyle 15 gün rapor almıştır ve raporu işverene ibraz etmiştir. Raporun bitip işe başlayacağı 21.6.2002 de aynı doktordan 20 günlük bir rapor daha almış ve bu rapor ise işverene sunulmamıştır. İşveren tarafından davacının gerçekten hasta olmadığı yönünde iddiada bulunulmamış davacı tanıkları da hasta olduğunu beyan etmişlerdir. İşverenin davacının özel doktordan aldığı ilk raporu kabul edip ikinci raporu kabul etmemesi ise iyi niyetle bağdaşmamaktadır. Davacının devamsızlığının hasta olması nedeniyle gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Sırf, SSK hastanesinden, vizite kağıdı ile başvurup raporunu resmi kurumdan almadığı gerekçesiyle kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi hatalıdır.” Y 9. HD E. 2004/22689 K. 2005/11822 T. 4.4.2005 çevrimiçi www.kazanci.com.tr

⁴³ Sözer, **Hasta İşçi**, s.36; Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.290

Hastalığını ispat yükü işçide iken, hastalığın gerçeği yansıtmadığı, işçinin hatır raporu aldığı gibi hususlarının ispat yükü ise işverendedir⁴⁴. İşverenin böyle bir durumu ispatlaması halinde haklı nedenle fesih hakkı vardır. Yargıtay bir kararında hasta olmadığı halde doktor olan ablasından hatıra binaen sağlık raporu alan işçinin eyleminin işverene haklı nedenle fesih hakkı verdiğini kabul etmiştir⁴⁵. Bu olayda işçinin eylemi, doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmadığı için Yargıtay'ın görüşü yerindedir.

4. İŞ KANUNUNDA HASTALIK VE ENGELLİLİK İLE İLGİLİ HÜKÜMLER

Çalışmamızı İş Kanunu özelinde gerçekleştirdiğimiz için bu kısımda İş Kanunu'nda genel olarak hastalık ve engelliliğe dair hangi hükümlerin var olduğuna değineceğiz. Detaylı açıklamaları ilerleyen bölümlerde yapacağız. 4857 sayılı İş Kanunu'nda hastalık ve engellilikle ilgili oldukça önemli hükümler bulunmaktadır. Bunların başında şüphesiz sözleşmenin sona ermesine imkan tanıyan hükümler gelmektedir. Bunun haricinde İş Kanunu dışındaki iş hukuku mevzuatında da şüphesiz hastalık ve engellilikle ilgili hükümler bulunmaktadır. Ancak kapsam bakımından bunlara doğrudan çalışmamızda değinmeyeceğiz.

Öncelikle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/I maddesinde işçi açısından ve 25/I maddesinde ise işveren açısından sözleşmenin sağlık sebeplerine dayalı olarak haklı

⁴⁴ Sözer, **Hasta İşçi**, s.37 ve dipnot 241'de anılan yazarlar

⁴⁵ “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; davacı işçi davalının 09.07.2012 tarihli ve “İlk amiriniz ...'dan bir hafta İzin istediğiniz, İlk amiriniz tarafınıza izin vermeyince kendisine "Ben de o zaman ablamın çalıştığı hastaneden rapor alırım" diyerek, 01.07.2012 tarihinde gerçekten hasta olmadığımız halde yalan beyanda bulunup ablanızın da çalıştığı hastane olan Bursa Muradiye Devlet hastanesinden istirahat raporu aldığınız, buna mukabil bir tatil yöresinde tatile çıktığınız tespit edilmiştir. Yalan beyanınız ile ilgili savunmanızı kendi el yazınızla vermenizi” içerikli savunma istem yazısına aynen;

“Rapor aldım ve ilaç tedavisi görüyorum halen. Bu arada da tatil yaptım.” şeklinde cevap vermiş olup, savunma içeriği davalının hatıra binaen sağlık raporu temin edilip tatile gidildiği şeklindeki haklı fesih nedenini teyit eder mahiyettedir. Davacı da raporlu olduğu tarihlerde tatil yaptığını zaten kabul etmiştir. Davacının doğruluk ve bağlılık ile bağdaşmadığı açık olan bu davranışı nedeniyle davalı işverenin fesihte haklı olduğu kabul edilerek, şartları oluşmayan kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi yerine, yazılı gerekçelerle kabulü hatalıdır.” 9. Hukuk Dairesi 2017/1505 E. , 2018/592 K. (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr

nedenle feshedilmesi düzenlenmiş olup bu husus çalışmamızın esas konularından birini oluşturmaktadır. Özellikle belirtmek gerekir ki; 25/I hükmünde (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkının; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17'nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğacağı ve bu süreler içerisinde işçinin işe gitmemesi nedeniyle ücretin işlemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm hastalık ve engellilik halinin yarattığı askı süresinde ücretin ödenmeyecek olduğuna yönelik düzenleme yapması nedeniyle de ayrıca önemlidir.

Sağlık sebeplerine dayalı olarak işverenin geçerli nedenle fesih hakkı doğrudan İş Kanunu'nda değil ancak İş Kanunu gerekçesinde ifade edilmiştir. İş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmeleri feshedilirken işveren tarafından işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğuna hükmeden İş Kanunu 18. maddesinin gerekçesinde *“...sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık halleri...”* işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenlere örnek olarak sayılmıştır⁴⁶. Sağlık sebeplerinin işverene geçerli nedenle fesih hakkı tanınması hususu da çalışmamızın esaslı bir konusunu oluşturmakla birlikte ilerleyen sayfalarda ele alınacaktır.

Yine İş Kanunu 18. maddesi f bendinde hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık halinin işverene geçerli nedenle fesih hakkı tanımadığı belirtilmiştir. Geçerli nedenle fesih yasağı getiren bu hüküm de çalışmamızın bir konusunu oluşturmakta olup geçerli nedenle ve haklı nedenle fesih haklarının sınır ve

⁴⁶ 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesine ulaşmak için bkz. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Yenilenmiş 4. Baskı, (çevrimiçi) www.tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf Erişim Tarihi:15.11.2019 (TİSK, Gerekçe)

ayrımını kaybetmesine yol açan bu düzenlemeye dair eleştiri ve önerilerimize ilerleyen sayfalarda yer vereceğiz.

Fesih konusu dışında İş Kanunu 46. maddesinde hafta tatili ücretine hak kazanma açısından yapılacak süre hesabında bir haftalık süre içinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinlerle doktor raporuyla verilen hastalık ve dinlenme izinlerinin de çalışılmış günler gibi hesaba katılacağı belirtilmiştir.

48. maddede ise hastalık nedeni ile çalışılmayan günlerde Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneği aylık ücretli işçilerin ücretlerinden mahsup edilir demektir. Hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylığı tam olarak ödenen aylık ücretli işçilere 46, 47 ve 48 inci maddenin birinci fıkrası hükümleri uygulanmayacağını düzenleyen 49. maddeye İş Hukuku Açısından Hastalık ve İş Göremezlik Kavramı başlığı altında değinmiştik. Aylık ücretli işçilerin ücretinden geçici iş göremezlik ödeneğinin mahsubu ile ilgili daha detaylı açıklamaları aşağıda III. Bölümde ayrıca yapacağız.

İş Kanunu 55. maddesinde işçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günlerin, 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen süreleri aşmamak kaydıyla yıllık izin hesabında çalışılmış gibi sayılacağı ve yine 56. maddede işveren tarafından yıl içinde verilmiş bulunan diğer ücretli ve ücretsiz izinler veya dinlenme ve hastalık izinlerin yıllık izne mahsup edilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir.

Engelli işçiler özelinde ise İş Kanunu 5. maddesinde engellilik veya benzeri sebeplerle iş ilişkisi sırasında ve sona ermesinde ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. Yine İş Kanunu 30. maddesinde elli ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde belirli oranda engelli işçi çalıştırma zorunluluğu olduğu düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra İş Kanunu Ek 1. maddesinde korumalı işyerleri yani 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunu'nun⁴⁷ tanımıyla iş gücü piyasasına kazandırılmaları güç

⁴⁷ 7/7/2005 tarih ve 25868 sayılı Resmi Gazete

olan zihinsel veya ruhsal engellilere mesleki rehabilitasyon sağlamak ve istihdam oluşturmak amacıyla Devlet tarafından teknik ve mali y6nden desteklenen ve çalışma ortamı 6zel olarak d6zenlenen işyerlerinde çalışan engellilerin 6cretlerine ilişkin d6zenleme yapılmıştır.



İKİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK SEBEPLERİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI SIRASINDAKİ ETKİSİ

1. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI SIRASINDA İŞÇİNİN VE İŞVERENİN KARŞI TARAFI SAĞLIK KOŞULLARI HAKKINDA BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İşçi ve işveren arasındaki ilişki kural olarak yazılı şekil şartına bağlanmamış olan sözleşmesel bir ilişkidir. Sözleşmesel ilişkilerin hem başında hem devamında hem de sona ermesinde tarafların sahip olduğu hak ve yükümlülükler vardır. Sözleşme henüz kurulmamışken tarafların birbirlerine karşı sahip oldukları yükümlülükler, Latince culpa in contrahendo olarak adlandırılan sorumluluğa dayandırılmaktadır. Bu sorumluluk türü ile tarafların sözleşmenin henüz başında sahip oldukları yükümlülükler genel davranış yükümlülükleri olarak adlandırılır ve temelini dürüstlük kuralından almaktadır¹. Culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında taraflardan biri, sözleşme görüşmeleri sırasında kusuru ile karşı tarafa verdiği zararlardan sorumludur.

Bu sorumluluk temelinde sözleşme görüşmelerine girişen ve henüz sözleşme ile bağlı olmayan tarafların birbirlerine karşı dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülükleri bulunmaktadır. Görüşmeler sırasında görüşmecilerin sözleşmenin içeriği ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gerekmektedir². Örneğin, taraflardan birinin sözleşmenin kurulması ile beklediği menfaat, diğer tarafça da bilindiği ölçüde dikkate alınmalı ve karşı tarafın

¹Sabahattin Yürekli, “İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)”, **İÜHFİM**, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 542, (çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/download/article-file/97941> Erişim Tarihi: 15.11.2019

² **A.e.**, s.542

bu nedenle edinmesi gereken bilgi ve belgeler usulünce kendisine temin edilmelidir. Yahut görüşmeler sırasında tarafların diğer tarafla ilgili olarak edindiği bilgileri hukuka aykırı şekilde üçüncü kişilere aktarmaması gerekir. Yargıtay da bir kararında tarafların sözleşmenin kurulması sırasında birbirlerine tam ve doğru olarak bilgi vermek zorunda olduklarını, bu kapsamda davacıya otel kiralayan davalının, otelin iskânın bulunmadığını karşı tarafa bildirmemekten dolayı sorumlu olduğunu beyan etmiştir³. Yine bir başka kararında da öğretmen olması nedeniyle ticaretle iştigal edemeyeceğini karşı tarafa bildirmeyen kişinin, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla vücut bulan güven ilişkisini ihlal etmesi nedeniyle sorumlu olduğu belirtilmiştir⁴.

Kendisi de bir sözleşmesel ilişki olan iş ilişkisinin kurulması sırasında da tarafların culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında sahip olduğu yükümlülükler vardır. İş görüşmeleri sırasında işçinin ve işverenin çıkarları birbirinden farklıdır. İşveren, işyerinde boşluk bulunan pozisyona en uygun işçiyi almaya çalışır. Bu uygunluk, işverenin sorduğu sorular, uyguladığı testler ve üçüncü kişilerden aldığı referanslar aracılığıyla tespit edilir⁵. İşçi ise, işveren, işyeri, çalışma koşulları gibi konularda en doğru bilgileri almak ve kendi yaşı, sağlığı, bilgi ve tecrübesine en uygun işyerini bulmak istemektedir.

Bu noktada işçinin kendisinde var olan ve yapılacak işin gereklerine aykırı olan bir hastalığı işverenden gizlememesi gerekir. Aynı şekilde işverenin de işçinin var olan hastalığını kötüye götürecek yahut işçide hastalık oluşturabilecek bir işyeri ortamı ve çalışma koşulu var ise bunu işçiye en doğru şekilde bildirmesi gerekir.

İş görüşmeleri sırasında taraflar arasındaki culpa in contrahendo sorumluluğunun ne zaman başlayacağına dair öğretide⁶ işçi ve işverenin yapmış

³YHGK., 12.3.1997, E. 1996/13-850, K. 1997/186 çevrimiçi www.kazancı.com.tr; Yürekli, **a.g.e.**, s.549 d.n.59

⁴Y13HD., 21.05.1992, E. 1992/2492, K. 1992/4759 çevrimiçi www.kazancı.com.tr; Yürekli, **a.g.e.**, s.549 d.n.59

⁵ Yürekli, **a.g.e.**, s.541

⁶ Serkan Odaman, “İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Ekim-2002, Sayı:274, s.1 (çevrimiçi) <http://web.deu.edu.tr/sosyalhukuk/serkanodaman.htm> Erişim Tarihi: 15.11.2019 (eserin dergi

olduğu bireysel girişimlerin yeterli olmayacağı, işverenin ilan vermesinin yahut işçinin işverene başvurmasının sadece davet niteliğinde olacağı, oysaki işverenin gerekli bilgileri işçiden talep etmesi ve işçinin de gerekli evrakları işverene teslim etmesi ile hukuki ilişkinin ve sorumluluğun başlamış olacağı ifade edilmiştir. Ancak işçinin ve işverenin yapacağı bireysel girişimlerin de esasen culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Şöyle ki, işveren işyerine ait koşullar hakkında gerekli ve yapılacak iş açısından önemli hususları vereceği ilanda belirtmiş olabileceği gibi işçinin de işe başvuru sırasında vereceği özgeçmiş, referans mektubu gibi başvuru evraklarında belirttiği hususlar yapılacak sözleşme açısından esaslı unsur niteliğinde olabilir. Pek tabi ki taraflar sonrasında bir araya gelerek bir görüşme yapacak ve iş ve çalışma koşulları hakkında birbirlerini bilgilendirecektir. Ancak öyle bir işe alım süreci olabilir ki sadece verilen ilan üzerinden yapılan bir başvurunun kağıt üstünde değerlendirilmesi ile işe alım süreci tamamlanabilir. Bu tür bir durumda verilen bilgilerin sözleşmenin esasını etkilemesi ve gerçeğe aykırı olması halinde tarafların sorumluluğunun doğmadığı kabul edilemez. Bu nedenle biz tarafların dürüst davranma yükümlülüklerinin, iş için verilecek ilan yahut işçi tarafından yapılacak başvuru anından itibaren başlatılması gerektiğini düşünüyoruz. Taraflar, ilk adımı attıkları andan itibaren dürüst davranmakla yükümlüdür.

1.1. İşverenin Soru Sorma Hakkı ve İşçinin Hastalığını Bildirme Yükümlülüğü

Sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların sözleşmenin içeriği ve şartları hakkında birbirlerini bilgilendirme yükümlülüğü olduğundan bahsetmiştik. Bu kural iş görüşmelerinde de geçerlidir.

Bir iş görüşmesinde işveren ile işçi; yapılacak işin şartları, işyeri ortamı, çalışma düzeni, işyerinin lokasyonu ve ulaşımı, ücret gibi temel şeyler dışında işin niteliğine göre taraflarda olması yahut olmaması beklenen özel niteliklerin varlığı

içerisindeki sayfa numaraları ile internet ortamına aktarılan sayfa numaraları farklı olup internet ortamındaki sayfa numaraları esas alınmıştır.)

hakkında da görüşmede bulunurlar. İki tarafın da şartlarının birbiri ile uyuşması sonrası sözleşme kurulur ve iş ilişkisi cereyan eder. Hizmet sözleşmesinin niteliği gereği taraflar arasında güven ilişkisinin bulunması elzemdir. Bu güven ilişkisinin sarsılmaması için tarafların birbirleri hakkında tam ve doğru bilgi vermeleri gerekmektedir.

Görüşme sırasında işveren soracağı sorular ile işçiyi tanımaya çalışır. Bu kapsamda işverenin soru sorma hakkının sınırının ne olacağına dair konu öğretilmiştir. İş ilişkisinin güvene dayalı bir ilişki olması nedeniyle işverenin soru sorma hakkının geniş tutulması gerektiği ifade edilmektedir⁷. Aynı zamanda işverenin soru sorma hakkının sınırsız olmadığı ve ancak işyeri ve görülecek iş ile ilgili sorular sorabileceği ifade edilmiştir⁸. Biz de işçinin kişilik haklarına müdahale teşkil etmedikçe işverenin soru sorma hakkının kolayca sınırlandırılmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak meraklı bir işverenin iş ve işyeri ile ilgili olmayan sorularına işçinin cevap verme zorunluluğu olduğu söylenemez. Zira sorulacak sorular işçinin kişilik haklarını ihlal eder boyutta olabilecektir. İşçinin işe olan ihtiyacı nedeniyle kişilik haklarını hiçe sayarcasına sorulan her soruyu cevaplama ihtiyacı duyabilecek olmasından dolayı işverenin görüşme sırasında üstüne vazife olmayan sorular sorması etik değildir. İşverenin soru sorma hakkının sınırı ile ilgili olarak; işverenin soru sorma hakkının ancak iş ilişkisinin kurulması açısından ve korunmaya muhtaç bir menfaatin bulunması ölçüsünde kabul edilebileceği, işverenin bu menfaatinin objektif bakımdan işçinin kişilik haklarının⁹ korunmasındaki menfaatten üstün olması gerektiği ifade edilmiştir¹⁰.

İşverenin soru sorma hakkının kapsamında kalan sorularına işçinin dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde açıklama getirme yükümlülüğü vardır¹¹. Bu yükümlülük

⁷Odaman, **a.g.e.**, s.3

⁸ Yürekli, **a.g.e.**, s.551; Odaman, **a.g.e.**, s.2

⁹ İşçilerin sağlık durumlarına dair veriler kişisel veri kapsamında olup bu konuya dair açıklamalarımızı IV. Bölüm 4. Nolu başlık altında bulabilirsiniz.

¹⁰Odaman, **a.g.e.**, s.3 (ÖmerEyrenci, “İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar”, **İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı**, 1991, s.250’den naklen)

¹¹Odaman, **a.g.e.**, s.2 Yürekli, **a.g.e.**, s.551

bazen sorulan soru üzerine bilgilendirme yapmak şeklinde doğacağı gibi bazen soru sorulmamış olsa da kendiliğinden bilgilendirme yapma şeklinde de doğabilir¹². Özellikle iş görme ediminin ifasını imkansız kılacak yahut çok zorlaştıracak nitelikteki olgular varsa bunlar sorulmamış olsa dahi işçi tarafından açıklanmalıdır¹³. İşçi tarafından kendiliğinden açıklama yapılmasının gerekip gerekmediği her somut duruma, yapılacak işe, işçide var olan ve işini görmeyi engelleyeceği düşünülen halin geçici nitelikte olup olmadığına göre değerlendirilmelidir. Kesin bir ölçü vermek mümkün olmayacaktır.

İşçinin sağlık durumunun bilinmesinde işveren açısından menfaat vardır. Bu kapsamda işçinin sahip olduğu hastalıklar ile ilgili işveren tarafından soru sorulabileceği gibi yeri geldiğinde işçinin de sahip olduğu hastalığı kendiliğinden açıklaması gerekebilir¹⁴. Burada sorulacak sorunun konusu olan hastalığın, işçinin çalışma yeri ve işin niteliği açısından çalışma yeteneğini engelleme durumunun olup olmadığı önem taşıyacaktır¹⁵. Ayrıca kendi çalışma yeteneğini etkilemeyecek olsa da işyerindeki diğer insanların sağlığını etkileyip etkilemeyeceği de göz önüne alınmalıdır. Örneğin, sık sık olmasa dahi baygınlık geçirmesine neden olan bir hastalığı olan işçinin vinç operatörlüğü gibi tehlikeli bir işe başvurmaması, başvurursa dahi hastalığını gizlememesi gerekir. Bu hem kendi iş görme yeteneğini etkileyecektir hem de işyerindeki diğer öznelere tehlikeye atacaktır. Diğer işçilerin fesih hakkının bile gündeme gelebileceği böylesi önemli durumlarda işçinin hastalığını soru sorulmaksızın kendisinin açıklaması gerektiği açıktır. İşçinin başvurduğu işi hiç ifa edemeyeceğini veya ifa etmesinde diğer işyeri çalışanlarının zarar göreceğini bildiği halde bu bilgisini saklaması hukuka aykırıdır.

Yine işçinin hastalığı görüşmeler sırasında değilse bile yakın bir zamanda iş görme edimini imkansız veya zor kılacaksa yine işçinin hastalığını bildirme

¹²Odaman, **a.g.e.**, s.2 Yürekli, **a.g.e.**, s.565

¹³Odaman, **a.g.e.**, s.2

¹⁴ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.270; Odaman, **a.g.e.**, s.6;

¹⁵ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.268

yükümlülüğü vardır. İşçinin yakın zamanda ağır bir ameliyat olacak olması buna örnek verilebilir¹⁶.

İşçide geçmişte var olan eski hastalıkları açısından, yeniden ortaya çıkmalarından kuşku duyulması halinde işveren tarafından soru sorulabileceği ifade edilmiştir¹⁷. Bu eski hastalıkların yapılan işin niteliğine göre iş görme borcunu ifasını etkileyip etkilemediği de yine göz önüne alınmalıdır. Geçmişte yaşanmış ancak şu an için yapılacak işe etkisi olmayan, tekrarlanması beklenmeyen hastalıkları işçinin açıklaması gerekmemektedir¹⁸.

İşverenin soru sorma hakkı yanında işçiden sağlık muayenesi talep hakkı olduğu da kabul edilmektedir¹⁹. Bu talebin işçinin rızasına bağlı olduğu, işçi istemediği takdirde muayene olmak zorunda olmadığı ancak bu muayene olmama sonucunda işverenin de işçiyi işe almama hakkı bulunduğu ifade edilmiştir²⁰. Bugün için 6331 sayılı İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu²¹ 15. maddesi gereğince artık işverenlerin işe girişte işçiden muayene olmasını isteyebileceği noktasında tartışma yoktur. Zira ilgili hükümde işe girişlerde işverenlerin çalışanların sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorunda oldukları ifade edilmiştir. Muayene sonucunda doktorun açıklamakla yükümlü olduğu kısım ise işçinin ifa edeceği iş ile ilgili olan kısımdır²². Yoksa işçinin tüm hastalıklarını işverene açıklama zorunluluğu yoktur.

İşçinin hamileliğine ilişkin soru sorulup sorulmayacağı da öğretide tartışılmıştır. Bir görüş²³, sadece yapılacak iş hamile kadına uygun değilse hamileliğe ilişkin soru sorulabilir demektir. aksi takdirde hamileliğe ilişkin sorunun sorulması doğru değildir. Diğer görüş²⁴, işin niteliği gerektirse de gerektirmese de hamile bir işçiye karşı işverenin sahip olduğu ağır yükümlülüklerden dolayı işverenin işçiye

¹⁶Odaman, **a.g.e.**, s.6-7; Yürekli, **a.g.e.**, s.553

¹⁷ Yürekli, **a.g.e.**, s.553

¹⁸ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.268

¹⁹ **A.e.**, s.269

²⁰Yürekli, **a.g.e.**, s.553

²¹ 30/6/2012 tarih ve 28339 sayılı Resmi Gazete

²² Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.269

²³ Yürekli, **a.g.e.**, s.552

²⁴Odaman, **a.g.e.**, s.7

hamile olup olmadığı yahut yakın zamanda hamileliği düşünüp düşünmediğinin sorulabileceğini ifade etmektedir. Ancak İş Kanunu'nun eşit davranma ilkesi başlıklı 5. maddesi ile getirilen açık düzenleme sonrası bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. İş Kanunu m. 5/3 ile *“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.”* hükmü getirilmekle işverenin iş sözleşmesinin yapılması sırasında gebelik nedeniyle farklı işlem yapamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Hamilelik nedeniyle farklı işlem yapamayacak olan işverenin dolayısıyla işçiye hamilelik ile ilgili soru da sormaması gerekir. Sırf hamile olduğu için işçinin işe alınmaması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Bunun tek kanuni istisnası ise Kanun'da belirttiği gibi işin niteliğidir. Örneğin, mankenlik, dansözlük, aktörlük gibi bir iş söz konusu ise işverenin işçiye hamileliği ile ilgili soru sorabileceği kabul edilmelidir. Hatta bu tarz işler açısından işçinin de soru sorulmadan hamileliğini açıklaması gerekir.²⁵

1.2. İşverenin İşyerinin Sağlık Koşulları Hakkında İşçiye Bilgilendirme Yapma Yükümlülüğü

Karşılıklı edimler içeren bir sözleşme olan iş sözleşmesinde sadece işçinin bilgilendirme yükümlülüğü yoktur. Aynı zamanda işverenin de işçiye sözleşme koşulları hakkında bilgilendirme yapma yükümlülüğü vardır. Culpa in contrahendo sorumluluğu işçi kadar işveren için de geçerlidir.

Bu kapsamda işverenin sözleşme görüşmeleri sırasında işçiye işyeri koşulları, çalışma koşulları, yapacağı iş, kullanacağı malzeme gibi konular hakkında tam ve doğru bilgiler vermesi gerekir²⁶. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere görüşmeler sırasında

²⁵ Yürekli, **a.g.e.**, s.553;Odaman, **a.g.e.**, s.7

²⁶Detaylı bilgi için bkz. Yusuf Yiğit, “İşverenin Çalışanlarına İş Koşulları Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü” **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2009/4, s.79-114, (çevrimiçi) <http://www.calismatoplum.org/> Erişim Tarihi: 15.11.2019

işçinin, bazen sorulan soru üzerine açıklama getirmesi gerekirken bazen de soru sorulmadan kendiliğinden açıklama getirme yükümlülüğü vardır. Aynı şey işveren için de geçerlidir. Görüşmeler sırasında işçi, iş ve işyeri koşulları hakkında sorular soracaktır ve işverenin bu sorulara gerçeğe uygun cevap vermesi gerekir²⁷. Ancak işverenin dürüstlük kuralı uyarınca işçinin sormasına gerek olmadan açıklaması gereken hususlar olabilir. Özellikle işçinin sağlığı açısından tehlike olabilecek bir husus varsa bunun işçi daha sormadan işveren tarafından açıklanması gerekir. Aksi bir davranış dürüstlük kuralına yani bu doğrultuda culpa in contrahendo sorumluluğuna aykırı olacaktır. Örneğin, işçi görüşme sırasında astımı olduğunu belirtmişse yapılacak iş sırasında kullanacağı bazı kimyasal malzemelerin yahut çalışma ortamında diğer işçilerin kullandığı malzemelerin kendisine iyi gelmeyeceği ve hastalığını etkileyeceği bildirilmelidir. Hastalığı bilinmesine rağmen işçiye bu bilgilendirme yapılmadan işçinin çalıştırılması doğru olmayacaktır.

İşverenin işyerindeki sağlık koşulları hakkındaki bilgilendirme yükümlülüğü normatif düzenlemeler açısından 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 16. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Madde uyarınca işverenler işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve sürdürülebilmesi amacıyla, çalışanları ve çalışan temsilcilerini işyerinin özelliklerini de dikkate alarak işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür. Yine Kanun'un 26. maddesi ile gerekli bilgilendirmeyi yapmayan işveren için her işçi adına bin Türk Lirası idari para cezası öngörülmüştür.

İşverenin bilgilendirme yükümlülüğü için denebilir ki, işçi verdiği özgeçmişinde yahut görüşmeler sırasında yaptığı açıklamalarda sahip olduğu bir hastalığı belirtmişse işverenin yapılacak iş ve çalışılacak ortam bakımından işçinin sağlığı yönünden uğrayabileceği riskleri anlatması gerekir. Eğer yapılacak işin tehlikesi işveren tarafından açıkça görünüyor ve işçinin hastalığı yoksa dahi hasta olabileceği öngörülüyor ise bu konuda kendisine soru sorması beklemeden açıkça

²⁷Betül Erkanlı, **Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri**, Adalet Yayınevi, 2015, s.96

bilgilendirme yapılmalıdır. Eğer bu konuda taraflar arasında soru işareti yaratan hususlar olursa sözleşme imzalanmadan önce doktor raporu alınması yerinde olacaktır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 15. maddesi uyarınca işverenler, işe giriş sırasında işçilerin sağlık muayenesinin yapılmasını sağlamak zorundadır. Aynı şekilde maddenin ikinci fıkrası ile tehlikeli veya çok tehlikeli işyeri sınıfında bulunan işyerleri açısından işçilerin çalışacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporları olmadan işe başlatılamayacakları belirtilmiştir. Bu husus bir iş sözleşmesi yapma yasağı olup “Kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar” diyen Anayasa 50. maddesinin de bir özel düzenlemesi konumundadır²⁸.

İş Kanunu 8. maddesinde iş sözleşmesinin yazılı şekil şartına bağlı olmadığı ifade edilmiştir. Uygulamada çoğu kez sözleşme yazılı şekilde yapılacak olup tarafların hak ve yükümlülüklerinin yanı sıra çalışma koşulları, işyeri ortamı, kullanılacak malzeme gibi hususlar sözleşmede belirlenecektir. Sözleşme yazılı şekilde yapılmadıysa bile işverenin yine de işçiye bilgilendirme yapma yükümlülüğü vardır. Bu husus 8. maddenin 3. fıkrasında şu şekilde belirtilmiştir: “Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur.” Görüleceği üzere ortada yazılı olarak yapılmış bir sözleşme olmasa dahi işverenin işçiye bilgilendirme yükümlülüğü devam etmektedir. Kanun gereği her ne kadar bazı noktalar özellikle sayılmışsa da “genel ve özel çalışma koşullarını” ifadesi ile bilgilendirme yükümlülüğünün çerçevesi geniş çizilmiştir. Hiç şüphesiz genel ve özel çalışma koşulları ifadesine işçinin sağlığını etkileyen çalışma koşulları da girecektir.

²⁸Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 17. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019, s.315

İş Kanunu m. 8/3 hükmüne uyulmamasının yaptırımı yine Kanun'un 99. maddesinde belirtilmiş olup bu hükme göre 8. maddenin son fıkrasındaki belgeyi vermeyen işveren veya işveren vekili açısından her bir işçi için yüz elli Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

Eğer ortada belirli veya belirsiz süreli yazılı bir sözleşme varsa açık düzenleme gereği m.8/3 uygulanmayacaktır²⁹. Yazılı sözleşme ile bilgilendirme yükümlülüğü yerine getirilmiş sayılacaktır. Ancak yazılı sözleşmeye rağmen yine de işverenin sözleşmenin esaslı noktalarında işçiye bilgilendirme yapmadığı veya onu yanılttığı anlaşılırsa aşağıda anlatacağımız üzere işçinin İş Kanunu m.24/II-a hükmü gereğince fesih hakkı doğacaktır.

Yine belirtmek gerekir ki, işverenin bilgilendirme yükümlülüğü sözleşmenin yapılması ile bitmemektedir. Özellikle çalışma koşullarının değişmesi halinde yine işçiye bilgilendirme yapma yükümlülüğü vardır. Bu husus açık bir şekilde İş Kanunu 22. maddesinde düzenlenmiştir. Madde gereğince *“İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir.”* Görüleceği üzere esaslı nitelikte olan çalışma koşulları işçinin onayı alınmadan değiştirilemez. İşçinin sağlığını etkileyen, onu hasta edebilecek, engelli hale getirebilecek veya var olan hastalığını kötüleştirebilecek olan çalışma koşulu değişiklikleri hiç şüphesiz esaslı değişiklik sayılacaktır. İşverenin, yeni çalışma koşullarının işçinin sağlığı açısından getirebileceği riskler konusunda işçiye açık bir bilgilendirme yapması ve onayı olmaksızın değişikliği gerçekleştirmemesi gerekir.

²⁹Yiğit, a.g.e., s.93

Örneğin astımı olan işçinin çalıştığı ortama onun hastalığını etkileyebilecek bir cihazın yerleştirilmesi ve işçiye başka bir çalışma ortamı sunulmaması buna örnek verilebilir. Bu tür bir değişikliği işçinin kabul etmeme hakkı vardır. Değişikliği kabul etmeyen işçi eğer işten çıkarılırsa işe iade davası açma hakkı bulunmaktadır.

1.3. Tarafların Bilgilendirme Yükümlülüğüne Uymamasının Sonuçları

Öncelikle belirtmek gerekir ki culpa in contrahendo sorumluluğu sözleşme ilişkisi kurulmasından bağımsız bir sorumluluk olduğu için görüşme sonrasında taraflar sözleşme ilişkisi kurmasa dahi görüşmeler sırasında taraflardan birinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde ve kusurlu olarak karşı tarafa verdiği zararlardan sorumluluğu bulunmaktadır³⁰. Bu kapsamda sözleşmenin kurulması, kurulmaması, kurulduktan sonra geçersiz olması önemli değildir³¹.

Bu sorumluluk kendini öncelikle tazminat sorumluluğu olarak gösterir ki bunun için taraflardan birinin karşısındaki tarafı koruma yükümlülüğü kapsamında bilgilendirmesi gerekirken bilgilendirmemesi yahut sorulan sorulara gerçeğe aykırı beyanda bulunması, bunun sonucunda karşı tarafta bir zararın meydana gelmesi, zararın meydana gelmesinde kusurlu olması ve zarar ile eylem arasında illiyet bağı bulunması gerekir³². İş görüşmeleri sırasında bu zarar çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bu zarar işçi açısından işverenin iş ilanında vaat ettiği menfaatleri yerine getirmemesi şeklinde olabileceği gibi işverenin onu yanıltması nedeniyle bir takım masraflar yapması, eski işinden ayrılması veya diğer iş görüşmelerini iptal etmesi şeklinde olabilir³³. İşveren açısından da iş görüşmeleri sırasında işçi için yapılan masraflar birer zarar kalemi olarak görülebilir³⁴. Zararın manevi zarar olarak ortaya çıkması da mümkündür³⁵. Ancak sırf sözleşme görüşmelerinin kesilmesi tek başına sorumluluk

³⁰ Yürekli, **a.g.e.**, s.550

³¹ **A.e.**, s.560

³² Detaylı bilgi için bkz. Yürekli, **a.g.e.**, s.554 vd.

³³ Erkanlı, **a.g.e.**, s.96

³⁴ Yürekli, **a.g.e.**, s.564 vd.

³⁵ **A.e.**, s.565

doğurmayacaktır³⁶. Her görüşmeci sözleşmenin olumlu sonuçlanmayabileceğini ön görmelidir.

Sözleşmenin kurulmuş olması halinde, tazminat sorumluluğu dışında, sözleşme görüşmelerindeki culpa in contrahendo sorumluluğuna aykırı davranışa dayanılarak sözleşme feshedilebilir. Bu husus iş sözleşmeleri açısından İş Kanunu 24/II-a ve 25/II-a maddelerinde hem işçi hem işveren lehine düzenlenmiş olup bu konuyu aşağıda detaylıca anlatacağımız için şimdilik değinmekle yetineceğiz.

Ancak değinmek gerekirse işverenin sorduğu sorunun soru sorma hakkı kapsamı dışında olması nedeniyle geçersiz olduğu hallerde, işçinin açıklama yapma yükümlülüğü olmamakla beraber bu tarz bir soruya karşılık gerçeğe aykırı bir beyanda bulunan işçiye karşı işverenin haklı nedenle fesih yoluna gidemeyeceği ifade edilmiştir³⁷. Bu tarz geçersiz şekilde soruların sorulması durumlarında işçinin açıklama yapmama hatta yalan söyleme hakkı olduğu ifade edilmiştir³⁸. Soru sorma hakkının dışında kaldığına göre sözleşmenin esaslı noktalarından olmayan bir konu hakkında soru sorulduğu düşünüldüğü için İş Kanunu m.25/II-a kapsamında haklı nedenle fesih hakkı olmadığı kabul edilebilir. Ancak işverenin geçerli nedenle fesih hakkının olabileceği göz ardı edilmemelidir. Zira her ne kadar sözleşmenin esaslı bir unsuru hakkında olmasa da işçinin, işverenin sorusuna karşılık yalan bir beyanda bulunma hakkı bizce yoktur. Sorduğu soru esaslı unsur niteliğinde olmamakla beraber bunu sonradan öğrenen işverenin güveninin sarsılması ve kendisine yalan söyleyen bir işçi ile çalışmak istememesi olağandır. İşçinin, geçersiz bir soruya cevap vermeme hakkı olduğu kabul edilebilirse de geçersiz bir soru dahi olsa gerçeğe aykırı beyanda bulunma hakkı (yalan söyleme hakkı) olduğu kabul edilmemelidir. İşçinin yalan söylemek yerine bu soruya cevap veremeyeceğini belirtmesi yahut bu soru üzerine sözleşme görüşmelerini yarıda kesmesi daha uygun olur. Yalan söyleme hakkı sadece ceza yargılamasında ceza hukuku ilkeleri ışığında şüpheli ve sanığa tanınmaktadır.

³⁶ A.e,

³⁷ Odaman, a.g.e., s.3; Caniklioğlu, a.g.e., s.270; Erkanlı, a.g.e., s.158

³⁸ Yürekli, a.g.e., s.552; Caniklioğlu, a.g.e., s.270

2. İŞVERENİN HASTA VE ENGELLİ İŞÇİ İLE SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU

2.1. İşverenin Hasta İşçi İle Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu’nuzun 24. maddesinde yer alan düzenleme ile bulaşıcı veya tiksinti verici bir hastalığa yakalandıkları için işten çıkarılan işçilerin çıkarma tarihinden itibaren altı ay içerisinde hastalıklarının ortadan kalkması halinde işverenler tarafından tekrar işe alınmaları zorunluluğu getirilmişti³⁹. Ancak 15.08.2002 tarihli 4773 sayılı Kanun’un 5. maddesi ile 1475 sayılı İş Kanunu 24. maddesi içeriği ve başlığı ile beraber değiştirilerek yerine toplu işçi çıkarma hükümleri getirilmiştir⁴⁰.

4857 sayılı İş Kanunu’nda toplu işçi çıkarma hükümleri korunmuş ancak hasta işçi çalıştırma zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Keza bulaşıcı ve tiksinti verici hastalıklar nedeniyle sözleşmeyi fesih hakkı veren düzenleme de yeni İş Kanunu’nda kendine yer bulamamıştır.

Bu doğrultuda meri İş Kanunu’muz açısından bu şekilde hasta işçi çalıştırma zorunluğu bulunmadığı söylenebilir. Hastalık sebebiyle çıkartılan işçiler eğer haklı veya geçerli neden olmaksızın işten çıkarıldığını düşünüyorsa işe iade davası açarak tekrar işe başlama isteğini ortaya koyabilirler. Ancak fesih anında mevcut olan hastalığı nedeniyle geçerli veya haklı nedenle çıkartılan işçinin iyileşmesi durumunda işverenin işçiyi tekrar işe alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Yine de iyileşen hasta işçinin eski işine başvurması durumunda işveren tarafından ona öncelik verilmesi daha hakkaniyetli olabilecektir.

³⁹Caniklioğlu, a.g.e., s.29 vd.

⁴⁰24847 sayılı 15.08.2002 tarihli Resmi Gazete

2.2. İşverenin Engelli İşçi İle Sözleşme Yapma Zorunluluğu

İş Kanunu 30. maddesi ile işverenlerin elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi veya 21/6/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu veya 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu kapsamına giren ve askerlik hizmetini yaparken 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21 inci maddesinde sayılan terör olaylarının sebep ve tesiri sonucu malul sayılmayacak şekilde yaralananları meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Bu hükümle beraber hukukumuzda engelli istihdam yöntemlerinden kota yönteminin benimsendiği görülmektedir⁴¹.

Görüleceği üzere işverenlerin hasta işçi çalıştırma zorunluluğu yoktur ancak elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları takdirde engelli işçi çalıştırma zorunluluğu vardır. Eski kanun döneminde de olan bu düzenleme ile Anayasanın “Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır.” hükmünü haiz 61.maddesinin gereği yerine getirilmektedir⁴².

Deniz İş Kanunu 13. Maddesi ile yine engelli işçi çalıştırma yükümlülüğü getirilmiş ve bu konuda İş Kanunu’na atıf yapılmıştır⁴³. Ancak Basın İş Kanunu’nda⁴⁴ bu konuda bir düzenleme yapılmadığı için basın çalışanları için engelli işçi çalıştırma yükümlülüğü olmadığı kabul edilmektedir⁴⁵.

⁴¹ Ayşe Köme Akpulat, “İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü” . **İstanbul Hukuk Mecmuası** S.77 (2) , s. 535 (çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/52205/682320> Erişim Tarihi:11.06.2020

⁴² Süzek, **a.g.e.**, s.321

⁴³ Deniz İş Kanunu m.13 “Bu kanunun kapsamına giren işveren veya işveren vekilleri, işyerlerinde İş Kanununun ve bununla ilgili yönetmeliğin bu konuda koyduğu hükümler, esaslar, ölçüler ve şartlara göre engelli ve eski hükümlü gemi adamı çalıştırmak zorundadır.”, 29/4/1967 tarih ve 12586 sayılı Resmi Gazete

⁴⁴ 20/6/1952 tarih ve 8140 sayılı Resmi Gazete

⁴⁵ Köme Akpulat, **a.g.e.**, s.536, Ömer Ekmekçi, ‘Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler’ (Eylül 2005) 19(5) **Çimento İşveren**, s.42 (çevrimiçi) <https://ceis.org.tr/ceis-yayini/cimento-isveren-dergisi-eylul-2005/> Erişim Tarihi: 11.06.2020

Engelli işçi çalıştırma zorunluluğu hem özel hem kamu işvereni için geçerli iken eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma zorunluluğu sadece kamu işvereni içindir⁴⁶.

Özel sektör işverenleri açısından engelli işçi çalıştırma zorunluluğu için çalışan işçi sayısı elli ve daha fazla olmalıdır⁴⁷. Bu sayı işverenin aynı ildeki diğer işyerlerinde çalışan işçiler de dahil edilerek hesaplanır. Kısmi süreli çalışanlar çalışma süresi dikkate alınarak tam çalışana dönüştürülür. Örneğin yarım gün çalışan iki kısmi çalışan bir tam çalışan kabul edilir⁴⁸. İşverenler kadro yokluğu nedeniyle bu yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmaz⁴⁹. İkinci fıkra gereğince işyeri işçisi iken engelli hale gelenlere öncelik tanınır. Elli sayısının hesabında İş Kanunu'na tabi çalışmayan çırak ve stajyerler dikkate alınmayacağı gibi işverenin kendi işçileri olmayan alt işveren işçileri, geçici işçiler de dikkate alınmaz⁵⁰. Geçici işçiler özel istihdam bürosu açısından da sayının hesabında dikkate alınmaz yani özel istihdam büroları engelli işçi çalıştırmakla yükümlü değildir.⁵¹ Geçici işçilerin bu sayının hesabında dikkate alınmaması Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş ancak Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya bir aykırılık görmemiştir.⁵²

Bu yükümlülük Türkiye İş Kurumu aracılığıyla sağlanır ancak işverenlerin kurum aracılığı olmaksızın engelli işçi çalıştırması da mümkündür. Ancak bu halde işverenin işe başlama tarihinden itibaren on beş gün içinde Kuruma bildirim ve tescilde bulunması zorunludur⁵³.

⁴⁶Süzek, **a.g.e.** s.322; Hamdi Mollamahmutoğlu- Muhittin Astarlı- Ulaş Baysal, **İş Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Lykeon Yayınları, 2017, C.1, s.169

⁴⁷ Sayının nasıl tespit edileceğine dair bkz. Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik m.11 (25.04.2009 tarih ve 27210 sayılı Resmi Gazete)

⁴⁸Süzek, **a.g.e.** s.322

⁴⁹**A.e.**

⁵⁰Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.50; Süzek, **a.g.e.**, s.323; Ekmekçi, **Yaşanan Sorunlar**, s.43; Köme Akpulat, **a.g.e.**, s.538-539

⁵¹ Ömer Ekmekçi-Esra Yiğit, **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, İstanbul, On İki Levha, 2020, s.212 ()

⁵² AYM E. 2016/141 K.2018/27 T. 28.02.2018, 29.03.2018 tarihli ve 30375 sayılı Resmi Gazete

⁵³ Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik m.13/2

Çalıştırılacak işçiler açısından engelliliğin neyden kaynaklandığı önemli değildir. Engellilik iş kazası, trafik kazası, harp malullüğü gibi çeşitli sebeplerden kaynaklanıyor olabilir⁵⁴. Ancak Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik⁵⁵ kapsamında engelli işçi, tüm vücut fonksiyon kaybının en az yüzde kırk (% 40) olduğu sağlık kurulu raporu ile belgelenenler olarak tanımlandığı için engellilik oranı yüzde 40'tan aşağı olan kişiler İş Kanunu m.30 kapsamında istihdam zorunluluğu olan kişilerden olmayacaktır. Sağlık raporunda “çalışamaz” durumda olduğu belirlenen engellilerin Kuruma tescilinin yapılması mümkün değildir⁵⁶. Yine Yönetmelik gereği bu kapsamdaki işçilerin 14 yaşını doldurması gerekmektedir. Engellinin iş arayan olarak Kuruma kaydolması ya da Kurum aracılığı olmadan çalıştırılıyorsa sonradan Kurum tarafından tescilinin yapılması da zorunludur

Birinci fıkra ile engellilerle ilk defa sözleşme yapma zorunluluğu düzenlenirken maddenin beşinci fıkrası ile işyerinde çalışırken malul olanlar için tekrar iş akdi yapma zorunluluğu düzenlemiştir. Buna göre bir işyerinden malulen ayrılmak zorunda kalıp da sonradan maluliyeti ortadan kalkan işçiler eski işyerlerinde tekrar işe alınmalarını istedikleri takdirde, işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Burada bahsi geçen malul ibaresinin sigorta hukuku alanındaki malullük olarak anlaşılmaması gerektiği aksi halde maddenin uygulama alanının daralacağı ve bunun maddenin amacı ile bağdaşmayacağı ifade edilmiştir⁵⁷. Aynı şekilde malullüğün ortadan kalkması ibaresinin de haklı olarak o işyerinde çalışmasına engel olmayacak derecede ortadan kalkması olarak anlaşılması gerekeceği yoksa tamamen malullüğün ortadan kalkmasının gerekmediği belirtilmiştir⁵⁸.

⁵⁴ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.58

⁵⁵ Yönetmelik m. 3/1-e “Engelli: Doğuştan ya da sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılamada güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişilerden tüm vücut fonksiyon kaybının en az yüzde kırk olduğu sağlık kurulu raporu ile belgelenenleri,”

⁵⁶ Köme Akpulat, **a.g.e.**, s.541

⁵⁷ Süzek, **a.g.e.** s.324; Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.** s.167

⁵⁸ Süzek, **a.g.e.** s.324; Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.** s.167

30. maddeye aykırılık halinde işverene İş Kanunu 101. maddesi uyarınca her bir engelli işçi için ve her çalıştırılmayan ay için bin yedi yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır. 30. maddenin 5. fıkrasına aykırılık halinde yani o işyerinde çalışıp da malul olması nedeniyle işten ayrılan ve sonrasında malullüğü ortadan kalkan işçi ile sözleşme imzalanmaması halinde, işverenler yine beşinci fıkra gereğince altı aylık ücret tutarında tazminat ödemek zorunda kalacaktır. Belirtmek gerekir ki bu yükümlülüğün tek yaptırımını idari para cezası olup dava yoluyla engelli işçi istihdamı mümkün değildir⁵⁹.

3. SAĞLIK SEBEPLERİNE BAĞLI OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YASAĞI

Anayasanın 50. maddesi ile kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir. Buna paralel olarak İş Kanunu 71. maddesi ile on beş yaşını doldurmayanların çalıştırılmayacağı yine 72. maddesinde kadınların yer altı ve su altı işlerinde çalıştırılmayacağı gibi hususlar düzenlenmiştir. Benzer şekilde kimi işçilerin sağlıklarına uymayan işlerde çalıştırılmaları da daha iş sözleşmesini başında engellenmektedir. Bu kapsamda daha önce belirttiğimiz üzere 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 15. maddesi uyarınca işverenler, işe giriş sırasında işçilerin sağlık muayenesinin yapılmasını sağlamak zorundadır. Aynı şekilde maddenin ikinci fıkrası ile tehlikeli veya çok tehlikeli işyeri sınıfında bulunan işyerleri açısından işçilerin çalışacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporları olmadan işe başlatılamayacakları belirtilmiştir. Bu madde açıkça sağlık sebebiyle iş akdi yapılmasını yasaklamaktadır⁶⁰. Belirtilen sağlık raporu işyeri sağlık ve güvenlik birimindeki yahut hizmet alınan ortak sağlık ve güvenlik birimindeki hekim tarafından verilebilir. İşçinin rapora itiraz etmesi mümkündür. Bu itiraz ise Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen hakem hastanelere yapılır. İtiraz üzerine hastanenin verdiği karar kesindir. 6331 sayılı Kanun 26. maddesi uyarınca 15. maddeye aykırı olarak davranan

⁵⁹ Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.216

⁶⁰ Süzek, **a.g.e.**, s.315

ve sağlık raporu almadan işçileri çalıştıran işverenler için her işçi başına bin Türk Lirası idari para cezası ngrlmştr.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SAĞLIK SEBEPLERİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAKLARA ETKİSİ

1. SAĞLIK SEBEPLERİNİN SÖZLEŞMENİN DEVAMINA ETKİSİ (SÖZLEŞMENİN ASKIDA KALMASI)

İşçinin hastalık veya engellilik nedeniyle iş göremez duruma düşmesi bir imkansızlık halidir. Zira işçi sözleşme ile yüklendiği edimi içinde bulunduğu sağlık sebebi nedeniyle ifa edememektedir. Hasta veya engelli bir işçinin sağlığını bozmadan işe devam etmesi imkansızdır. Aksi halde işçi zaten iş göremez durumda sayılmayacaktır. İşte bu durum borçlar hukuku öğretisinde sonraki imkansızlık olarak kabul edilir¹.

Sonraki imkansızlık halinde sözleşmenin ne yönde etkileneceği, imkansızlıkta borçlunun kusuru olup olmadığına ve imkansızlığın sürekli olup olmadığına göre belirlenecektir. Sürekli imkansızlıkta borçlunun kusuru var ise sözleşme sona erecek ve borçlunun edimi tazminat yükümlülüğüne dönüşecektir. Borçlunun imkansızlıkta kusuru yoksa sözleşme yine sona erecektir ancak borçlunun borcunu ifa yükümlülüğü kalmayacaktır².

Geçici imkansızlık halinde ise kural olarak borç ve sözleşme sona ermez ancak sözleşmenin ifası imkansızlık süresi kadar ertelenmiş olur³. İmkansızlık süresince borcun ifası talep edilemez. Borcunu ifa etmeyen borçlu karşı taraftan olan alacağını

¹Caniklioğlu, a.g.e., s.105

² A.e, s.105-107

³ A.e, s.106

da bu süre içinde talep edemez . Yani kusursuz geçici imkansızlıkta sözleşme askıya alınmış olur⁴.

İş sözleşmesi de bir sözleşme olup kural olarak borçlar hukuku genel ilkeleri iş sözleşmeleri için de geçerlidir. Ancak borçlar hukuku ilkeleri olduğu gibi iş sözleşmesine uygulanamaz. Zira iş sözleşmesinin ve bu doğrultuda iş hukukunun kendine özgü bir yapısı ve işleyişi vardır. Borçlar hukukunda sözleşme tarafları kural olarak eşit güçte kabul edilmekte ve her iki tarafın hakları aynı ölçüde korunmaktadır. Halbuki iş hukuku kendi özel düzenlemelerine sahiptir. Bunlardan en önemlisi de iş hukukunda işçi ve işveren arasında denge olmayıp işçi daha güçsüz konumda olduğu için iş hukuku işçiyi koruyan bir yapıya sahiptir. Bu nedenle iş sözleşmesine öncelikle varsa özel nitelikteki İş Kanunu hükümleri uygulanır. Boşluk bulunan hallerde Borçlar Kanunu'na bakılır. Borçlar hukuku ilkelerinin uygulanması ile kabul edilecek sonuç her zaman için iş hukuku ilkelerine uygun olmayabilir. Bulunacak olan çözüm iş hukukunun özel karakterine ve niteliğine de uygun olmalıdır⁵.

İmkansızlık halinde de böyle bir durum vardır. Sonraki imkansızlığın sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirici ve edimi tazminat borcuna dönüştürücü özelliği iş sözleşmesi için uygun değildir. Hastalık ve engelliliğin iş sözleşmesini hangi şartlarda ve hangi sürelerde sona erdirebileceği hususu aşağıda inceleyeceğimiz üzere İş Kanunu'nda açık ve detaylı bir biçimde ifade edilmiştir. Her bir fesih sebebinde de sözleşme kendiliğinden sona ermeyip diğer tüm aranan koşulların gerçekleşmesi halinde dahi işçi veya işverenin fesih iradesinde bulunması gerekir. Dolayısıyla kanun koyucu hasta işçinin iş sözleşmesinin gerekli şartlar yerine getirilene kadar devam etmesi yönünde irade ortaya koymuştur⁶.

Borçlar hukukunda olduğu gibi iş hukukunda da borçlunun kusuru olmaksızın sözleşmenin ifasının geçici olarak imkansız olduğu hallerde sözleşme askıda

⁴Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.253

⁵ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.107

⁶ **A.e.**, s.108

kalacaktır⁷. Objektif iyi niyet kurallarına göre işçinin işini ifa etmesi beklenmiyorsa sözleşme askıya alınır⁸. Hastalık klasik bir askı halidir. Hasta işçinin sözleşmesi, hastalığı nedeniyle sözleşmeyi ifa edemediği süre boyunca ve her halükarda şartları oluşup da işveren tarafından sözleşme feshedilene kadar askıda kalacaktır. Sözleşmenin askıya geçmesi kendiliğinden oluşur ayrıca bir taraf iradesine veya kanuni düzenlemeye ihtiyaç duymaz⁹. Ancak kuramsal olarak sözleşmesinin askıya alınması için işçinin kusurunun olmaması gerekir¹⁰. İşçinin kusuru ile hasta olması ise 25/I-a hükmünde düzenlemiş olup bu bent kapsamındaki kast, derli toplu olmayan yaşantı ve içkiye düşkünlük ile oluşacak hastalıklar açısından sözleşme askıya alınmış kabul edilmez. Bunun dışında kalan hastalıklarda ise sözleşme askıya alınmış kabul edilir.

Bu kapsamda İş Kanunu m.25/I,b-2 hükmü gereği a alt bendi dışındaki hallerde işçinin hastalanması durumunda ihbar süresi + altı hafta beklemek zorunluluğu sözleşmenin bu süre boyunca askıda olduğunu göstermektedir¹¹. İşveren bu süre boyunca işçinin çalışmasını isteyememektedir. Yine aynı bent gereği işçi de ücret talep edememektedir. Bu süre geçmediği müddetçe işverenin fesih hakkı bulunmamakta olup bu süre sonunda işveren sözleşmeyi feshederse askı hali de sona erer.

Askı halinden anlaşılması gereken şey tarafların sahip olduğu karşılıklı edimlerin ifasının sözleşme askı süresi boyunca taraflarca talep edilememesidir. İş sözleşmesi özelinde söyleyecek olursak işveren işçiden işin ifasını talep edemezken, işçi de çalışmadığı bu süre boyunca işverenden ücret talep edemez¹². Ancak sözleşme varlığını korumakta olup temel edimler dışındaki diğer yan borçlar varlığını korumaktadır¹³. Örneğin sadakat yükümlülüğü veya kişisel verilerin korunması

⁷ Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.253

⁸ **A.e.**, s.254

⁹ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.110; Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.254

¹⁰ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.108

¹¹ Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.255

¹² Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.110; Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.259; Ömer Eyrenci- Savaş Taşkent- Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s 173

¹³ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.110; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.174

yükümlülüğü devam etmektedir. Askı halini gerektiren sebep ortadan kalkınca sözleşme de normal hükümlerini doğurmaya devam etmektedir¹⁴.

Hastalık ve engellilik halinde işçinin ücret talebiyle ilgili olarak İş Kanunu m.25/I,b-2 hükmünde açık düzenleme bulunmakta olup buna göre “... *Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez.*” Görüleceği üzere kanun koyucu askı süresi içinde ücret talep edilemeyeceğini İş Kanunu’na tabi işçiler açısından açıkça düzenlemiştir. İş sözleşmesinin karşılıklı edimler içeren bir sözleşme olduğu da dikkate alındığında hastalığı sebebiyle işe devam edemeyen işçi, bu süre için ücret talep edemez. Hasta işçinin sigortası kapsamında alacağı geçici iş göremezlik ödeneği, ücret yerine geçen bir ödeme niteliğinde olduğu için işçinin bu süre içinde ayrıca işverenden ücret alamaması doğal karşılanmalıdır¹⁵. Bu nedenle İş Kanunu m. 48/2’de aylık ücretli işçilerin geçici iş göremezlik ödeneği alması hâlinde bu miktarın ücretlerinden düşürüleceği kabul edilmiştir. Bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu’nda hasta işçinin ücret almasına imkan tanıyan bir düzenleme (m.409) varsa da özel kanun niteliğindeki İş Kanunu’nda ücret konusu özel olarak düzenlendiği için İş Kanunu’na tabi işçiler için bu düzenleme uygulanmayacaktır¹⁶. Kural askı süresi içinde ücret ödenmemesi olmakla beraber tarafların bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile ilgili dönemde ücret ödeneceğini kararlaştırmaları mümkün ve geçerlidir¹⁷.

Askı haline neden olan sebep işçinin çalışmamasını haklı kıldığı için işverenin devamsızlık sebebine dayanarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı yoktur. Yani askı süresinde devamsızlık nedeni ile fesih mümkün değildir¹⁸. Ancak şartları oluşup da işverenin fesih hakkı doğduğunda ve işveren bu hakkı kullandığında askı hali de sözleşme ile beraber sona ermektedir. Askı halinin çok uzun sürmesi ve taraflar için

¹⁴Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.174; Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.110

¹⁵ Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.214

¹⁶ TBK. m. 409 “Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörmeye edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür.” Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.214

¹⁷Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.174

¹⁸ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.110; Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.260

çekilmez bir hal alması halinde artık fesih hakkını kabul etmek gerekir¹⁹. Askı süresince sözleşme varlığını devam ettirdiği ve sadece temel borçlar ertelendiği için askı süresinde tarafların davranışlarına bağlı olarak özellikle İş Kanunu 24/II ve 25/II kapsamında fesih hakkı devam etmektedir²⁰. Askı süresi içinde işverenin bildirimli fesih hakkının da var olduğu ancak askı süresince ihbar sürelerinin işlemeyeceği ifade edilmiştir²¹.

Sözleşmenin askıya alınması durumu hem belirli hem belirsiz sözleşmeler için geçerlidir. Ancak belirli süreli sözleşmeler için değinmek gerekir ki askı süresi içindeyken de sözleşme süresi işlemeye devam etmektedir²². Bunun anlamı ise askı süresi devam ederken sözleşme süresi uzamaz. Bu nedenle de belirli süreli sözleşmenin süresi askı süresi içindeyken sona erebilir.

2. SAĞLIK SEBEPLERİNİN ÜCRETE ETKİSİ

Tam iki taraflı sözleşmelerde kimin edimini önce ifa edeceği önemli bir meseledir. Türk Borçlar Kanunu uyarınca tam iki taraflı sözleşmelerde bir taraf edimini yerine getirmedikçe diğer taraf kendi edimini yerine getirmekten kaçınabilir. Ancak bunun için kendisinin önce ifa yükümlülüğü bulunmamalıdır. Bu husus Türk Borçlar Kanunu 97. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: *“Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.”* Görüleceği üzere daha sonra ifa hakkı bulunmadıkça kendi edimini ifa etmeyi en azından teklif etmeyen taraf diğer taraftan edimini yerine getirmesini isteyemez.

Kendisi de tam iki taraflı bir sözleşme olan iş sözleşmesinde (İşçinin iş görme ve işverenin ücret borcu birbiri ile karşılıklı borçlar olup sözleşmeyi tam iki taraflı hale

¹⁹ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.111

²⁰ Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.260

²¹ Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.261; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.174

²² Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.111; Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.261; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.174

getirir.) önce ifa yükümlülüğünün işçide olduğu kabul edilmiştir²³. Zira ücret konusunu düzenleyen İş Kanunu 32. maddesine göre genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır. Buna göre ücret yapılan işin karşılığıdır.

O halde hastalanan işçinin edimini ifa edememesi nedeniyle işverenin ödemelik define dayanarak ücret ödememe hakkı olduğu söylenebilir. Bununla birlikte öğretide, ödemelik define, edimlerin ifa edilebilme imkanı olmasına rağmen ifa edilmemesi gerektiği ancak hastalanan işçinin durumunda işçi edimini ifa edememekte olduğu bu nedenle işverenin ödemelik definden faydalanamayacağı burada geçici ifa imkansızlığı halinin bulunduğu ifade edilmiştir²⁴. Bu halde yukarıda ifade ettiğimiz üzere işçinin hastalanması halinde ücretinin ödenmemesinin gerekçesi ödemelik defi değil geçici ifa imkansızlığı nedeniyle sözleşmenin askıya alınmış olmasıdır²⁵. Geçici ifa imkansızlığı nedeniyle sözleşme varlığını sürdürmekle beraber temel edimlerin ifası ertelenmektedir. Bu nedenle işçi iş görme borcundan, işveren de ücret ödeme borcundan bu süre boyunca kurtulmaktadır.

Denebilir ki hastalanan veya engelli hale gelen işçinin çalışmadığı süre boyunca işverenin ücret ödeme yükümlülüğü yoktur. Bu husus İş Kanunu m.25/I,b-2 hükmünde açık düzenleme bulunmakta olup buna göre “... Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez.” Eski tarihlerde kimi yazarlarca²⁶ bu konuda boşluk bulunduğu ve Borçlar Kanunu 409. maddesinin uygulanması gerektiği ifade edilmişse de 25/I,b-2 hükmü ücret ödenmeyecek olduğu yönünde gayet açık olup bu konuda boşluk bulunmamaktadır.

Ancak tarafların kendi aralarında yapacakları bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile hastalık halinde dahi ücretin tam olarak ödeneceğinin kararlaştırılması mümkündür.

²³Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.112 ve d.n.343’te anılan Tankut Centel, İş Hukukunda Ücret, 1988, s297-298 ve diğer yazarlar

²⁴Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.113 (Sarper Süzek, **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**,Ankara, 1989, s.98’den naklen)

²⁵Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.114

²⁶ **A.e.**, s.122 d.n.396’da belirtilen Kenan Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, 1989 s.117; Ali Nazım Sözer, Hasta İşçinin İş İlişkisi, 1984, s.72 ve diğer yazarlar

Bu, iş hukukunun kural olarak nispi emredici karaktere sahip olmasının bir sonucudur. Mutlak emredici olmadığı sürece kanuni düzenlemelerden işçi lehine değişiklikler yapılması mümkündür.

Kural, hastalandığında işe gelmeyen işçiye ücret ödenmemesi iken kanun koyucu tarafından aylık ücretli işçiler açısından farklı bir düzenlemeye gidilmiştir. İş Kanunu m. 49/4'te aynen “*Hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylığı tam olarak ödenen aylık ücretli işçilere 46, 47 ve 48 inci maddenin birinci fıkrası hükümleri uygulanmaz. Ancak bunlardan ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışanlara ayrıca çalıştığı her gün için bir günlük ücreti ödenir*” hükmüne yer verilmiştir. Burada bahsedilen aylık ücretli işçiler; herhangi bir nedenle çalışmamış olsalar dahi ücretlerinde kesinti yapılmayan ve belirlenen ücreti her ay eksiksiz olarak alan işçilerdir²⁷. Öğretide maktu aylık olarak da ifade edilmektedir²⁸. Aylık ücret bir ücret sistemidir, aylık ödeme ise bir ücret ödeme biçimidir²⁹. Ödeme biçimi olarak işçiye her ayın belirli günü ücret ödenmesi ile çalışmaya dahi ücretinin tam olarak ödeneceği kararlaştırılması farklıdır. Aylık ödemenin tersi haftalık günlük gibi farklı ödeme periyotlarıdır. Aylık ücretin tersi ise çalışılmayan günlerin ücretten kesilmesidir. Aylık ücret konusunda tarafların anlaşmış olmaları şarttır. Zira aylık ücret istisnai düzenlemedir³⁰. Aylık ücret kanundan kaynaklanan bir hak değildir³¹. Kural çalışılmayan günler için ücretten kesinti yapılmasıdır. Aylık ücretli işçinin hastalığının neyden kaynaklandığının yahut kusuru olup olmadığının da önemli olmadığı belirtilmektedir³².

İş Kanunu m. 25/I,b-2'de yer alan düzenleme ile m.49/4'te yer alan düzenleme birbirini ile çelişmemektedir. Zira 25/I,b-2 genel kuralı ortaya koymakta ve aylık ücretli işçiler dışındaki işçilerin hastalanması halinde bu süre için ücret ödenmeyecek olduğunu düzenlemektedir. 49/4 hükmü ise aylık ücretli işçiler için özel bir düzenleme

²⁷ A.e., s.129

²⁸ Ekmekçi-Yiğit, a.g.e., s.222,

²⁹ Caniklioğlu, a.g.e., s.130, Ekmekçi-Yiğit, a.g.e., s.221-222,

³⁰ Caniklioğlu, a.g.e., s.131

³¹ Ekmekçi-Yiğit, a.g.e., s.222

³² Caniklioğlu, a.g.e., s.124

yapmaktadır. Hastalanması halinde dahi işçiye ücretin tam olarak ödeneceğinin taraflarca kararlaştırılabileceğini düzenler.

Hastalanan işçinin bir de Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan geçici iş göremezlik ödeneği alma hakkı vardır³³. Böyle bir durumda dahi aylık ücretli işçinin işverenden ücretini tam olarak alıp alamayacağı öğretilmiştir. Zira bu halde işçi hem işverenden tam ücretini almakta hem de kurumdan çalışmadığı günlerin parasını almaktadır. Böylece çalışmadığı gün için işçi iki defa ücret almaktadır. Esasen kurumun yaptığı ödeme bir ücret değil sosyal yardım ise de niteliği gereği ücret yerine ödenmektedir ve ücret yerini tutar³⁴.

Kimi yazarlar³⁵ geçici iş göremezlik ödeneğini ödeyenle ücreti ödeyenin farklı merciler olduğunu, hastalanan işçiye hem kurumun hem de işverenin ödeme yapması gerektiğini aksi halde kurum ödemesinden işçi değil işveren yararlandırılmış olacağını belirtirken diğer bir görüşte olan yazarlar³⁶ önemli olanın işçinin o aya ait ücretini tam olarak almış olması olduğunu yoksa ödemenin illa işverence yapılmış olması gerekmediğini, bu nedenle işverenin kurumun yaptığı ödeme üzerine aylık ücreti tamamlamakla yükümlü olduğunu ve kurum ödemesini ücretten kesebileceğini belirtmiştir.

Öğretideki bu tartışma, eski kanunda yer almayan 4857 sayılı İş Kanunu 48. maddesi 2. fıkrası ile çözüme kavuşturulmuştur. Buna göre “*Hastalık nedeni ile çalışılmayan günlerde Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneği aylık ücretli işçilerin ücretlerinden mahsup edilir.*” Görüldüğü üzere kanun koyucu geçici iş göremezlik ödeneğinin aylık ücretli işçilerden mahsubunu öngörmüştür. Yargıtay³⁷ da bir kararında geçici iş göremezlik ödeneğini

³³ Bkz. Can Tuncay- Ömer Ekmekçi, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, İstanbul, Beta, 2019, s.454 vd.

³⁴ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.134

³⁵ **A.e.**, s.133, d.n. 457’de belirtilen Ercan Akyiğit, İş Kanunu Şerhi,2001, s.1283; Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 1986, s.866 ve diğer yazarlar

³⁶ **A.e.**, s.133, d.n. 462’de belirtilen Nuri Çelik, Bireysel İş Hukuku,1971 s.279; Münir Ekonomi, Ferdi İş Hukuku, 1987, s. 329 ve diğer yazarlar

³⁷ “4857 sayılı İş Kanunu’nun 48. maddesine göre, “... Kurumu tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneği aylık ücretli işçilerin ücretlerinden mahsup edilir.”

maktu aylıktan düşmeyen ilk derece kararını bozmuştur. Kanun koyucunun düzenlemesi kanaatimizce yerindedir. Zira önemli olan işçinin hastalanarak çalışmamış olsa bile alacağı ücreti tam olarak almasıdır. Yoksa fazla ücret alması değil. Aksi halde ikisi de aylık ücretli çalışan işçilerden biri hastalanarak işe gelmediğinde hem ücretini hem geçici iş göremezlik ödeneğini almakta iken, bütün iş günlerinde tam olarak gelerek çalışan işçi sadece aylık ücretini almaktadır. Böylece çalışmayan işçi çalışan işçiye göre çok daha avantajlı konuma ulaşmaktadır ki, bu durum çalışma barışına aykırı olup kabul edilemez.

Şu durumda işçi hastalanmış ve işe gelmemiş olsa dahi aylık ücret üzerine bir anlaşma varsa işveren, geçici iş göremezlik ödeneği alması halinde bu ödenek miktarını keserek, geçici iş göremezlik ödeneği almaması halinde ise herhangi bir kesinti yapmaksızın işçinin çalışmış olsaydı eline geçecek ücret ne ise onu işçiye sağlamak zorundadır.

Diğer bir yönden hasta olduğu dönemde hem işveren hem de Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan ödeme alan aylık ücretli işçilere yapılan mükerrer ödemenin Kurumca geri alınıp alınamayacağı yönünde 5510 sayılı Kanun'da bir açıklık yoksa da bu durumun sosyal sigorta hukukunun koruyucu felsefesi ile bağdaşmayacağı ifade edilmiştir³⁸.

Aylık ücret dışındaki ücret türlerinde ise hastalık halinde çalışmayan işçiye işverenin ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamakla birlikte ücret eki sayılabilecek olan tatil ücretlerini de (hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti vs.) ödeme zorunluluğu yoktur³⁹ İşçinin bu sürede geçici iş göremezlik ödeneği alması halinde ise İş Kanunu 48/1 hükmü uyarınca “... geçici iş göremezlik süresine rastlayan ulusal

Somut olayda davacının Ağustos/2013 döneminde raporlu olduğu görülmektedir. Bu dönem için davacının ücret talebi hüküm altına alınmış ise de geçici iş göremezlik durumunda çalışılmayan günlere ait yapılacak ödeme geçici iş göremezlik ödeneği olup bu ödeme kurumca yapıldığından bu döneme ilişkin ücret talebinde bu hususun dikkate alınması gerekmektedir. Karar bu yönden hatalıdır.” Y. 22 HD. E. 2015/10957, K. 2016/15034 T.25.05.2016 (çevrimiçi) karararama.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:17.7.2020 başka bir karar için Y. 9 HD E.2006/25175 K. 2007/11224 T. 18.04.2007 Çalışma ve Toplum Dergisi çevrimiçi <http://www.calismatoplum.org/yargitay/yargitay16.htm>

³⁸ Tuncay-Ekmekçi, **a.g.e.**, s.460

³⁹ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.143

bayram, genel tatil ve hafta tatilleri, ödeme yapılan kurum veya sandıklar tarafından geçici iş göremezlik ölçüsü üzerinden ödenir.” Görüleceği üzere geçici iş göremezlik ödeneği alan normal ücretli işçinin tatil ücretlerini de yine işveren değil, kurum ödemektedir. Hastalanan işçiye işveren tarafından ücret ödenmeyecek olduğuna yönelik genel kurala uygun bir kanuni düzenleme yapılmıştır.

İşyerinde uygulanan ikramiye vs. sosyal yardımlar açısından ise bu sosyal yardımın ödenmesinin fiilen çalışmaya bağlı olup olmadığının önemli olduğu, sosyal yardım için fiilen çalışma gerekiyorsa bu şartı sağlamayan işçiye sosyal yardım yapılmayacağı veya eksik çalışmaya orantılı olarak yapılacağı ancak sosyal yardım için fiili çalışma aranmıyor ise hastalanarak çalışmayan işçiye de bu sosyal yardım yapılacağı ifade edilmiştir⁴⁰. Bu görüşe iştirak etmekteyiz. Örneğin aylık belli bir çalışma ve başarı oranı sağlanması koşuluna bağlı ikramiye varsa hastalanarak çalışmayan ve haliyle başarı oranını sağlamayan işçiye ikramiye verilmeyecektir. Ancak ramazan ayında erzak verilmesi gibi fiili çalışmadan bağımsız olan sosyal yardımlar hastalanarak çalışmayan işçiye de ödenecektir.

3. SAĞLIK SEBEPLERİNİN KIDEME ETKİSİ

Hastalığın ve engelliğin işçinin kıdeme bağlı haklarını elde etmesinde ne yönde bir etkisi olacağı da önemli bir husustur. Zira ihbar süresi ve buna bağlı olarak ihbar tazminatı, kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti işçinin kıdemine göre belirlenmektedir. Hastalığı nedeniyle çalışmayan işçinin çalışmadığı sürelerin kıdem hesabında dikkate alınıp alınamayacağı önemlidir. Hafta tatili ücreti de fiilen altı iş günü çalışılmış olmasına bağlı olduğu için yine hastalığın burada da kıdeme etkisi incelenmelidir.

İhbar süresi açısından bakılırsa İş Kanunu 17. maddesi gereğince belirsiz süreli sözleşmeyi fesheden tarafın işçinin işinin sürdüğü süreye göre değişmekle beraber 2-4-6 veya 8 hafta öncesinden bildirimde bulunması gerekmektedir. Kanun’da işçinin işinin sürdüğü süreden bahsedilmiştir. İşin başlamasından veya fiili çalışmadan

⁴⁰ A.e., s.146

bahsedilmemiştir. Bu nedenle öğretide ihbar tazminatına esas kıdemin başlangıcı belirlenirken sözleşme tarihinin yeterli olduğu fiilen çalışmaya başlanılmış olmasının gerekmediği ifade edilmiştir⁴¹. Bu görüşe göre işçi hastalığı nedeniyle fiilen çalışmaya başlayamamış olsa dahi ihbar süresine esas kıdemi sözleşme tarihinden itibaren hesaplanır. Hatta sözleşmenin askıda kaldığı dönemde sözleşme varlığını sürdürdüğü için ihbar süresine esas kıdemin belirlenmesinde hastalık vs. nedenle işçinin çalışmadığı sürelerin de dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir⁴². Ancak ihbar süresi içerisinde askı hali oluşursa ihbar süresinin işlemeyeceği örneğin işçinin hasta olup rapor alması halinde ihbar süresinin işlemeyeceği rapor süresi bitince yeniden işlemeye başlayacağı ifade edilmiştir⁴³.

Kıdem tazminatına esas kıdemin belirlenmesinde ise kıdemin başlangıcı için fiilen çalışmaya başlanılan süre dikkate alınır⁴⁴. Zira kanun koyucu 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükteki 14. maddesinde “..işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için...” demek suretiyle fiilen işçinin işe başladığı tarihin esas alınması gerektiğini düzenlenmiştir⁴⁵.

Ancak kıdeme esas sürenin belirlenmesinde çalışma süresi içerisinde geçirilen raporlu sürelerin ne yönde etki edeceğine dair öğretideki kimi yazarlar ile Yargıtay arasında farklılıklar vardır. Şöyle ki, öğretide⁴⁶ kıdem tazminatına esas kıdem belirlenirken uzun yahut kısa süreli olması dikkate alınmaksızın raporlu günlerin de dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Zira hem kanun koyucu bir sınırlama yapmamıştır hem de rapor süresince akit sona ermeyip varlığını sürdürmektedir. Sözleşmenin askıya alındığı tüm hallerde askı süresinin kıdem hesabında dikkate

⁴¹ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.154; Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.471’te de bu sürelerin hesabında işgününe göre değil takvim gününe göre hesap yapılacağı belirtilmiştir.

⁴² Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.154

⁴³ Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.474

⁴⁴ Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.253

⁴⁵ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.156

⁴⁶ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.157 d.n. 533’te belirtilen Münir Ekonomi, Ferdi İş Hukuku, 1987, s.244; Ercan Akyiğit, Kıdem Tazminatı, 1999, s.499 ve diğer yazarlar; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.259

alınması gerekir⁴⁷. Bu doğrultuda Kanun'daki süreyi iş yılı değil takvim yılı olarak anlamak gerekir⁴⁸.

Ancak Yargıtay⁴⁹ sadece kısa süreli raporların kıdeme esas kabul edilebileceğini, makul süreyi aşan uzun süreli raporların ise kıdeme esas kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Yargıtay gerekçe olarak; çalışılan süre kavramından fiilen çalışılan veya kanunen çalışılmış sayılan sürelerin anlaşılması gerektiğini, kanunen çalışılmış sayılan sürelerin ise kanunda yıllık izin için belirlenen çalışılmış sayılan süreler olacağını, (İş Kanunu m.55)⁵⁰ kanunun ilgili hükümde çalışılmış sayılacağını belirttiği işçinin uğradığı kaza ve hastalık nedeniyle gidemediği günlerden ise kısa süreli hastalıkların anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştür. Daha sonrasında 25/I,b-2'de yer alan ihbar süresi + altı haftalık sürenin makul süre olduğuna fazlasının kıdeme esas alınmayacağına, ihbar süresi + altı haftalık sürenin ise kıdem hesabında

⁴⁷Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.257

⁴⁸ Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.391;Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.257

⁴⁹Y. 9 HD E. 1981/2954 K. 1981/5578 T.23.04.1981 Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.159 d.n.545

⁵⁰Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.258

dikkate alınacağına karar vermiştir⁵¹. Hatta Yargıtay⁵² bir kararında toplu iş sözleşmesi ile aksine yapılan düzenlemelerin de geçersiz olduğuna hükmetmiştir.

Görüleceği üzere Yargıtay fiilen çalışılan ve fiilen çalışılmış sayılan süreleri dikkate alarak takvim yılını değil iş yılını esas almaktadır⁵³. Askıda geçen süreleri ise fiilen çalışılan günler olmadığı için kıdem hesabında dikkate almamaktadır⁵⁴. Öğretide Yargıtay'ın görüşünün daha hakkaniyetli olduğunu belirtenler de vardır⁵⁵.

⁵¹“ İşçinin işyerinde çalıştığı sırada almış olduğu istirahat raporlarının kıdem süresinde değerlendirilmesi yerinde olur. İşçinin çalıştığı sırada bir defada ihbar süresini 6 hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı, kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır. İşçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler de, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Bu anlamda, ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz.

Somut olayda, davacı dava dilekçesinde 01.04.2012-01.04.2014 tarihleri arasında davalılara ait işyerinde çalıştığını beyan etmiş olup, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının 1 yıl 11 ay 24 gün kıdemi bulunduğu kabul edilmek suretiyle kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti alacağı hesaplanmıştır. Dosya kapsamında yer alan işe giriş çıkış bildirgelerinde davacının davalı işyerinde 01.04.2012-01.04.2014 tarihleri arasında çalıştığı sabittir. Dosya kapsamında yer alan imzalı puantaj kayıtlarından davacının 2014 yılı şubat ayı içerisinde dört gün rapor kullandığı anlaşılmaktadır. ... kurumu kayıtlarından, davacının raporlu bulunduğu 2014 yılı şubat ayı dışındaki aylarda primlerin eksiksiz ve kesintisiz yatırıldığı anlaşılmaktadır. Davacının işyerinde çalıştığı sırada almış olduğu istirahat raporlarının bir defada ihbar süresini 6 hafta aşmadığı anlaşıldığından, bu sürenin de kıdem süresi içerisinde değerlendirilmesi yerinde olur.” Y. 22 HD E. 2017/15743 K. 2018/23077 T. 24.10.2018 (çevrimiçi) karararama.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:17.7.2020 ve “Diğer yandan kıdem tazminatının hesaplanmasında esas alınacak süre ise, yukarıda da açıklandığı üzere fiili çalışma süresi ile birlikte davacının raporlu olduğu sürenin ihbar öneli + 6 haftaya tekabül eden kısmı hizmet süresine dahil edilerek tespit edilmelidir.” Y. 22 HD E. 2017/23865 K. 2019/20398 T. 06.11.2019 (çevrimiçi) karararama.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:17.7.2020 aynı yönde kararlar için bkz. Y. 9 HD E. 1987/10501 K.1987/10881 T.10.12.1987 Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.161, d.n. 547; Y. 9 HD E. 1990/2774 K. 1990/6193 T. 21.05.1990 ve Y. 9 HD E. 2011/53179 K. 2014/4204 T. 12.02.2014 Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.260 , d.n. 569; Y. 9 HD E.1845 K. 1808 T. 02.01.2010 Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.259

⁵² Y. 9 HD E.1985/10295 K. 1985/12710 T. 26.12.1985 Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.162 d.n.551

⁵³ Kısmi süreli çalışanlar için Yargıtay'ın görüş değiştirerek takvim yılını esas aldığı belirtilmiştir Y. 9 HD E.45744 K. 33940 T.08.12.2009 Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.258 d.n. 204

⁵⁴ “İşçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Örneğin ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz.

Somut uyumsuzlukta, kıdem tazminatı hesabında davacının ücretsiz izinde geçirdiği sürelerin dışlanmaması hatalıdır.” Y. 9 HD E. 2017/10191 K. 2019/8890 T.16.04.2019 (çevrimiçi) karararama.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi: 17.06.2020 bir başka karar için bkz. Y. 9 HD E. 36852 K. 26733 T. 04.10.2010 Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.258 d.n. 202; Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.391; 1475 sayılı Kanun'un kıdemle ilgili hükmünde değişiklik yapan 1975 tarihli 1927 sayılı Kanun'un gerekçesinde kıdem hesabında askı sürelerinin de dikkate alınacağını açıkça ifade edildiği belirtilmiştir. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.257

⁵⁵ Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.391; Yargıtay ile aynı görüşte Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.646

Aşağıda belirteceğimiz üzere 4857 sayılı Kanun ile 55. madde düzenlenirken öncekinden farklı olarak işçinin hastalığı veya kaza geçirmesi nedeniyle işe gidemediği günlerin ancak 25/I,b-2 hükmünde yer alan süreyi aşmamak kaydıyla çalışılmış sayılabileceği yazıldığı için artık Yargıtay görüşünün kanunlaştığı söylenebilir.

Yıllık izin açısından bakıldığında kıdemin yıllık izinde iki türlü etkisi vardır. Öncelikle işçi İş Kanunu m.53 gereği işe başladığı tarihten itibaren bir tam yıl çalışmakla yıllık izne hak kazanır. Buradaki işe başladığı tarih ibaresi nedeniyle işçinin fiilen çalışmaya başladığı yahut başlamak üzere işverenin emrine amade beklediği gün dikkate alınır⁵⁶. Bunun dışında işçinin kıdemi 1-5 yıl arasında ise 14 iş günü, 5-15 yıl arasında ise 20 iş günü, 15 yıldan fazla ise 26 iş günü yıllık izin hakkı olacaktır. Görüldüğü gibi yıllık izinde kıdem hem yıllık izne hak kazanma hem de yıllık izin süresinin ne kadar olduğunun belirlenmesi açısından önemlidir.

Bir yılın hesabında fiilen çalışılan günler kadar kanunen çalışılmış sayılan günler de hesaba katılır. Yıllık izin süresi hesabında çalışılmış sayılan haller ise Kanun'un 55. maddesinde sayılmıştır. Bunlardan biri de m. 55/1-a bendinde sayıldığı üzere işçinin uğradığı kaza ve tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günlerdir. Eski kanun döneminde sadece bu düzenleme yer almakta olup hastalık ve kazanın süresine dair bir düzenleme yapılmamıştı. Bu nedenle öğretide ister uzun ister kısa sürsün işçinin hasta olduğu tüm sürelerin yıllık izin hesabında çalışılmış gibi sayılması gerektiğini ifade edenler bulunmaktaydı⁵⁷. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu ile bendin sonuna parantez içerisinde 25/I-b de yer alan süreden daha fazlasının sayılmayacağı açıkça yazılmıştır. Zaten Yargıtay kıdem tazminatı için yaptığı yorumda yıllık izne dair çalışılmış sayılan hallerden yola çıkılarak yorum yapmakta ve hastalık ve kaza nedeniyle alınan raporun 25/I,b-2'de belirtilen ihbar süresi + altı haftalık süreden daha fazla olamayacağı yönünde karar vermektedir. Bu kararlar Yargıtay'ın yıllık izinde kıdem hesabına yönelik görüşünü de ortaya koymaktadır. Bu görüş kanun koyucu

⁵⁶ Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.466

⁵⁷ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.165

tarafından da benimsenerek 25/I,b-2'de yer alan ihbar süresi + altı haftalık süreden daha fazla süren hastalık ve kazaya bağlı devamsızlıkların yıllık izin süresi için kıdem hesabında dikkate alınmayacağı açıklığa kavuşturulmuştur.

Hafta tatili de yine yıllık izinde olduğu gibi işçinin yorulması ve yıpranmış olması nedeniyle dinlenmesine yönelik getirilmiş bir düzenlemedir. İşveren önceki günlerde Kanun'da belirlenen sürelerle uygun olarak çalışmış olması koşuluyla işçiye yedi gün içinde 24 saat kesintisiz izin vermek zorundadır. Bu durumda işçi hafta tatiline hak kazanabilmesi için tatilden önceki iş günlerinde eşit dağıtılsın veya dağıtılmasın 45 saat çalışmalı veya çalışmış sayılmış olmalıdır⁵⁸. Ancak Kanun yıllık izinde olduğu gibi hafta tatili için de çalışılmadığı halde çalışılmış gibi kabul edilen süreler belirlemiştir. Bunlardan biri de doktor raporu ile verilen hastalık ve dinlenme izinleridir. Şöyle ki, İş Kanunu 46. maddesinde hafta tatili ücretine hak kazanma açısından yapılacak süre hesabında bir haftalık süre içinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinlerle hekim raporuyla verilen hastalık ve dinlenme izinlerinin de çalışılmış günler gibi hesaba katılacağı belirtilmiştir. Bu nedenle işçi örneğin üç günlük doktor raporu almışsa yedi iş günü içinde kanunen belirlenen haftalık çalışma süresini tamamlamamış olsa dahi hafta tatiline ve tatil günü için ücrete hak kazanacaktır. Ancak bir haftayı aşan süreli bir rapor nedeniyle devamsızlık yapılırsa artık işçi hafta tatiline hak kazanmayacaktır. Kanun maddesinin yazılışından dolayı bir hafta ibaresinin sadece işverenin vereceği izinler için olduğu doktor raporunun ise süre ile sınırlı olmaksızın hafta tatiline hak kazandırdığı düşünülebilir. Ancak bu düşünce çalışmadığı için ücret ödenmeyen işçiye çalışıp yorulduğu varsayımı ile hafta tatili ücreti ödenmesini gerektirir ki kanunun amacına uygun değildir⁵⁹. Doktor raporu ile verilen izinlerde de bir hafta süre sınırına dikkat edilmelidir.

İşçinin hastalandığı ve bu nedenle haklı olarak devamsızlık yaptığına dair durumu ispat yönünden tanıkla da ispatın mümkün olduğuna raporun olmazsa olmaz

⁵⁸ Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.460

⁵⁹ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.168

bir şart olmadığına yukarıda değinmiştik. Ancak burada kanun koyucu hafta tatili ücreti için açıkça doktor raporu ile belgelenme şartı aramaktadır. Bu nedenle doktor raporuna dayanmayan hastalıklar nedeniyle hafta tatiline hak kazanılmaz. Ancak hastalık nedeniyle doğrudan işverenin izin vermesi halinde de bu sefer bir haftalık süre içinde kalan işveren izni nedeniyle hafta tatiline hak kazanılabilir.

4. SAĞLIK SEBEPLERİNİN YILLIK İZNİN KULLANILMASINA ETKİSİ

Yıllık izin, uzun süre çalışan ve yorulan işçinin dinlenerek tekrardan en iyi verimi ile işine devam etmesini sağlamak amacıyla kanunen işçiye tanınmış özel bir dinlenme imkanındır. Yukarıda bahsettiğimiz üzere bir tam yıl çalışan işçinin yıllık izin hakkı oluşur. Yıllık iznin ne zaman kullanılacağına ise kanun gereği işveren karar verir.

İşçinin talep ettiği yahut işverence uygun görülen zaman aralığında yıllık izne çıkacağı sırada hastalanması yahut yıllık izne çıktıktan sonra izin süresi içinde hastalanması mümkündür. Bu halde işçinin yıllık izin süresi ile hastalığın iç içe geçip geçmeyeceği önemlidir. Zira yıllık izin süresi ile hastalık süresi iç içe geçerse işçi yıllık iznini hasta olarak geçirecek ve yıllık izinden beklediği faydayı alamayacaktır. Ancak yıllık izin süresi ile hastalık süresi iç içe geçmezse işçi hastalık süresi kadar daha yıllık izne çıkma hakkına sahip olacaktır. Kanun'da açık bir düzenleme bulunmasa da öğretide⁶⁰ yıllık izin süresi ile hastalık süresinin iç içe geçmeyeceği işçinin hastalık süresi kadar daha yıllık izin hakkı olduğu belirtilmiştir. Zira işçi dinlenmek, gücünü toplamak ve tekrardan verimli bir şekilde işe başlayabilmek için yıllık izne çıkmaktadır. Bu sürenin hasta bir şekilde geçirilmesi halinde yıllık izin verilmesinin bir amacı kalmayacaktır. Bu nedenle yıllık izin süresi ile hastalık süresinin iç içe geçemeyeceği görüşü bizce de yerindedir⁶¹. Hali hazırda kanun koyucu tarafından İş

⁶⁰ A.e, s.172

⁶¹Konu hakkında memurlar için açıkça düzenleme yapılmış olup 17.8.1995 gün ve 22377 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 140 seri nolu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliğinin C-1. maddesinde; “Yıllık iznini kullanmakta iken hastalığı nedeniyle rapor alan bir memurun hastalık izninin bitiş

Kanunu 56. maddede işveren tarafından yıl içinde verilmiş bulunan diğer ücretli ve ücretsiz izinler veya dinlenme ve hastalık izinlerin yıllık izne mahsup edilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Bu mutlak emredici bir düzenlemedir⁶². Hastalık izinleri yıllık izne mahsup edilemezken, yıllık izin süresi içindeki hastalığın izne mahsup edilmesi olanaklı değildir⁶³. Ayrıca tutulan hastalığın yıllık izinde çalışılmış gibi sayılması da bu görüşü desteklemektedir.

Ancak hastalık nedeniyle kullanılamayan yıllık izin süresinin ne zaman kullanılacağına yine işveren karar vermelidir⁶⁴. İşçinin kendi iradesi ile yıllık izin süresini hastalık nedeniyle uzatması doğru değildir. Kanun koyucu yıllık iznin ne zaman kullanılacağını işyeri koşullarını da dikkate alarak belirleme hakkını işverene vermiştir

tarihinin, yıllık iznin bitiş tarihinden sonraki bir tarihe rastlaması halinde, memurun kullanmadığı yıllık iznini kullanmaya devam etmeksizin hastalık iznin bitimini müteakiben görevine başlaması gerekmektedir. Geriye kalan yıllık iznini izin vermeye yetkili amirlerin uygun göreceği tarihte kullanabilecektir.” kuralı getirilmiştir.

⁶²Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.470

⁶³Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.172

⁶⁴ **A.e.**, s.174

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN SAĞLIK SEBEPLERİ İLE SONA ERMESİ

1. SAĞLIK SEBEPLERİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİ NEDENLE FESHİNE ETKİSİ

1.1. İş Kanununda Geçerli Nedenle Fesih Kavramı

4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan düzenlemelerden biri de 158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü ("ILO") Sözleşmesine¹ paralel şekilde getirilen, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde işverenin geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğudur. Bu zorunluluk esasen 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Alman Hukuku esas alınarak 4773 sayılı Kanun² ile 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nda³ yapılan değişiklik üzerine getirilmiştir⁴. 4857 sayılı İş Kanunu ile de uygulamaya devam edilmiştir. 4773 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce 1475 sayılı İş Kanunu'nda işveren, kural olarak ihbar süresi vererek sözleşmeyi sona erdirmek için herhangi bir sebebe dayanmak zorunda değildi⁵. İş güvencesi olarak tanımlanan bu düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunu 18. maddesinde ancak en az altı aylık kıdemi olan işçilere yönelik getirilmiştir ve işyerinde çalışan işçi sayısının otuz ve üzerinde olması da ayrıca şart koşulmuştur. Bunun dışında m. 18/son gereği işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk

¹ 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin Türkçe metni için bkz. (çevrimiçi) https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang--tr/index.htm Erişim Tarihi: 15.11.2019

² 15.08.2002 tarih ve 24847 sayılı Resmi Gazete

³ 1/9/1971 tarih ve 13943 sayılı Resmi Gazete

⁴ Şükran Ertürk, "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık Ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi Ve Sonuçları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 4 / 2 Aralık 2002, s.19 (çevrimiçi) <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz4-2/PDF/erturk1.pdf> Erişim Tarihi: 15.11.2019

⁵ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.185; 1475 sayılı kanun döneminde, imzalamış olduğumuz 158 sayılı ILO Sözleşmesi kapsamında yer alan geçerli nedenle fesih konusunda kanun değişikliği yapılarak hukukumuzun ILO Sözleşmesine uyumlu hale getirilmesi yönündeki eleştirisi ve geçerli nedenle fesih konusunun mevzuatımızda düzenlenmesinden önceki dönemde hastalık nedeniyle sözleşmenin önel verilerek feshedilebilmesi konusunda detaylı bilgi için bkz. Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.175 vd.

ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz. Yani madde kapsamına giren işveren vekilleri iş güvencesi kapsamında olmayacaktır. O halde belirtilen nitelikte işveren vekili olmayan, en az altı aylık kıdemi olan ve çalıştığı işyerinde otuzdan fazla işçi çalışan kişiler iş güvencesi kapsamındadır. İş güvencesi kapsamında bulunan işçilerin belirsiz süreli sözleşmelerinin işveren tarafından feshinde iş güvencesi olmayan işçilere nazaran hem sebep hem usul yönünden farklılıklar ve zorunluluklar getirilmiştir.

İş Kanunu 18. maddesinde, otuz ve üstü işçi çalışılan işyerlerinde çalışan ve en az altı aylık kıdemi olan işçileri çıkarmak isteyen işverenin dayanabileceği geçerli sebepler, işçinin davranışları, işçinin yetersizliği ve işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri olarak üç ana başlık altında sayılmıştır. Ancak hangi hallerin geçerli sebep sayılacağı somut olarak ortaya koyulmamıştır. Geçerli sebep kavramının yargı kararları ve öğretinin katkıları ile şekilleneceği İş Kanunu gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: *“İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin, hangi durumlarda geçerli sebeplerden sayılacağı ve hangi durumların işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler olarak kabul edileceği ise ancak yargı kararları ile zaman içinde belirginleşebilecektir. Özellikle Kanunun 25 inci maddesinde ayrı bir düzenleme konusu olan haklı nedenlerle fesih olgusunu, geçerli sebeplerle fesih için aranan sebeplerden ayırmak ve aradaki farkları ortaya koymak; maddi olayları hukuk tekniği bakımından söz konusu iki farklı fesih türü açısından değerlendirmek gerekecektir. Bu alanda konunun gerektirdiği ölçüler içinde ülke koşullarını da dikkate alarak iki fesih türü açısından geçerli olacak ayrımları yapmak ve farklılıkları ortaya koymak yargının yanı sıra öğretinin katkıları ile sağlanacaktır”*⁶. Ancak yol gösterici olması açısından kimi durumlar geçerli sebep halleri olarak kanun gerekçesinde örneklendirilmiştir. Örneğin, işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek gibi fiiller işçinin davranışlarına dayalı geçerli sebeplere örnek kabilinde

⁶TİSK, *Gerekçe*, s.95

kanun gerekçesinde belirtilmiştir⁷. Yine, ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği gibi haller ise işçinin yeterliliğine örnek kabiline kanun gerekçesinde belirtilmiştir⁸.

Geçerli sebep kavramının ne olduğunu anlamak için bu geçerli sebebin ortaya çıkardığı sonuçlara da bakmak gerekir. Geçerli sebepler, 25'inci maddede belirtilenler kadar ağır olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu noktada yine bize yol gösterici olan kanunun gerekçesinde, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepleri, 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 olarak nitelemektedir⁹. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir¹⁰. Geçerli sebebin varlığı halinde işverenden, işçi ile olan iş ilişkisine devam etmesi objektif değerlendirmeler ışığında beklenemiyor olmalıdır.

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmesinin feshinde sebep yönünden getirilen sınırlama usul yönünden de getirilmiştir. Kanun'un 19. maddesinde işverenin, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunda olduğu ayrıca işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle yapılacak fesihlerde işçinin savunmasının alınmış olması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu nedenle sağlık sebebiyle yapılacak fesih, eğer geçerli nedenle yapılan fesih niteliğinde ise işçinin savunmasının alınması gerekmektedir. Zira işçinin sağlığı sebebiyle sözleşmesinin feshedilmesi, işletmenin, işyerinin veya işi gereklerinden

⁷A.e., s.96

⁸A.e.,

⁹A.e., s.95

¹⁰A.e.,

dolayı olmayıp genel olarak işçinin yeterliliğinden dolayı gerçekleşmektedir. 19. madde kapsamında sağlık sebebiyle yapılan fesihlerde kural olarak savunma alınması gerekmektedir. Ancak 25. madde gereği haklı nedenle yapılacak fesihlerde yine de savunma alınması gerekmekte midir sorusu yargı kararlarında ve öğretide farklı görüşler ortaya çıkmasına yol açmış olup konu en son 2017/9 esaslı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile açıklığa kavuşturulmuştur. Bu konuyu aşağıda ayrı bir başlık altında inceleyeceğimiz için burada sadece değinmekle yetiniyoruz.

1.2. Fiziki Yetersizlik Olarak Hastalık Ve Engellilik

Yukarıda izah edildiği üzere otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

İşçinin yeterliliğinden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri, işyerinin normal işleyişini bozan, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen, işçinin, işin gerektirdiği biçimde yapılmasında yeterli olamamasından kaynaklanan sebeplerdir¹¹. Belirleyici kriter ise işçinin yeteneklerinin ve özelliklerinin sözleşme ile üstlendiği edimi yerine getirmesini olanaksızlaştırmasıdır¹².

İşçinin iş yerinde yetersiz ve verimsiz hale gelmesinde rol oynayan çeşitli unsurlar olabilir. Bunlardan bir tanesi ve belki de en önemlisi işçinin sağlık durumudur. Sağlığı yerinde olmayan bir insanın yaptığı işlerde en üst düzeyde verim göstermesi ve işini aksatmaması beklenemez. Bu nedenle hastalık ve engellilik işçi açısından fiziksel bir yetersizlik hali olarak görülebilir. Pek tabi ki burada işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve sağlık sorunun ne olduğu da önemlidir.

¹¹ Haluk Hadi Sümer, "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri İle Feshi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 8, Aralık 2007, s. 69 (çevrimiçi) <https://www.mess.org.tr/tr/yayinlarimiz/sureli-yayinlar/sicil/> Erişim Tarihi: 15.11.2019 (Sümer, Sağlık Sebepleri)

¹² A.e. s.69-70

Her ne kadar bazı kararlarında Yargıtay sağlık sebeplerini işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih sebebi olarak ifade etmişse de¹³ sağlık durumları nedeniyle yapılan fesihler, işçinin yeterliliğine dayanan fesih olarak değerlendirilmelidir¹⁴. İşçinin farklı davranmak elinde iken bundan kaçınarak işyerindeki işleyişi bozması halinde işçinin davranışlarına dayanan fesih gündeme gelebilecekken işçinin hastalık gibi elinde olmayan sebeplerle işyerindeki işleyişi bozması ve edimini yerine getirmemesi halinde işçinin yetersizliğinden kaynaklanan feshinden bahsetmek gerekmektedir¹⁵. Ancak işçinin hastalığı sırasında işverene olan sadakat borcu devam ettiği için hastalığı sırasındaki bazı davranışları da işverene fesih hakkı verebilir¹⁶. Daha önce uyarıldığı halde hastalığının süresini uzatacak davranışlarda bulunması, hasta iken yan işlerde çalışması, ihtarla rağmen hastalığını bildirmemesi, hastalığı ile bağlantılı olmamasına rağmen hastalığı ileri sürerek verilen işin yapılmaması gibi durumlar buna örnektir¹⁷. Bu tür durumlarda yapılacak fesih işçinin davranışına dayanır. İşçinin sağlık sebepleri ile davranışa dayalı olarak çıkartılmasına ilerleyen sayfalarda değineceğiz¹⁸. Bu bölümde daha çok işçinin yeterliliğini etkileyen hastalık hali nedeniyle sözleşmenin geçerli nedene dayanan feshini inceleyeceğiz.

İş Kanunu gerekçesinde işçinin yetersizliğine örnek olarak sayılan haller arasında sık sık hastalanma ve çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık halleri de vardır¹⁹. İşini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık kavramı esasen bir üst başlık niteliğinde olup zaten işçinin sözleşme ile üstlendiği edimi gerektiği gibi yerine

¹³ “Ancak davacının sık sık rapor alması ve bu olgunun devam etmesi karşısında, iş görme ediminden davalı işverenin yararlanamadığı ve sonuç olarak işyerinde olumsuzlukların yaşandığı sabittir. 4857 sayılı Yasa’nın 18. maddesi uyarınca davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler mevcuttur. İş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından beklenemez hal almıştır.” Y. 9. HD E.2006/35881 K.2007/9896 T.09.04.2007, Sümer, **Sağlık Sebepleri**, s.66 ve (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi:17.06.2020

¹⁴ Sümer, **Sağlık Sebepleri**, s.70; Taşkın. **a.g.e.**,s.191; Sarı, **a.g.e.**,s.155; Hamit Tiryaki, **Yargıtay Kararlarına Göre İşe İade Davalarında İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Ve Geçersiz Nedenler**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017, s.30

¹⁵Sümer, **Sağlık Sebepleri**,s.70

¹⁶ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.191

¹⁷**A.e.**

¹⁸ IV. Bölüm 2.3. başlık ve devam eden başlıklar

¹⁹ TİSK, **Gerekçe**, s.96

getirememesi ve işverenin artık işçi ile devam etmesinin kendisinden beklenemiyor olması geçerli sebeple yapılacak fesihlerde aranan ana kriterlerdendir. Bu bakımdan işyerinin işleyişinde olumsuzluklar meydana getiren, işçinin üstlendiği edimi gerektiği şekilde yerine getirmesine engel olan ve işverenden artık o işçi ile devam etmesini bekleyemeyeceğimiz niteliğe kavuşmuş her türlü sağlıksal sorun geçerli nedenle feshe yol açabilecektir. Somut durumun incelenmesi bu noktada önemli olacaktır.

İşçinin yakalandığı hastalık veya kazanın, üstlendiği edimi yerine getirememesi ile illiyet bağı içinde olması gerekir yani işçinin edimi yerine getirememesi sağlık durumu nedeniyle olmalıdır. Geçerli nedenle fesih için işçinin sağlık sebebiyle mevcuttaki işini yapamadığı gibi işyerindeki diğer işleri de yerine getiremiyor olması gerekir. Hasta işçinin başka bir pozisyonda verimli çalışması mümkündür²⁰. İşçi hastalık ve kaza nedeniyle üstlendiği edimi gerektiği gibi yerine getirememekte ise de eğer işyerinde işçinin niteliğine ve sağlığına uygun başka bir iş ve pozisyon bulunmakta ise işçiye bu işin teklif edilmesi gerekir. Feshin son çare olması ilkesi burada da uygulanmalıdır. Uygun bir başka pozisyon bulunmasına rağmen sırf sağlık sebebiyle mevcut edimini yerine getiremeyen işçiye işten çıkaran işverenin eylemi hukuka uygun bulunmamalıdır. İşverenin, işçiye çıkarmadan önce sağlığına uygun başka bir iş olup olmadığını araştırma yükümlülüğü, feshin son çare olması ilkesinin yanı sıra işverenin işçiye gözetme borcunun ve işçiye sağlığına uygun işte çalıştırma yükümlülüğünün de bir sonucudur²¹. Hastalığı nedeniyle işçinin çıkarılmasındaki amaç işçinin yaptırma maruz kalması değil, işvereni ileride beklenmeyen yüklerden kurtarmaktır²². Yargıtay da bu görüşte olup bir kararında²³ sağlık sebebiyle çıkarılan işçinin ağır işlerde çalışamaz raporunun 1 yıl süreli olup hastalığının geçici nitelikte olduğuna dikkat çekerek işyerinde aynı nitelikte veya daha hafif başka bir işte çalışmasının mümkün olup olmadığının dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir.

²⁰ Taşkın, **a.g.e.**,s,190

²¹ Sümer, **Sağlık Sebepleri**, s.71

²² Taşkın. **a.g.e.**,s,190

²³ Y. 9 HD E.2006/30032 K.2007/1228 T.29.01.2007, Çalışma ve Toplum Dergisi 2007/3 S:14, (çevrimiçi) <http://www.calismatoplum.org/yargitay/yargitay14.htm> Erişim Tarihi: 15.11.2019; Sümer, **SağlıkSebepleri**, s.71

Bir hastalık veya engelliliğin sözleşmenin feshinde geçerli neden olabilmesi için öncelikle İş Kanunu m.25/I'de sayılan haklı nedenler ağırlığında bir sebep olmamalıdır. Ayrıca sağlık sebebine bağlı geçerli nedenle fesihlerde İş Kanunu m.25/I,b-2 hükmünde belirtilen ihbar süresi + altı haftalık sürenin aranmaması gerekir²⁴. Bu süre bildirimsiz fesih için getirilmiş bir süredir. Geçerli nedenle yapılan fesihlerde, işçinin 25/I hükmüne uygun bir eylemi olmadığı gibi somut durumda işçinin hastalığının belirli bir süre devamsızlık yaratması da gerekmez. Esasen sık sık hastalanma, uzun süreli hastalanma vs. hallerde işçi işyerinde devamsızlıklarda bulunuyor olacaktır ancak bu süre belirli bir süre olmayıp her somut olayda ayrıca gözetilmeli ve işyerinin işleyişini olumsuz etkileyecek seviyeye gelip gelmediği değerlendirilmelidir. Mevcut durum iş görme edimini engelliyor ve işyerinde olumsuzluk yaratıyorsa artık devamsızlık süresinin fesih için yeterli seviyeye geldiğine kanaat getirmek gerekir. Ancak uzun süreli hastalık için mevzuatımızda İş Kanunu18/3-f bendi ile getirilmiş özellikli bir durum var olup bu konuya aşağıda değineceğiz.²⁵

Sağlık sebebine dayalı geçerli fesih hallerinde işçinin bu hastalık veya engellilik haline kendi kusuru ile düşmesi de gerekmemektedir²⁶. İşçi hiçbir kusuru olmasa dahi hastalığı sebebiyle edimini yerine getiremiyorsa ve işyerinde olumsuzluklara yol açıyorsa yine de işveren açısından geçerli nedenle fesih imkânı vardır. Meslek hastalığı sonucu oluşan hastalık da geçerli sebeple feshe yol açabilir²⁷.

Hastalık nedeniyle yapılacak fesihlerde hastalığa bağlı verim düşüklüğünün fesih anında mevcut olması gerekmektedir²⁸. Geçmişte var olmuş bir hastalık için farazi bir şekilde ileride de nüksedebileceği tehlikesinden bahsedilerek işçinin yeterliliğine dayanan geçerli nedenle fesih yoluna gidilememesi gerekir²⁹. Fesih

²⁴ Sümer, **Sağlık Sebepleri**, s.71

²⁵ IV. Bölüm 1.3. Başlık

²⁶ Sümer, **Sağlık Sebepleri**, s.72, Taşkın, **a.g.e.**, s.191

²⁷ Sümer, **Sağlık Sebepleri**, s.72

²⁸ Taşkın, **a.g.e.**,s.190; Sarı, **a.g.e.**,s.156; Tiryaki, **a.g.e.**, s.30

²⁹ Tiryaki, **a.g.e.**, s.29

anında hastalığın nüksetmesi yahut devam etmesi ve buna bağılı olarak işçide verim düşüklüğünün yaşanması yani işçinin edimini gerektiği şekilde yerine getirememesi gerekmektedir. Ayrıca verim düşüklüğünün gelecekte de devam edeceğinin öngörülmesi gerekir³⁰. Geçici nitelikte olan anlık, rastlantısal hastalıkların feshe yol açmaması gerekir.

Uygulama ve öğreti³¹ ışığında geçerli nedenle feshe yol açan hastalıkları üç alt başlıkta inceleyebiliriz. Bunlardan ilki uzun süreli hastalıktır. İkincisi ise kısa olmakla beraber sık sık meydana gelen hastalıklardır. Üçüncüsü ise hastalığın uzun ve kısa olmasından ziyade hastalığın, işçinin iş görme edimini ifasında veriminin azalmasına yol açmasıdır.

Uzun süreli hastalıklarda işçi, iş görme edimini hayatın olağan akışına göre kısa sayılamayacak bir süre içerisinde ifa edemeyecek durumdadır. Bu durumda işçi uzun süreli bir iş göremezlik hali içindedir. Hayatın olağan akışına göre kısa sayılamayacak bir süre içerisinde işine devam edemeyen bir işçiden beklediği faydayı alamayan işverenin sözleşmeyi fesih hakkı olmalıdır. Ancak İş Kanunu m. 18/3-f hükmünde işçinin uzun süreli hastalığı nedeniyle yapılacak geçerli nedenle fesihlerde devamsızlığın ne kadar sürmesi gerektiği konusunda bir belirleme yapılmıştır. Maddede aynen “*Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık*” halinin geçerli nedenle fesih konusu yapılamayacağı ifade edilmiştir. Bu süre ise, m.25/I,b-2 hükmünde belirtildiği üzere ihbar süresi + altı haftalık süredir. Aşağıda anlatılacağı üzere m.25/I,b-2 hükmü gereğince aynı maddenin a alt bendinde sayılan kusurlu eylemler haricindeki hastalık ve kaza nedeniyle işçinin ihbar süresi + altı haftalık süre boyunca devamsızlığı olmadığı müddetçe işçinin sözleşmesini haklı nedenle bildirimsiz feshedemeyen işveren yine m.18/3-f hükmü gereğince aynı süre içerisinde geçerli nedenle de fesih yapamamaktadır.

³⁰ Taşkın, **a.g.e.**,s.190; Sarı, **a.g.e.**,s.156

³¹ Caniklioğlu, **a.g.e.**,s.185 vd. Taşkın, **a.g.e.**,s.188 vd.; Sarı, **a.g.e.**,s.155 vd.; Tiryaki, **a.g.e.**, s.28 vd. Ertürk, **a.g.e.**, s.11 vd.

Ancak bu süre geçtikten sonra işveren isterse haklı nedenle isterse geçerli nedenle fesih yapabilecektir. Buradan çıkarımla aslında uzun süren hastalık halinin Kanun'da haklı nedenle fesih hali olarak düzenlendiği söylenebilir³². Zira sözleşmeyi haklı nedenle feshetme imkanı olan işverenin bundan vazgeçerek ihbar süresi + altı hafta bekledikten sonra işçiye ihbar süresi tanıyarak yahut ihbar tazminatı ödeyerek işçiye geçerli nedenle çıkarması beklenebilir ve hayatın olağan akışına uygun bir durum değildir. Bizce doğru ve haklı olmayan bu durumun eleştirisini aşağıda yapacağız. Ayrıca m.18/3-f de düzenlenen hükmün, işçinin kusuru ile sebebiyet vermediği hastalık ve kaza halinde yapılan geçici devamsızlığa ilişkin olduğunu belirtmek gerekir³³. Zira işçinin kusuru ile sebebiyet verdiği hastalık ve kaza hali İş Kanunu 25/I-a hükmüne göre ardı ardına 3 işgünü veya bir ayda 5 işgünü devamsızlığa yol açtığı takdirde haklı nedenle fesih imkânı verecektir. Bu nedenle kusuru ile hasta olan işçi zaten 3 iş günü devamsızlık yaptığı takdirde işverenin ihbar süresi + altı haftalık süreyi beklemesi gerekmeyecektir.

Sık sık hastalanma durumunda ise işçi kronik bir rahatsızlığından dolayı veya bünyesinin zayıflığı nedeniyle yahut sık sık nöbetler geçirmesine neden olan kalıcı bir rahatsızlığı olması nedeniyle sık sık rapor almakta ve devamsızlık yapmaktadır. Sık sık hastalanma durumunda, hastalıkların süresi özellikle uzun süreli hastalıklardaki gibi ihbar süresi + altı haftalık süreyi aşmayan, bu nedenle işverene sırf o an ki hastalık nedeniyle haklı veya geçerli nedenle fesih hakkı vermeyen, ancak sıklığı nedeniyle işverenin işçiden beklediği en yüksek verimi alamamasına yol açan, bu doğrultuda esasen yine işçinin edimini gerektiği şekilde ifa etmemesine yol açan bir hal oluşmaktadır. Örneğin, her ay en az 2 kere hasta olan yahut yılın 50-60 gününü raporlu geçiren bir işçiden işverenin gereken verimi aldığı kabul edilemez. Bu konuda Alman Hukuku'ndan alınan görüşle işçinin yıllık çalışma süresinin %14-25'i arasında devamsızlık halinin sık sık hastalanma olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir³⁴.

³² Sarı, **a.g.e.**, s.157

³³ Ertürk, **a.g.e.**, s.20

³⁴ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.189 ve d.n. 636'da belirtilen Bauer/Röder/Lingemann Krankheit im Arbeitsverhältnis, 2. Auflage, Heidelberg 1996, s.98 ve diğer yazarlar

Bu durumda işverenin fesih hakkı yukarıda belirttiğimiz ilkelere uygun kullanılmalıdır. Yani işçinin bu sık sık hastalanmaları sonucunda objektif bir değerlendirme ile işçinin iş görme edimini gerektiği şekilde yerine getiremediğini, işverenin artık bu işçi ile devam etmesinin kendisinden beklenemediğini, feshin son çare olması ilkesine riayet edilerek işçiye uygun başka pozisyonun olmadığını, fesih anında hastalığın mevcut olduğunu, artık bu durumunun işyerinde olumsuzluklara yol açtığını, işverene ve diğer işçilere ek yük getirdiğini değerlendirmek ve bunun sonucuna göre karar vermek gerekmektedir. Sık sık rapor alan işçinin iş yükü diğer işçiler tarafından üstlenilmektedir. Böylece diğer işçilerin iş yükleri artarak işyerinde olumsuzlara sebep olabilecektir³⁵. Vardiya sistemi ile çalışan işyerlerinde vardiya düzeninin bozulmasının ve diğer işçilerinin kanuna aykırılık oluşturacak şekilde uzun çalışacak olması gibi olumsuzlukların dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir³⁶. Hastalığın gelecekte de devam edeceği endişesi sık sık hastalanma halinde yapılan fesihler için belirleyicidir³⁷. Artık iyileştiği anlaşılan hasta için bu fesih yoluna gidilemez.

Bunun dışında işyerinin büyüklüğü/küçüklüğü ve işçinin kıdeminin de bu değerlendirmede etkili olduğu ifade edilmiştir³⁸. Yargıtay'ın bir kararında, ilk derece mahkemesinde geçerli fesih nedeni olarak kabul edilen, davacının son 6 aylık süre içerisinde kesintili ve farklı tarihlerde olup toplamı 36 güne ulaşan sağlık raporlarının, iş disiplini ve verimliliğini bozacağı yönündeki gerekçeye rağmen, sağlık raporlarının kıdemi 14 yıl 5 ay gibi uzun bir süre olan davacının iş verimliliğini gerçekte hangi oranda etkilediğinin uzman heyet raporu ile belirlenmesi gerektiğine vurgu yapması, sık sık hastalanma nedenine dayalı fesihler de işçinin kıdeminin de dikkate alınması gerektiğini göstermektedir³⁹. Sonuç olarak bunca süre herhangi bir sorun olmadan çalışan işçinin üst üste gelen devamsızlıklarının daha müsamahalı karşılanabilmesi gerekir.

³⁵ Tiryaki, **a.g.e.**, s.34

³⁶ Nuri Çelik- Nurşen Caniklioğlu- Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 31. Baskı, Ankara, Beta Yayınları, 2018, s.497

³⁷ Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, **a.g.e.**, s.499

³⁸ **A.e.**, s.497

³⁹ Y. 7 HD E. 2014/4476 K. 2014/8449 T.16.04.2014 (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi: 17.06.2020, Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, **a.g.e.**, s.499

Bu doğrultuda belirtmek gerekir ki, işçinin almış olduğu raporların sürelerinin toplanması suretiyle belirli bir süreye özellikle ihbar süresi + altı haftalık süreye ulaşması yahut ulaşmaması feshi tek başına geçerli yapmayacaktır. İşverene getirdiği yük ve işyerinde yarattığı olumsuzluk dikkate alınmalıdır. Bu konuda Akyiğit⁴⁰ aksi görüşte olup 18/3-f hükmüne ilişkin açıklamaları sırasında, bir defadaki devamsızlık kadar sıkça fakat ayrı ayrı tarihlerde yaşanan raporlu sürenin de anılan süreyi toplamda aşması halinde de geçerli nedenle fesih yapılabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe katılmamaktayız. İfade ettiğimiz üzere salt raporlu sürelerin toplanması ile ulaşılan rakam üzerinden geçerli nedenle feshe imkân tanınmamalı somut olayda işyerindeki olumsuzluklar, işverene yaptığı ek yükler, işçinin kıdemi, feshin son çare olması ilkesi gibi kriterler gözetilerek karar verilmelidir.

Sık sık hastalanma halinde geçerli nedenle fesih hakkının bulunduğunu belirten birçok Yargıtay kararı⁴¹ bulunmaktadır. Yargıtay sık sık hastalanma nedeniyle yapılan fesihlerin, m.18/3-f de düzenlenen geçerli nedenle fesih yasağına takılmadığını, devamsızlıkların orada ifade edilen süreye ulaşması gerekmediğini özellikle

⁴⁰ Ercan Akyiğit, **4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, C.1, s.831 (Akyiğit, **Şerh**)

⁴¹ “01.04.2014 tarihinde davacının 2012 yılında 25 gün, 2013 yılında 86 gün, 2014 yılı Ocak Şubat döneminde 11 ayrı raporla 21 gün rapor kullanması ile ilgili savunmasının istendiği, davacının savunmasında 2013 yılında bir kısım raporlarının iş kazası nedeniyle alındığını, 2014 yılında ise çeşitli rahatsızlıklardan raporlar kullandığını beyan ettiği anlaşılmaktadır. Yargılama sırasında davacı 2013 yılında tüm raporların iş kazası ile ilgili olduğunu beyan etmişse de sunulan raporlara göre 2013 yılında özellikle aralık ayında faranjit, migren, üst solunum yolu enfeksiyonu, bel ağrısı gibi çeşitli rahatsızlıklardan rapor kullandığı, yine 2014 yılında davacının savunmasında da kabul ettiği şekilde iş kazası niteliğinde olmayan çeşitli rahatsızlıklardan raporlar kullandığı saptanmıştır. Davacının sık sık rapor alması nedeni ile 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. Yazılı gerekçe ile davanın kabulü hatalıdır.” Y. 9. HD E. 2015/22940 K. 2015/32996 T.19.11.2015 (çevrimiçi) www.karararama.yargitay.gov.tr/ Erişim Tarihi:17.06.2020; “Davacının aldığı feshe sebebiyet veren sağlık raporunun aksi ispatlanamadığından işverence yapılan fesih haklı nedene dayanmamaktadır. Ancak davacının 2011 yılında 99 gün, 2012 yılında ise 111 gün rapor aldığı ve önceki yıllarda da yine dönem dönem raporlu olduğu, sık sık rapor almasından dolayı davacının çalışmış olduğu balık reyonunda işlerin aksadığı ve iş arkadaşlarının iş yüklerinin arttığı açıktır. Davacının bu eylemi, iş akışını olumsuz etkilediğinden fesih geçerli nedene dayanmaktadır.” Y. 9 HD E. 2015/6181 K. 2016/5824 T.09.03.2016 (çevrimiçi) www.karararama.yargitay.gov.tr/ Erişim Tarihi:17.06.2020. Ayrıca bkz. Y. 9 HD E. 2015/25369 K. 2016/1485 T.21.01.2016, Y. 9 HD E. 2015/3551 K. 2015/8561 T.02.03.2015 Tiryaki, **a.g.e.**, s.36 vd.,Sarı, **a.g.e.**, s.158 d.n.588’de yer alan kararlar

belirtmiştir⁴². Ancak kesin bir ölçüt de getirmemiş her somut olayın özelliğine göre karar vermiştir.

Sağlık sebebiyle geçerli nedenle feshe imkan veren üçüncü durum ise işçinin hasta olmasına rağmen ne uzun süreli bir devamsızlık ne de kısa süreli ama sık sık hastalanma ve rapor alma durumu içinde olmaması yani hastalığına rağmen işine devam etmesidir⁴³. İşçi hastalığına rağmen işine devam etmekle birlikte iş görme ediminin ifasında veriminin, hastalık nedeniyle azalması söz konusu olmaktadır. Çalışma gücü hastalık nedeniyle devamlı olarak olumsuz etkilenmektedir. Geçici nitelikteki hastalıklar, çalışma gücünün kısa süreli kaybı ya da olumsuzluklara yol açacak nitelikte esaslı olmayan iş gücü kayıpları geçerli fesih hakkı vermez⁴⁴. Aksine geçici olmayan, çalışma gücünde devamlı kayıp yaratan işçinin verimini düşüren sağlık sebepleri geçerli fesih hakkı verebilir. Örneğin, işçi meslek hastalığına yakalanmış yahut herhangi bir kaza geçirmiş ve işinde eskiden gösterdiği verimi artık gösteremiyor olabilir. İşine devam etmesini engelleyecek bir durum oluşmamış olsa dahi işçiden alınan verimi düşüren bir durum oluşmuştur. Bu durumda da fesih gündeme gelebilecektir. Geçirdiği kaza sonucu omuzundan sakatlanmış ve işine geri dönmüş olan tekstil işçisi kaza öncesi gösterdiği performansı gösteremiyor ve kendisinden beklenen aylık ortalama üretim sayısına ulaşamıyorsa ve geçici nitelikte olmaması koşulu ile bu durum fesih hakkı verebilir. İşçi rapor almamaktadır ancak işe devam ettikçe işteki performansı düşmektedir. Yahut işçi aldığı rapor sonucu ağır işlerde çalışmamaktadır. Bu durumda da eskiden yaptığı işi yapamayacaktır. İşçiye mümkün olduğu takdirde daha hafif bir işte çalışmasının önerilmesi gerektiğine yukarıda değinmiştik. Ancak bu tür bir iş bulunmamakta ise ya da işçi önerilen işi kabul etmemekte ise işverenden iş ilişkisine devam etmesi beklenemez⁴⁵.

⁴² “İşveren 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18/3. f maddesi uyarınca aynı kanunun 25/I.b maddesi uyarınca önele ilaveten altı haftalık bekleme süresi içinde işçinin iş sözleşmesini feshedemez. Ancak işçinin aralıklı olmak üzere sık sık rapor alması bu kapsama girmez. Sık sık rapor alması durumunda toplam raporlu olduğu süre, bekleme süresi içinde kalsa bile, sık sık rapor alması işyerinde olumsuzluklara yol açmış ise, işçinin iş sözleşmesi bildirimli veya süreli olarak feshedilebilir. Bu durumda fesih geçerli nedene dayanmaktadır.” Y. 9. HD E. 2016/417 K. 2016/20904 T.28.11.2016 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi:01.11.2019

⁴³ Tiryaki, **a.g.e.**, s.32; Sarı, **a.g.e.**, s.159

⁴⁴ Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, **a.g.e.**, s.500

⁴⁵ Sarı, **a.g.e.**, s.159

Yine işçinin işe devamını engellemeyen ancak diğer işçi ve müşterilere bulaşma riski taşıyan bir hastalık olması durumunda özellikle sağlık sektörü gibi bunun önemli olduğu alanlarda işveren önlem amacıyla işçiyi geçerli nedenle işten çıkarabilir⁴⁶. Bazen de işçideki hastalık çalışma kapasitesini bedeni anlamda düşürmese de görüntü olarak işçiyi olumsuz etkilediği için yine de işe devam etmesinde işverenin menfaati kaybolabilir⁴⁷. Örneğin bir modelin geçirdiği kaza sonucu yüzündeki yara ve yanıklar nedeniyle artık mankenlik mesleğini icra etmesi kolay olmayacaktır. Tüm bu örneklerde somut durumun değerlendirilmesi üzerine yukarıda ifade ettiğimiz kriterlere uygun olması şartı ile geçerli nedenle fesih yapılabilecektir.

Bu üç durum dışında ayrıca haklı nedenle fesih için belirli bir devamsızlığın arandığı hallerde, devamsızlığın aranan sürelerde olmaması halinde haklı nedenle fesih yapamayan işverenin buna rağmen geçerli nedenle fesih yapıp yapamayacağı da irdelenmelidir. Örneğin detaylarına aşağıda değineceğimiz İş Kanunu m.25/I-a gereği işçinin 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 işverene haklı nedenle fesih imkânı vermektedir. Peki, işçi yine kendi kusuru ile hastalığa yakalanır ancak devamsızlığı ardı ardına 3 iş günü değil de 2 iş günü yahut bir ayda 5 iş günü değil de 4 iş günü olursa işveren geçerli nedenle fesih yapabilir mi? Ertürk, bu soruya verdiği cevapta, işçinin yeterliliğini (verimini) etkilemediği sürece belli sürelerle devamsızlığa yol açmayan hastalık haklı nedenle fesih sebebi olarak kullanılmadığına göre bu sürelerde devamsızlık yaratmadıkça geçerli nedenle fesih sebebi de oluşturmamalıdır, demektedir⁴⁸. Kanaatimizce bu görüş yerindedir. Zira kanun koyucu işçinin kusuru ile içinde bulunduğu hastalık ve kaza halinin belirli süre devamsızlığa ulaşmadıkça haklı nedenle feshe konu yapılamayacağını düzenledikten sonra yorum ile bu süreleri

⁴⁶ Tiryaki, **a.g.e.**, s.32

⁴⁷ **A.e.**

⁴⁸ Ertürk, **a.g.e.**, s20

aşmayan devamsızlığın yine de geçerli nedenle feshe yol açacağı söylenemez. İşçi lehine yorum ilkesi buna engel olmaktadır. Kanun koyucunun geçerli nedenle fesih için yer vermediği bir düzenlemeye yorum yolu ile gidilememelidir. Geçerli nedenle feshin şartları kanunda ve içtihatlarda belirlidir. İşçinin kusuru ile içinde bulunduğu hastalık nedeniyle yaptığı devamsızlık yukarıda ifade edilen şartlara uygun olarak incelenerek geçerli nedenle feshe yol açıp açmadığı değerlendirilmelidir. İşçinin yetersizliğine yol açmış ise fesih yoluna gidilebilir. Aksi takdirde kusurla düşülen bir hastalık dahi olsa salt belirli bir devamsızlık süresine ulaştığı için işçinin geçerli nedenle çıkartılması doğru görülmemelidir. Evleviyet kuralı da bizi aksi bir sonuca götürmez. Çünkü evleviyet kuralı bize haklı nedenle fesih sebebi olabilecek bir şeyin aynı zamanda geçerli nedenle fesih sebebi de olabileceğini söyler ancak haklı nedenle fesih sebebi olmayan bir durumun geçerli nedenle fesih sebebi olabileceğini göstermez.

Yine farklı bir açıdan konuya yaklaşan Günay⁴⁹ ise, 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile kusurlu kusursuz ayrımı yapılmaksızın her türlü hastalık ve kaza nedeniyle yaşanan geçici devamsızlık halinin geçerli sebep olamayacağının düzenlediğini, İş Kanunu 18/3-f bendinde sadece kusura dayanmayan hastalıkların bekleme süresi içinde geçerli sebep oluşturmayacağının düzenlendiğini ve bunun ILO Sözleşmesine aykırı olduğunu, Anayasa 90./son hükmü uyarınca temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunla çatışması halinde uluslararası sözleşmelerin öncelikle uygulanacağını, bu nedenle 158 sayılı ILO sözleşmesi uygulanarak kusurlu olsun olmasın her türlü hastalık ve kaza nedeniyle yapılan devamsızlığın geçerli neden olamayacağını belirtmiştir. Bu bakımdan kusuru ile de olsa hastalanan veya engelli olan işçinin devamsızlığı ardı ardına 2 işgünü veya bir ayda 4 işgünü sürerse Günay'a göre geçerli nedenle fesih yapılamamalıdır.

Sağlık sebebiyle yapılacak geçerli nedene dayalı fesihlerde de iş güvencesi kapsamındaki işçilerden İş Kanunu 19. maddesi gereği savunma alınması

⁴⁹ Cevdet İlhan Günay, **İş Kanunu Şerhi**, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2015,C.1, s.713

gerekmektedir. Zira belirttiğimiz üzere sağlık sebebiyle yapılacak fesihler işletme, işyeri veya işin gereklerine dayanan yahut işçinin davranışına dayanan fesih değil işçinin yeterliliğine dayanan fesihtir ve onun iş görme edimindeki verimi ile ilgilidir. Bu tür durumda işçinin savunmasını almadan uzun süren hastalık yahut sık sık hastalanma gibi bir nedenle sözleşmesini fesheden işverenin eylemi 19. madde kapsamında usulen geçersiz fesih olacaktır. Bu nedenle açılmış bir işe iade davasının esastan dahi incelemeden kabul edilme ihtimali oluşacaktır. İşçiden savunması alınmayan sağlık raporlarının feshe gerekçe yapılamayacağı Yargıtay tarafından da belirtilmiştir⁵⁰.

1.3. Bekleme Süresinde Geçerli Sebeple Sözleşmeyi Sona Erdirme Yasağı Ve Eleştirisi

Yukarıda belirtildiği üzere İş Kanunu 18/3 hükmünde geçerli neden sayılamayacak haller düzenlenirken f bendinde aynen “*Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık*” halinin geçerli nedenle fesih konusu yapılamayacağı ifade edilmiştir. Bu doğrultuda ifade edildiği üzere bir işçi kusuru olmaksızın hastalandığı yahut kaza geçirdiği takdirde işveren ihbar süresi + altı haftalık süre geçmedikçe işçiyi ne geçerli ne de haklı nedenle çıkaramayacaktır.

158 sayılı ILO sözleşmesinin 6. maddesinde “*Hastalık veya kaza nedeniyle geçici devamsızlık işten çıkarma için geçerli neden değildir.*” hükmüne yer verilmiştir⁵¹. Bu doğrultuda getirilen 18/3-f ve 25/I,b-2 hükmü ile geçici devamsızlıktan ne anlaşılması gerektiğine dair bir belirleme yapılmış ve ihbar süresi +

⁵⁰ “davacının 2011 ve 2012 yıllarında da raporlar kullandığı ifade edilmişse de, fesih bildiriminde 2013 yılındaki raporları ve bu raporlarla ilgili savunma istendikten sonra 25 gün rapor kullanması feshe gerekçe yapılmış olup geçmiş dönem raporları feshe gerekçe yapılmamıştır. Ayrıca davacının 2013 yılı raporlarıyla ilgili savunma istendikten sonra 25 gün rapor kullanması feshe gerekçe yapılmışsa da, bununla ilgili davacının savunması istenmemiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19/2 maddesi uyarınca savunma istenmeyen bir konu feshe gerekçe yapılamaz.” Y. 9 HD E.2015/26527 K. 2016/3126 T. 18.02.2016 Tiryaki, **a.g.e.**, s.932

⁵¹ 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin Türkçe metni için bkz (çevrimiçi) https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang--tr/index.htm Erişim Tarihi: 15.11.2019

altı haftalık sürenin hem geçerli nedenle fesih hem de haklı nedenle fesih için aranması gereken bekleme süresi olduğu tespit edilmiştir. Her ne kadar bu hükümle 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 6. maddesi karşılanmış ise de bu durum aynı zamanda geçerli nedenle fesih ve haklı nedenle fesih arasındaki ayrımı da yok etmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere bu düzenleme esasen uzun süreli hastalık halini geçerli nedenle fesih sebebi olmaktan çıkararak haklı nedenle fesih sebebi yapmaktadır. Zira sözleşmeyi haklı nedenle feshetme imkânı olan işverenin bundan vazgeçerek ihbar süresi + altı hafta bekledikten sonra işçiye ihbar süresi tanıyarak yahut ihbar tazminatı ödeyerek işçiye geçerli nedenle çıkarması beklenebilir ve hayatın olağan akışına uygun bir durum değildir⁵².

Yukarıda Günay'ın yaptığı eleştiriye de yer vermiştik⁵³. Günay 18/3-f hükmünün sadece kusura dayanmayan hastalık ve kaza halinin bekleme süresi içinde geçerli neden olmayacağını düzenlediğini ancak 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin ise kusurlu olsun olmasın her türlü hastalık ve kaza nedeniyle yapılan geçici devamsızlığın geçerli neden olmayacağını düzenlediğini bu nedenle bu konuda Anayasa 90/son maddesi uyarınca doğrudan ILO Sözleşmesi'nin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.

Bu görüş kabul edilirse ILO'ya uygun şekilde geçici devamsızlık halinin hiçbir şekilde geçerli neden olmayacağı kabul edilir. Esasen Günay'a katılmakla birlikte bizce burada asıl sorun haklı nedenle fesih için aranan bekleme süresinin geçerli nedenle fesih için de aranan bekleme süresi olarak kabul edilmesinin geçerli ve haklı nedenle fesih arasındaki ayrımı yok etmesidir. Bizce geçerli nedenle fesih için aranan bekleme süresinin daha düşük tutulması ile hem geçerli ve haklı nedenle fesih arasındaki ayrım belirginleşir hem de ILO Sözleşmesi ihlal edilmemiş olur. Zira ILO Sözleşmesi'nde sadece hastalık ve kaza nedeniyle geçici devamsızlık halinin geçerli neden olmayacağı belirtilmiş ancak geçici devamsızlık süresinin ne olduğu belirtilmemiştir. Bizim kanun koyucumuz bu süreyi haklı nedenle fesih süresi ile

⁵² Sarı, **a.g.e.**,s.157

⁵³ Günay, **a.g.e.**, s.713

eşitleyerek geçici devamsızlık süresini ihbar süresi + altı hafta olarak belirlemiştir. Daha farklı bir sürenin geçici devamsızlık süresi olarak belirlenmesi 158 sayılı ILO Sözleşmesi'ni ihlal etmeyecektir.

Bu noktada bizim önerimiz dört haftalık sürenin makul olduğudur. Yani hastalık ve kaza nedeniyle dört hafta süren devamsızlıktan sonra işverenin geçerli nedenle fesih hakkının olduğunun kabul edilmesi makuldür. Hasta ve raporlu olan işçisini dört hafta bekleyen işveren, isterse bu süre sonunda geçerli nedenle fesih yapar isterse ihbar süresi + altı haftalık süreyi bekleyerek haklı nedenle fesih yoluna gider. Bu önerimiz kabul görmez ise en azından altı hafta bekledikten sonra işverene geçerli nedenle fesih imkânı tanınmalıdır. Şöyle ki, zaten işveren ihbar süresi + altı hafta bekledikten sonra 25/I,b-2 gereğince haklı nedenle fesih yapabilir ki, bu durumda ihbar tazminatı ödemeyecek ancak kıdem tazminatı ödeyecektir. Bizim önerimizde işveren eğer isterse altı hafta bekledikten sonra geçerli nedenle sözleşmeyi feshederek işçiye ihbar süresi tanıyabilir yahut ihbar tazminatını peşin ödeyerek bu süreyi beklemeden iş ilişkisini sonlandırabilir. Bu şekilde hem kanunun aradığı bekleme süresi tamamlanmış olur (yine altı hafta + ihbar süresi olacaktır.) hem de işveren açısından bekleme süresi erkenden tamamlanmış olur. Bu hususun işçiye alacak kalemleri yönünden bir zararı da yoktur zira birinci durumda işçi bekleme süresinde zaten ücret alamamaktadır ayrıca ihbar süresi + altı hafta sonunda işten haklı sebeple çıkartılınca sadece kıdem tazminatı alabilecektir ihbar tazminatı alamayacaktır. Bizim önerimizde ise işçi hem ihbar hem kıdem tazminatı alabilecektir. Bu durumda alacak kalemleri yönünden işçinin daha avantajlı olacağı da söylenebilir.

Önerilerimiz ile hem ILO Sözleşmesi'ne uygun hem geçerli ve haklı nedenle fesih ayrımını belirginleştiren hem de işverenin bekleme süresini kısaltan ve işçi zararına olmayan bir düzenlemeye işaret etmekteyiz.

1.4. Sözleşmeyi Geçerli Sebeple Sona Erdirmenin Usulü ve Sonuçları

İşveren, uzun süreli hastalık, sık sık hastalanma, hasta olmasına rağmen daha az verimle işe devam edebilme gibi hallerde belirsiz süreli sözleşme ile çalışan işçinin sözleşmesini geçerli nedenle feshettiği zaman İş Kanunu 19. maddesi gereği fesih sebebi işçiye yazılı şekilde açık ve kesin olarak bildirilmelidir ve işçinin savunması alınmalıdır.

İş Kanunu 17. maddesi gereği işçiye kıdemiyile orantılı olarak belirlenmiş olan ihbar süresini tanımak zorundadır. Bu süreyi beklemek istemeyen işveren yine 17. madde gereği bu süreye tekabül eden ücreti peşin ödemek suretiyle iş ilişkisini derhal de sona erdirebilir. Yine bu takdirde işveren, eğer asgari 1 yıllık süre şartı yerine getirildiyse işçiye ayrıca kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti de ödemek zorundadır. İşçinin ücret, AĞİ, genel tatil ücreti gibi diğer ücret alacakları da varsa kendisine ödenecektir.

Sağlık sebebiyle yapılacak olan geçerli nedene dayalı fesihlerde işçinin yeterliliğine dayanıldığı için yukarıda izah edilen şartların varlığı irdelenerek bir karar verilecektir. Özellikle işyerinde olumsuzluklara yol açma, işverenden iş ilişkisine devam etmesinin beklenememesi, işçinin edimini gerektiği şekilde yerine getirememesi, feshin son çare olması gibi kriterler her somut olayın kendi şartlarına göre incelenecek olup ayrıca usuli açıdan işçiden savunma alınıp alınmadığı ve feshin yazılı şekilde yapılıp yapılmadığı ile fesih sebeplerini kesin ve açık şekilde içerip içermediği de feshin geçerli olduğunun belirlenmesinde önemli olacaktır.

Eğer işçi feshin, haklı ve geçerli bir nedene dayanmadığını yahut İş Kanunu 19. maddesi uyarınca yazılı, sebebi açık ve kesin şekilde bildirilmiş olacak şekilde usulüne uygun yapılmadığını düşünmekte ise yahut savunması alınmamışsa İş Kanunu 20. maddesi uyarınca fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade

talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu⁵⁴ hükümleri uyarınca arabulucuya başvurma hakkına sahiptir. Arabulucuya başvurulması ancak bir sonuç alınamaması halinde son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. 17.12.2017 tarihinde 7036 sayılı Kanun ile İş Kanunu 20. maddesinin değiştirilen üçüncü fıkrası gereği işe iade davaları istinaf aşamasında kesinleşmektedir.

Arabuluculuk faaliyeti veya dava sonucunda işçinin haklı görülerek işine iade edilmesi halinde işçinin kararın kesinleşmesi üzerine İş Kanunu 21. madde uyarınca on gün içinde işverene başvurusu işverenin ise bir ay içinde işçiyi eski pozisyonunda aynı sosyal haklar ile işe başlatması gerekmektedir. İşçi süresi içinde başvurmazsa veya işverenin bildirdiği sürede işe başlalmazsa fesih geçerli hale gelir ve sadece bunun sonuçları doğar. Yani işçi şartları varsa ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanabilir. İşveren bir ay içinde işçiyi işe başlatırsa işçi eğer daha önceden almış ise ihbar ve kıdem tazminatlarını iade eder. İşveren bir ay içinde cevap vermez ya da işe başlatmama yönündeki iradesini işçiye bildirirse işçi mahkemenin belirlemiş olduğu dört ila sekiz ay arasındaki işe başlatmama tazminatına hak kazanır. Bunun dışında işçi işe başlatılsın veya başlatılmasın kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

1.5. İş Güvencesi Olmayan İşçiler Açısından Sağlık Sebepleri İle Fesih ve Sonuçları

Yukarıda iş güvencesi kavramının ne olduğuna değinmiştik. İş Kanunu 18. maddesinin 1. fıkrası doğrultusunda iş güvencesi kapsamındaki işçilerin feshinde sebep ve usul yönünden ve ayrıca feshe itiraz yönünden Kanun'un 18, 19, 20,21 maddelerinde koruyucu hükümler getirildiğini belirtmiştik. İş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmesinin işveren tarafından feshinde işverenin geçerli sebeplere dayanması gerektiği gibi fesih bildirimi yazılı şekilde yapılmalı ve fesih sebebi kesin ve açık şekilde belirtilmelidir. Ayrıca davranış ve verimi ile çıkartılan işçilerden

⁵⁴ 25/10/2017 tarih ve 30221 sayılı Resmi Gazete

savunma alınması da zorunludur. İş güvencesi kapsamındaki işçiler işten çıkartılma sebeplerine itiraz ederek önce arabulucuya başvurabilir ardından mahkemede işe iade davası açabilirler.

Hâlbuki İş Kanunu 18. maddesinin 1. fıkrası doğrultusunda iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bu koruyucu hükümlerden faydalanamayacaklardır. Geçerli bir sebep olmadan çıkartılabileceklerdir ve bu çıkarmaya karşı itiraz ederek işe iade davası açamayacaklardır. Ancak bu nitelikteki işçiler kanunen tamamen korumasız bırakılmamış ve İş Kanunu 17. maddesi ile *“18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir.”* hükmü getirilmiştir. Bu doğrultuda iş güvencesi kapsamında olmayan işçisini kötü niyetle çıkaran işveren ihbar süresinin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlü kılınmıştır. Bu tazminata uygulamada kötü niyet tazminatı denilmektedir.

Kötü niyetle çıkarmadan ne anlaşılması gerektiği konusunda kanunun gerekçesinde, işçi kendisi hakkında bir şikâyetle bulunduğu veya kendisi aleyhinde dava açtığı ya da şahitlik yaptığı için işveren tarafından sözleşmesinin sona erdirilmesi halleri örnek olarak verilmiştir⁵⁵. Ancak kötü niyetle fesih bu hallerle sınırlı sayıda değildir. İş güvencesi hükümlerinden faydalanmaması için altı aylık kıdemi dolmasına kısa süre kala işçinin çıkarılması da kötü niyetli fesih olarak kabul edilmelidir. Kötü niyetli feshin, 4721 sayılı Medeni Kanun⁵⁶ 2. maddesi anlamında dürüstlük ve objektif iyi niyet kurallarına uygun olmayan fesih olarak algılanması gerekir. Yargıtay da bu

⁵⁵TİSK, **Gerekçe**, s.94

⁵⁶ 8/12/2001 tarihli 24607 sayılı Resmi Gazete

görüştür⁵⁷. Kötü niyetle fesih konusunda ispat yükü ise işçidedir⁵⁸. Kötü niyetle çıkarıldığını işçinin ispatlaması gerekmektedir⁵⁹.

Konumuz kapsamında yukarıda değinilen uzun süren hastalık, sık sık hastalanma veya hasta olmasına rağmen düşük verim ile işe devam etmesi gibi sağlık sebepleri iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için de fesih sebebi yapılabilir. Ancak bu feshi karşı işçi işe iade davası açamaz ve geçerli nedenle fesih olup olmadığı mahkemece incelenemez. Çünkü işveren iş güvencesi olmayan işçinin sözleşmesini sebep bildirmeden feshetme hakkına sahiptir. Ancak sebep bildirildiyse yahut sebep bildirilmese dahi işçi çıkarılma sebebinin kötü niyetli olduğunu düşünmekteyse kötü niyet tazminatı talep edebilir. Bu noktada hastalık sebebiyle feshin kötü niyet sayılıp sayılmayacağı irdelenmelidir.

Caniklioğlu, işçinin hastalık sonucu yaşadığı verimsizlik nedeniyle çıkartılmasını kötü niyet olarak görmemekte ancak fesih sebebi doğrudan işçinin hastalığı ise burada işçinin adeta hastalandığı için cezalandırıldığını ve kötü niyetle feshin gerçekleştiğini belirtmektedir⁶⁰. Yazar işçinin, sırf hamile olduğu için yahut HIV virüsü taşıyıcısı olduğu için çıkartılmasını kötü niyetli olarak kabul etmektedir. Ancak yapılan işin niteliği gereği HIV virüsü bulaşma riski varsa yapılan feshi kötü niyetli görmemektedir⁶¹.

⁵⁷ “Belirsiz süreli iş sözleşmesinin taraflarca ihbar süresi tanınmak suretiyle ya da ihbar tazminatı ödenerek her zaman feshi mümkün ise de, bu hakkın da her hak gibi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesi uyarınca dürüstlük ve objektif iyiniyet kurallarına uygun biçimde kullanılması gerekir. Aksi taktirde, fesih hakkı kötüye kullanılmış olduğundan söz edilir.” Y. 22. HD E. 2014/31113 K. 2015/12206 T.31.03.2015 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi:01.11.2019

⁵⁸ Ekmekçi- Yiğit, **a.g.e.**, s.479

⁵⁹ “Somut olayda, her ne kadar mahkemece davacının iş güvencesi kapsamı dışında olduğu gerekçesiyle kötü niyet tazminatı kabul edilmişse de; kötü niyet tazminat şartları mevcut değildir. Nitekim, davacı tarafından iş sözleşmesinin kötü niyetle feshedildiği ispat edilememiştir. Hal böyle olunca mahkemece kötü niyet tazminat talebinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y. 22 HD E. 2016/16330 K. 2019/15121 T.04.07.2019 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi:17.06.2020 “... Davacı kötü niyet tazminatı talebinde bulunmuş ise de, bu tazminatı talep edebilmesi için, hangi olguların kötü niyet tazminatını gerektireceğini kanıtlaması gerekir. İşverenin akdi kötü niyetle feshettiğini ispat külfeti davacıya ait olup bu konuda davacı hiçbir kanıt getiremediğinden bu isteğin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y.9.HD E.2005/37634, K.2006/16200 T. 5.6.2006, (çevrimiçi) www.kazanci.com Erişim Tarihi:01.11.2019

⁶⁰ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.182

⁶¹ **A.e.**, s.183

1.6. Hamile İşçi ve AIDS'li İşçi ile Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

İşçinin hamile olması nedeniyle veya AIDS hastası olduğu için iş sözleşmesinin feshedilmesi iş dünyasında sıklıkla karşılaşılabilecek bir durum olduğu için ayrı bir başlık altında incelemenin doğru olduğunu düşünüyoruz.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18/3-d bendinde işçinin hamileliğinin fesih için geçerli neden oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 5. maddesinde ise, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılamayacağı, buna aykırı davranan işverenin, işçinin 4 aya kadarki ücreti tutarında tazminat ile yoksun bırakılan haklarını ödemesi gerektiği, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Sırf hamilelik nedeniyle işçinin çıkarılmasının ayrımcılık oluşturduğu kabul edilir. Yargıtay da bunu kabul etmektedir ancak hamilelik nedeniyle çıkartılan işçinin sözleşmesinin fesih sebebi işe iade davasında tartışılır ve işçinin işe iadesine karar verilirse işçi zaten işe başlatmama tazminatı alacağı için ayrıca ayrımcılık tazminatı alamayacaktır görüşündedir⁶². Ancak kıdem ve ihbar tazminatlarının yanı sıra hamilelik nedeniyle ayrımcılık tazminatı istenebilmesine Yargıtay cevaz vermiştir⁶³. Sırf hamile olduğu

⁶² “Hamilelik sebebiyle yapılan fesih işlemi, İş Kanunu'nun 18/3-d maddesi uyarınca geçersiz sayılıp, işçinin işe iadesi ile işe başlatılmaması halinde 21. madde uyarınca iş güvencesi tazminatına hükmedilecektir. İşverenin yaptığı fesih işlemi, ayrıca ayrımcılık yasağını ihlal etse bile, yine de sonuç değişmeyecek ve feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine karar verilecektir. Kanunun 21. maddesindeki özel düzenleme sebebiyle işe iade davasına bakan mahkeme, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatmama tazminatına hükmedecek, işe başlatmama tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedemeyecektir. Zira bu neden doğrudan geçersiz kabul edilmiştir” Y. 9 HD E. 2015/1835 K. 2015/26031 T. 17.09.2015 (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:01.11.2019

⁶³ “İspat yükü kendisinde olan davalı işveren haklı nedenle feshi kanıtlayamadığı için kıdem ve ihbar tazminatının kabulü isabetlidir.

Eşit işlem borcuna aykırılık tazminatına gelince; Dosya içeriğine göre davacı kadın hamiledir ve bu hamileliği nedeni ile dördüz beklemektedir. Hamileliği riskli olan davacı tedavi görmektedir. Rapor aldığı ve dördüzlerden birini de bu riskli hamilelik sırasında kaybettiği anlaşılmaktadır. Dinlenen davacı tanığı davacının hamileliğini bildirmesi üzerine dışlandığını, işinin başka bir işçiye verildiğini, tedavi sürecinde de işverenin sorunlar çıkardığını, rapor gerektiren bir durum yokken rapor alması nedeni ile itham edildiğini beyan etmiştir. Bu ithamın davacının raporlarının sahteliği nedeni ile doktorlar hakkında suç duyurusu yapılması ve takipsizlik verilmesi ile sabit olduğu anlaşılmaktadır. Davacı hamileliği nedeni ile ayrıma tabi tutulmuştur. Davalının ayrımcılık nedeni ile eşit işlem borcuna aykırılık tazminatından sorumlu tutulması ve fesih sebebi, davacının maruz kaldığı durum nedeni ile bu

için işçinin çıkarılması ayrıca kötü niyetli olup iş güvencesi olmayan işçi için kötü niyet tazminatına da hak vermektedir⁶⁴. Ancak Yargıtay hamilelik nedeniyle fesih sonucunda, kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının aynı anda hükmedilmesine cevaz vermemekte ve işçi lehine olan tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermektedir. Örneğin 2014/31113 esaslı kararında Yargıtay 22. Hukuk Dairesi şu şekilde karar vermiştir: “Davacı, iş sözleşmesinin hamile olması nedeniyle haksız ve kötüniyetli olarak davalı işverence fesih edildiğini ileri sürerek, kötüniyet ve eşit davranma borcuna aykırılık tazminatları ile manevi tazminat alacağı istemiştir.

...Somut olayda, aynı fesih sebebine bağlı olarak hem kötüniyet tazminatına, hem de eşit davranma borcuna aykırılık tazminatına hükmedilmiştir. Aynı fesih sebebine bağlı olarak iki ayrı tazminata hükmedilebilmesi, ancak kanunun açıkça cevaz verdiği hallerde mümkündür. Oysa, yukarıda bahsedilen 4857 sayılı Kanun hükümlerinden iki tazminata da hükmedilebileceği sonucuna ulaşılamamaktadır. 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”⁶⁵.

HIV virüsü taşıyıcılığı yani AIDS hastalığı ise bulaşıcı ve ölümcül bir hastalık olması nedeniyle oldukça önemli bir hastalıktır. HIV kelimesinin açılımı Human Immuno deficiency Virüs’tür (İnsan Bağışıklık Yetmezliği Virüsü). Bu ifade, bağışıklık sisteminin zayıflamasına yol açabilen bir virüs anlamını taşır⁶⁶. “Bununla birlikte, HIV’in vücuttaki yerleşim alanı vücutta mikroplardan ve kanserlerden

tazminatın üst sınırdan belirlenmesi de yerinde olmuştur.” Y. 9 HD E. 2015/13409, K. 2017/15065 T. 05.10.2017 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi:01.11.2019

⁶⁴ “...Davacı işçi iş sözleşmesinin hamile olduğu ve ardından doğum yaptığı için feshedildiğini ileri sürerek kötü niyet tazminatı da talep etmiştir. Mahkemece kötü niyetin kanıtlanmadığı gerekçesi ile isteğin reddine karar verilmiş ise de, dinlenen tanıklar davacının hamileliği nedeni ile istifasının istendiğini, davacının istifa etmediğini, doğumdan sonra da iş sözleşmesinin feshedildiğini açık bir şekilde belirtmişlerdir. Her ne kadar iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçinin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde her hangi bir neden gösterme zorunluluğu bulunmamakta ise de, somut olayda davacının kötü niyet iddiası ve tanıkların belirtilen anlatımları karşısında işverence makul ve meşru bir nedene dayandığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Buna göre davacının kötü niyet tazminatı isteği de kabul edilmelidir. Yazılı gerekçe ile reddi ayrı bir bozma nedenidir.” Y.9. HD E.2007/29103, K.2007/26743 T. 17.9.2007 (çevrimiçi) www.kazanci.com Erişim Tarihi:01.11.2019

⁶⁵ Y. 22. HD E. 2014/31113 K. 2015/12206 T.31.03.2015 <https://karararama.yargitay.gov.tr>

⁶⁶Mihrican ZORLU - Selda İldan ÇALIM - İşyerinde Damgalama ve Ayrımcılık Faktörü Olarak HIV-AIDS Çalışma ve Toplum, 2012/4 s.167 çevrimiçi <http://www.calismatoplum.org/> Erişim Tarihi: 15.11.2019

koruyan, bağışıklık sisteminin temel elemanı olan beyaz kürelerdir. Virüsün beyaz kürelere girişi, onların önce işlevlerini kaybetmelerine, sonra da ölmelerine neden olur. Bu hücrelerin azalması, vücudun bağışıklık sistemini çökertir ve ağır mikrobik hastalıklar ya da kanserler ortaya çıkar. Ölüm bu hastalıklara bağlı olarak gerçekleşir”⁶⁷.

Belirttiğimiz üzere Caniklioğlu sırf HIV virüsü taşıdığı için işçinin çıkarılmasını kötü niyetli olarak görmektedir. Ancak yapılan iş nedeniyle hastalığın bulaşması riski var ise işverenin feshi artık kötü niyetli görülemez demektedir. Bu konuda Ertürk⁶⁸ ise, HIV virüsü taşıyanların kural olarak işyerinde bir tehlike oluşturmadığını, bu virüsün bulaşmasının çok kolay olmadığını, ancak yapılan iş gereği virüsün bulaşma ihtimalinin yüksek olması gibi durumlarda işçinin bunu işverene bildirmekle yükümlü olduğunu, aksi halde işe başvururken işçinin bu hastalığını işverene bildirmesi gerekmediğini, eğer işçi AIDS hastası olursa kusuru olup olmamasına bakılarak ve İş Kanunu 25/I-a veya 25/I-b hükümlerinde aranan devamsızlık sürelerine ulaşması halinde haklı nedenle fesih konusu olabileceğini ancak sırf AIDS hastası olduğu için başkaca şart aranmadan işçinin çıkarılamayacağını eğer bu hastalık nedeniyle işçi artık iş görme edimini yerine getiremez duruma geldiyse, verimi düşüyse bu halde geçerli nedenle fesih yoluna gidilebileceğini ifade etmiştir.

Kanaatimizce, geçerli nedenle fesih için Ertürk ve Caniklioğlu’nun görüşleri yerindedir. Ancak iş güvencesi olmayan işçiler açısından farklı düşünmekteyiz. Şöyle ki; eğer işçi iş güvencesi kapsamındaki bir işçi ise sözleşmenin fesih için işverenin geçerli bir nedene dayanması gerekecektir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere geçerli nedenler işçinin artık iş görme edimini gerektiği şekilde yerine getirmesine engel olan, işyerinde olumsuzluklara yol açan, işverenden artık işçi ile devam etmesinin objektif

⁶⁷ A.e, s.167

⁶⁸ İş sözleşmesinin AIDS nedeniyle işveren tarafından feshedilmesi konusunda detaylı bilgi için bkz. Ertürk, “İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi Ve Sonuçları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** S.4/2, Aralık 2002, s.1-26 (çevrimiçi) <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz4-2/PDF/erturk1.pdf> Erişim Tarihi: 15.11.2019

olarak beklenemediği hallerdir. Hiçbir sebep doğrudan geçerli neden olarak kabul edilmemeli ve yarattığı sonuçlar incelenmelidir. Bu bağlamda sırf AIDS hastalığına yakalanması da işçinin verimini etkilemediği sürece geçerli neden oluşturmamalıdır. AIDS hastalığı kişiyi çalışma hayatından derhal kopartan onu güçten düşüren bir hastalık olmayıp hastalık ileri seviyeye ulaşana kadar çok uzun zamanlar geçmektedir⁶⁹. “*Erken ve etkili tedavi edildiği takdirde, yan etkileri ve ekonomik açıdan neden olduğu yük oldukça fazla olan HIV enfeksiyonu ölümcül bir hastalık olmaktan çıkıp, yaşam boyu ilaç kullanımını gerektiren bir tür kronik hastalığa dönüşebilmektedir*”⁷⁰. Bulaşıcı bir hastalık olması sebebiyle özellikle diğer işçileri korumak adına AIDS’li işçinin çıkartılması geçerli neden olarak görülebilir. Ancak AIDS’in temel olarak cinsel ilişki, hasta kişinin kan ve kan ürünlerinin, organ ve spermelerinin nakli yahut anne karnında plasenta yolu ile bebeğe geçmesi gibi oldukça istisna şekilde bulaşıyor olması⁷¹ ve grip gibi el sıkışma, kucaklaşma ile geçmemesi AIDS’in bulaşıcı olma niteliğini kısıtlamaktadır. HIV virüsü “*Dokunma, sarılma, el sıkışma ve sosyal öpüşmeyle, aynı yere oturma, aynı yerde yatma, aynı yerde hava soluma, aynı havuza-saunaya girme, aynı banyoda yıkanma, aynı tuvaleti ve aynı sabunu kullanma, aynı çatal, bıçak ve kaşığı kullanma, aynı tabaktan yemek yeme ve aynı bardaktan içecek içme, aynı giysileri giyme, aynı telefonu kullanma, aynı toplu taşıma araçlarında bulunma, aynı yerde spor yapma, böcek ısırığı (sivrisinek vb.) ve diğer hayvanlar yoluyla, gözyaşı, ter, idrar, dışkı, aksırık ve öksürük yoluyla bulaşmamaktadır*”⁷². Bu nedenle AIDS’li işçiler diğer insanlarla aynı ortamda bulunması sakıncalı olan insanlar değildir. AIDS olduğu bilinen işçiden diğer işçileri korumak adına onu işten çıkartmak yerine işçileri bir eğitim ile bilinçlendirmek ve bir AIDS’li ile aynı ortamdayken nasıl davranmaları ve neye dikkat etmeleri gerektiğini öğretmek daha doğru olacaktır. Eski hükümlülerin, engellilerin topluma kazandırılması gerektiği gibi AIDS hastalarının da toplumdan tecrit edilmemeleri ve çalışma hayatından soyutlanmamaları gerekir. Zira, uzun seneler verimlerinden hiçbir

⁶⁹ Virüsün bulaşması ile hastalığın ilk belirtilerini göstermesi arasında on yılı aşkın süre bulunduğu belirtilmektedir. Ertürk, **a.g.e.**, 24

⁷⁰ Zorlu- Çalım, **a.g.e.**, s.168

⁷¹ Ertürk, **a.g.e.**, s.7

⁷² Zorlu- Çalım, **a.g.e.**, s.168

şey kaydetmeden çalışabilecek bu insanları sırf AIDS'li olduğu için işten çıkarmak onlara ikinci bir darbe vurmak olacaktır⁷³.

İşçilerin her an bir yerinin kanayabileceği işler yahut virüsü harekete geçirecek bir çalışma ortamının olduğu işler için yani kısacası virüsün bulaşma riskinin yüksek olduğu yerler için artık işverene geçerli nedenle fesih hakkı tanınmalıdır. Hastalığın ilerlemesi nedeniyle yaşanan verim düşüklüğü de yukarıdaki ilkeler ışığında fesih sebebi olabilir. AIDS'in haklı nedenle fesih sebebi olması noktasında ise işçinin AIDS'e yakalanmasında kusuru olup olmamasına göre 25/I- a ve 25/I-b hükümlerince hastalığın belirli sürelerle devamsızlık yaratması yahut işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun Sağlık Kurulunca saptanması gerekmektedir.

İş güvencesi olmayan işçiler açısından bakıldığında ise işverenin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeyi bildirim sürelerine uyarak sona erdirme hakkı bulunmaktadır. Ancak işveren bu hakkını kötü niyetli olarak kullanamaz. Geçerli nedenle fesih incelemesinde AIDS hastalığına yakalanılması işçinin verimini hemen etkilemeyeceğine, fesih için hastalığın işçi üzerindeki etkilerinin incelenmesi gerektiğine, tek başına AIDS hastalığının geçerli neden olmayacağına değinmiştik. Ancak AIDS sebebiyle sözleşmenin sona erdirilmesini kötü niyetli fesih olarak kabul etmemek gerektiği görüşündeyiz. Zira bir işçinin AIDS'li olduğunu öğrenen işverenin eğer bu konularda bilinçli bir işveren değilse hemen diğer işçilerini ve kendisini korumak adına bu işçi ile yollarını ayırma kararı alması olayında işvereni, hamile bir işçisini çıkaran işverenle aynı şekilde kötü niyetli kabul etmemek gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere kötü niyetli fesihten, Medeni Kanun 2. maddesi anlamında dürüstlük ve objektif iyi niyet kurallarına uygun olmayan feshi anlamak gerekir. İşçinin AIDS olması nedeniyle yaşadığı “haksız ama kendince doğru” olan bir korku nedeniyle işçisini çıkaran işvereni kötü niyetli addetmeyi doğru bulmuyoruz. İşverenin bu durumda fesih ile kendine bir fayda sağlama veya doğrudan

⁷³ AIDS'li insanlara ve özellikle çalışanlara yönelik işyerinde yapılan damgalama ve ayrımcılıkla ilgili detaylı bilgi için bkz.Zorlu- Çalım, **a.g.e.**

işçiye zarar verme iradesi bulunmadığını düşünmekteyiz. Bilinçli bir işveren ise ve AIDS'in kolay bulaşan bir hastalık olmadığını biliyorsa zaten fesih yoluna kolay kolay gitmeyecektir. Geçerli nedenle feshin değerlendirmesi ile kötü niyetli feshin değerlendirilmesinin farklı şekilde yapılması gerekmektedir.

Aynı hastalıktan mustarip iki işçiden, sırf kıdemi fazla olduğu için iş güvencesi kapsamına ve onun koruma alanına giren bir işçinin sözleşmesinin feshedilmesinde, kıdemi altı ay olmadığı için iş güvencesi kapsamında ve onun koruma alanında olmayan diğer işçiye nazaran daha farklı değerlendirilme yapılması vicdanen bizi de rahatsız etse de eldeki mevzuat hükümleri kapsamında hukuki yorumumuz bu şekildedir.

AIDS konusunda Anayasa Mahkemesinin (AYM) vermiş olduğu 01.02.2017 tarihli karara da değinmemiz gerekir⁷⁴. Söz konusu karara konu olayda işçi HIV virüsüne yakalanmış olup işyeri hekiminin başvurusu ile hastaneden alınan raporda çalışmasında herhangi bir engel olmadığı yönünde tıbbi kanaat belirtilmesine rağmen işçinin iş ilişkisi sona erdirilmiş sonrasında işçi iş mahkemesine başvurarak alacak davası açmış ve ayrımcılık tazminatı ile manevi tazminat istemiştir. Yerel mahkeme öncelikle manevi tazminatın reddine ancak ayrımcılık tazminatının kabulüne karar vermişse de sonrasında Yargıtay'ın bozma kararına uyarak ayrımcılık tazminatı talebinin de reddine karar vermiştir. Yargıtay'ın bozma kararının ilgili kısmı şu şekildedir: *"...Yerel mahkemenin kabulünde olduğu üzere iş sözleşmesi işçinin istifasıyla sonlanmış olup, yerel mahkemece dosyadaki mevcut doktor raporlarında davacının mevcut rahatsızlığının ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasına engel oluşturmayaacağı ve sağlık durumunun çalışmasına engel olmadığı halde işyeri dışında tutulmasının ayrımcılık niteliği taşıdığı kabul edilmiş ise de, davacının mevcut hastalığının bulaşıcı olduğu gözönüne alındığında bu hastalığının işçinin çalışmasına engel olmadığı keyfiyeti ile çalıştırılması halinde diğer işçiler için sakınca oluşturabileceği hususu birlikte değerlendirildiğinde, işverenin diğer çalışanlarını korumak saiki ile davrandığı anlaşılmaktadır. İşverenin bu eyleminin ayrımcılık olarak nitelendirilmesi yerinde olmayıp*

⁷⁴ AYM Başvuru Numarası: 2014/19081 Karar Tarihi: 1/2/2017 R.G. Tarih ve Sayı: 10/3/2017 - 30003

*hükümün bu nedenle bozulması gerekmiştir"*⁷⁵. Görüleceği üzere Yargıtay işverenin diğer işçileri koruma saikini dikkate alarak eylemin ayrımcılık oluşturmayacağını belirtmiştir. Bu görüş kötü niyet tazminatı konusundaki görüşümüze yakın bir görüş olup aynı paralelde bir görüştür. Biz de iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin AIDS nedeniyle çıkartılmasının hamilelikte olduğu gibi kolayca kötü niyetli olarak görülmesinin doğru olmadığına, işverenin kendisi veya diğer işçileri koruma amacının mazur görülmesi gerektiğine işaret etmiştik.

AYM ise kararında özetle şu gerekçe ile mahkeme kararının yerinde olmadığına ve başvuru işçinin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir: *"Sonuçta ilk olarak başvuru işçinin haksız olarak işten ayrılmaya zorlandığı yönündeki esaslı iddiasının Derece Mahkemesi kararlarında hiç incelenmemiş olması, ikinci olarak iş yerinde alternatif iş imkânlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmaması nedenleriyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve özel hayata saygı hakları bakımından kamu makamlarının pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedikleri kanaatine varılmıştır"*⁷⁶. AYM kararında esasen Yargıtay'ın belirttiği hususun yani diğer işçileri koruma saikinin meşru bir amaç olduğunu ifade etmiştir⁷⁷. Ancak işçinin sağlık durumunun da özel hayata saygı hakkının kapsamında bulunduğu ve her ne kadar olay işçi ve işveren arasında kamu müdahalesi olmadan gerçekleşmiş olsa da devletin bu hakkı korumakta ki pozitif yükümlülükleri kapsamında işçi ve işveren arasında bir adil dengenin sağlanması gerektiğine işaret etmiştir. Mahkemelerin yargılama yaparken bu hususu göz önüne alması gerektiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda işçiye alternatif işlerin önerilmemesi hususunun ve işçinin ayrılmaya zorlandığı iddiasının mahkemece incelenmemesi hak ihlali olarak görülmüştür.

⁷⁵ AYM kararının 21. paragrafi

⁷⁶ AYM kararının 100. paragrafi

⁷⁷ AYM kararının 96. Paragrafi *"Gerçekten kesici aletlerin kullanıldığı, az da olsa iş kazaları ve yaralanmaların meydana gelebildiği işyerinde HIV hastalığının bulaşma riskinin -küçük bir ihtimal de olsa- ciddiye alınması gereken bir risk oluşturduğu kuşkusuzdur. Bu bakımdan işverenin şirketindeki diğer çalışanları korumak konusunda endişe duyarak hareket ettiği, bunun da meşru bir amaç olduğu kabul edilmelidir."*

2. SAĞLIK SEBEPLERİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKLI NEDENLE FESHİNE ETKİSİ

Yukarıda anlattığımız üzere işçinin sağlık sorunları, hastalık ve engellilik halleri belirli koşulların gerçekleşmesi üzerine işveren açısından geçerli nedenle fesih sebebi olabilir. Bunun yanı sıra sağlık sebepleri hem işçi hem işveren açısından haklı nedenle fesih konusu da olabilir. Bu doğrultuda gerekli koşullar sağlanmışsa hem işçi hem işveren sağlık sebeplerine dayanarak sözleşmeyi ihbar süresini beklemeksizin derhal sona erdirebilirler.

1475 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi 4857 sayılı İş Kanunu döneminde de sağlık sebepleri hem işçi hem de işveren açısından haklı nedenle fesih konusu olarak düzenlenmiştir. Haklı nedenle feshe gerekçe olan sağlık sorunları, sözleşmesi sona eren işçiden yahut diğer işçilerden kaynaklı oluşabileceği gibi işyeri kaynaklı da oluşabilir. Yani sözleşmesi sona eren işçinin veya diğer işçilerin yaşadığı hastalık hem işçi hem işveren açısından haklı nedenle feshe sebep olabileceği gibi çalışma ortamının yarattığı sağlıksız ortam sebebiyle işçi de haklı nedenle sözleşmesini sona erdirebilir.

İşçinin sağlık sebebiyle haklı nedenle fesih yoluna gidebileceği haller İş Kanunu m. 24/I'de düzenlenmiş iken, işverenin sağlık sebebiyle fesih hakkını kullanabileceği haller m. 25/I'de düzenlenmiştir. Çalışmanın devamında öncelikle işçi açısından sağlık sebebiyle fesih nedenlerini (m.24/I) ele alıp devamında işveren açısından sağlık sebebiyle haklı nedenle fesih nedenlerini (m. 25/I) inceleyeceğiz.

24/I ve 25/I düzenlemeleri doğrudan işçinin hasta veya engelli olmasına bağlanan fesih sonuçlarıdır. Bunun yanı sıra işçi veya işverenin sağlık sebepleri ile ilişkili olarak gerçekleştirdikleri kimi davranışlar da taraflara haklı nedenle fesih hakkı vermektedir. Bu nedenle 24/I ve 25/I düzenlemelerini açıkladıktan sonra yine taraflara haklı nedenle fesih imkanı veren davranış temelli fesih hallerine değineceğiz. Bu

doğrultuda işverenin alması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması nedeniyle işçinin İş Kanunu m. 24/II-f hükmü ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında sahip olduğu fesih hakkına değineceğiz⁷⁸. Bunun yanı sıra işçinin ve işverenin iş görüşmesi sırasında culpa in contrahendo sorumlulukları kapsamında sağlık koşulları hakkında birbirlerine yapmakla yükümlü olduğu bildirimi yapmamaları nedeniyle karşı tarafı yanıltması üzerine 24/II-a ve 25/II-a bentleri uyarınca sahip oldukları fesih hakkı da inceleme konularımızdan birini oluşturacaktır⁷⁹. Uygulamada görülebilen fesih hallerinden biri de işçinin sahte rapor, hatırlatma raporu alması üzerine sadakat yükümlülüğünün ihlali nedeniyle işveren tarafından gerçekleştirilen fesih olup bu fesih türü de inceleme konularımızdan biri olacaktır⁸⁰. İş Kanunu 25/II-g bendi gereği işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi haklı nedenle sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı vermektedir. Ancak kimi durumlarda işçi devamsızlığı hastalık nedeniyle yapmış olup işveren tarafından bu durum dikkate alınmadan fesih yoluna gidilmektedir. Hastalığın devamsızlığı haklı kılması konusuna da ayrı bir alt başlık altında değineceğiz⁸¹. İşçinin sağlık durumu nedeniyle uğradığı ayrımcılık ve kişisel veri niteliğindeki sağlık bilgilerinin hukuka aykırı işlenmesi ve aktarılması nedenine dayanan fesih haklarına da değineceğiz⁸².

Fesih sebeplerine değindikten sonra haklı nedenle fesih yolunun nasıl kullanılabileceğine ve işçi-işveren açısından sonuçlarını açıklamaya çalışacağız. Özellikle sağlık sebeplerine dayalı olarak m. 25/I kapsamında yapılan fesihlerde işveren tarafından fesih öncesi işçiden savunma alınması gerekip gerekmediği öğreti ve yargı kararlarında tartışmalı bir konu olmuştur. Konu hakkında 19.10.2018 tarihinde çıkan ve tartışmalara en azından yargı kararları açısından son noktayı koyan İçtihadı Birleştirme Kararı ışığında bu konuyu ele alacağız⁸³.

⁷⁸ IV. Bölüm 2.3. Başlık

⁷⁹ IV. Bölüm 2.4. Başlık

⁸⁰ IV. Bölüm 2.5. Başlık

⁸¹ IV. Bölüm 2.6. Başlık

⁸² IV. Bölüm 3. ve 4. Başlık

⁸³ IV. Bölüm 2.7.2. Başlık

Belirtmek gerekir ki haklı nedenle fesih halleri süresi belirli olsun olmasın tüm iş sözleşmeleri açısından ve iş güvencesi kapsamında olsun olmasın tüm işçiler hakkında uygulanabilir. Haklı nedenle fesih sebeplerinin varlığı evleviyetle geçerli nedenle feshe de imkân vermektedir.

2.1. İşçi Açısından Sağlık Sebebiyle Haklı Nedenle Fesih Hakkı

İşçi açısından sağlık sebebiyle haklı nedenle fesih konusu İş Kanunu 24/I’de düzenlenmiştir. Madde hükmünde iki bent şeklinde “a) *İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa.*

b) *İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa*” işçinin haklı nedenle fesih hakkı olacağı düzenlenmiştir. Biz de konuyu, buna uygun olarak iki alt başlıkta inceleyeceğiz.

2.1.1. İş Sözleşmesinin Konusu Olan İşin Yapılmasının İşin Niteliğinden Doğan Bir Sebeple İşçinin Sağlığı veya Yaşayışı İçin Tehlikeli Olması

İş Kanunu m. 24/I-a’da belirtilen haklı nedenle fesih sebebinde işçinin fesih yoluna gidebilmesi için iki öncül düzenlemiştir. Öncelikle yapılan işin, işçinin yaşamı ve sağlığı için tehlikeli olması gerekir. Aynı zamanda bu tehlike var olan işin niteliğinden doğmalıdır. Ancak burada dikkat edilmelidir ki işçinin var olan hastalığından dolayı işine devam etmesi işçinin sağlığı ve yaşamı için işin niteliğinden dolayı tehlikeli olabileceği gibi işçinin herhangi bir hastalığı olmasa dahi var olan yahut sonradan değişen işin yapılması işçinin sağlığı veya yaşamı için tehlikeli olabilir. Yani tehlike işin niteliğinden kaynaklanacak olsa da nitekim bu tehlike, işçinin mevcut hastalığını kötüye götürebilme olasılığından dolayı var olabileceği gibi sağlıklı bir işçiyi hasta ve engelli hale getirme olasılığından dolayı da olabilir. Önemli olan

yapılan işin, işçinin yaşamı ve sağlığı için tehlikeli olması ve bu tehlikenin var olan işin niteliğinden doğmasıdır. Aşağıda açıklayacağımız üzere hastalığın işin niteliğinden doğması gerekmez. Tehlikenin işin niteliğinden doğması gerekir.

İşçi tarafından yapılan feshin yerinde olduğunun kabulü için belirtilen nedenlerin tıbben tespiti zorunludur⁸⁴. Yani işçi yalnızca hasta olduğunu ve çalışmasının sağlığını etkilediğini beyan ederek sözleşmeyi sona erdiremez⁸⁵. Hastalığı ve bu hastalığının mevcut işini görmesine engel olduğuna dair alınmış tam teşekküllü bir rapor gerekir. Yargıtay⁸⁶ bir kararında tam teşekküllü devlet hastanesinden rapor alınmasını istemişse de öğretide⁸⁷ bu raporun kamu hastanesi yahut özel hastaneden alınmış olmasının fark etmediğini söyleyen olduğu gibi işyeri hekimi raporu olmasını da yeterli görenler vardır.

Kanun'daki tehlike teriminin, işin ifasının, işçinin sağlığının ileride giderilmesi oldukça zor veya imkansız denecek derecede zarara uğratma ihtimalini ifade ettiğini söyleyenler olduğu gibi işe devam halinde işçinin cismani zarara uğrama hatta ölme olasılığını ifade ettiğini söyleyenler de vardır⁸⁸. Kanun'daki sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması ibaresindeki "sağlığı için tehlikeli olması" ibaresini hayati tehlike

⁸⁴ "Davacı işçi dava dilekçesiyle iş akdini sağlık nedeniyle feshettiğini beyan etmiş olup, sağlık kurulu raporunda, davacının astım teşhisinde bulunduğu, tozlu dumanlı ortamda çalışmasının sakıncalı olduğu yönünde karar verildiğini, Mahkemece iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılmasının işin niteliğinden doğan sebeple işçinin sağlığı için ne ölçüde tehlike oluşturduğu hususunda yeterli araştırma yapılmamıştır. Bu yönde gerekli araştırmanın yapılarak ilgili sağlık kuruluşundan usulüne uygun rapor aldırılması ve işçinin feshinin haklı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır." Y. 9 HD E. 2017/5350 K. 2017/9923 T.06.06.2017 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi:01.11.2019; Canikoğlu, a.g.e., s.205; Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, a.g.e., s.577 ve d.n.1820'de anılan kararlar; Ekmekçi-Yiğit, a.g.e., s.571

⁸⁵ Ercan Akyiğit, **İş Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.275

⁸⁶ "Davacı, dava dilekçesinde sağlık sorunu olduğunu belirtmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/1 maddesine göre davacının rahatsızlığının çalışmasına engel olup, olmayacağı yönünden mahkeme tarafından aldırılmış bir sağlık kurulu raporu bulunmamaktadır.

4857 sayılı Kanun'un 24/1 maddesinde öngörülen unsurlar işyerinin özellikleri, çalışma koşulları, yapılan işin özellikleri bir bütün halinde dikkate alınıp davacının çalışmasına engel olabilecek bir rahatsızlığının bulunup bulunmadığının tespiti için tam teşekküllü bir devlet hastanesinden rapor aldırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken konusunda uzman olmayan doktor raporuna itibar edilerek karar verilmesi hatalıdır." Y. 22 HD E.2012/3400 K. 2012/13955 T.19.06.2012 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi:01.11.2019

⁸⁷ Akyiğit, **İş Hukuku**, s.275

⁸⁸ Canikoğlu, a.g.e., s.207,208 d.n.291,292

oluşturmayan hastalık ve engellik hali olarak anlamak gerekirken “yaşayışı için tehlike olması” ibaresini hayati tehlike oluşturan hastalık ve engellilik hali olarak anlamak gerekir⁸⁹. Ancak her iki hal de fesih için yeterlidir. İşin ifasındaki tehlikenin, fesih için hayati tehlike boyutuna varması gerekmemektedir⁹⁰. Bir iş sağlığı ve güvenliği terimi olarak tehlikeli veya çok tehlikeli iş yeri kavramının bu bent kapsamındaki tehlike kavramıyla bir bağlantısı yoktur⁹¹. Aksi halde çok tehlikeli işyeri sınıfına giren bir yerde çalışan işçilerin hepsinin otomatik olarak fesih hakkı olurdu. Buradaki tehlike kavramı yapılan işin doğrudan doğruya somut bir şekilde bir işçinin sağlığını olumsuz etkilemesi anlamındadır.

Tehlike kavramının objektif olarak değerlendirilmesi gerektiği ve işin herkes için tehlikeli olması gerektiği şeklinde görüşler⁹² varsa da bugün için artık kanun koyucunun, bireysel olarak sözleşmeyi fesheden işçi açısından var olan tehlikeyi kastettiğini kabul etmek gerekir. Tehlike, objektif kriterlere göre değil, işçinin yaşı, beden ve ruh sağlığı, cinsiyeti gibi sübjektif durumlarına göre belirlenmelidir⁹³. Caniklioğlu’nun belirttiği gibi aksi durumda işin ifası nedeniyle tehlike altında olan işçiyi, sırf diğer işçiler tehlike altında olmadığı için çalışmaya katlanmak zorunda bırakmak adil olmayacaktır⁹⁴. Ayrıca her ne kadar kanun tehlike ibaresi ile bir olasılığa işaret etmiş olsa da tehlikenin gerçekleşmesi üzerine (meslek hastalığına uğrama veya iş kazası geçirme) olasılığın artık kesinliğe ulaşması durumunda da haklı nedenle fesih hakkını kabul etmek gerekir⁹⁵.

Fesih hakkı için tehlikeli durumun belirli bir süre devam etmesi gerekmez⁹⁶. Kanun’da bir süre öngörülmemiştir. Tehlikenin geçici ve sürekli olması önem

⁸⁹A.e. s.208

⁹⁰Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.277

⁹¹Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.571-572

⁹²Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.209, d.n. 699

⁹³Günay, **a.g.e.**, s.1222; Akyiğit, **Şerh**, s.1069; Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.277; Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.573

⁹⁴Canikoğlu, **a.g.e.**, s.210

⁹⁵Caniklioğlu, **a.g.e.** s.209; Akyiğit, **Şerh**, s.1069

⁹⁶Günay, **a.g.e.**, s.1222; Caniklioğlu.**a.g.e.**, s.204

taşınamamakla birlikte⁹⁷ fesih sırasında tehlikenin mevcut olması gerekmektedir.⁹⁸ İşçi iyileştikten sonra sözleşmesini bu maddeye dayanarak feshedemez⁹⁹. Ayrıca işçinin fesih hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanması gerekir. İşveren tehlikeyi ortadan kaldırmak için işçinin çalıştığı pozisyonu değiştirmiş ve tehlike yaratmayan yeni bir görev veriyse artık işçinin fesih yoluna gitmemesi gerekir¹⁰⁰. Pek tabi ki yeni görevlendirmenin iş sözleşmesinde esaslı değişiklik yaratması nedeniyle işçinin de onayına tabi olduğunun ve çalışma şartlarını ağırlaştırıyorsa işçinin kabul etme zorunluluğu olmadığının kabulü gerekir¹⁰¹. Bir kararında Yargıtay da gürültülü ortamda çalıştığı için işitme kaybına uğrayan işçinin çalışma yerinin değiştirilmesi nedeniyle artık sözleşmeyi sağlık sebebiyle feshedemeyeceğine karar vermiştir¹⁰².

Tehlikenin sadece fiziki anlamda işçiye zarar vermesi gerekmez. Psikolojik olarak işçinin zarara uğraması halinde de m.24/I-a kapsamında fesih hakkını kabul etmek gerekir¹⁰³. İşçinin işin ifası ile psikolojik olarak rahatsızlanması çoğu zaman iş yerinde yapılan istifa baskısı nedeniyle gerçekleşebileceğinden, mobbing (psikolojik taciz) kavramı altında işçinin haklı nedenle sözleşmeyi feshetmesi mümkündür. Ancak işyerinde yapılan baskı nedeniyle gerçekleşmeyen psikolojik rahatsızlıklar da

⁹⁷ Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.277; Caniklioğlu.**a.g.e.**, s.208

⁹⁸ Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.572

⁹⁹ Akyiğit, **Şerh**, s.1069; Caniklioğlu.**a.g.e.**, s.208

¹⁰⁰ Caniklioğlu, **a.g.e.** s.210; Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.572

¹⁰¹ Ancak işçi görev değişikliğini kabul ettikten sonra öncesinde kendisine bildirilen ücret düşüklüğüne itiraz edemez. Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. “Somut olayda, işyeri hekimince düzenlenen 26.03.2007 ve 21.02.2011 tarihli raporlarda, davacıda işitme kaybı tespit edildiği ve gürültülü ortamlarda çalışamayacağı yönünde görüş bildirildiği, buna göre davalı işverence davacının görevinin değiştirildiği, yeni görevine uygun kademe ve derecesinin düşürüldüğü, buna bağlı olarak ücretinin düştüğü anlaşılmaktadır. Dosyada bulunan personel statü tasvip formlarında davacının yeni görev yerinin, saat ücretinin belirtildiği, davacının görevlendirmeleri ve ücretinin düşürülmesini kabul ettiği, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar önerilen işte ve o iş için belirli düşük ücretle çalışmasını sürdürdüğü sabittir.

Olayda işverenin tek taraflı ücret indirimi söz konusu değildir. Ayrıca iş güvencesi sistemi, feshe son çare olarak bakmakta, iş sözleşmesinin devamının kural; feshin ise istisna olduğunu kabul etmektedir. Davacının işitme kaybı yaşamaması için işveren tarafından işçiye bu teklifi sunmuş, ücretin söz konusu iş için ne miktarda olduğu da teklifte gösterilmiş, işçi tarafından da icaba uygun kabul beyanıyla bu çalışma koşulları yürürlüğe girmiş ve iş ilişkisi sürmüştür. Hal böyle olunca bu gerekçe ile Mahkemece ücret alacağı farkı talebinin reddine karar verilmesi gerekli iken yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y. 22 HD E.2017/7008 K. 2017/8338 T.13.04.2017 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 17.06.2020

¹⁰² Y. 9 HD E.1997/1997 K. 1997/15330 T.18.09.1997 Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.209 ve d.n.697; Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, **a.g.e.**, s.578 d.n. 1824’te kararın esas numarası 1997/11997 olarak verilmiştir.

¹⁰³ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.210

mümkündür. Örneğin gürültülü ortamda çalışmakta olduğu için sinir sistemi bozulan ve psikiyatr raporu ile işyerinde çalışmasında sakınca olduğu tespit edilen bir işçi de m. 24/I-a hükmüne dayanabilecektir¹⁰⁴. Yargıtay verdiği bir kararında¹⁰⁵ yoğun çalışma temposu nedeniyle işçinin tükenmişlik sendromu yaşadığının doktor raporu ile belirlenmiş olmasına rağmen söz konusu rahatsızlığın m. 24/I-a kapsamında kanunun amaçladığı işi nedeniyle sağlığı ve yaşayışının tehlikeli olması kapsamında olmadığına kanaat getirmiştir.

Sözleşme yapılırken işçinin böyle bir tehlikeden haberdar olmasının fesih hakkını kullanmasında bir engel yaratmayacağı ifade edilmiştir¹⁰⁶. Biz de bu görüşteyiz. Sözleşme kurulurken işçinin tehlikeyi bilip bilmemesinin önemi yoktur. Aksine görüşler¹⁰⁷ varsa da bizce yerinde değildir. İşçi en başında yapacağı işin ne olacağını işverenle görüşmüştür hatta kendi yetkinliği, eğitimi, ehliyetine göre bu işe kendisi başvurmuştur. Ancak yaptığı iş, sonradan sağlığını ve yaşamını etkilediği takdirde salt en başında bu şartları kabul ederek işe başladığı için sözleşmesini feshetmesi engellenemez. Herkes yapacağı işin tehlikelerini az çok öngörebilir ancak hiçbir kimse sağlığının bozulacağını kesin olarak öngöremez. Bile bile sağlığının bozulacağı böyle bir işe başvuramaz. İşçi yapacağı işin olası tehlikelerini bertaraf edeceğine dair kendisinden veya işyeri ortamından kaynaklı bir güven duyabilir. Örneğin kahvehane çalışanı akciğer kanseri olmuş ise işçiye, işe başvururken en

¹⁰⁴ Akyiğit, **Şerh**, s.1070

¹⁰⁵ “Davacı, istifa dilekçesinde sağlık sorunu olduğunu belirtmiştir. Davacıya, 25/05/2011 tarihli doktor raporuna göre Bournot (Tükenmişlik) sendromu teşhisi konmuştur. Mahkemece konusunda uzman bir psikolog davacıyla görüştürülerek 13/12/2011 tarihli rapor hazırlanmış, davacının Bournot (Tükenmişlik) sendromu yaşayabileceği kanısına varılmıştır.

Dosyadaki tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde; davacının iş akdini 4857 sayılı İş Kanunu’ nun 24/1-a maddesi uyarınca feshettiği anlaşılmaktadır.

Anılan madde, iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması durumunda işçiye fesih hakkı vermektedir.

Somut olayda, davacının işi gereği yoğun bir çalışma temposu içinde olması nedeni ile psikolojik bir rahatsızlık yaşadığına ilişkin rapor verilmiş ise de, bu rahatsızlık haklı fesih sebebini düzenleyen maddenin amaçladığı işi nedeniyle sağlığı veya yaşayışının tehlikeli olması durumu bulunmadığından davacının kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken yerinde olmayan gerekçelerle kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y. 9 HD E.2012/8871 K. 2014/15070 T.08.05.2014 (çevrimiçi)

<https://karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi: 01.11.2019; Şahin Çil, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları**, Açıklamalı 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2015, s.629-630

¹⁰⁶ Akyiğit, **Şerh**, s.1070; Akyiğit, **İş Hukuku**, s.275; Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.277; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.233

¹⁰⁷ Günay, **a.g.e.**, s.1222

başında kahvehanenin sigara dumanı bol olan bir yer olduğunu biliyordun fesih sebebin haksız denilemez. Yahut iş makinesi operatörü olan işçinin işitme sisteminde yaşadığı sorun nedeniyle sözleşmeyi feshetmesi halinde aynı şekilde işçinin, en başından ne iş yapacağını bildiği ve yaptığı işin tehlikelerinden birinin de bu olduğu gerekçesiyle haklı nedenle sözleşmeyi feshetmesi engellenemez. Keza 1475 sayılı Kanun döneminde söz konusu hüküm “*Hizmet aktinin konusu olan işin yapılması sözleşme sırasında bilinmeyen ve işin mahiyetinden doğan bir sebeble işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa,*” şeklinde düzenlenerek sözleşmenin kurulması sırasında tehlikenin bilinmemesi gerektiği ifade edilmişse de maddenin yeni halinde bu hüküm kaldırılmıştır. Bu da kanun koyucunun iradesi bakımından artık sözleşmenin başında tehlikenin bilinip bilinmemesinin önemli olmadığını ortaya koymaktadır. Yapılan işin niteliği gereği işçinin sağlığı ve yaşamı tehlikeye girmesi yeterlidir. Bu husus kanun gerekçesinde de ifade edilmiştir¹⁰⁸.

Bu durumda işçi, en başında bir hastalığının var olmasına rağmen mevcut iş sözleşmesini kurması nedeniyle kusurlu görülmemeli ve sözleşmeyi 24/I-a hükmüne dayanarak hastalığının ilerlemesi yani sağlığının bozulması tehlikesi nedeniyle sona erdirmesi engellenmemelidir. İşçi işe başlarken hastalığını bildirmişse durumdan haberdar olan işveren, en başında hasta olduğunu ileri sürerek işçinin feshini engelleyemez. İki taraf da durumu onaylayarak sözleşmeyi kurmuş olur. Pek tabi ki işçinin kendisinde var olan ve yapacağı işin niteliği gereği önemli olan hastalığından işvereni bilgilendirmesi gerekirken bilgilendirmemesi nedeniyle işverenin 25/II-a bendi gereği sahip olduğu fesih hakkı saklıdır. İşçi, işe başlarken hastalığını bildirmemiş olsa dahi işin yürütülmesi sırasında işin niteliği gereği hastalığı ilerleme tehlikesi yaşarsa işçi sözleşmeyi sona erdirebilmelidir. Aksi takdirde işçinin hastalığının kötüleşmesine rağmen işe devam etmeye katlanmak zorunda olduğunun kabulü adil değildir.

¹⁰⁸ “Sağlık sebepleri ile yapılacak fesihlerde (I-a), işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması yeterli görülür; bu durumun sözleşme sırasında bilinmemesi koşulu kaldırılmıştır. Sözleşme yapılırken bilinsin ya da bilinmesin, işçinin yaptığı iş, işin niteliğinden kaynaklanan bir nedenle, işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa, işçi bildirim sürelerini beklemeksizin veya belirli süreli sözleşmelerde, süre dolmadan önce sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecektir.” TİSK, **Gerekçe**, s.104

Bu noktada, işyeri koşullarından kaynaklanmayan hastalıkların 24/I-a kapsamında kabul edilmediği şeklindeki görüşlere katılmamaktayız¹⁰⁹. Zira hastalık işyeri koşulları nedeniyle oluşabileceği gibi işyeri koşulları da var olan hastalığı daha da kötü hale getirebilir. Her iki durumda da işçinin çalışması, işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışını tehlikeye düşürmektedir. Kanun hastalığın değil tehlikenin işin niteliğinden kaynaklanmasını aramıştır¹¹⁰. Hastalığın yapılan işle doğrudan alakalı olması gerekmemektedir¹¹¹. Bu konuda Uşan,¹¹² yaptığı değerlendirmede kanun maddesinin hastalığın işin niteliğinden kaynaklanmasını aradığını ve düzenlemede esas olan hususun bu olduğunu belirtmekteyse de esasen kanuni düzenleme hastalığın değil tehlikenin işin niteliğinden kaynaklanmasını aramıştır. Maddenin lafzi olarak düzenlenişi de incelendiğinde madde “İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması - işin niteliğinden doğan bir sebeple - işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa” şeklinde düzenlenmiştir. Kanun’un “işin niteliğinden doğan bir sebeple” diyerek sebep kelimesini bilinçli kullandığı kanaatindeyiz. Zira bu yolla işin niteliğinin işçinin sağlığı ve yaşamı için çok farklı

¹⁰⁹ Süzek, **a.g.e.**, s.694; Fatih Uşan, “İşçinin Kendisinin İşi İle İlgili Olmayan Bir Hastalığa Yakalanması, Haklı Fesih Nedeni Sayılıp, Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bir Durum Mudur?” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Yakın Tarihli İki Farklı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme), **Çalışma ve Toplum**, 2008/2, s.209 (çevrimiçi) http://www.calismatoplum.org/sayi17/karar_inceleme_usan.pdf Erişim Tarihi: 15.11.2019 (Uşan, **İşçinin Hastalığı**)

¹¹⁰ Caniklioğlu, **a.g.e.** s.216

¹¹¹ **A.e.**

¹¹² Uşan, **İşçinin Hastalığı**, s.209, 215 Uşan eserinde incelediği Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 16.05.2007 tarihli 2006/27796 esas ve 2007/15292 karar nolu kararında üst mahkeme, Hepatit B hastası olan işçinin sözleşmesini sona erdirmesinde haklı neden görmeyerek kıdem tazminatı talebini reddetmiştir. Uşan’ın yaptığı değerlendirmede söz konusu kararda Yargıtay’ın eskiden hatalı olarak verdiği görüşü değiştirdiği ve artık işyerinden kaynaklanmayan hastalıkları 24/I-a kapsamına sokmadığı ifade edilmiştir. Ancak söz konusu kararda Yargıtay kıdem tazminatı talebini reddederken işçinin kendisinin bulaşıcı hastalığa kapılması nedeniyle 24/I-b bendine dayanamayacağını zira ilgili bentte işverenin yahut diğer bir işçinin bulaşıcı hastalığa yakalanmasının söz konusu olduğunu belirtmiştir. 24/I-a bendi içinse işçinin durumunun bu kapsamda olmadığını, ortada işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli bir durum olmadığını vurgulamıştır. Kanaatimizce Yargıtay’ın red sebebinin gerekçesi, hastalığın işin niteliğinden kaynaklanmaması değil hastalığın işçinin işine devam etmesini engelleyecek bir tehlike durumu yaratmamış olmasıdır. Gerçekten de Hepatit B hastalığı bir karaciğer iltihabı olup bulaşıcı bir hastalıktır. İşçinin işi ise gıda sektöründedir. Bu durumda işçinin işe devam etmesi kendisi için değil olsa olsa diğer işçiler için bir tehlike yaratabilir. Bu bulaşıcı hastalık nedeniyle işverenin sahip olabileceği fesih hakkı ayrı bir tartışma konusu olup işçi açısından bakıldığında kanunun verdiği haklı nedenle fesih hakkı somut olayda bizce de mevcut değildir. Kararın karşı oyunda işveren ve diğer işçilerin bulaşıcı hastalıklarının işçiye fesih hakkı verirken kendi bulaşıcı hastalığının işçiye fesih hakkı vermemesine dair yapılan eleştiri bizce de tartışmaya açılmalıdır ve haklı yanları vardır. Ancak bu olması gereken hukuk bakımından bir tartışma olup mevcut kanuni düzenlemede kabulü zordur.

şekillerde tehlike yaratabileceğine vurgu yapılmıştır. Kanun koyucunun amacı hastalığın işin niteliğinden kaynaklanmasını aramak olsaydı sebep kelimesi yerine hastalık kelimesini kullanabilirdi. Ancak şu haliyle maddenin özünde işin yapılmasının işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlike yaratması ve bu tehlikenin işin niteliğinden kaynaklanmasını aranmıştır. Hastalığın işin niteliğinden kaynaklanmasını değil. Hatta öyle ki işverenin kararı üzerine işçi çıkarmalarını yapan yöneticinin aldığı ölüm tehditleri nedeniyle 24/I-a bendine dayanarak iş sözleşmesini feshedip edemeyeceği bile öğretide¹¹³ tartışılmış ve duruma göre buna cevaz verildiği görülmektedir.

Açıkladığımız üzere Kanun'da aranan birinci koşul işin yapılmasının işçinin sağlığı ve yaşamı için tehlike yaratması iken ikinci koşul tehlikenin işin niteliğinden kaynaklanmasıdır. İşin niteliği kavramına; işin fiziken yapılış şekli, işin yapıldığı ortam, işin yapılmasında kullanılan malzemeler, işin yapılması sırasında ortamda bulunan kişi veya şeyler veya bu hallerden birden fazlası aynı anda girebilir. Tehlikenin işin niteliğinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı her olay özelinde ayrıca değerlendirilmelidir. Örneğin doktor tarafından verilen 1 yıl ayakta çalışmama raporuna rağmen işveren işçiyi ayakta çalıştırmaya devam ederse ve bu durum işçinin sağlığını olumsuz etkilemekte ise işin fiziken yapılış şekli bakımından işin niteliğinin yarattığı tehlike söz konusu olur¹¹⁴. Ancak astım hastalığına yakalanan işçinin kimyasal ürünler kullanılan bir fabrikada çalışması halinde ise, işin yapılması sırasında kullanılan malzeme bakımından işin niteliğinin yarattığı bir tehlike vardır. Kömür ocağında çalışan işçinin akciğer rahatsızlığı olduğunun ve kömür ocağında

¹¹³ Akyiğit, **Şerh**, s.1069

¹¹⁴ “Somut uyumsuzlukta; davacı vekili, dava dilekçesinde davacıya 14.11.2013 tarihinde 1 yıl süreyle ayakta durmayı gerektiren işlerde çalışmasının sakıncalı olduğuna dair rapor verildiğini buna rağmen davacının 1 yıl süreyle ve dava açılana kadar sürekli ayakta çalıştırıldığını, bu durumun davacının sağlığını tehlikeye soktuğundan iş sözleşmesinin 4857 Sayılı İş Kanununun 24/I-a maddesi uyarınca sağlık sebepleri nedeniyle haklı nedenle feshedildiğini belirtmiştir. Mahkemece sağlık nedenleriyle yapılan feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığı konusunda herhangi bir araştırma yapılmadan davanın reddine karar verildiği görülmektedir.

...

Eksik inceleme ile feshin haklı nedene dayanmadığının kabulü ile kıdem tazminatının reddine karar verilmesi hatalıdır. O halde davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.” Y. 22. HD E. 2016/15042 K. 2019/12809 T.13.06.2019 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi: 01.11.2019

çalışmasının sakıncalı olduğunun doktor raporu ile tespit edilmesinde¹¹⁵ işin yapıldığı ortam bakımından işin niteliğinin yarattığı tehlike vardır. İşçinin hastalığı var olan işini yapmasında engel oluşturmuyorsa işin niteliğinden kaynaklanan bir tehlike de yoktur. Örneğin kulak kristallerinde kalıcı hasar nedeniyle dengede duramayan inşaat işçisi için işin devamı halinde işin niteliğinden doğan bir tehlike varken masa başı işçisi için bu tehlike görece yoktur¹¹⁶.

Caniklioğlu, işin niteliğinden kaynaklanma koşulunun aranmasının yersiz olduğunu işin yapılması işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlike teşkil ediyorsa artık bu durumun işin niteliğinden kaynaklanmış olmasının beklenmesinin kişilik hakları ile bağdaşmadığını ileri sürmektedir¹¹⁷.

Kanun'da sözleşmenin konusu olan işin yapılmasından bahsetmekte ise de burada önemli olan işçinin fiilen yaptığı iş¹¹⁸. Her zaman için sözleşme kurulurken kararlaştırılan iş olması gerekmez. İşçinin yaptığı işin sonradan esaslı değişikliğe uğrayarak değişmesi durumunda yeni işin sağlığı için tehlike yaratması halinde de işçi haklı nedenle fesih yoluna gidebilir¹¹⁹. Bu durumda en başta esaslı değişikliği kabul etmesi nedeniyle bu hakkının olmadığı gibi bir yorum doğru olmayacaktır. Bir kararında Yargıtay da mobilya ustası olan işçinin sonradan esaslı değişiklik ile havuz imalatında, kimyasal kullanılan bir ortamda çalıştırılması olayında yeni çalışma koşullarının davacının sağlığı açısından tehlike oluşturup oluşturmadığı konusunda bilirkişi raporu almaması nedeniyle yerel mahkeme kararını bozmuştur¹²⁰.

¹¹⁵ Müjdat Şakar, **Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu**, 4. Baskı, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2009, s.376

¹¹⁶ Caniklioğlu, **a.g.e.** s.214

¹¹⁷ **A.e.**

¹¹⁸ **A.e.** s.208

¹¹⁹ Akyiğit, **Şerh**, s.1069

¹²⁰ “Somut uyuşmazlıkta davacı, mobilya ustası olarak çalışırken iş koşullarında yapılan esaslı değişiklik neticesinde havuz imalatı gibi farklı kimyasallar kullanılan işlerde çalıştırılmaya başladıktan sonra yeni çalışma koşullarının sağlığı açısından tehlike oluşturduğu gerekçesiyle iş akdini haklı nedenle feshettiğini iddia etmiştir.

Mahkemece yeni çalışma koşullarının davacının sağlığı açısından tehlike oluşturup oluşturmadığı, çalışma koşullarının ağırlaşp ağırlaşmadığı işyerinde keşif yapılarak iş güvenliği uzmanı ve hekim bilirkişiden oluşacak heyetten rapor almak suretiyle tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y. 9 HD E. 2017/11450 K. 2019/10715 T.13.05.2019 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi:01.11.2019

İşçinin herhangi bir hastalık veya kaza sonucu artık çalışamayacağının kesinleşmesi halinde 24/I-a kapsamında işçiye fesih hakkı mı vereceği yoksa imkansızlık hali nedeniyle kendiliğinden sözleşmenin sona erdiğinin mi kabul edileceği sorusuna Caniklioğlu¹²¹, madde metnine sadık kalındığında bu halin işçinin işyerinde çalışmasına devam etmesini tehlikeye düşürmediğini, çalışamamasının çalışma gücünün ortadan kalkmasına dayandığını ancak işçiye fesih hakkı verilmez ise işçinin zorunlu olarak hizmet akdini ihbar süresi vererek feshetmek zorunda kalacağını bu durumda ihbar ve kıdem tazminatı alamayacağını bu nedenle iş hukukunun temel ilkelerine uygun olarak işçi lehine yorumla işçiye 24/I-a kapsamında sağlık sebebiyle fesih hakkı verilmesi gerektiğini, Yargıtay'ın da aynı görüşte olduğunu ifade etmiştir. Kanaatimizce böyle bir durumda yani işçinin çalışma gücünün tamamen sona erdiği halde işçinin işyerinde çalışmasında tehlike yoktur zira işçi işyerinde zaten çalışmamaktadır. Böyle bir durumda maddenin kapsamını genişleterek ulaşılan kanaat, sonucu itibarıyla yerinde görülse de esasen kanunumuzdaki diğer hükümler nedeniyle maddenin kapsamını genişletme gereği yoktur. Şöyle ki, işçi çalışma gücünün tamamen kaybı nedeniyle işyerinde çalışamaz hale gelir ise devamsızlık yapacaktır. Bu halde yapacağı devamsızlık haklı nedene dayanacak olup işveren isterse işçinin hastalığa yakalanmada kusurlu olup olmamasına göre ulaşması gereken devamsızlık süresinin dolmasını bekleyerek kendisi fesih yoluna gidebilir.(m. 25/I) Bu halde de işçi kıdem tazminatı alabilecektir. İşçinin işvereni beklemeden kendisinin fesih yoluna gitmesine gerek yoktur. Ancak işçi sadece o iş özelinde artık çalışamaz duruma gelmiş olmakla beraber başkaca işler yapabilecek durumda ise iş ilişkisini derhal sona erdirerek yapabileceği diğer işe başlamak isteyebilir. Bu durumda Caniklioğlu'nun görüşü yerinde olup korunmaya muhtaç durumdaki işçinin sözleşmeyi 24/I-a kapsamında feshedebilmesine olanak sağlanmalıdır.

¹²¹ Caniklioğlu, a.g.e., s.216-217

2.1.2. İşçinin Sürekli Olarak Yakından ve Doğrudan Buluşup Görüştüğü İşveren Yahut Başka Bir İşçinin Bulaşıcı veya İşçinin İşi İle Bağdaşmayan Bir Hastalığa Tutulması

İş Kanunu 24. maddesinde sağlık sebebiyle işçiye tanınan ikinci haklı nedenle fesih sebebi işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçinin bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulmasıdır. Bu fesih sebebinde maddenin aradığı üç öncül vardır. Öncelikle işçinin çalıştığı işyerindeki diğer işçiler yahut işverenin hastalanması gerekir. Bu hastalık bulaşıcı olmalı veya işçinin işi ile bağdaşmamalıdır. Son öncül ise bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan hastalığa yakalanan işveren veya diğer işçiler ile sözleşmeyi feshetmek isteyen işçinin yakından ve doğrudan buluşup görüşmesidir. Belirtmek gerekir ki söz konusu düzenleme 1475 sayılı Kanun dönemdeki ile aynı olup herhangi bir değişiklik yapılmadan 4857 sayılı Kanun kapsamında da kendine yer edinmiştir.

Bu kapsamda öncelikle belirtmek gerekir ki bu bent kapsamında işçinin kendisinin bulaşıcı hastalığa yakalanması hali bir fesih sebebi olarak düzenlenmemiştir¹²². İşçinin kendisi değil aynı işyerindeki diğer işçiler yahut işverenin bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayan bir hastalığa yakalanması gerekir. İşçinin kendisinin yakalandığı bulaşıcı hastalık eğer şartları varsa yani işin ifası işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlike oluştuyorsa 24/I-a bendi kapsamında sözleşmeyi feshedebilir¹²³. Ancak burada genel bir yargı ile her bulaşıcı hastalığa yakalanan işçinin sözleşmeyi fesih hakkı olabileceği yanılığısına düşülmemelidir. Bir Yargıtay kararının karşı oy yazısında¹²⁴ işveren veya diğer işçilerin bulaşıcı hastalığının işçiye fesih hakkı vermesi karşısında işçinin kendi bulaşıcı hastalığının fesih hakkı

¹²² Akyiğit, **İş Hukuku**, s.276; Süzek, **a.g.e.**, s.695; Çelik- Caniklioğlu-Canbolat, **a.g.e.**, s.577-578; Uşan, **İşçinin Hastalığı**, s.214; Akyiğit, **Şerh**, s.1070; Eyrenci- Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.234; Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.279; Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.576

¹²³ Süzek, **a.g.e.**, s.695

¹²⁴ “Ayrıca bir kimsenin kendi hastalığı değil de yakından temas ettiği işverenin veya iş arkadaşını hastalığı kendisine fesih imkanı tanıyorsa hastalıklı kendi bedeni de yine diğerleri için fesih sebebi teşkil etmekte ise onlara tanınan bu hakkın Anayasanın 10. maddesinde anlatılan eşitlik kuralı gereğince bizatihi kendisine de tanımak gerekmektedir” Y 9. HD E. 2006/27796 K.2007/15292 T. 16.05.2007 Uşan, **İşçinin Hastalığı**, s.203 vd.

vermeyeceği şeklindeki kabulün Anayasa 10. maddesindeki eşitlik kuralına aykırı olduğu belirtilmişse de bizce bu görüş yerinde değildir. Zira kanun koyucu bir tercihte bulunmuş¹²⁵ olup işçinin salt kendisinin bulaşıcı hastalığına dayanarak sözleşmeyi feshetmesinde hukuki yarar görmemiştir. Bizce de bu halde salt kendi bulaşıcı hastalığına dayanmasında işçinin hukuki yararı yoktur. Çünkü işçi zaten bulaşıcı hastalığa yakalanmış olup bu anlamda işin devamında kendisinin hastalanma riski yoktur. Ancak hastalığın somut durumdaki niteliğine göre işin ifasının devamı halinde işçi açısından sağlığı ve yaşayışı için tehlike doğacaksa, hastalığı normal seyrinin de üstünde ilerleyecekse bu durumda işçinin zaten 24/I-a bendi kapsamında fesih hakkı saklıdır. Bu nedenle işçinin salt kendisinin bulaşıcı hastalığa yakalanması tek başına 24/I-b kapsamında fesih sebebi oluşturmayacaktır. 24/I-a bendi içinse ayrıca incelemek gerekecektir. Belirtmek gerekir ki işçinin kendisinin yakalandığı bulaşıcı hastalık şartları varsa işveren açısından bir fesih hakkı verebilecektir¹²⁶.

İşçinin fesih hakkını kullanabilmesi için hastalığa yakalanmış olan işveren veya diğer işçiler ile sürekli olarak yakından ve doğrudan doğruya görüşmesi gerekir. Bu husus fesih yoluna giden işçi ile diğer işçi veya işverenin sıkça bir arada bulunması şeklinde de ifade edilebilir¹²⁷. Bu bir arada bulunma hali işçinin işi gereği olmalı ve hastalığın işçiye de bulaşmasına yol açabilecek şekilde olması gerekir¹²⁸. Hasta kişi ile aynı işyerinde çalışmakla beraber hiçbir araya gelmiyor veya nadiren bir araya geliyorsa fesih hakkı oluşmayacaktır¹²⁹. Örneğin bulaşıcı hastalığa sahip olan işveren işyerine sadece denetim amaçlı geliyorsa bunun dışında işçiler işverenle muhatap olmuyorsa fesih hakkı oluşmayacaktır¹³⁰. Ancak sıkça bir arada bulunma halinin oluşması için işçilerin veya işverenin her gün her saat bir arada bulunmaları da gerekmemektedir¹³¹. Bu bakımdan belirtmek isteriz ki sırf aynı havayı solumakla, aynı yerlerden geçmekle bile bulaşabilecek bir hastalık söz konusu ise sürekli olarak yakından ve doğrudan görüşme kriterini esnetmek gerekir. Örneğin bir ofis ortamında

¹²⁵ Uşan, **İşçinin Hastalığı**, s.214

¹²⁶ Süzek, **a.g.e.**, s.695; Uşan, **İşçinin Hastalığı**, s.212

¹²⁷ Süzek, **a.g.e.**, s.695

¹²⁸ Günay, **a.g.e.**, s.1222

¹²⁹ Akyigit, **Şerh**, s.1071

¹³⁰ Caniklioglu, **a.g.e.**, s.220

¹³¹ Akyigit, **Şerh**, s.1071

işçiler farklı farklı odalarda bulunuyor olsalar da hastalığın ortak alanlarda farklı zamanlarda bulunmaktan veya havayı teneffüs etmekten dolayı bile bulaşma riski varsa işçinin fesih hakkını kabul etmek gerekir. Pek tabi ki bu derece tehlikeli bir bulaşıcı hastalığa sahip işçinin işyerinde çalıştırılmaması gerekir ancak işverenin veya hasta işçinin ihmalkârlığı oluştursa diğer işçilerin kendilerini korumak adına fesih haklarını kullanmaları sıkça bir arada bulunma şartı nedeniyle engellenmemelidir. Yine belirtmek gerekir ki işveren bulaşıcı hastalık sahibi işçiyi işten çıkartmış veya hasta işçi kendisi çıkmış ise artık diğer işçilerin haklı nedenle fesih hakkı oluşmayacaktır¹³².

İşçiye bu bent kapsamında fesih hakkı veren birinci hal işçinin sıkça bir arada bulunduğu işveren veya diğer işçilerden birinin bulaşıcı bir hastalığa yakalanmasıdır. Kanun, bulaşıcı hastalığı nitelendirmemiştir ve sınırlandırmamıştır. Tıp ilmine göre bulaşma riski olan her türlü hastalık olabilecektir¹³³. Ancak Kanun maddesinde belirtilen bulaşıcı hastalığın pek tabi ki ciddi bir tehlike yaratıyor olması gerekir¹³⁴. Nezle grip gibi hastalıkların işçiye fesih imkanı vereceği düşünülemez¹³⁵. Verem, tifo gibi hastalıkların¹³⁶ veya epidemik hastalık, lebra (cüzam) gibi hastalıkların¹³⁷ feshe imkan vereceği belirtilmiştir. Bulaşıcı olması dışında çalışma gücünü tamamen veya kısmen ortadan kaldırması gerekmez çünkü madde böyle bir şart aramamıştır¹³⁸.

Bu noktada AIDS hastalığı ile ilgili olarak daha önceki açıklamalarımızda AIDS'in sanıldığı gibi aksine bulaşmasının nadir olduğuna ve salt AIDS'li olduğu için bir işçinin çıkarılmasının geçerli neden olamayacağına, hastalığın işçinin verimini düşürmesi gerektiğine veya devamsızlık yaratması gerektiğine değinmiştik. Ancak sağlıklı diğer işçiler açısından bakıldığında, Kanun m.24/I-b düzenlemesi ile işçinin fesih yoluna giderken sadece diğer işçilerden birinin veya işverenin bulaşıcı hastalığa

¹³² A.e.,

¹³³ A.e., s.1070

¹³⁴ Süzek, a.g.e., s.694; Akyiğit, *İş Hukuku*, s.277; Uşan, *İşçinin Hastalığı*, s.209; Caniklioğlu, a.g.e., s.219; Günay, a.g.e., s.1222; Akyiğit, *Şerh*, s.1070; Eyrenci- Taşkent-Ulucan, a.g.e., s.234; Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal, a.g.e., s.278

¹³⁵ Ekmekçi-Yiğit, a.g.e., s.576

¹³⁶ Akyiğit, *İş Hukuku*, s.277

¹³⁷ Günay, a.g.e., s.1222

¹³⁸ Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal, a.g.e., s.278

yakalanmasını ve bu hasta kişi ile işçinin sıkça bir arada bulunulmasını aramıştır. Geçerli sebep incelemesi gibi bir incelemeye burada girilemeyecektir. Bu nedenle AIDS açısından bakıldığında, aynı ortamda bulunduğu işçilerden birinin her ne kadar bulaşma yolları sanıldığıının aksine oldukça nadir olmasına rağmen sonuç olarak ciddi ve ölümcül sonuçları olan AIDS hastalığına yakalandığını öğrenen işçinin bu bent kapsamında fesih hakkı olduğunu kabul etmek gerekir. Kanun bulaşıcı hastalığı nitelendirmemiştir ve sınırlandırmamıştır. Ciddi bir hastalık olması gerektiği ise aklın ve mantığın getirdiği bir kısıtlamadır. Bunun dışında zor bulaşıyor olması AIDS hastalığını bu kapsamdan çıkarmayacaktır. Sıkça bir arada bulunma hali de varsa işçi fesih yoluna gidebilecektir. Sıkça bir arada bulunmadığı bir işçinin AIDS olması diğer işçiye fesih hakkı vermemelidir. Bu noktada işçi AIDS olduğu zaman işveren onu salt bu nedenle geçerli sebeple çıkaramıyorken, işveren AIDS olduğu zaman işçinin salt bulaşıcı bir hastalık olması nedeniyle sıkça bir arada bulunması şartıyla beraber sözleşmeyi haklı nedenle feshedebiliyor olduğuna da dikkat çekmek gerekir. Adil olmayan bir sonuca ulaşılmaktaysa da işveren açısından fesihte geçerli nedenler arayan ama işçi için bulaşıcılığı yeterli gören eldeki mevzuat hükümleri çerçevesinde yorumumuz bu şekildedir. İş hukukumuzda işçi lehine yorum ilkesi mevcut iken işveren lehine yorum ilkesi mevcut değildir bu nedenle bu açıdan bakarak da adil olmayan durumu ortadan kaldırmak mümkün görünmemektedir. Şakar da, AIDS hastalığının kolay bulaşan bir hastalık olmadığıının bilinmesine rağmen işyerinde bu hastalığa yakalanmış bir işçinin varlığının diğer işçilerde yaratacağı tedirginlik nedeniyle işçiye derhal fesih hakkı verilmesi gerektiğini belirtmiştir¹³⁹. Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal da AIDS'i diğer işçiye derhal fesih hakkı veren önemli epidemik hastalıklar arasında saymıştır¹⁴⁰.

Bu konuda Caniklioğlu¹⁴¹ ise AIDS hastası olan işveren veya diğer işçiler nedeniyle işçi açısından da sözleşmesini haklı nedenle fesih imkanı tanınmaması gerektiğini çünkü yapılan araştırmalar sonucunda AIDS'in bulaşma tehlikesinin düşük olduğunu ancak sağlık sektörü yahut manikür, pedikür gibi işlerde hastalığın bulaşma

¹³⁹ Şakar, **a.g.e.**, s.376

¹⁴⁰ Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.278

¹⁴¹ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.219

tehlikesinin yüksek olduğunu, bu tür işyerlerinde işçinin feshine onay verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yarattığı sonuç bakımından daha adil gözükse de Kanun'un aramadığı bulaşma tehlikesinin yüksekliği kriterini kabul etmek doğru olmayacaktır. Gerçi Kanun'da yer alan sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüşme kriteri de esasen bulaşma tehlikesinin yüksek olması gerektiğine işaret etmektedir. Ancak sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüşme durumunda aynı ortamda bulunma nedeniyle bulaşma tehlikesi artmaktayken, AIDS özelinde bahsedilen bulaşma tehlikesi düşüklüğü ise bulaşma yöntemlerinin azlığı ve nadir gerçekleşebilme özelliğidir. Ancak kan yoluyla buluşabiliyor olması dahi AIDS'in bulaşma riskinin yine de hafife alınmaması gerektiğini göstermektedir. Böyle bir ayrıma gidildiği takdirde işçinin fesih hakkının Kanun'un amaçladığının çok dışında sınırlanacağını düşünmekteyiz. Kanun sadece bulaşıcı bir hastalık olmasını ve hasta olan diğer işçi veya işverenle sözleşmeyi fesheden işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan görüşmesini aramıştır.

Kanun'da bu bent kapsamında işçiye haklı nedenle fesih hakkı veren diğer bir durumsa sıkça bir arada bulunduğu işveren veya diğer işçilerden birinin, işçinin işi ile bağdaşmayacak bir hastalığa yakalanmasıdır. Bu kavrama nasıl bir anlam verilmesi gerektiği belirli değildir. Kanımızca bu kavram için seçilen ifade çok yetersiz bir ifade olup kanun metninden çıkarılması yahut daha düzgün bir ifade ile değiştirilmesi gerekir. Zira hiçbir hastalık hali yapılan iş ile bağdaşan hastalık olarak görülemez ki, bunun mefhumu muhalifinden işçinin işi ile bağdaşmayan hastalık kavramı da anlam bulamaz. Meslek hastalıkları kavramının aksine bir anlamla, o işi yapmaktan ileri gelmeyecek, işin ifasının doğal sonucu olamayacak bir hastalık kastediliyorsa bunun daha düzgün bir şekilde ifade edilerek kanun metnine işlenmesinden yanayız. Kanun'da ve gerekçesinde kavramla ilgili olarak bir açıklama bulunmamakla birlikte Caniklioğlu¹⁴² tarafından, işçinin kendisinin de aynı hastalığa yakalanması halinde yapmakta olduğu işi yapmasını tamamen veya kısmen engelleyen hastalıkların işçinin işi ile bağdaşmayan hastalıklar olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Yine

¹⁴² Caniklioğlu, a.g.e., s.221

Akyiğit¹⁴³ de hangi işçinin işiyle bağdaşmayacağını belirsiz olduğunu bazen hasta olan işçinin işiyle bağdaşmaması gerektiği bazen de sözleşmeyi fesheden işçinin işi ile bağdaşmaması gerektiği üzerinde durulabileceğini ancak her halde hasta olan işçideki hastalığın, sözleşmeyi fesheden işçinin işini yapmasını olumsuz etkileyen bir yanı olması gerektiğini ifade etmiş ve aynı departmanda çalışan işçilerden birinin sık sık bağırıp çağırması sara nöbeti geçirmesini örnek vermiştir. Bu durumun işçinin yaptığı işin niteliğine göre sağlık kurulu raporu ile belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁴⁴.

Geçmişte Yargıtay'ın sara, akciğer hastalığı, akıl hastalığı ve kronik şizofreni gibi hastalıklara yakalanan işçinin iş sözleşmesini feshetmesini, işçinin işi ile bağdaşmayacağı nedeniyle haklı gördüğü kararları olmuş ve bu kararlar öğretide¹⁴⁵ haklı olarak eleştirilmiştir. İfade edildiği üzere Kanun bu bentte işçinin kendisinin yakalandığı hastalıkları değil işveren veya diğer işçilerin yakalandığı hastalıkları haklı nedenle fesih sebebi olarak görmüştür. Sara hastası olan otobüs şoförünün artık işini ifa etmesinin sağlığı ve yaşayışı için tehlike yaratması nedeniyle yapacağı fesih de olduğu gibi işçinin kendi hastalığı eğer koşulları sağlıyorsa 24/I-a bendi kapsamında fesih hakkı verebilir¹⁴⁶.

1475 sayılı Kanun döneminde işverenin sağlık sebebiyle fesih hallerini düzenleyen 17. maddesinin b bendinde yer alan “İşçinin bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayacak derecede tiksinti verici bir hastalığa tutulduğunun anlaşılması...” şeklindeki düzenlemede işçinin işi ile bağdaşmayacak hastalığın aynı zamanda tiksinti verici olması da aranmış iken eski Kanun döneminden beri işçinin 24/I-b bendi kapsamındaki fesih hakkında sadece işveren ve diğer işçilerin işçinin işi ile bağdaşmayacak hastalığa yakalanması aranmıştır. Yani 24/I-b bendine dayalı olarak işçinin işi ile bağdaşmayan hastalık nedeniyle yapılacak fesihlerde hastalığın tiksinti verici olma özelliği kanunen aranmamıştır. Hastalığın işçinin işi ile bağdaşmadığının

¹⁴³ Akyiğit, **Şerh**, s.1071

¹⁴⁴ Günay, **a.g.e.**, s.1222

¹⁴⁵ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.222; Çelik- Caniklioğlu-Canbolat, **a.g.e.**, s.577-578; Uşan, **İşçinin Hastalığı**, s.210

¹⁴⁶ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.222; Çelik- Caniklioğlu-Canbolat, **a.g.e.**, s.578; Uşan, **İşçinin Hastalığı**, s.210-211

kabulü için tiksinti verici olması aranmayacaktır¹⁴⁷. Bununla beraber işveren ve diğer işçilerin yakalandığı hastalıkların bulaşıcı olmamakla beraber tiksinti verici olması halinde hastalığın işçinin işi ile bağdaşmadığının kabul edilmesinin uygun olacağını ifade edenler vardır¹⁴⁸. Bizce bu görüş yerinde olmayıp hastalığın tek başına tiksinti verici olması durumunda bu halin doğrudan işçinin işi ile bağdaşmayan hastalık olarak kabul edilmemesi gerekir. Örneğin bir tekstil fabrikasının üretim bölümünde makine başında çalışan işçinin yüzünün açık ve tiksinti verici yaralarla kaplı olması durumunda diğer işçilerin bu hastalığın işi ile bağdaşmadığı iddiası ile sözleşmelerini feshedememeleri gerekir. Zira işçinin işi ile bağdaşmayan hastalık kavramı için yukarıda yer verdiğimiz tanım kabul edildiği takdirde sözleşmeyi fesheden işçinin de bu hastalığa yakalanmış olması onun işini yapmasını engellemeyecektir. O halde işçi, başka bir işçi bu hastalığa yakalandığında işi ile bağdaşmayan hastalık iddiası ile sözleşmesini feshedememelidir. Ancak yapılan işin niteliğine göre tiksinti verici hastalık olması başlı başına işçinin işi ile bağdaşmayan hastalık olarak da görülebilir. Bir mankenin yüzünde yaralar çıkması örneğindeki gibi somut olayın özellikleri ve yapılan işin niteliği bu noktada belirleyici olacaktır.

Kanun'da veya ifadesi ile birbirlerine bağlandığı için işçinin fesih hakkını kullanması için diğer işçilerin veya işverenin bulaşıcı hastalığa yakalanması yahut işçinin işi ile bağdaşmayacak bir hastalığa yakalanması ayrı ayrı birer fesih sebebidir. İşçinin işi ile bağdaşmayan hastalık durumunda ayrıca bulaşıcı olması aranmayacaktır.

¹⁴⁷ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.221 Yazar, 1475 sayılı Kanun'dan önceki eski Kanun döneminde, bu halde de istihrak yani tiksinti verici hastalık ifadesinin geçtiği belirtmiştir. Ancak 1475 sayılı Kanun'da bu ifade alınmamıştır.

¹⁴⁸ Uşan, **İşçinin Hastalığı**, s.209; Günay işçinin yakalandığı hastalığın çalışma arkadaşlarını veya hizmet sunduğu kişileri tiksindirici, itici veya psikik hastalıklar olması gerektiğini ifade etmiştir. Günay, **a.g.e.**, s.1223; Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal ise işçinin işi ile bağdaşmaz hastalık tabirinden bulaşıcı hastalıklar dışında tezahürü bakımından tiksindirici, çevresindekileri itici ve ruhsal hastalıklar anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.278

2.2. İşveren Açısından Sağlık Sebebiyle Haklı Nedenle Fesih Hakkı

Yukarıda İş Kanunu m.24/I kapsamında işçinin sağlık sebebine dayalı olarak iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkına değindik. İşverenin sağlık sebebine dayanarak işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi ise İş Kanunu m.25/I maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede aynen şu hükme yer verilmiştir: “ 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 bulunduğunun 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.”

Mevcut düzenleme incelendiğinde işverenin fesih hakkının bir kısmının işçinin hastalık ve engellilik sonrası belirli bir süre devamsızlık yapması şartına, bir kısmının ise devamsızlık şartı olmaksızın sağlık kurulu kararı alınmasına bağlanmış olduğu görülmektedir. Devamsızlık şartı ise işçinin hastalanması ve engelli hale gelmesinde bir kusurunun olup olmamasına göre farklı sürelerle belirlenmektedir.

Bu doğrultuda biz de çalışmamızın devamında öncelikle, işçinin hastalık ve engelliliği halinde, işverenin devamsızlığa dayanan fesih hakkını işçinin kusurlu veya kusursuz olmasına göre iki alt başlık halinde inceleyecek ve sonrasında işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında

sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması durumunda sahip olunan fesih hakkına değineceğiz.

Belirtmek gerekir ki işçinin hastalık ve engellik halinde iken yaptığı davranışlar yahut hasta veya engelli olmamasına rağmen yaptığı davranışlar işveren açısından m. 25/II hükmünde düzenlenen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller kapsamında da fesih hakkı verebilir. Bu kapsamda işçinin sözleşme görüşmelerinde hastalığını gizlemesi gibi örnek hallere de çalışmanın devamında yer vermeye çalışacağız. Ancak m. 25/I hükmünde yer alan düzenlemede esas olarak işçinin hastalığının yarattığı devamsızlık veya hasta işçinin iş yerinde çalışmasının işveren açısından yarattığı tehlike göz önünde bulundurulmuştur. Yani doğrudan hastalığın varlığının yaratmış olduğu sonuçlar üzerinde durulmuştur. İşçinin bunun dışında herhangi bir eylemi fesih için şart olarak aranmamıştır. Bu nedenle ayrı başlıklar altında incelemek gerekecektir.

2.2.1. İşçinin Sağlık Sebebiyle Yaptığı Devamsızlığa Dayalı Olarak İşverenin Sahip Olduğu Haklı Nedenle Fesih Hakkı

İşverenin, işin devamlılığının sağlanmasında, üretimin aksamamasında, işyerindeki düzenin sarsılmamasını istememekte haklı bir çıkarı vardır¹⁴⁹. İşverene devamsızlık nedeniyle haklı nedenle fesih hakkı tanınmasındaki saik de budur. İş Kanunu m. 25/II-g bendinde işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi hali haklı nedenle fesih sebebidir. Burada devamsızlığın neyden kaynaklandığının kural olarak önemi yoksa da haklı bir sebebe dayanmamalıdır. Aşağıda açıklayacağımız üzere hastalık hali bu açıdan devamsızlık için kural olarak haklı bir gerekçedir¹⁵⁰. Ancak Kanun hastalığın yarattığı haklı gerekçeye rağmen hastalığın işçinin kusurundan

¹⁴⁹ Caniklioglu, a.g.e., s.236

¹⁵⁰ “İşçinin hastalığı, aile fertlerinden birinin ya da yakınlarının ölümü veya hastalığı, işçinin tanıklık ve bilirkişilik yapması gibi haller, işe devamsızlığı haklı kılan nedenlerdir” Y. 9 HD E.2017/21329 K. 2017/9807 T. 06.06.2017 (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:01.11.2019

kaynaklanması halinde (25/I-a) veya kusuru olmasa dahi hastalık nedeni ile çok uzun süre devamsızlık yapılmasını (25/I,b-2) ayrı bir haklı nedenle fesih sebebi olarak düzenlemiştir. Belirtmek gerekir ki m.25/I-a kapsamında işçinin kendi kastı ile hastalanıp devamsızlık yaptığı hallerde tanınan devamsızlık süresinin, m. 25/II-g kapsamında kastı olmadan herhangi bir mazeretsiz hal nedeniyle yapılan devamsızlığa nazaran daha uzun süreli olması ve bu halde kıdem tazminatı ödenmesine imkan tanınması öğretide¹⁵¹ eleştiri konusu da olmuştur.

Hastalık nedeniyle yapılan devamsızlığın ne zaman haklı nedenle feshe imkan tanındığını aşağıda iki alt başlık halinde inceleyeceğiz.

2.2.1.1. İşçinin Kusuruna Dayanan Hastalık ve Engellilik Nedeniyle Devamsızlık

İş Kanunu m.25/I-a bendinde işçinin 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 sürmesinin işverene derhal fesih hakkı verdiği hüküm altına alınmıştır.

Bentte üç hal belirtilerek bu üç hal nedeniyle işçinin hastalanması yahut engelli hale gelmesi durumunda işçinin kusurlu olduğu kabul edilerek işverene tanınan fesih hakkı için devamsızlığı 25/I,b-2'ye nazaran daha kısa tutulmuştur. Bu üç halden birincisi kast olup işçi bilerek ve isteyerek hastalanmış veya engelli hale gelmişse kastı var kabul edilir¹⁵². Bir işçinin bilerek ve isteyerek kendini hasta veya engelli hale getirmesi teoride pek mümkün görülmeyebilirse de işçinin intihara teşebbüs etmesi

¹⁵¹ Günay, **a.g.e.**, s.1321

¹⁵² Süzek, **a.g.e.**, s.680; Akyiğit, **İş Hukuku**, s.292; Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.238; Sözer, **Hasta İşçi**, s.115; Akyiğit, **Şerh**, s.1128; Eyrenci- Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.240; Emin Zeytinoğlu, “4857 Sayılı Yasada İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Nedenlerine Dayanılarak Haklı Nedenle Feshi” **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi** Yıl:15 Güz Sayı:30 2016/3 s.152 (çevrimiçi) <http://acikerisim.ticaret.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11467/1584/M00792.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Erişim Tarihi: 15.11.2019

sonucu ölmeyerek engelli hale gelmesi bu duruma örnek olarak verilebilir¹⁵³. Kast seviyesine varmayan ve derli toplu olmayan yaşayışın veya içkiye düşkünlüğün sonucu olmayan kusurlar açısından bu bent kapsamında fesih yoluna gidilemeyecektir. Ağır ihmalin de kast ile birlikte mütalaa edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁵⁴. Yani genel bir dikkatsizlik veya ağır/hafif ihmalden kaynaklanan hastalık veya engellilik nedeniyle işçinin belirtilen sürelerde devamsızlık yapması halinde bu bent kapsamında fesih yapılması doğru değildir¹⁵⁵.

Bu bağlamda yine işçinin hastalanmasına veya engelli hale gelmesine neden olan olayda işverenin de bir kusuru varsa işverenin artık bu bent kapsamında fesih yoluna gidemeyeceği de öğretide ifade edilmiştir¹⁵⁶. İş kazaları ve meslek hastalıkları buna örnek olarak gösterilebilir¹⁵⁷. Biz de bu görüşe iştirak etmekteyiz. İşverenin, işçinin hastalanmasına veya engelli hale gelmesine kusuru ile katkı sağladıktan sonra işçinin kusuruna dayanarak fesih yoluna gitmesi doğru değildir. Hiç kimse hukuka aykırı eylemi nedeniyle kendisi lehine fayda sağlayamamalıdır¹⁵⁸. Ancak m. 25/I,b-2 hükmünde işçinin bir kusuru olmasa dahi hastalanması veya engelli hale gelmesi halinde fesih hakkı tanındığı için işveren, kendi kusurunun bulunması halinde dahi m. 25/I,b-2 kapsamında gerekli süreyi bekledikten sonra fesih hakkını kullanabilir. 25/I-a bendinde işçinin kusurlu olması arandığı için aynı olayda işverenin de kusurlu olması halinde iki tarafın kusuru birbirini götürmelidir. Ancak 25/I,b-2 hükmünde işçinin kusuru aranmadığı için işverenin de kusuru aranmamalıdır. Ayrıca 25/I,b-2 hükmünde aranan devamsızlığın m. 25/I-a'ya nazaran daha uzun olduğu da gözden kaçmamalıdır.

Genel bir dikkatsizlik veya ağır/hafif ihmalden kaynaklanan hastalık veya engellilik nedeniyle işçinin belirtilen sürelerde devamsızlık yapması halinde fesih yapılamayacağı belirtilmiştir. Ancak Kanun kast dışında işçinin derli toplu olmayan

¹⁵³ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.239; Şakar, **a.g.e.**, s.386; Zeytinoğlu, **a.g.e.**, s.152

¹⁵⁴ Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.287

¹⁵⁵ Akyiğit, **İş Hukuku**, s.292; Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.239; Zeytinoğlu, **a.g.e.**, s.152

¹⁵⁶ Akyiğit, **İş Hukuku**, s.292; Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.239

¹⁵⁷ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.239

¹⁵⁸ Zeytinoğlu, **a.g.e.**, s.156

yaşayışı nedeniyle hasta olması halinde de işverene fesih hakkı vermiştir¹⁵⁹. Burada işçiyi hastalık veya engelliliğe götüren derli toplu olmayan yaşayışın, ağır ihmali de aşan, kasta yakın bir kusur olarak görüldüğü söylenebilir.

Kural olarak işçinin iş hayatı dışındaki yaşamı çalışma ilişkisini etkilemedikçe fesih sebebi olmaz¹⁶⁰. Derli toplu olmayan yaşayış Kanun'da tanımlanmamış olup, öğretilerde derbeder yaşam olarak nitelendirilmektedir¹⁶¹. Eğlence hayatına aşırı düşkünlük, gece hayatına düşkünlük, dinlenmeye fırsat vermeyen kumar alışkanlığı, çalışma isteğini yok edecek derecede yorgunluk hissi yaratan yaşayış biçimi şeklinde örnekler verilebilir¹⁶². Ayrıca aşırı derecede cinsi münasebette bulunmak veya uyuşturucu kullanmak da derli toplu olmayan yaşayışa örnek gösterilmiştir¹⁶³. Normal bir insanın yaşamında olabilecek düzensizlikler veya işçinin sosyal konumu veya mesleğinin niteliği gereği (örneğin konsomatris) sürdürmesi gereken yaşam biçiminin

¹⁵⁹ “Somut olayda, davacının iş sözleşmesinin derli toplu yaşantısı olmaması ve ateşli silahla vurularak yaralandığı, buna bağlı olarak sağlık sebebiyle tedavi altına alınarak habersiz üç gün işe gelmemesi nedeniyle 4857 sayılı Yasa'nın 25/1-a maddesi uyarınca feshedilmiştir. Davacının dosya kapsamındaki ifade tutanakları ile davalı işverenin 26/02/2014 tarihli davacının devamsızlığını belirten tutanak dikkate alındığında davacının işyerine üç gün devamsızlık yaptığı, işverenin bildirimsiz fesih hakkının doğduğu, bu tür fesihlerde işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmakla birlikte, yasa gereği ihbar öneli verme, ihbar tazminatı ödeme zorunluluğu olmadığı anlaşıldığından, Mahkemece kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekli iken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y. 22 HD E. 2016/11628 K. 2019/9176 T. 18.04.2019 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi:18.06.2020

“Dosya içinde bulunan sağlık kurulu raporunda davacının “Oligofreni” adı verilen zihinsel bir rahatsızlığı olduğu belirtilmektedir. Keza bu raporda hastalığının sürekli olduğu ve başkalarının direktifi altında hafif işlerde çalıştırılacağı açıklanmıştır... Davacının derli toplu olmayan yaşayışından dolayı mevcut olan rahatsızlığının hastalığa dönüştüğü ve devamsızlığının ardı ardına üç işgününden fazla sürdüğü davacı iddiası sağlık raporu ve tüm dosya içeriğinden ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan işyerinde 10 yıl kıdemli olan ve sakatlığı sebebiyle başka iş bulma olanağı düşük bulunan bir işçinin devamsızlık yapması hayatın olağan akışına da aykırılık oluşturur. Bu nedenle davalının 1475 sayılı İş Kanununun 17/1-a maddesi uyarınca davacının hizmet akdini bildirimsiz fesih hakkı olduğundan ihbar tazminatına ilişkin talebin reddi yerinde ise de kıdem tazminatı istemini kabulü gerekir” Y. 9 HD E. 1998/2282 K. 1998/5620 T. 23.03.1998, Zeytinoğlu, a.g.e., s.153; kararın değerlendirmesi için bkz. Fatih Uşan, “Sağlık Durumuna Bağlı Devamsızlık Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi-Kıdem Tazminatı” **Kamu-İş Dergisi**, Ocak 2000, s. 59-65 (çevrimiçi) <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/527.pdf> Erişim Tarihi: 15.11.2019 (Uşan, **Sağlık Durumuna Bağlı Devamsızlık**)

¹⁶⁰ Sözer, **Hasta işçi**, s.116; Caniklioğlu, a.g.e., s.240

¹⁶¹ Sözer, **Hasta işçi**, s.115; Caniklioğlu, a.g.e., s.240, yazar aynı sayfanın 801. Dipnotunda Kanun'un önceki halinde ilgili fıkra derbeder kelimesinin kullanıldığını 1475 sayılı Kanun'da bu ifade yer almamasına rağmen öğretinin konuyu halen derbeder yaşayış olarak ele aldığını ve derli toplu olmayan yaşayış ve derbeder yaşayışın aynı şeyi ifade ettiğinin belirtildiğine değinmiştir.

¹⁶² Caniklioğlu, a.g.e., s.240; Süzek, a.g.e., s.680

¹⁶³ Sözer, **Hasta işçi**, s.116

maddedeki anlamda düzensiz bir yaşam olarak nitelenemeyeceği belirtilmiştir¹⁶⁴. Bu bağlamda derli toplu olmayan yaşayış halinde, işçinin hasta olmaya yönelik doğrudan bir davranışı olmasa dahi kendi özgür iradesi ile yarattığı yaşayış tarzının getirdiği bir sonuç olarak hastalık veya engellilik hali işçi açısından öngörülebilir bir sonuç olduğu için geniş bağlamda kusur olarak kabul edilebilir. Kendisini hastalığa ve engelli olmaya kadar götürecek yaşayış tarzı varsa bunun işçi tarafından önlemesi gerekir. Bu konuda işverenin yapabileceği bir şey yoktur. Bu şekildeki bir yaşayışa sahip işçinin ileride de devamsızlıklara devam etmesi pek olasıdır ve bu durum işveren açısından bir risk taşımaktadır. Caniklioğlu ise önemli olanın işçinin kişisel yaşamı değil hastalığı olduğunu, hastalığın sebebine göre ayırım yapılmaması gerektiğini düzenlemenin kaldırılması gerektiğini ifade etmektedir¹⁶⁵.

Derli toplu olmayan yaşayış sonucu işçinin hastalanması veya engelli hale gelmesi ve bu nedenle devamsızlık yapması gerekir. Yoksa derli toplu olmayan yaşayışa sahip olmakla beraber hastalanmadan işe devamsızlık yapılması örneğin uyanamayıp işe gelememesi 25/I-a değil 25/II-g kapsamında fesih hakkı verebilecektir¹⁶⁶.

İçkiye düşkünlük ise işçinin alkollü içki kullanmayı alışkanlık haline getirmesi olarak anlaşılmaktadır¹⁶⁷. Bir alışkanlık halini almayan arada bir olan alkol kullanımı bu anlamda işverene fesih hakkı tanımayacaktır¹⁶⁸. Bu yüzden maddede alkoliklik halinin dile getirildiği söylenmektedir¹⁶⁹. İş görme yeteneğini ortadan kaldırdığında veya iş saatleri içinde de tedavisi gerektiğinde içkiye düşkünlük iş hukuku bakımından da hastalık olarak kabul edilebilecektir¹⁷⁰. Ancak kanun koyucu içkiye düşkünlüğü doğrudan hastalık olarak tanımlamamış içkiye düşkünlük sonrası ortaya çıkacak hastalığın yaratacağı devamsızlığı fesih sebebi olarak düzenlemiştir¹⁷¹. Esasen içkiye

¹⁶⁴ A.e.,

¹⁶⁵ Caniklioğlu, a.g.e., s.241

¹⁶⁶ A.e.,

¹⁶⁷ Süzek, a.g.e., s.680; Caniklioğlu, a.g.e., s.242; Akyiğit, Şerh, s.1129

¹⁶⁸ Sözer, Hasta işçi, s.116

¹⁶⁹ Akyiğit, Şerh, s.1129; Caniklioğlu, a.g.e., s.242; Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal, a.g.e., s.287

¹⁷⁰ Sözer, Hasta işçi, s.116

¹⁷¹ Caniklioğlu, a.g.e., s.242

düşkünlük derli toplu olmayan ya ay ş tarzına örnek verilebilirse de kanun koyucu bunu ayrı bir sebep olarak d zenlemi  tir¹⁷².    inin işyerine sarhoş olarak gelmesi ya da alkol  işyerinde kullanması    Kanunu m.25/II-d hükmü gereğince doğrudan haklı nedenle fesih sebebidir.    i bu eylemleri de yine içkiye olan d    nl    nden gerçekleştirmektedir ancak m.25/I-a bendinde yer alan düzenlemede bunlardan farklı olarak işçi işyerine alkol alarak gelmese yahut doğrudan işyerinde alkol almam   olsa dahi işyeri dışında aldığı alkol yüzünden hastalanır ve madde hükmünde belirtilen sürelerde i e devamsızlık yaparsa bu da ayrıca bir fesih sebebi olacaktır. Belirtti imiz gibi bu devamsızlık içkiye d    nl k nedeni ile olmalıdır münferit olarak bir günlük alınan alkol sonrası rahatsızlanarak yahut zorla alkol içirilmesi, kandırılarak alkol içirilmesi gibi sebeplerle rahatsızlanarak ardı ardına 3 gün devamsızlık yapılmış olunması bu bent kapsamına girmeyecektir.

Maddede içkiye d    nl kten bahsedilmi  se de    etide¹⁷³, zararlı ve bağımlılık yapan uy  turucu maddelerin, bağımlılık yapan ilaçların ve diğer maddelerinde bu kapsamda olduğu belirtilmi  tir. Ancak kanun koyucunun ifadesinin bu kadar geniş yorumlanmasına gerek olmadığını uy  turucu madde ba ımlılı ının veya ilaç ba ımlılı ının derli toplu olmayan ya ay ş kavramı altında ele alınabileceğini düşünmekteyiz. Zira kanun koyucu hemen bir alt bentte  rne in 25/II-g hükmünde uy  turucu ve sarho lu u bir arada saym   ken 25/I-a bendinde açıkça ve sadece içkiye d    nl k ifadesine yer vermi  tir. Kanun koyucunun amacı dışında ifadeye uy  turucu madde gibi her türlü bağımlılık yapan maddelerin kullanımı anlamını vermek doğru değildir. Bağımlılık yapan maddeler kullanmak ve bu nedenle hastalanarak i e devam etmemek derli toplu olmayan ya ay ş kavramı altında ele alınabilir¹⁷⁴.

Belirtti imiz üzere bu    halde de işçinin hastalanması veya engelli hale gelmesi ve bu nedenle devamsızlık yapması gerekmektedir. Zira maddenin açık düzenlemesi bu şekildedir.    inin kendi kastından veya derli toplu olmayan

¹⁷² A.e., s.241

¹⁷³ Caniklioğlu, a.g.e., s.242; Sözer, **Hasta    i**, s.119

¹⁷⁴ Aynı g r   te Akyiğit, ** erh**, s.1129

yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi öncelikli koşuldur. Hastalık veya engellilik olmadan salt içkiye düşkünlük ya da derli toplu olmayan yaşayış nedeniyle yapılan devamsızlıklar bu bent kapsamında fesih nedeni olmamalıdır¹⁷⁵. Yargıtay¹⁷⁶ da kararlarında bunu vurgulamıştır. Bu nedenle Günay'ın¹⁷⁷ içkiye düşkünlük nedeniyle kavga edip karakola düşme veya işe vaktinde gelememe halini 25/I-a bendine örnek olarak vermesi doğru olmamıştır.

Madde hükmü gereği fesih için işveren tarafından beklenmesi gereken bir devamsızlık süresi vardır. Bu ise ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi olarak belirtilmiştir. Seçenekli olarak ifade edildiği için işçi ardı ardına üç iş günü devamsızlık yaptığı takdirde sözleşmesi feshedilebileceği gibi eğer işçi bir ay içerisinde beş gününden fazla devamsızlık yaparsa yine sözleşmesi feshedilebilecektir. Belirtildiği üzere devamsızlık iş günlerinde yapılmalıdır. Tatil günleri yahut sözleşmesel askı günleri hesaba katılmamalıdır¹⁷⁸. Örneğin; işyerinde Pazar günleri tatil ise Cuma, Cumartesi ve Pazar günü işe gelmeyen işçi Pazartesi günü işe gelmişse artık bu bent kapsamında sözleşmesi feshedilemez.

Madde hükmünde bir ay olarak ifade edilen süre ise belirtilen nedenlere dayalı olarak işçinin işe gelmediği ilk günden itibaren başlar ve aynı güne rastlayan bir ay sonraki gün biter¹⁷⁹. Yargıtay¹⁸⁰ görüşü de bu yöndedir. Bu nedenle bir aylık süreyi ilk

¹⁷⁵Eyrenci- Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.240

¹⁷⁶ “İşçinin derli toplu olmayan yaşantısı ile içkiye düşkünlüğü de başlı başına fesih nedeni olmayıp, bu durumların, işçiyi hastalığa veya sakatlığa yöneltmesi gerekir.” Y. 7 HD. E.2015/3460 K.2015/6132 T.01.04.2015 ve Y. 9 HD. E.2015/22775 K.2018/19329 T.25.10.2018 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi:01.11.2019, aynı yönde Y. 9 HD. E.2007/21554 K. 2008/12960 T.29.05.2008 (çevrimiçi) www.kazanci.com Erişim Tarihi:01.11.2019, Zeytinoğlu, **a.g.e.**, s.153-154

¹⁷⁷ Günay, **a.g.e.**, s.1320

¹⁷⁸ Akyiğit, **İş Hukuku**, s.293;Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.245

¹⁷⁹ Süzek, **a.g.e.**, s.680; Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.246; Eyrenci- Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.240

¹⁸⁰ “ 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 E.2017/21329 K. 2017/9807 T. 06.06.2017 (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi: 01.11.2019

devamsızlıktan sonra geçecek 30 günlük süre olarak anlamak doğru değildir.¹⁸¹ 30 gün ile bir ay ifadesi farklı anlamlara gelmektedir. Dikkat edilirse Kanun beş iş günü değil beş iş gününden fazla sürmesi ifadesini kullanmıştır. Bu nedenle bent kapsamında fesih yoluna gitmek için işçinin bir ay süre içinde en az altı iş günü devamsızlık yapmış olması gerekecektir¹⁸². Yargıtay¹⁸³ devamsızlık ifadesinden işçinin o gün hiç gelmemesini anladığı için yarım gün gelmemiş olması halinde yahut gelip çalışmaması halinde bu bent kapsamında işverenin fesih hakkının oluşmadığını kabul etmek gerekecektir. Bu nedenle aşkın sürenin tam iş günü olmasının zorunlu olmadığı görüşüne katılmamaktayız.¹⁸⁴ Yine işçinin kısmi süreli çalışan olması halinde normal şartlardaki çalışma saati kadar işe devam edilmemesini devamsızlık olarak kabul etmek gerektiği ifade edilmiştir¹⁸⁵. Örneğin 8 saatlik çalışan için 5 saat gelmemek devamsızlık değilken 5 saat çalışan işçi için 5 saat gelmemek devamsızlık olacaktır¹⁸⁶. Aynı şekilde ilk devamsızlıktan sonra aynı güne rastlayan bir ay sonraki gün itibariyle altı iş günü devamsızlık oluşmamışsa artık bu süreden sonraki devamsızlıklar bir sonraki ay için hesaplamaya katılacaktır.

Sözleşmenin devamsızlık nedeniyle askıda kaldığı bu sürede ücret işlemeyecektir ancak ücretin artışına dair bireysel veya toplu iş sözleşmesi hükümleri hasta işçi için de uygulanacaktır¹⁸⁷.

¹⁸¹ Akyiğit, **Şerh**, s. 1129

¹⁸² Caniklioglu, **a.g.e.**, s.245; Şakar, **a.g.e.**, s.386

¹⁸³ “Belirtilen işgünlerinde hiç çalışmamış olunması gerekir. Devamsızlık saatlerinin toplanması suretiyle belli bir gün sayısına ulaşılmastıyla işverenin haklı fesih imkanı doğmaz.

....

Devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi halidir. İşyerine gittiği halde iş görme borcunu ifaya hiç başlamayan bir işçi devamsızlıkta bulunmuş sayılmamalıdır. İşçinin yapmakla yükümlü olduğu ödevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ayrı bir fesih nedeni olup, bu durumda 4857 Sayılı Kanun'un 25/II-h maddesi uyarınca değerlendirme yapılmalıdır.” Y. 9 HD E.2017/21329 K. 2017/9807 T. 06.06.2017 (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi: 01.11.2019 aynı yönde Y. 22 HD E.2017/27112 K. 2020/1614 T. 05.02.2020 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 18.06.2020

¹⁸⁴ Akyiğit, **Şerh**, s. 1129

¹⁸⁵ Akyiğit, **İş Hukuku**, s.292

¹⁸⁶ **A.e.**

¹⁸⁷ Günay, **a.g.e.**, s.1321

2.2.1.2. İşçinin Kusuruna Dayanmayan Hastalık ve Engellilik Nedeniyle Devamsızlık

Yukarıda işverenin, işçinin kusuruna dayanan hastalık ve engellilik hali nedeniyle devamsızlık yapmasına dayanan haklı fesih imkânını incelemiştik. İş Kanunu m. 25/I-a bendinde kanun koyucu işçinin kastından, derli toplu olmayan yaşayışından ve içkiye düşkünlüğünden dolayı hasta ve engeli olmasını işçiye yüklenebilen ağır bir kusurluluk hali olarak kabul etmekte ve m. 25/I,b-2 hükmüne nazaran daha kısa süreli devamsızlık hallerinde işverene fesih imkanı vermektedir. Kast seviyesine varmayan, derli toplu olmayan yaşayışın veya içkiye düşkünlüğün sonucu olmayan kusurlar açısından bu bent kapsamında fesih yoluna gidilemeyeceğini belirtmiştik. Şu halde bu üç hal dışında kalan ve işçinin kusuru olan veya olmayan her türlü hastalık ve engellilik için İş Kanunu m. 25/I,b-2 hükmü uygulanacaktır¹⁸⁸. 4857 sayılı İş Kanunu m.25/I,b-2 hükmü “(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.” şeklinde düzenlenmiştir.

Hükümde “gibi haller” denildiği için varsayılan haller sınırlı sayıda değildir¹⁸⁹. Ancak hastalık, kaza, doğum ve gebelik dışında yaşanacak bir sağlık sorununa örnek bulmak da çok kolay değildir. Öğretide¹⁹⁰ iş gücünün önemli derecede yitirilmesi gibi örnekler verilmişse de yukarıda belirtildiği üzere bu haller kanun sistematigi içinde haklı değil şartları varsa geçerli nedenle fesih konusu olabilecektir. Mobbing nedeniyle psikolojik olarak hastalanıp 110 gün rapor alan işçinin sözleşmesinin 25/I,b-2 kapsamında feshedilmesi olayında Yargıtay’ın feshin geçersizliğine yönelik verdiği

¹⁸⁸ Süzek, **a.g.e.**, s.680

¹⁸⁹ Akyiğit, **Şerh**, s.1130; Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.289; Zeytinoğlu, **a.g.e.**, s.156

¹⁹⁰ Akyiğit, **Şerh**, s.1130

karar¹⁹¹ bizce de isabetlidir. Zira mobbing halinde zaten işverenin amacı işçiye yapacağı psikolojik baskı ile onu işten çıkmaya zorlamak olduğu için bu halde feshe m. 25/I,b-2 kapsamında geçerlilik tanımak iş hukukundaki mobbing kavramının içini boşaltacak ve tabiri caiz ise işverenin ekmeğine yağ sürmek olacaktır. Her ne kadar işveren uyguladığı mobbing sonucunda işçiye istifaya götürememişse de yaptığı mobbing kaynaklı oluşacak devamsızlık hali işverene fesih imkanı vermemelidir. Bu nedenle “gibi haller” kavramına mobbing kaynaklı devamsızlıklar girmez.

Maddede özellikle hastalık, kaza, doğum ve gebelik hali vurgulanmış olup bekleme süresi açısından doğum ve gebelik hali ayrıca düzenlenmiştir. Biz de açıklamalarımıza hastalık ve engellilik üzerinden devam edip bölümün sonunda doğum ve gebelik haline ilişkin açıklamalarımızı yapacağız.

Esasen bu noktada belirtmek gerekir ki işçinin kusuruna dayanan veya kusuruna dayanmayan hastalık nedeniyle yapılan devamsızlık olarak yapılan ayırım, konu içeriğini tam olarak kapsamayabilir. Zira bu üç hale girmeyen ama yine de işçinin kusuru ile hastalandığı hallerde de işverenin fesih hakkı olacaktır. Örneğin işçi dikkat ve özen eksikliği ile kendini yaraladığında yahut trafik kazası geçirdiğinde kast seviyesine varmasa da ağır veya hafif ihmali nedeniyle kusurlu bulunabilir ve m.25/I,b-2’de aranan sürelerde devamsızlık yaptığı takdirde işveren tarafından

¹⁹¹ “Mahkemece, davacının, davalı işyerinde, işveren tarafından sürekli ve sistematik bir biçimde aşağılandığı, kişiliğinin ve saygınlığının zedelendiği, kötü muameleyle 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/I. 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 T.21.02.2014, Zeytinoğlu, a.g.e., s.152 vd. ve (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi:18.06.2020

sözleşmesi feshedilebilecektir. Öğretide¹⁹² de işçinin kusuruna dayanan veya işçinin kusuruna dayanmayan hastalık nedeniyle devamsızlık yapılmasından kaynaklı fesih ayrımı kullanılmaktadır. Bu durumun oluşmasının bir nedeni de mülga 1475 sayılı İş Kanunu’nun şu anki 25/I,b-2 hükmünü karşılayan m.17/1,b son cümlesinin “...(a) fıkrasında sayılan sebepler dışında işçinin kendi kusuruna yükletilmeyen hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için hizmet aktini bildirimsiz fesih hakkı...” şeklinde düzenlenmesinden kaynaklıdır. Mülga kanunun m.17/1-a hükmü şu anki m. 25/I-a hükmü ile aynı şekilde düzenlenmiş iken 17/1,b son cümlesi özellikle “işçinin kusuruna yükletilmeyen” ibaresini kullanmış olduğu için bu şekilde kusura dayanan veya kusura dayanmayan hastalık nedeniyle devamsızlık ayrımı yapılması yanlış olmamıştır.

Şu an içinse 4857 sayılı İş Kanunu m.25/I,b-2 hükmü “...(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı...” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede “işçinin kusuruna yükletilmeyen” ibaresinin kullanılmadığı görülmektedir. Bunun yerine (a) alt bendi dışında kalan her türlü hastalık ve engellilik halinde yapılacak fesih hali düzenlenerek kusurlu ve kusursuz hastalık hallerini içine alan daha geniş bir çerçeve çizilmiştir. Eski kanun döneminde de öğretide¹⁹³ söz konusu 17/1,b son cümlesi düzenlemesinin aslında (a) alt bendi dışında her türlü hastalık ve engellilik halini düzenlemek istenildiğini, işçinin kusuruna yükletilmeyen hastalık ifadesinin teknik anlamda kullanılmadığını belirten görüşler vardı. Ancak şu an ki kanun düzenlemesi açısından bakıldığında da kusura dayanan ve dayanmayan devamsızlık ayrımını çok yanlış bulmamaktayız. Zira gerçekten de m. 25/I-a hükmünde yer alan kast, derli toplu olmayan yaşayış ve içkiye düşkünlük, nedeniyle hasta ve engelli olunması hayatın olağan akışı içinde ağır ve yüksek kusurlu haller olarak görülebilir. Bu haller ya işçinin bile hasta ve engelli olması halidir ya da işçinin süre gelen sağlıksız yaşam tarzının bir sonucudur. Bu şekildeki davranışlar bir anlamda işçinin daha yüksek seviyede kınanabildiği hallerdir. Kanun koyucu bu

¹⁹² Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.234 vd. ; Akyiğit, **İş Hukuku**, s.291 vd.; Şakar, **a.g.e.**, s.386 vd.; Zeytinoğlu, **a.g.e.**, s.152 vd.; Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.586,588

¹⁹³ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.244; Akyiğit, **Şerh**, s.1130

düzenleme ile, sözleşmeyi m. 25/I,b-2 hükmüne nazaran çok daha kısa sürelerde feshetmek isteyen işverene, ancak bu derece ağır kusur hali ile hasta ve engelli olunması gerektiği mesajını vermektedir. Bu dereceye varmayan kusurlar ile hasta ve engelli olunması hali, fesih açısından kanun koyucu gözünde kusursuz hasta ve engelli olunması haline yakın görülmekte ve buna göre değerlendirilmektedir. Bu nedenle biz de çalışmamız da kusura dayanan veya kusura dayanmayan hastalık veya engellilik nedeniyle devamsızlık yapılmasından kaynaklanan fesih ayrımını kullandık. Bu şekildeki başlıklandırmanın anlatılmak istenen mesajı verdiğini düşünüyoruz.

Belirtilmelidir ki ister kusurlu ister kusursuz olsun işçinin hastalanması nedeniyle yapılacak fesih sonrası işçiye kıdem tazminatı ödenecektir. Aradaki fark 25/I-a bendine giren bir durumda işçinin sözleşmesi çok daha kısa sürelerde feshedilebilecekken 25/I,b-2 bendine giren bir durumda, işçi feshe karşı daha uzun bir süre korunmuş olacak ve iyileşmesi için işçiye belirli bir süre tanınacaktır¹⁹⁴.

Maddede 25/I-a alt bendi dışındaki her hastalık ve kaza hali denildiği için işçinin iş kazası sonrası hastalanması veya engelli hale gelmesi işveren açısından 25/I,b-2 hükmüne göre fesih imkanını ortadan kaldırmamaktadır. Yargıtay¹⁹⁵ kararları da bu yöndedir. Hatta aksi görüşlerle¹⁹⁶ birlikte iş kazasında işverenin kusurunun bulunmasının da bu sonucu engellememekte olduğu ifade edilmiştir¹⁹⁷. Biz de daha önce m. 25/I-a bendi kapsamındaki açıklamalarımızda iş kazası halinde işverenin

¹⁹⁴ Caniklioğlu, a.g.e., s.244

¹⁹⁵ “Somut uyuşmazlıkta, davacının iş akdi davalıya ait ...’daki işyerinde çalışırken geçirdiği iş kazası sonrası istirahat raporu süresinin 6 haftalık ihbar öneline 6 hafta ilave edilen toplam 12 haftalık süreyi de geçtiği gerekçesiyle İş Kanunu’nun 25/1-b maddesine göre feshedilmiştir. Dosya içeriğine göre davacının 18.02.2016-21.03.2016, 21.03.2016-11.04.2016, 11.04.2016-26.05.2016 ve 26.5.2016-24.6.2016 tarihlerinde rapor aldığı, davacının kesintisiz istirahat raporu süresinin davacının kıdemine göre tabi olduğu ihbar süresini 6 haftadan fazla aştığı, her ne kadar Bölge Adliye Mahkemesi fesih öncesinde savunma alınmadığı için salt bu nedenle feshi geçersiz kabul etmişse de, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 19/10/2018 tarih, 2017/9 Esas sayılı “4857 sayılı Kanununun 25/1-b maddesi gereğince alınıp olduğu sağlık raporları nedeniyle derhal fesihlerde işçiden savunma alınmasının gerekmediği” şeklindeki içtihadı birleştirme kararı karşısında savunma alınmasına gerek bulunmadığından işe iade davasının davalı işverenin İş Kanununun 25/1-b maddesi şartlarına uygun feshi nedeniyle reddi gerekirken, kabulü hatalıdır.” Y. 9. HD E. 2018/10513 K.2019/9430 T.22.04.2019 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi:18.06.2020 aynı yönde Y. 9 HD. E. 2005/32884 K.2005/36570 T. 21.11.2005, Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, a.g.e., s.587 d.n.1885; Y. 22 HD E.2011/17571 K.2012/13131 T.12.06.2012, Zeytinoğlu, a.g.e., s.157

¹⁹⁶ Zeytinoğlu, a.g.e., s.157

¹⁹⁷ Caniklioğlu, a.g.e., s.249

kendi kusuru da varsa bu bent uyarınca feshe gidememesi gerektiğini ancak 25/I,b-2 hükmü kapsamında feshe gidebileceğini ifade etmiştik. Zira m. 25/I-a bendinde işçinin kusurlu olması arandığı için aynı olayda işverenin de kusurlu olması halinde iki tarafın kusuru birbirini götürmelidir. Ancak 25/I,b-2 hükmünde işçinin kusuru dahi aranmadığı için işverenin de kusuru aranmamalıdır. Ayrıca 25/I,b-2 hükmünde aranan devamsızlığın m. 25/I-a'ya nazaran daha uzun olduğu da gözden kaçmamalıdır.

İş Kanunu m. 25/I,b-2 hükmü gereğince işçinin (a) alt bendi kapsamında kalmayan her türlü kusurlu veya kusursuz hastalık veya engellilik halinin işverene fesih imkanı verebilmesi için askı süresinin yani devamsızlığının Kanun'un 17. maddesinde yer alan ihbar sürelerini altı hafta aşması gerekecektir. Bu süreye zorunlu askı süresi de denilmektedir¹⁹⁸. İhbar süreleri işçinin kıdemine göre 2 ila 8 hafta arasında olabilmektedir. Bu durumda 0-6 ay arasındaki kıdeme sahip işçi için 2+6=8 hafta, 6 ay-1.5 yıl kıdeme sahip işçi için 4+6=10 hafta, 1.5-3 yıl arası kıdeme sahip işçi için 6+6=12 hafta ve 3 yıldan fazla kıdemi olan işçi için 8+6=14 haftadan fazla devamsızlık yapılması gerekmektedir. Görüleceği üzere bu halde en az 8 en fazla 14 haftalık bir bekleme süresi olabilmektedir. İhbar süresinin belirlenmesi noktasında işçinin iş göremez duruma düşmesinden önceki kıdemi esas alınacak olup bekleme süresi dikkate alınmayacaktır¹⁹⁹. Şöyle ki, işçinin kıdemi devamsızlık öncesi 5 ay ise 2+6 hafta bekleme süresi olacaktır ancak bekleme süresi eklenince işçinin kıdemi 6 ayı geçecektir buna dayanarak bekleme süresi 4+6 hafta olmalıdır gibi bir yorum yanlış olacaktır.

Belirtilen süreler asgari süreler olup sözleşme ile azaltılamaz²⁰⁰. Ancak İş Kanunu hükümlerinin kısmi emredici olma niteliğinden dolayı işçi lehine olarak ihbar sürelerinin ve ilave edilecek altı haftalık sürelerin bireysel veya toplu iş sözleşmeleri ile artırılması mümkündür²⁰¹. Böyle bir durumda bekleme süresinin belirlenmesi için

¹⁹⁸ Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.588

¹⁹⁹ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.247

²⁰⁰ **A.e.**,

²⁰¹ Caniklioğlu,**a.g.e.**, s.247-248; Süzek, **a.g.e.**, s.680 bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. “*Davalı işveren İş Kanunu'nun 25/1. maddesine dayalı fesih gerçekleştirmiş olup bu fesih bakımından fesih tarihinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin 59. maddesine göre rapor süresi 18 ay ve daha fazlası olmalıdır. Oysa ki feshe esas teşkil eden son rapor 60 gün süreli olup toplu iş sözleşmesinin*

sözleşme ile artırılan bu süreler dikkate alınmalıdır²⁰². Bu konuda Caniklioğlu²⁰³, sözleşme ile, ilave edilmesi gereken sürenin yahut hem ihbar süresinin hem de ilave edilmesi gereken sürenin artırılabilceğini ancak sadece ihbar süresinin artırılması halinde bekleme süresinin belirlenmesinde artırılan ihbar süresinin değil Kanun'daki ihbar süresinin hesaplamaya dahil edilmesi gerektiğini ifade etmiş ve bu görüşünü Kanun'un doğrudan 13. (şimdiki 17.) maddeye atıf yapmasına dayandırmıştır. Bizce bu görüş yerinde olmayıp ayrıca yazar tarafından hem ihbar süresi hem de ilave sürenin artırılması halinde bekleme süresinin buna göre belirlenmesinin kabul edilmesi ancak sadece ihbar süresinin artırılması halinde bu imkanın ön görülmemesinin çelişki oluşturacağını düşünmekteyiz. Sözleşme ile sadece ihbar süresi artırılmış olsa dahi bekleme süresinin hesaplanmasında artırılan ihbar süresi dikkate alınmalıdır. Zira Kanun'da bekleme süresi için 17.maddeye atıf yapılmıştır ve ihbar sürelerinin sözleşme ile artırılabilceği de yine 17. maddede açıkça düzenlenmiştir.

İşçinin sözleşmesinin belirli süreli olması halinde 17. maddedeki ihbar sürelerinin esas alınması nedeniyle süre hesabında duraksama olabilir. Zira 17. madde belirsiz süreli sözleşme ile çalışan işçiler için ihbar süresi getirmektedir. Ancak m. 25/I,b-2 kapsamında varsayımsal bir süre belirlemesi yapılmakta olup işçi belirli süreli sözleşme ile çalışıyor olsa bile çalıştığı süreye yani kıdemine göre eğer belirsiz süreli sözleşme ile çalışsaydı sahip olacağı ihbar süresi belirlenerek bekleme süresi hesaplanmalıdır²⁰⁴. Çünkü 25. maddenin başlangıcında belirtildiği üzere haklı nedenle fesih halleri süresi belirli olsun olmasın tüm sözleşmeler için uygulanabilir. O halde belirli süreli sözleşme ile 15 ay çalışmış olan bir işçinin hastalanması halinde işverenin fesih için yine 4+6=10 hafta beklemesi gerekir. Sözleşmenin belirli veya belirsiz olması önemli değildir²⁰⁵.

değinen maddesi hükmü karşısında işverenin haklı fesih hakkı doğmadan gerçekleştirdiği anlaşılmalı haklı ve geçerli nedene dayanmayan fesih nedeniyle davanın kabulüne karar vermek gerekirken eksik inceleme ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y. 9 HD. E. 2017/25426 K. 2018/19221 T.24.10.2018 (çevrimiçi) karararama.yargitay.gov.tr/ Erişim Tarihi:18.06.2020

²⁰² Süzek, **a.g.e.**, s.680; Günay, **a.g.e.**, s.1321; Akyiğit, **Şerh**, s.1131; Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.288

²⁰³ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.248

²⁰⁴ Akyiğit, **İş Hukuku**, s.293-294; Akyiğit, **Şerh**, s.1131; Şakar, **a.g.e.**, s.387; Zeytinoğlu, **a.g.e.**, s.155

²⁰⁵ Akyiğit, **Şerh**, s.1131;Şakar, **a.g.e.**, s.387

Bekleme süresinin başlangıcı işçinin hastalık veya kaza nedeniyle yaptığı ilk devamsızlıktan itibaren hesaplanmalıdır²⁰⁶. Fesih için bekleme süresi kesintisiz geçirilmelidir²⁰⁷. Kanunen devamsızlığın bölük pörçük değil bir defada yaşanması aranmaktadır²⁰⁸. İşveren açısından fesih hakkı bekleme süresinin bitmesinden sonra doğar ancak işçi işe devam etmediği ve iyileşmediği süre boyunca devam eder²⁰⁹. Yani işçi ihbar süresi + altı haftalık süre boyunca işe devam etmemiş ve bu süreden sonra da işine geri dönmemişse işçinin geri döneceği ana kadar işverenin her zaman için fesih hakkı bulunmaktadır²¹⁰. İşveren sözleşmeyi feshetmediği sürece askı hali devam eder yoksa bekleme süresinin dolması ile sözleşme kendiliğinden sona ermiş sayılmaz²¹¹. İşverenin fesih beyanında bulunması gerekir. İşçi işine geri döndüğü ve çalışmaya başladığı andan itibaren askı hali sona erer ve işverenin fesih hakkı da ortadan kalkar²¹².

Belirtmek gerekir ki bu bent kapsamında fesih yoluna gitmek için devamsızlığın fiilen gerçekleşmesi gerekir²¹³. Yoksa sadece bekleme süresine denk gelecek şekilde doktor raporu alınmış olması işverene derhal fesih imkanı vermemektedir. İşçinin devamsızlık yapması beklenilmelidir. Zira her ne kadar rapor süresi bekleme süresine eşit olsa da işçinin rapor süresinden önce işine geri dönme ihtimali bulunmaktadır. İşçinin iyileşemeyeceğinin alınan doktor raporu doğrultusunda kesin olarak anlaşılması halinde yine de sürelerin devamsızlık ile geçilmesi gerekip gerekmediği tartışmalı olup kimi yazarlar²¹⁴ artık bu halde devamsızlık ile sürenin geçmesinin beklenilmemesi gerektiği ve rapora dayanarak derhal fesih yapılabileceğini belirtmektedir. Caniklioğlu²¹⁵ ise işçinin sözleşmesi

²⁰⁶ Şakar, **a.g.e.**, s.387; Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.249; Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.588

²⁰⁷ Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.588

²⁰⁸ Akyiğit, **Şerh**, s.1131, d.n.23

²⁰⁹ Süzek, **a.g.e.**, s.681; Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.248; Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.589

²¹⁰ Y. 9 HD. 14440/3421 T. 26.02.2004 Akyiğit, **Şerh**, s.1136

²¹¹ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.248

²¹² Süzek, **a.g.e.**, s.681; Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.249

²¹³ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.243, d.n.813 ve orada yer alan 1999/4497 esaslı Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararı ;Akyiğit, **Şerh**, s.1130

²¹⁴ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.250, d.n.841’de anılan Fevzi Demir, İş Güvencesi Hukuku, 1999, s. 89; Ali Nazım Sözer, Hasta İşçinin İş İlişkisi, 1984, s.152 ve diğer yazarlar

²¹⁵ **A.e.**, s.250-251

gereği işverenden ücret yahut kurumdan iş göremezlik ödeneği alıyor olabileceğini, hastalığı ile mağdur olan işçinin daha da mağdur edilmemesi gerektiğini bu nedenle kanundaki asgari sürenin beklenilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bizce de doktor raporu sonrasında işçinin bekleme süresinde iyileşmeyeceği kesin olarak belirlenmiş ise artık işverenin bu süreyi beklemesinde menfaat yoktur ve sözleşme derhal feshedilebilecektir. Bu bent kapsamında sözleşmenin feshi ile kıdem tazminatı ödeneceği için geçici iş göremezlik ödeneğinin kesilmesinin büyük bir mağduriyet yaratmayacağını düşünüyoruz. Ancak her ne kadar raporlar bekleme süresi içerisinde iyileşme olmayacağını gösterdiği için derhal fesih yapılacaksa da bekleme süresi geçmeden işçi iyileşerek tekrar eski işinde çalışabilecek konuma gelmiş ise işverenin onu tekrar işine geri alması hakkaniyet gereğidir. Bu konudaki eksiklik kanuni düzenleme ile giderilebilir.

Hastalığı nedeniyle devamsızlık yapan işçinin raporunun sonlarına doğru işine başlaması ancak çok kısa süre sonra tekrar aynı hastalıktan dolayı rapor alması halinde hakkaniyete uygun olarak bekleme süresinin bütün olarak hesaplanması gerektiği ifade edilmişse de²¹⁶ kanımızca Kanun'un aradığı devamsızlık kesintisiz bir devamsızlık olduğu için böyle bir durumda sürelerin kesinti göz önüne alınmaksızın hesaplanması ve haklı nedenle fesih yoluna gidilmesi doğru değildir. Bunun yerine şartları varsa sık sık hastalanma nedeniyle geçerli nedenle fesih yolunun kullanılması daha uygun olacaktır. İşçinin sık sık hastalanmasının fesih için bir geçerli neden olduğuna yukarıda değinmiştik. Yargıtay²¹⁷ da bir kararında iş kazası sonrasında aralıklı olarak 500 gün

²¹⁶ A.e., s.251

²¹⁷ Y. 9 HD 35881/9896 T.09.04.2007 Akyiğit, Şerh, s.1140-1141 aynı yönde “Dosyadaki bilgi ve belgeler, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle; davalı ... Belediyesi İnsan Kaynakları ve Eğitim Dairesi Başkanlığının 03.12.2015 tarihli fesih bildirimi yazısında; ... İlçe Hizmetleri Biriminde çalışan davacı işçinin iş akdinin 4857 sayılı İş Kanununun 25/1 maddesine istinaden feshine karar verildiği belirtilmiş olup, 25/1 maddesinde geçen işçinin hastalığı nedeniyle işe devamsızlığının ihbar önelini 6 hafta aşması durumunun somut uyuşmazlıkta gerçekleşmediği, dosyada yer alan istirahat raporlarından davacı işçinin 2014 yılında aralıklı şekilde toplamda 40 gün, 2015 yılında aralıklı şekilde 54 gün raporlu olduğu, bu durumda ancak sık sık rapor alınması nedeniyle işyerinde olumsuzluklara yol açıldığı ileri sürülerek iş sözleşmesi bildirimli veya süreli olarak feshedilebilir, ancak bu halde dahi işçinin savunmasının alınması şart olup, davacı işçinin fesih öncesi savunmasının alınmadığının, bu nedenle davalı işveren tarafından gerçekleştirilen feshin geçersiz olduğunun anlaşılmasına göre; davalı vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile sonucu itibarıyla doğru olan kabul kararının bu değiştirilmiş gerekçe ile ONANMASINA” Y. 9 HD. E. 2017/490 K. 2018/1397 T.05.02.2018 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi:18.06.2020

rapor olan işçinin raporlarının kesintisiz olmaması nedeniyle m. 25/I,b-2 kapsamında sözleşmenin feshedilmeyeceğini ancak bu durumun işveren açısından çekilmez hal alması nedeniyle geçerli nedenle feshin bulunduğunu belirtmiştir. Yine devamsızlık sonrası işine dönen ama eski verimi ile çalışamayan işçinin sözleşmesi de eğer şartları varsa geçerli nedenle feshedilmelidir, haklı nedenle değil.

İşçinin bekleme süresi içerisinde işine dönememesi ancak somut durumda çok kısa bir süre sonra iyileşip dönebileceği hallerde ne yapılması gerektiği de tartışma yaratabilecektir. Kanımızca öğretideki²¹⁸ isabetli görüş uyarınca durumun işveren açısından da uygun olması şartıyla iyi niyet kuralları gereğince işverenin fesih yoluna gidememesi gerekir. Zira işçinin işine devam edebilmesi esastır. Ancak işçinin bu kısa süre için beklenilmesi işveren açısından ayrıca bir külfet getirecek ise işverenin fesih yoluna gitmesi uygun görülmelidir.

Bekleme süresi içerisinde işveren, işçinin hastalık ve engelliliğine dayanarak sözleşmeyi haklı nedenle feshedemeyeceği gibi, İş Kanunu m. 18/3-f hükmü gereği geçerli nedenle de feshedemeyecektir. Bu durum ise işçinin uzun süreli hastalık halinin kanunen sadece haklı nedenle fesih sebebi olarak düzenlendiğini gösterir. Bu konudaki eleştirilerimizi yukarıda²¹⁹ ifade etmiştik.

Bekleme süresi içinde sözleşme askıda kalacak olsa da toplu iş sözleşmesi gereği yapılacak zamlardan hasta işçinin de faydalanması gerektiği gibi bu sürelerin işçinin kıdem süresinin hesaplanmasında da dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir²²⁰. Çünkü sözleşme sadece iş görme borcu ve ücret ödeme borcu yönünden askıdadır diğer yönlerden sözleşme ilişkisi devam etmektedir. Ancak yukarıda²²¹ açıkladığımız üzere Yargıtay kıdem süresinin hesabında, sözleşmenin hastalık nedeniyle askıda kaldığı süre için sadece ihbar süresi +altı haftalık süreyi dikkate

²¹⁸ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.253; Sözer, **Hasta İşçi**, s.120

²¹⁹ IV. Bölüm 1.3. Başlık

²²⁰ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.248; Günay, **a.g.e.**, s.1321

²²¹ III. Bölüm 3. Başlık

almaktadır. Daha fazlasını ise hesaba katmamaktadır. Yargıtay²²² bir kararında kıdem tazminatının hesaplanmasında hem kıdem süresi hem de kıdem tazminatı tavanının belirlenmesi açısından bekleme süresinin bittiği tarihi esas almış ve rapor bitim tarihini esas alan yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yine belirtmek gerekir ki, işçinin bekleme süresinde sadakat borcuna aykırılık gibi eylemleri nedeniyle m. 25/II gereği fesih yapılmasında da engel yoktur. Bekleme süresi veya işçinin raporlu olması İş Kanunu 26. maddesinde belirtilen altı iş günü olan fesih süresini de etkilemeyecektir²²³. Yine bekleme süresi işveren için getirildiğinden işçi bekleme süresi içinde kanundan doğan fesih haklarını kullanabilecektir²²⁴.

İşveren bekleme süresini beklemeden sözleşmeyi feshederse bu fesih haksız bir fesih olacak ve işveren kıdem tazminatı yanında ihbar tazminatı da ödemek zorunda kalacaktır. Yargıtay²²⁵ kararları da bu yöndedir. Caniklioğlu bu görüşü eleştirmekte ve işverenin bu şekilde bekleme süresini beklemeden ihbar tazminatını ödeyerek adeta öneli fesih yolu ile sözleşmeyi kolayca feshetme imkanı kazanacağını belirtmektedir. Caniklioğlu²²⁶ bu durum için işverenin bekleme süresi içindeyken ortaya koyduğu fesih iradesinin bekleme süresinin sonu için geçerli olması gerektiğini önermekte ve bu şekilde feshin etkisinin bekleme süresinin dolmasından sonra göstereceğini ifade

²²² “Mahkemece hükmüne uyulan bozma kararına göre davacının raporunun başladığı 25.6.1992 tarihinden itibaren toplam 14 haftalık süre dikkate alındığında kıdem tazminatının hesabında esas alınması gereken tarih 3.10.1992’dir. Kıdem tazminatının tavan sınırının da bu tarihe göre belirlenmesi gerekirken 26.1.1993 rapor bitimi tarihinin esas alınması doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.” Y. 9 HD. E. 1995/5250 K. 1995/22040 T.19.06.1995, Akyiğit, Şerh, s.1134 ve (çevrimiçi) https://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_9_Hukuk_Dairesi_1995-5250.php Erişim Tarihi:18.06.2020

²²³ Caniklioğlu, a.g.e., s.252

²²⁴ A.e.,

²²⁵ “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı, davalı işyerinde 20.7.1981 ile 23.12.1994 tarihleri arasında çalışmıştır. Davacı bu çalışmasını sürdürürken ruhsal depresyon ve neuraşteni hastalığına tutulmuş 20.11.1994 tarihinden itibaren hekimlikçe 20 gün süre ile istirahat verilmiştir. Bilahare 12.12.1994 tarihinden itibaren 20 günlük bir rapor daha almış ve en son 2.1.1995 tarihinde yine 20 gün rapor verilmiştir.

Bu raporda belirtilen istirahatler sürerken davacının, iş sözleşmesi davalı işverence 23.12.1994 tarihinde feshedilmiştir. Davacının, hizmet sözleşmesi haklı nedene dayanmadan feshedilmiş olduğundan ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmaktadır. Mahkemenin aksine görüşle davayı reddetmiş olması isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.” Y. 9 HD. E.1997/12425 K.1997/16465 T. 29.09.1997 (çevrimiçi) https://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_9_Hukuk_Dairesi_1997-12425.php Erişim Tarihi: 18.06.2020 ve Y. 9 HD. E.1992/6524 K. 1993/1087 T.02.02.1993, Caniklioğlu, a.g.e., s.253, d.n.856

²²⁶ Caniklioğlu, a.g.e., s.253

etmektedir. Kanımızca fesih tek taraflı bozucu yenilik doğuran hak olduğu ve muhatabına ulaşmakla etkisini gösterdiği için²²⁷ haklı nedenle derhal sonuç doğurmak üzere işverence yapılan fesih iradesinin bekleme süresinin sonunda etki göstermesini kabul etmek doğru olmayacaktır. Haklı veya haksız bir şekilde olabilir ancak fesih iradesi artık ortaya koyulmuştur. İşverenin bu şekilde gerçekleştireceği haksız ve geçersiz fesih sonrası kıdem tazminatı yanında ihbar tazminatı da ödeyecek olması işçi açısından olumsuz bir yön de değildir. Eğer fesih iradesinin bekleme süresi sonunda hüküm doğuracağı kabul edilirse işçi sadece kıdem tazminatı alacaktır. Zira işçi, zaten sözleşme askıda olduğu için ücret alamayacak ayrıca kanunen derhal fesih imkanı verildiği için ihbar tazminatı da alamayacaktır.

Bekleme süresi içerisinde sözleşme feshedilememekle beraber işçi açısından ücret hakkı da doğmayacaktır. Bu husus maddede açıkça düzenlendiği gibi zaten iş sözleşmesinin karşılıklı edimler içeren bir sözleşme olması nedeniyle kendi edimini yerine getirmeyen işçinin ücret hakkı doğmayacaktır. Ancak işçinin şartları sağlaması halinde 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu²²⁸ 18. maddesi kapsamında geçici iş göremezlik ödeneği alabilmesi mümkündür. Buna uygulamada rapor parası veya hastalık parası denilmektedir²²⁹. Bu ödenek ise hastalığın üçüncü gününden itibaren başlar. Türk Borçlar Kanunu'nun 409. maddesinde yer alan, uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçinin, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edememesi halinde işverenin, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlü olduğu yönündeki hüküm nedeniyle kurumca ödenmeyen iki günlük ücretin işveren tarafından ödenmesi gerektiği ifade edilmiştir²³⁰.

²²⁷ “Fesih hakkı iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir haktır. Fesih bildirimi karşı tarafa ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Ulaşma, muhatabın hâkimiyet alanına girdiği andır.” Y. 9 HD. E.2015/18052 K. 2018/12248 T. 31.5.2018 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi:01.11.2019

²²⁸ 16/6/2006 tarih ve 26200 sayılı Resmi Gazete

²²⁹ Akyiğit, **İş Hukuku**, s.294

²³⁰ A.e.,

Kanunen askı süresinde işçinin ücret isteme hakkı doğmayacaktır. Ancak maddenin kısmi emredici nitelikte olması nedeniyle, bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi lehine olacak şekilde, hastalık ve kaza nedeniyle yaşanacak bekleme süresinin tamamında işçinin ücretinin ödenmesine kısmen veya tamamen devam edileceği yönünde düzenleme yapılabilecektir²³¹. Yukarıda açıklandığı üzere bu tür işçilere aylık ücretli işçiler denilmektedir. Böyle bir durumda işçi çalışmadığı halde ücretini almaya devam edecektir. Ancak bu durum işverenin fesih hakkına yönelik herhangi bir olumsuz etki yapmayacaktır.

Maddede doğum ve gebelik halinde de işverene fesih imkanı verilmektedir. Ancak bu haldeki bekleme süresi diğer hastalık ve engellilik hallerine nazaran farklı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre doğum ve gebelik hallerinde bekleme süresi 74. maddedeki sürenin bitiminde başlar. 74. maddede esasen pek çok süre bulunmaktaysa da burada kastedilen doğum sonrası kullanılacak olan sekiz haftadır²³². İş Kanunu 74. maddesi kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamalarının esas olduğunu düzenlemektedir. Ayrıca çoğul gebelik halinde işçinin çalıştırılmayacak olduğu doğum öncesi sekiz haftalık süreye iki hafta daha eklenir. Bunun anlamı ise işverenin gebe bir işçinin sözleşmesini bu nedene dayanarak feshedebilmesi için on altı (çoğul gebelikte on sekiz) haftalık sürenin bitimine ek olarak 17. madde gereği sahip olduğu ihbar süresi + altı hafta sürecek bir zaman dilimi boyunca beklemesi gerektiğidir²³³. Öğretide²³⁴ 74. maddeden kaynaklanan on altı haftalık sürenin sonuna sadece altı haftalık sürenin eklenmesi gerektiğini ayrıca ihbar süresinin eklenmesine gerek olmadığını düşünenler varsa da bizce bu görüş kanunun açık lafzına uygun değildir. Belirtilmelidir ki yine 74. madde gereği alınacak doktor raporu üzerine, öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra artırılabilir. Bu halde artırılan bu süreye göre bekleme süresi hesaplanmalıdır²³⁵. Erken

²³¹ A.e.,

²³² Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.588

²³³ Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, **a.g.e.**, s.588; Süzek, **a.g.e.**, s.681; Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.255; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.240; Şakar, **a.g.e.** s.387

²³⁴ Akyiğit, **İş Hukuku**, s.295; Akyiğit, **Şerh**, s.1131

²³⁵ Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.289

doğum halinde 74. madde gereği kullanılmayan doğum öncesi süreler doğum sonrası kullandırılacağı için bekleme süresi açısından erken doğum yapılmasının bir önemi olmayacaktır.

Vurgulamak gerekir ki asıl bekleme süresi olan ihbar süresi + altı haftalık süre gebe işçinin çalıştırılmayacağı sürelerden sonra başlar. Yani doğum sonrası işçi 8 haftalık kanuni çalışmama hakkını kullanmış ancak bu süreden sonra da işe gelmemekteyse ihbar süresi + altı haftalık süre ayrıca doktor raporu ile artırılmadıysa veya çoğul gebelik yoksa yahut erken doğum nedeniyle kullanılmayan süreler eklenmediyse 8. haftanın bittiği tarihte başlar²³⁶. Örneğin iki yıllık kıdeme sahip işçi doğum sonrası 20 hafta (8 + 6 + 6) geçmesine rağmen işe başlamadıysa sözleşmesi feshedilebilir²³⁷. 8 haftalık süre ise doğumun olduğu günü takip eden gün başlar²³⁸.

Yine Kanun'un 74.maddesi uyarınca doğum yapan işçinin altı ay ücretsiz izne çıkma hakkı olup işverenin bunu kabul etmemesi halinde işçinin haklı nedenle fesih imkanı vardır²³⁹. Peki kadın işçi altı aylık ücretsiz izne çıkarsa m.25/I,b-2 kapsamında fesih yapmak için ne kadar beklenecektir? Bu konuda altı aylık ücretsiz izin verilmesinin kanunen zorunlu olması nedeniyle, kanunun bu sürede işçiyi feshe karşı korumayacağının düşünülemeyeceği bu nedenle altı aylık ücretsiz izin alınması durumunda da altı ay bittiğinde ihbar süresi + altı hafta kadar daha beklenilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁴⁰. Bizce de bu görüş yerindedir. Bu durumda on altı (çoğul gebelikte on sekiz) haftalık sürenin bitimine ek olarak altı aylık izin süresi de devamsızlığa eklenecektir ve 17. madde gereği sahip olduğu ihbar süresi + altı hafta kadarlık süre altı aylık izin bitiminde başlayacaktır.

²³⁶ Şakar, **a.g.e.** s.387

²³⁷ **A.e.**,s.388

²³⁸ Caniklioğlu, bekleme süresinin başlangıcının, doğumun olduğu günü takip eden gün olduğunu belirtmiştir. Bunu doğum sonrası 74. madde gereği kullanılacak izin sürelerinin hesaplanmaya başlayacağı gün olarak anlamak gerekecektir. Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.249

²³⁹ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.255; Akyiğit, **İş Hukuku**, s.295; Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, **a.g.e.**, s.588 ve d.n.1889

²⁴⁰ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.256;Akyiğit, **Şerh**, s.1131

Bu konuda ayrıca gebe işçinin hastalanması durumunda ne şekilde bekleme süresi olacağına da değinmek gerekir. Zira 25/I,b-2 hükmünde hastalık ve gebelik hali ayrı ayrı belirtilmiştir. Hastalık halinde ihbar süresi + altı hafta beklenilmekteyken, gebelik halinde 74. maddedeki süre + ihbar süresi + altı hafta kadar süre beklenilmektedir. Gebelik hali başlı başına bir hastalık olmayıp doğal bir süreçtir. Gebelik sürecinde kadın işçi ayrıca hasta olmuş olabilir. Bu durumda hastalık gebelikten kaynaklanan bir hastalık ise bekleme süresi gebelik sebebine dayanmalı ve 74. maddedeki süre + ihbar süresi + altı haftalık süre beklenilmelidir²⁴¹. Ancak hastalık gebelik ile hiç alakası olmayan bir hastalık ise bu durumda ihbar süresi + altı haftalık süre kadar beklenilmelidir²⁴². Yargıtay²⁴³ da vermiş olduğu bir kararda, işçinin doğum sonrası aldığı sağlık raporunun doğum ile ilgili olup olmadığını, bu anlamda da ihbar süresi + altı haftalık bekleme süresinin 74. maddedeki süreler dikkate alınarak belirlenip belirlenmeyeceğini araştırmayan mahkeme kararını bozmuştur.

Belirtmek gerekir ki gebeliğin nasıl oluştuğu önemli olmayıp örneğin tecavüz sonucu, kadın işçinin kendi zorlaması ile oluşması²⁴⁴ yahut evlilik dışı olması²⁴⁵ gibi hallerde dahi gebe işçi bu bent korumasındadır. Bebeğin ölü veya sağ doğması da bu bent açısından önemli değildir²⁴⁶.

²⁴¹ Caniklioglu, a.g.e., s.256

²⁴² A.e.,

²⁴³ “Somut olayda; davacının iş akdi, davalı işveren tarafından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-son maddesine göre, davacı işçinin doğum sonrası aldığı 111 günlük rapor süresinin, 17. maddedeki düzenlemeye göre, davacının 3 yılı aşkın kıdemine göre 8 hafta olan bildirim süresine, 6 hafta ilave edilmesi suretiyle belirlenen 98 gün olan bildirim süresi sınırını aştığı geçerli nedene dayalı olduğu iddiasıyla kıdem tazminatı ödenmek suretiyle feshedilmiştir. Ancak, 25/I-son madde metni düzenlemesine göre, doğum ve gebelik halinde belirtilen sürelerin 74. maddedeki sürenin bitiminden itibaren başlayacağı düzenlenmiş olmakla, Mahkemece, sunduğu sağlık raporu doğum ertesinde olan davacının rahatsızlığının doğum ile ilgili olup olmadığı, 25/I-son madde kapsamına girip girmediği, İş Kanunu 74. maddedeki sürelerin dikkate alınıp alınmayacağı araştırılmamıştır. Mahkemece, eksik kalan incelemenin yapılarak, feshin süresinde yapılıp yapılmadığının belirlenmesi gerekmektedir.” Y. 22 HD. E. 2017/8052 K. 2017/11987 T.23.05.2017 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi:18.06.2020

²⁴⁴ Akyigit, Şerh, s.1132

²⁴⁵ A.e.,s.1132, d.n.28

²⁴⁶ A.e.,s.1131

Gebe kadının sözleşmesi bekleme süresi içinde haklı nedenle feshedilemeyeceği gibi daha önce açıkladığımız üzere İş Kanunu m.18/3-d gereği sırf gebelik nedeniyle yapılacak fesih geçersiz ve ayrıca kötü niyetli bir fesihtir²⁴⁷.

Doğum ve gebelik halindeki bekleme süresinde de sözleşme askıda olup işçi ücret alamazken analık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği alabilecektir. Sözleşme ile, askıda geçecek bu sürelerde de işçiye ücretinin ödeneceğinin kararlaştırılması mümkündür.

2.2.2. İşçinin Tutulduğu Hastalığın Tedavi Edilemeyecek Nitelikte Olduğu ve İşyerinde Çalışmasında Sakınca Bulunduğunun Sağlık Kurulunca Saptanması Durumunda Haklı Nedenle Fesih

Böylece işçinin sağlık sebepleri ile yapmış olduğu devamsızlık nedeniyle işverenin sahip olduğu haklı nedenle fesih hakkını incelemiş bulunuyoruz. Devamsızlık hali dışında Kanun'un işverene herhangi bir devamsızlık şartına bağlı olmaksızın işçinin hastalanması veya engelli hale gelmesi halinde tanıdığı bir haklı nedenle fesih imkanı daha bulunmaktadır. İş Kanunu m.25/I,b-1'de yer alan düzenlemeye göre: *"İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması durumunda."* işverenin haklı nedenle fesih imkanı vardır.

Hüküm incelendiğinde üç halin bir arada bulunması gerekir. Şöyle ki, işçinin tedavi edilemeyecek nitelikte hasta olması, hastalığı nedeniyle işyerinde çalışmasının sakıncalı olması ve hem hastalığın hem de sakıncanın Sağlık Kurulu tarafından saptanması gerekir²⁴⁸.

²⁴⁷ A.e., s.1132

²⁴⁸ Süzek, a.g.e., s.681; Akyiğit, **İş Hukuku**, s.296; Akyiğit, **Şerh**, s.1132; Eyrenci- Taşkent-Ulucan, a.g.e., s.240; *"İşçinin tutulduğu hastalığın tedavisinin bulunmaması yanında, işyerinde çalışmasının sakıncalı olması da sağlık kurulunca belirlenmelidir. Yasanın 25/I-b maddesindeki bu düzenlemeye göre her iki şartın da bir arada bulunması gerekir."* Y. 9 HD. E. 2015/22775 K. 2018/19329 T.25.10.2018 ve Y. 9.HD. E. 2008/5816, K. 2008/30572 T. 10.11.2008 (çevrimiçi)

Hükümde işçinin herhangi bir kusurunun varlığı aranmamıştır. İşçi kusurlu olsun yahut olmasın tedavisi imkansız bir hastalığa yakalanmalıdır²⁴⁹. Hastalığın psikolojik bir hastalık olması da mümkündür²⁵⁰. Tedavi edilemeyen hastalık tıp tarafından kesin tedavisi bulunamamış hastalıktır²⁵¹. Ancak tedavisi mümkün olmakla beraber tedavinin çok uzun sürmesi ve sonucunda kesin bir iyileşme ihtimalinin düşük olduğu hallerde de tedavi edilemeyen bir hastalığın varlığını kabul etmek gerekir²⁵². Hatta kanımızca tedavisi mümkün ve iyileşme imkanı yüksek olmakla beraber tedavi süresi gerçekten işverenden katlanması beklenemeyecek derece uzun olması halinde de diğer şartların varlığı halinde bu bent kapsamında feshe izin vermek gerekir. Zira bir yandan işçinin işyerinde çalışması sakıncalı iken diğer yandan çok uzun bir süre devam edecek olan tedavi sürecini bekleyerek iş ilişkisinin devam ettirmek hakkaniyetli olmayacaktır. Hastalığın işyeri kaynaklı olması da gerekmemektedir²⁵³.

Alınacak Sağlık Kurulu raporunun SGK veya devlet hastanesi sağlık kurulundan alınmasının yanında özel bir hastanenin sağlık kurulundan alınması da mümkündür²⁵⁴.

Hükümde işverenin sözleşmeyi feshedebilmesi için herhangi bir devamsızlık süresi aranmamıştır. Bu nedenle işçinin yine m. 25/I,b-2’de yer alan sürelerde devamsızlık yapması gerektiği şeklindeki görüşe katılmamaktayız²⁵⁵. Zira düzenlemeye lafzi açıdan bakıldığında m. 25/I,b-1 hükmünde “...Sağlık Kurulunca saptanması durumunda.” denildikten sonra nokta koyulması kanun koyucunun bu hükmü m. 25/I,b-2 hükmünden ayırdığını ve bu doğrultuda m.25/I,b-2 hükmünde yer alan ihbar süresi + altı haftalık bekleme süresinin bu bent kapsamında fesih için şart

<https://karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi:18.06.2020; Silikozis hastalığı halinde bu bent kapsamında aranan unsurların oluşacağı ifade edilmiştir Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.586

²⁴⁹ Akyiğit, **İş Hukuku**, s.296;Akyiğit, **Şerh**, s.1132

²⁵⁰ Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.288; Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.587

²⁵¹ Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.287; Zeytinoğlu, **a.g.e.**, s.158

²⁵² Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.287

²⁵³ Ekmekçi-Yiğit, **a.g.e.**, s.587

²⁵⁴ Akyiğit, **İş Hukuku**, s.296;Akyiğit, **Şerh**, s.1132

²⁵⁵ Akyiğit, **İş Hukuku**, s.296; Akyiğit, **Şerh**, s.1132 bizimle aynı görüşte bkz. Eyrenci- Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.240

olmadığını göstermektedir. Kanun koyucu tedavi edilemeyen bir hastalık varken ve bu hastalık nedeniyle işyerinde çalışılması sakıncalı iken burada artık herhangi bir devamsızlığa gerek olmadığına karar vermiş olup bizce de yerindedir. Zira işçi işyerinde çalışmaya devam edebiliyor olsa bile sırf bu çalışması nedeniyle işyerinde bir sakınca meydana gelebilir. Örneğin bulaşıcı bir hastalığa yakalanan işçi çalışmasına devam edebiliyor olabilir ancak o işyerinde çalışması diğer işçiler açısından sakınca yaratacaktır. Bu durumda sırf devamsızlık yapmıyor diye sözleşmesinin feshedilememesi düzenlemenin amacına uygun değildir.

İşçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunmalıdır. Örneğin, işçinin hastalığının ağırlaşması, diğer işçilere bulaşması gibi tıbbi sakıncalar olabileceği gibi iş güvenliği bakımından sakıncalar da olabilir²⁵⁶. Hasta işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunup bulunmadığına yönelik tespit esasen feshin son çare olması ilkesi ile ilişkilidir. Zira her ne kadar işçi tedavisi olanaksız bir hastalığa yakalanmışsa da işyerinde çalışmasında bir engel bulunmuyorsa sırf bu hastalık nedeniyle sözleşme feshedilmemelidir. Yargıtay²⁵⁷ da bir kararında ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasının sakıncalı olduğu sağlık kurulu raporu ile belirlenen işçinin sözleşmesinin, işyerinde kendisine uygun başka pozisyon olmaması gerekçesiyle feshedilmesi olayında, uzmanlık gerektiren bilgiye sahip olmayan bilirkişi raporu ile sonuca gidilmesini doğru bulmamış ve alanında uzman bilirkişi marifeti ile işçiye işyerinde uygun başka bir pozisyonun olup olmadığının feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde incelenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yani işçinin çalışmasında sakınca olması için sadece fiilen yaptığı işin yapılması açısından değil, işyerindeki herhangi bir işi yapması açısından sakınca bulunmalıdır. Bu da bize feshin son çare olması ilkesi gereğince işverenin, işçiye

²⁵⁶ Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal, a.g.e., s.288

²⁵⁷ Y. 22 HD. E. 2012/30004, K. 2013/380 T. 22.01.2013 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi:18.06.2020; aynı yönde “Davacının tespit edilen hastalığının derecesi tedavi edilemeyeceği, hastalığının işini yapmasına engel teşkil edip etmeyeceği, başka bir birimde çalışma imkanı olup olmadığı ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunup bulunmadığı yönünde sağlık kurulu raporu aldırılıp, davacının sağlık probleminin işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyip etkilemediği ve hastalığının iş sözleşmesinin devamını engelleyecek nitelikte olup olmadığı değerlendirildikten sonra Mahkemece karar verilmesi gerekirken bu husus gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y. 22 HD. E. 2018/2341, K. 2018/5199 T. 28.02.2018 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi:18.06.2020

uygun bir pozisyon olup olmadığını araştırma yükümlülüğü olduğunu gösterir. İşçinin hastalığı ile ilgili aldığı sağlık kurulu raporu ile yetinilmemelidir o işyerinde çalışmasında sakınca olduğu da sağlık raporu ile belirlenmelidir. Benzer bir Yargıtay kararı hakkında yaptığı değerlendirmesinde Akyiğit²⁵⁸, işyeri/işletmeye ait bir sebep olmamasına rağmen işçinin kişiliğinden kaynaklanan sağlık sebeplerinde de feshin son çare ilkesinin aranmasının ilginç olduğunu belirtmiştir. Ancak belirttiğimiz üzere maddede yer alan işyerinde çalışmasında sakınca olması koşulu bizi feshin son çare olması ilkesine götürmektedir. Kanunen herhangi bir sınırlama yapılmadığına göre işçinin işyerinde çalışmasında sakınca olması kavramından işçinin o işyerinde çalışmasının hem kendisi hem de diğer işçiler ve işveren açısından sakıncalı olması anlaşılmalıdır. Ayrıca işyerindeki başka bir pozisyonda çalışabiliyorsa sırf hasta olduğu için işçiyi çıkarmanın işveren açısından hukuka uygunluğu yoktur.

Belirtmek gerekir ki İş Kanunu m.24/I-a kapsamında işçinin sahip olduğu fesih hakkı bakımından, iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması aranmakta iken m. 25/I,b-1 bendinde “işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunması” ibaresi ile daha geniş bir çerçeve çizilmiş ve hem işçinin kendisi için sakınca bulunması hem de diğer işçiler ve işveren açısından sakınca bulunması kastedilmiştir. Eğer işçinin sahip olduğu hastalık nedeniyle işyerinde çalışması kendisi için tehlikeli ise, bu durumda, hem işçi m. 24/I-a kapsamında hem de işveren 25/I,b-1 kapsamında sözleşmeyi feshedebilir. İşçinin sahip olduğu hastalık nedeniyle işyerinde çalışmasında kendisi açısından bir sakınca bulunmamakla birlikte, diğer işçiler ve işveren açısından sakınca var ise işçi bu nedenle fesih yoluna gidemeyecektir ancak işveren fesih yoluna gidebilecektir. Vurgulamak gerekirse m. 24/I-a da hastalığın tedavi edilebilir olup olmaması aranmamışken m. 25/I,b-1 bendinde hastalığın özellikle tedavi edilemez olması aranmıştır.

1475 sayılı Kanun döneminde ilgili 25/I,b-1 hükmünün muadili bir hüküm bulunmamakla beraber “İşçinin bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayacak derecede tiksinti

²⁵⁸ Akyiğit, **Şerh**, s.1138

verici bir hastalığa tutulduğunun anlaşılması” şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı. 4857 sayılı Kanun tasarısında öncelikle bu hüküm aynen yerini almışken değişiklik önerisi ile madde şu anki hali ile kabul edilmiş ve eski düzenlemeye yer verilmemiştir. Önerinin gerekçesinde “*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.*” şeklinde görüş belirtilmiştir²⁵⁹. Gerçekten de tiksinti verici hastalık ibaresi oldukça sübjektif olup herkesin tiksinti duyma eşiği birbirinden farklıdır. Tiksinti verici hastalığın diğer çalışanların çalışmasını psikolojik açıdan etkileyen hastalık olduğu ifade edilmiştir²⁶⁰. Ancak bir restoranda çalışan garsonun yüzündeki yaralar o restoranda çalışanlar için tiksinti verici bulunabilirken başka bir restorandaki çalışanlar için tiksinti verici bulunmayabilir. Bu durum çok fazla ölçülebilir ve bilimsel değildir. Yeni düzenlemede yer alan tedavi edilemeyen hastalık ibaresi bulaşıcı hastalıkları da bir anlamda kapsayacaktır. Zira eski düzenleme zamanında da bulaşıcı hastalıktan öyle nezle, grip gibi önemsiz hastalıkların anlaşılamayacağı ifade edilmekteydi²⁶¹. Bu nedenle biz de yeni düzenlemenin eski düzenlemeye nazaran daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

Bu hükmün uygulama alanının dar olacağı zira hiçbir işçinin işten çıkartılmak amacıyla özgür iradesi ile sağlık kurulu önüne çıkmak istemeyeceği, bu nedenle sağlık kurulu raporu temin edemeyen işverenin bu bent kapsamında fesih yoluna gidemeyeceği belirtilmiştir²⁶². Pek tabi ki doğrudan fesih süreci nedeniyle işçiye sağlık kurulu raporu aldırılması her zaman olabilecek bir şey değildir. Ancak sağlık kurulu raporunun illaki doğrudan, tedavisi mümkün olmayan hastalığın ve işyerinde çalışılmasında sakınca olup olmadığının tespiti amacıyla aldırılması gerektiği düşünülmemelidir. Meslek hastalığı nedeniyle SGK’dan para yardım almak için, hastalık sonucu yapacağı devamsızlığın ispatı için, askerlik muayenesi için, herhangi

²⁵⁹ TİSK, **Gerekçe**, s.106

²⁶⁰ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.262

²⁶¹ **A.e.**, s.260

²⁶² Zeytinoğlu, **a.g.e.**, s.159

bir kurum ve kuruluşa başvuru için işçi tarafından sağlık kurulu raporu alınabilir. Alınacak olan sağlık kurulu raporunda işçinin hastalığı belirtilecek olup bunun yanında tedavi edilip edilemediğinin de illaki raporda yazması gerekmediği düşüncesindeyiz. Örneğin, sağlık kurulu raporunda kanser olduğu yazan işçinin raporunda aynı zamanda tedavi edilemez olduğunun yazılması gerekmez. Yine aynı şekilde alınacak sağlık kurulu raporu bir şekilde işverenin eline geçtikten sonra işverenin bu rapora dayanarak işyerinde çalışılmasında sakınca olup olmadığının değerlendirilmesi için işçiden sağlık kurulu raporu almasını istemesinde bir engel olmadığını düşünmekteyiz. İşverene olan sadakat yükümü gereği işçinin örneğin bulaşıcı bir hastalık taşıması gibi durumlarda sağlık kurulu raporu almayı reddetmesi doğru değildir. Ayrıca işçinin hastalığının işveren tarafından bir şekilde öğrenilmesinden sonra işyerinde çalışma sakıncası olup olmadığı açısından işçinin rapor almayı reddetmesi halinde, artık işverenin kendi değerlendirmesi üzerine veya haricen aldıracağı bir hekim raporu doğrultusunda işçinin çalışmasında sakınca bulunduğunu tespit ettirmesi üzerine sözleşmeyi feshetmesi olasıdır. Böyle bir halde konu yargıya taşındığı takdirde mahkeme işçinin hastalığının ve çalışmasında sakınca olup olmadığının tespiti için uzman bilirkişiden rapor almalıdır. Doğrudan feshin geçersizliğine gitmemelidir.

Kısacası tek başına işçinin rapor almaya yanaşmaması nedeniyle bu bendin uygulama alanının dar olacağı görüşüne katılmıyoruz. Sırf işçi sağlık kurulu raporu almaya yanaşmıyor diye işyerindeki diğer işçilerin veya işverenin sağlığı ve güvenliği tehlikeye atılmamalıdır. Yukarıda verilen kimi Yargıtay kararında görüleceği üzere işçi ağır ve tehlikeli işte çalışamaz raporu almakta bunun üzerine işveren uygun pozisyon bulunmadığından yakınlıkla işçinin çalışmasında sakınca olduğunu değerlendirmekle sözleşmeyi m. 25/I,b-1 hükmü gereğince feshetmektedir. Gerçekten de işyerinde çalışmasında sakınca olup olmadığı hususu ise mahkeme tarafından aldırılacak bilirkişi raporu ile ortaya konacak ve sonucuna göre karar verilecektir.

Bu açıklamalarımız doğrultusunda feshin haklılığı için m. 25/I,b-1 hükmündeki tespitleri içeren bir sağlık kurulu raporunun muhakkak fesihten önce alınmış olması gerektiğini düşünmüyoruz. Zira belirttiğimiz üzere hem işçi rapor

almaya yanaşmayabilir, hem de sağlık kurulu raporu alınmamış veya işverene sunulmamış olsa da işçinin hastalığından işveren haberdar olmuş olabilir. İşçinin işyerinde çalışmasında sakınca olduğu açıkça belirli ise sırf işçi rapor almıyor diye diğer işçilerin ve işverenin sağlığı ile güvenliği tehlikeye atılmamalıdır.

O halde maddede sağlık kurulu raporunun niye arandığı sorusu da gündeme gelebilir. Kanımızca tedavi edilemez nitelikte olan hastalık büyük bir hastalık olacağı için böyle bir hastalığın tespiti de esasen hayatın olağan akışında tek hekim raporu ile belirlenemez. Çoğu kez işçinin bu tür bir hastalığı olduğu işverenin isteğine gerek kalmadan kendisince aldırılacak kurul raporu ile belli olacaktır. Raporun doğrudan işverene sunulması yahut işverenin kendisinin haberdar olması sonrasında işyerinde çalışmasında sakınca olup olmadığı işçi yanaşırsa alınacak sağlık kurulu raporu ile belirlenmelidir. Ancak işçi yanaşmaz ise açıkça belli olan durumlarda işverenin değerlendirmesi üzerine veya haricen alacağı hekim raporu ile çalışmasındaki sakınca belirlenmelidir. Tartışma halinde nihai kararı ise mahkemenin alacağı bilirkişi raporu üzerine vermek gerekecektir.

2.3. İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerine Uyulmaması Nedeniyle İşçi ve İşveren Lehine Haklı Nedenle Fesih Hakkı

İş sağlığı ve güvenliği kavramı son yıllarda giderek önemini artırmakta olan bir kavram olup önceleri İş Kanunu içinde düzenlenmekte iken 30.06.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile birlikte kendi özel kanuni düzenlemesine kavuşmuştur. 6331 sayılı Kanun ile beraber İş Kanunu'ndaki iş sağlığı ve güvenliğine dair hükümler kaldırılmıştır. Belirtmek gerekir ki Türk Borçlar Kanunu m.417/2²⁶³ hükmünde de işverenin iş sağlığı ve güvenliği için gerekli her türlü önlemi alması gerektiği ve işçilerin de alınan bu önlemlere uyması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak 6331 sayılı Kanun hem özel düzenlemedir hem de Türk Borçlar Kanunu'na tabi çalışanlar dâhil olmak üzere her

²⁶³ Türk Borçlar Kanunu m.417/2 “İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.”

türlü çalışanı kapsamaktadır. Bu nedenle 6331 sayılı Kanun kapsamında açıklamalar da bulunacağız.

6331 sayılı Kanun'un 4 vd. hüğümlerince işverenin yükümlölükleri sayılmışken 19. maddesi ile çalışanların yükümlölükleri sayılmıştır. Bu kapsamda her türlü iş sağlığı ve güvenliği önlemini almak işverenin sorumluluğuunda iken çalışanın da alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyma yükümlölüğu vardır.

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde çalışanların can güvenliği tehlikeye girebilecek, iş kazası ve meslek hastalıkları yaşanabilecek ve istenmeyen sonuçlar doğabilecekdir. Bu nedenle Kanun alınması gereken önlemleri tek tek saymamış onun yerine her türlü önlemi alma yükümlölüğuünü işverene vermiştir²⁶⁴. Alınabilecek önlemlerin tek tek sayılması mümkün de değildir. İşveren gerekli önlemleri kendi iş sağlığı ve güvenliği birimi yahut dışarıdan aldığı hizmet sonucu ortak sağlık ve güvenlik biriminin tespiti üzerine alabileceği gibi çalışanların da iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye atan bir durumu tespit etmeleri halinde bunu işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği kuruluna yahut doğrudan işverene bildirme ve gerekli önlemlerin alınmasını talep etme hakları vardır. Bu husus Kanun'un 13. maddesi ile düzenlenmiştir. Aynı maddeye göre işveren çalışanların talep ettiği önlemleri alma kararı vermişse çalışanların tedbirlerin alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınma hakları vardır. Bu çalışmaktan kaçınma halinde çalışanın ücret ve diğer hakları saklıdır.

Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği açısından bildirdikleri tehlikeye karşı işveren gerekli önlemleri almaktan kaçınırsa ne olacaktır? Pek tabi ki sağlıkları ve can güvenlikleri tehlikede iken insanların çalışmaya devam etmesi beklenemez. Bu nedenle Kanun'un 13. maddesinin 4. fıkrası ile talep etmelerine rağmen gerekli tedbirler alınmadığı takdirde çalışanların tabi oldukları kanun kapsamında sözleşmeyi fesih hakkı olduğunu belirtmiştir. Benzer düzenleme kaldırılmadan önce 4857 sayılı

²⁶⁴ Sami Narter, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, 2018, s.103

İş Kanunu 83. maddesinde yer almaktaydı. Ancak 83. madde “İş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin talebine rağmen gerekli tedbirin alınmadığı işyerlerinde işçiler altı iş günü içinde, bu Kanunun 24 üncü maddesinin (I) numaralı bendine uygun olarak belirli veya belirsiz süreli hizmet akitlerini derhal feshedebilir.” şeklinde düzenlenmesi nedeniyle eleştirilmekteydi²⁶⁵. Zira fesih konusunda, sağlık nedenleri başlıklı 24/I yerine, çalışma koşullarının uygulanmamasına dayanan 24/II-f hükmüne dayanılmasının daha uygun olacağı ve aynı zamanda 26/2 gereğince çalışanın tazminat talep etme hakkının da sağlanması gerektiği ifade edilmiştir²⁶⁶. 6331 sayılı Kanun ise herhangi bir madde göndermesi yapmaksızın genel bir ifade ile çalışanların tabi olduğu kanun uyarınca sözleşmeleri feshedebileceğini belirtmiştir. Bu doğrultuda eleştiriler de dikkate alınarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmaz ise çalışanın çalışma koşullarının uygulanmaması kapsamında İş Kanunu 24/II-f uyarınca sözleşmeyi feshedebileceği ifade edilmişti²⁶⁷. Ancak 6331 sayılı Kanun döneminde de çalışanların m.24/II-f değil m.24/I-a kapsamında işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı ve yaşayışı açısından tehlike yaratması haline dayanarak sözleşmeyi feshedebileceklerini ifade eden yazarlar da vardır²⁶⁸.

Esasen iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması çalışanın sağlığı ve yaşayışı açısından tehlike yaratacaktır. Bu kapsamda m.24/I-a bendinin uygulanması yanlış olmayacaktır. Ancak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde bu durum aynı zamanda çalışma koşullarının uygulanmaması halini de yaratacaktır. Zira çalışma koşulları kavramına çalışanın çalıştığı ortamın sağlıklı ve güvenli olması da girmektedir. Sağlık ve güvenlik açısından tehditler barındıran bir işyerinin çalışma koşullarına uygun bir yer olduğu söylenemez. Bu durumda işçi lehine yorum ilkesi de dikkate alındığında birden fazla fesih maddesinin uygulanma imkanı varsa çalışanın en lehine olan fesih maddesinin uygulanması daha yerinde olacaktır. Bu nedenle iş sağlığı ve güvenliği hükümleri uygulanmaz işe çalışan 24/II-f gereğince sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Tedbir alınmadığı sürece ihlal devam edeceği için 6 iş

²⁶⁵ Erdem Özdemir, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 2014, s.430 (Özdemir, İSG)

²⁶⁶ A.e., s.430-431

²⁶⁷ Süzek, **a.g.e.**, s.695; Özdemir, **İSG**, s.431; Narter, **a.g.e.**s.152; Haluk Hadi Sümer, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.200 (Sümer, İSG)

²⁶⁸ Akyigit, **İş Hukuku**, s.276; Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.** s.278

günlük fesih süresi de bu süre içerisinde işlemeyecektir. Ancak tehlike ortadan kalktıktan sonra çalışanın fesih hakkını 6 iş günü içinde kullanması gerekir²⁶⁹.

Bunun yanı sıra çalışanın sözleşmesini feshetmesinin pratikte çok bir önemi olmayacağı hatta işçinin iş güvencesini kaybedeceği için isabetsiz olduğu, feshin işvereni etkilemeyeceği ifade edilmişse²⁷⁰ de iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayan işverene karşı çalışanın kendi adına yapabileceği en son çare fesihtir. Fesihden başka çalışanın iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini aldirmek için başvuracağı etkili bir yolu bulunmamaktadır. Pek tabi ki çalışan gerekli idari kurumlara ihbar ve şikayette bulunarak işyerinde işlerin durdurulmasını sağlayabilir ancak bu halin de çalışanın ne kadar menfaatine olduğu tartışmalıdır. Zira hem işyerinde çalışma duracaktır hem de iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayan sorumsuz işverenin gerekli idari yaptırımlardan ders çıkararak ikinci kez benzer fiillerde bulunmayacağını garantisi yoktur. Bu nedenle tüm taleplerine rağmen iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde herhangi bir iş kazası ve meslek hastalığına yakalanmadan çalışanın sözleşmesini feshederek kıdem tazminatını alma imkanı verilmesi yerindedir. Çalışanın gerekli idari kurumlara ihbar ve şikayet hakkı da kaybolmamaktadır.

6331 sayılı Kanun'un çalışana fesih için gerekli tedbirleri alma yönünde işverene talepte bulunma ve bunun üzerine tedbirlerin alınmamasını şart koşmasının doğru olmadığı isabetli olarak belirtilmiştir²⁷¹. Zira her türlü iş sağlığı ve güvenliği önlemini alma yükümlülüğü işverene ait olup tedbirlerin alınması için çalışanın talep etmesine gerek yoktur. O halde fesih için öncesinde talep etme şartının aranması da yerinde değildir. Kanun metnine sadık kalarak gerekli prosedür işletilmeden çalışanın fesih yoluna gidemeyeceğini söyleyen yazarlar²⁷² olduğu gibi, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamasını çalışma koşullarının uygulanmaması niteliğinde olduğuna

²⁶⁹Narter, **a.g.e.**, s.152

²⁷⁰ Özdemir, **İSG**, s.431

²⁷¹ **A.e.**, s.433

²⁷² Sümer, **İSG**, s.201

göre 24/II-f kapsamında öncesinde 6331 sayılı Kanun'un 13/1 hükmünde belirtilen prosedürün işletilmesine gerek olmadığını ifade eden yazarlar²⁷³ da vardır.

Belirtmek gerekir ki, 6331 sayılı Kanun 13/4 hükmünde “iş sözleşmesi ile çalışanlar” ibaresi kullanıldığı için işçi statüsünde olmayan kamu görevlilerinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle sözleşmeyi feshetme yetkileri yoktur.²⁷⁴

Belirttiğimiz üzere işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü olduğu kadar çalışanların da iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyma, işverenin talimatlarına uygun hareket ederek kendilerinin ve beraberinde çalışan diğer çalışanların sağlık ve güvenliğini tehlikeye düşürmeme yükümlülükleri vardır. Bu husus 6331 sayılı Kanun'un 19. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Bu yükümlülüğüne aykırı davranan çalışan sözleşmesinin feshedilmesini göze almalıdır. Şöyle ki, İş Kanunu 25/II-1 bendinde “*işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması*” bir haklı nedenle fesih sebebi olarak öngörülmüştür.

Madde hükmünde görüleceği üzere iki ayrı fesih sebebi düzenlenmiştir. İşçinin isteği ile veya savsaması yüzünden iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi fesih için yeterlidir. İşçinin işyerinin mallarına otuz günlük ücretini aşar şekilde zarar vermesi ayrı bir fesih sebebidir. İş güvenliğinin tehlikeye düşürülmesindeyse işyerinin veya diğer işçilerin ayrıca bir zarara uğraması aranmaz²⁷⁵. Bu husus Yargıtay kararlarında da ifade edilmiştir. Örneğin 2011/30644 esaslı kararında “4857 sayılı İş Kanununun

²⁷³ A.e., s.201, d.n.524'te belirtilen Gaye Baycık, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s.121

²⁷⁴ A.e., s.201

²⁷⁵ Özdemir, İSG, s.464; Narter, a.g.e., s.139; Sümer, İSG, s.278, Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, a.g.e., s.291; Seda Arslan, “Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İş Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi Veya İşyerindeki Malları Zarara Uğratması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Derhal Feshi”, İÜHF, 2014, C. LXXII, S. 2, s.49, (çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/download/article-file/97915> Erişim Tarihi: 15.11.2019

25 inci maddesinin (II) numaralı bendinin (ı) alt bendinde, işçinin isteği ile ya da işini ihmal etmesi sonucu işyerindeki işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi hali işverenin haklı fesih nedenleri arasında gösterilmiştir. İş güvenliği hükümleri, işçi sağlığı ve güvenliğini korumaya yönelik titizlikle uyulması gereken kurallardır. Bu konuda işverenin alması gereken tedbirlerin yanında işçinin de yükümlülükleri vardır. İşçinin kasıtlı bir davranışı ya da görevini savsaması sonucu işin güvenliği yönünden bir tehlike meydana gelmesi durumunda, işveren açısından derhal “haklı nedenle fesih hakkı” ortaya çıkar. İşçinin bu konuda uyarılması veya hatırlatmada bulunulmasına gerek olmadığı gibi, belli bir zararın oluşması da gerekmez. Aynı bentte belirtilen işçinin otuz günlük ücretinin tutarıyla karşılanamayacak bir zarar vermesi, işin güvenliğini tehlikeye düşürmekten bağımsız bir fesih nedenidir.” ifadelerine yer vermiştir²⁷⁶. Bu nedenle Yargıtay'ın²⁷⁷ bir kararında, kendi diğer kararları ile çelişir şekilde, yeterliliği olmamasına rağmen forklift kullanarak iş güvenliğini tehlikeye atan işçinin verdiği zararın 30 günlük ücretinden az olması nedeniyle feshin haklı değil geçerli fesih olduğuna yönelik tespitine katılmıyoruz.

Ancak işçinin işyeri mallarına 30 günlük ücretini aşar şekilde zarar vermesi işçinin iş sağlığı ve güvenliği önlemine uymamasından kaynaklanıyorsa bu da yine haklı nedenle fesih sebebi olacaktır²⁷⁸. Ancak burada zarar koşulu aranacaktır. Bu husus özellikle eylemin ağırlığı nedeniyle fesih haklı neden değil geçerli nedenle olabileceken verilen zararın otuz günlük ücreti aşması halinde gündeme gelecektir. Yoksa işçi, başlı başına iş sağlığı ve güvenliğine aykırı hareket ederek işin güvenliğini tehlikeye düşürmüş ve bu nedenle fesih haklı neden ağırlığında ise zarar şartı aranmayacaktır. Ancak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymamak haklı neden ağırlığında olmamasına rağmen ayrıca 30 günlük ücreti aşacak bir zarar verildiyse artık bu nedenle haklı fesih sebebi oluşmuş olur.

²⁷⁶ Y. 9 HD E. 2011/30644 K.2013/24952 T. 03.10.2013 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 01.11.2019

²⁷⁷ Y. 9 HD E. 2005/36747 K.2006/340 T. 17.01.2006 Özdemir, İSG, s.465

²⁷⁸ Sümer, İSG, s.281; Narter, a.g.e.s.140

Zarar şartı aranmazsa da işçinin bu eylemi bilinçli şekilde yapması gerekir. Yoksa işçinin gerekli eğitimin verilmemesi nedeniyle istemeden, kusuru olmaksızın, yarattığı tehlike bu kapsamda değildir²⁷⁹. Kanun'da bu durum işçinin kendi isteği veya savsaması ile işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi olarak ifade edilmiştir. Bu kavramları işçinin kastı veya ihmali olarak anlamak da mümkündür²⁸⁰. Ağır ihmali dışında işçinin hafif ihmali de bu bent kapsamında fesih hakkı verebilir²⁸¹. Önemli olan objektif olarak işin güvenliğinin tehlikeye düşüp düşmediğidir²⁸². Savsama ifadesi, ihmal etmek, gerekli özeni göstermemek şeklinde daha çok hareketsizlik içeren bir kavramdır²⁸³. Görevi başındayken güvenlik görevlisinin uyuması hali savsamaya örnek verilebilir²⁸⁴.

Her somut olayda işçinin eylemi sonucunda işin güvenliğinin tehlikeye düşüp düşmediği ayrıca incelenmelidir. Örneğin bir kararında Yargıtay²⁸⁵ görevi başında uyuyan temizlik görevlisinin eyleminin işi tehlikeye düşürmediğine karar vermiştir.

İşçinin iş güvenliğini tehlikeye düşüren eylemleri sonucunda sadece üçüncü kişiler değil kendisinin de tehlikeye düşmesi işveren açısından haklı nedenle fesih için yeterlidir²⁸⁶. Zira 6331 sayılı Kanun 19. maddesi ile belirtildiği üzere çalışan sadece

²⁷⁹ Özdemir, **İSG**, s.464; Arslan, **a.g.e.**, s.51

²⁸⁰ Özdemir, **İSG**, s.464

²⁸¹ Narter, **a.g.e.**, s.139; Sümer, **İSG**, s.279; Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.291

²⁸² Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.291

²⁸³ Narter, **a.g.e.**, s.139

²⁸⁴ “Güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının hizmet akdi 03/09/2013 tarihli fesih bildirimi ile bir kaç değişik nedenle birlikte 23/08/2013 günü saat 03.30’da yapılan kontrolde uyuduğunun tespit edilmesi nedeniyle feshedilmiştir.

Davacı işçi savunmasında 23/08/2013 gecesi saat 03.30’da tespit edilen “uyuma” eylemini kabul etmiş, bunu havanın sıcak olmasına bağlamıştır.

Davalı işverenin fesih nedeni yaptığı diğer sebepler varit değil ve haklı fesih nedeni oluşturmaya dahi güvenlik görevlisinin nöbetinde uyuma eylemi iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğünden başlı başına haklı fesih sebebidir. Uyuma eylemi davacının ikrarı ile sabit olup, işverenin süresinde yaptığı fesih haklı nedene dayandığından davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y.9 HD E. 2016/22424 K. 2020/4653 T.02.06.2020 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi:18.06.2020 aynı yönde Y. 22 HD. E. 2011/300 K. 2011/1057 T. 22.09.2011 Sümer, **İSG**, s.280 d.n.757

²⁸⁵ “...İşyerinde temizlik ve çay servisinde görevli davacının hastalığı nedeniyle uyumuş olması işin güvenliğini tehlikeye düşürecek bir eylem olmadığı gibi yasanın aradığı fesih nedenlerinden de sayılamaz. Bu durumda ihbar ve kıdem tazminatlarının kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalıdır.” Y. 9. HD E.2005/35025 K. 2006/13120 T. 09.05.2006 (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> Erişim Tarihi:01.11.2019; Arslan, **a.g.e.**, s.50; Sümer, **İSG**, s.279

²⁸⁶ Arslan, **a.g.e.**, s.50; Narter, **a.g.e.**, s.140

işyerindeki diğer kişileri değil kendisini de tehlikeye düşürmemekle yükümlüdür. Bu bakımdan zehirli kimyasallar ile çalışılan bir işte çalışanın maske takması gerekirken takmaması işverene haklı nedenle fesih imkanı verir²⁸⁷.

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymayan işçinin eylemi kendisine hatırlatıldığı halde devam etmekte ise bu husus İş Kanunu 25/II-h bendi kapsamında ayrıca bir haklı nedenle fesih sebebi olacaktır²⁸⁸. Bende göre görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar eden işçi haklı nedenle çıkartılabilir. İş sağlığı ve güvenliği hükümlerine uymak da işçinin görevleri arasındadır.

Daha önce açıkladığımız üzere kanun gerekçesinde de ifade edildiği üzere geçerli nedenle fesih halleri haklı nedenle fesih ağırlığında olmayan hallerdir. Yargıtay'ın²⁸⁹ da kararlarında “*işçinin güvenliği tehlikeye düşürmesi hareketinin ağırlığı, görev tanımına, faaliyet alanına, görev yerine, işverenin gerekli önlemleri alıp almadığına, işçinin talimatlara uyup uymadığına göre değişebileceğinden, nedenin geçerli mi haklı mı nedenle fesih olduğu, işverenin neden olup olmadığı ölçülülük ilkesine uygun hareketle değerlendirilmelidir*” şeklinde ifade ettiği üzere, işçinin eyleminin ağırlığına göre iş güvenliğini tehlikeye düşürme eylemi geçerli nedenle fesih konusu da olabilir²⁹⁰. Bu hususlar her bir somut olaya özel olarak değerlendirilmelidir. İşçinin eyleminin ağırlığı dikkate alındığında haklı nedenle fesih yoluna gidilmesi ağır olmakta ise geçerli nedenle fesih gündeme gelebilir²⁹¹.

²⁸⁷Narter, **a.g.e.**, s.140; Sümer, **İSG**, s.280

²⁸⁸Sümer, **İSG**, s.282

²⁸⁹ Y. 9 HD. E. 2015/24759 K.2015/36525 T.23.12.2015; (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi:20.06.2020

²⁹⁰ Özdemir, **İSG**, s.465 vd.; Sümer, **İSG**, s.284

²⁹¹Narter, **a.g.e.**, s.142; Sümer, **İSG**, s.283

2.4. İşçinin ve İşverenin Sözleşme Görüşmeleri Sırasında Karşı Tarafı Sağlık Koşullarında Yanıltması Nedeniyle Haklı Nedenle Fesih Hakkı

Yukarıda açıkladığımız üzere sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların dürüstlük kuralından kaynaklanan ve edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi yaratan culpa in contrahendo sorumluluğu bulunmaktadır ve bu sorumluluk iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında da geçerli olup hem işçi hem de işveren bu sorumluluğun bilincinde hareket etmelidir. Bu kapsamda taraflar birbirlerinin zararına hareket etmeme ve birbirlerine gerçeğe uygun bilgilendirme yapma yükümlülüğündedir. Sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların gerçeğe aykırı beyanda bulunması kabul edilemez. Ancak taraflardan biri görüşmeler sırasında karşı tarafa onu yanıltacak şekilde gerçeğe aykırı beyanda bulunursa bunun bir takım hukuki sonuçları olması kaçınılmazdır.

Öncelikle yukarıda²⁹² açıkladığımız üzere culpa in contrahendo sorumluluğuna aykırı davranan taraf kusuru ile verdiği zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bunun yanı sıra görüşme sırasında verilen aldatici beyan nedeniyle sözleşme kurulmuş ise sözleşmenin feshi veya iptali de gündeme gelecektir.

Belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanunu uyarınca hata, hile, korkutma durumlarında sözleşmenin iptali (butlanı) gündeme gelecektir. İşveren yahut işçi sözleşme kurulması sırasında hataya düşebilir. Ancak bu hatanın hukuken değerli olması için esaslı bir hata olması gerekir. Saik hatası kural olarak sözleşmeyi iptal hakkı vermez. İşverenin sözleşme sırasında sağlıklı bir işçi ile sözleşme yaptığı düşüncesi içindeyken işçinin görülecek iş bakımından elzem olan bazı nitelikleri taşınamaması işveren açısından esaslı bir hata olarak görülebilir²⁹³. İş Kanunu'nda hile hali bir haklı neden olarak düzenlenmişken, hata hali haklı fesih nedeni olarak

²⁹² II. Bölüm 1.3. Başlık

²⁹³ Caniklioğlu, a.g.e., s.266

düzenlenmemiştir²⁹⁴. Bu durumda genel kanun niteliğindeki TBK hükümleri uygulanarak sözleşmenin iptal edilebileceği düşünülebilir²⁹⁵. Ancak böyle bir düşünce işçiyi koruyucu yönü göz önüne alındığında iş sözleşmesi açısından uygun düşmez kanaatindeyiz.

İşe alım sırasında işçinin niteliklerinde hataya düşen işveren bu hatasına dayanarak sözleşmeyi iptal edememelidir. Bir kararında Yargıtay²⁹⁶ da TİP 1 diyabet hastası olduğunu işe giriş sırasında bildirmeyen işçinin sözleşmesinin feshedilmesi olayında eksik inceleme yapıldığına, işçinin hastalığının işini yapmaya engel olup olmadığı, işyerinde başka bir işte çalışma imkanı olup olmadığı konularında rapor alarak feshin son çare olması ilkesine uygun karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Esasen kararda işçinin, yapacağı işin niteliğine göre hastalığının açıkça iş görmeye engel olmasına rağmen hastalığını saklaması nedeniyle işçinin işvereni yanılttığı ve bu nedenle işverenin m.25/II-a kapsamında haklı nedenle fesih hakkı olduğu da düşünülebilirdi. Ancak Yargıtay, işçi tarafından bildirilmeyen hastalığın sonradan anlaşılması ve işverenin hataya düştüğünü fark etmiş olmasına rağmen sözleşmeyi doğrudan feshetmemesi gerektiğini ve geçerli nedenle fesih koşullarına uygun bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirttiği için bu karar önemlidir. İşveren hataya düştüğünü anlasa dahi geçerli nedenle fesih koşullarına göre değerlendirme yapmalıdır. İşçiye verebileceği başka bir iş olup olmadığını yahut verilecek bir eğitimle veya kısa süreli bir tedavi ile işe devam etmesi mümkün olup olmadığını değerlendirmeli feshin son çare olduğunu unutmamalıdır. İşverenin hatasına dayanarak sözleşmeyi kolayca iptal edebilmesi iş güvencesi kavramının işini boşaltacaktır.

İşçinin sözleşme şartlarında, özellikle işin kendisine uygun olup olmadığı noktasında hataya düştüğünü fark etmesi halinde yine işçinin de sözleşmeyi iptal etmemesi gerektiğini onun yerine ihbar süresi tanıyarak sözleşmeyi feshetmesi

²⁹⁴ A.e.

²⁹⁵ A.e., s.267

²⁹⁶ Y. 22. HD E. 2017/3483 K.2017/3865 T.27.02.2017 Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, a.g.e., s.500 ve (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 01.11.2019

gerektiğini düşünüyoruz. Zira hata hali iş sözleşmesinin niteliğine çok uygun bir kavram değildir. Sözleşme görüşmelerinin oldukça detaylı yapıldığı tarafların birbirinin eğitim durumunu, yaşını, tecrübesini detaylıca araştırdığı, işçi açısından da başvurulacak pozisyonun kendisine uygun olup olmadığını başvuru öncesinde değerlendirdiği göz önüne alındığında işçinin “bu iş bana göre değilmiş” diyerek sonradan sözleşmeyi iptal etmesi iş sözleşmesinin ruhuna uygun değildir. Ayrıca böyle bir kapının aralanması iş hayatını kaosa sürükleyebilir. Başvurduğu işin seçiminde hataya düşen her işçi sözleşmesini ihbar süresi tanımadan iptal ederse bu hem kötüye kullanılabilir hem de kamu düzenini bozar.

Hata halinden farklı olarak sözleşmenin bir tarafının diğer tarafça yanıltılması halinde artık bu durum hile olarak kabul edilir ve bu hal hem TBK anlamında sözleşmeyi iptal hakkı verir hem de İş Kanunu m.24/II-a ve m.25/II-a anlamında haklı nedenle fesih hakkı verir. Ancak önceki zamanlarda farklı görüşler²⁹⁷ olmakla beraber kanaatimizce İş Kanunu’nda özel düzenleme bulunması nedeniyle TBK hükümlerinin uygulanması mümkün değildir²⁹⁸.

İş Kanunu m. 24/II-a’da işçi yönünden 25/II-a’da ise işveren yönünden birbirine paralel şekilde; iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söylemek suretiyle tarafların birbirlerini yanıltması hali haklı nedenle fesih sebebi olarak öngörülmüştür. Görüldüğü üzere haklı nedenle feshe konu olabilmesi için yanıltmanın sözleşmenin esaslı noktalarında olması gerekir. Sözleşmenin esaslı noktaları objektif olarak esaslı noktalar ile taraflarca esaslı kabul edilen yani subjektif esaslı noktalar olarak anlaşılmalıdır²⁹⁹. Esaslı noktalar sözleşme sırasında tarafların önem atfettiği noktalardır³⁰⁰. Taraflardan birinin hile ile yanıltılmasaydı sözleşmeyi

²⁹⁷Caniklioglu, **a.g.e.**, s.266 d.n.910’da belirtilen Kenan Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, 1989 s.214; Nuri Çelik, Bireysel İş Hukuku,1971 s.247 ve diğer yazarlar

²⁹⁸Aynı yönde Caniklioglu, **a.g.e.**, s.267; Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.** s.172; Yürekli, **a.g.e.**, s.573

²⁹⁹ Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.** s.279; Yürekli, **a.g.e.**, s.572

³⁰⁰Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.** s.289

yapmayacak olduğu hususlar sözleşmenin esaslı noktalarıdır³⁰¹. Başka bir tanıma göre, sözleşmenin niteliğine, genel iş anlayışına ve koşullarına göre tarafların mutlaka üzerinde uyuşması gereken noktalar esaslı noktadır³⁰². Hileli davranış sözleşmenin kurulmasında etkili olmalıdır. Sözleşme görüşmelerindeki yanlış bilgilendirme sözleşmenin kurulmasında etkili olmamışsa bu hükümlere dayanılarak sözleşme sona erdirilemez³⁰³.

Yanıtma sadece gerçeğe aykırı beyanda bulunmak şeklinde değil aynı zamanda konuşması gerekirken susması şeklinde de olabilir³⁰⁴. Dürüstlük kuralı uyarınca soru sorulmadan kendiliğinden açıklama getirme yükümlülüğü olan bir durumda sessiz kalınması karşı tarafı yanıltacaktır. Olağan görülebilecek vaatler, sözler, övgüler yanıtma olarak kabul edilmez³⁰⁵.

Kanun üçüncü kişilerin hileli davranışlarını haklı nedenle fesih hali olarak görmemiştir³⁰⁶. Ancak işveren vekillerinin işçiye yanıltması halinde pek tabi ki işveren vekilleri İş Kanunu 2. maddesi gereğince üçüncü kişi sayılmayacaktır³⁰⁷.

Bu kapsamda işçinin sağlık durumu hakkında sorulan soru üzerine veya soru sorulmamış olsa da kendiliğinden açıklama getirmesi gerekirken gerçeğe aykırı beyanda bulunması veya susması halinde işveren açısından, yine işverenin işyerinin sağlık koşulları hakkında işçiye tam ve doğru bilgi vermesi gerekirken vermemesi halinde işçi açısından haklı nedenle fesih gündeme gelebilecektir. Örneğin işçinin bel fıtığı olmasına rağmen taşıma firmasında işe başlarken bu hastalığını gizlemesi hatta sorulan soru üzerine hastalığını inkar etmesi halinde bu tür bir durum söz konusu olabilir. Yine işçinin işin niteliği gereği hamile olduğunu kendiliğinden açıklaması gerekirken bunu açıklamaması halinde pasif hile oluşacağı ve m.25/II-a kapsamında

³⁰¹Şakar, **a.g.e.**, s.7; Yürekli, **a.g.e.**, s.572

³⁰²Odaman, **a.g.e.**, s.2

³⁰³Erkanlı **a.g.e.**, s.161;Odaman, **a.g.e.**, s.3

³⁰⁴ Süzek, **a.g.e.**, s.682; Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.265; Erkanlı, **a.g.e.**, s.158;Odaman, **a.g.e.**, s.3

³⁰⁵ Yürekli, **a.g.e.**, s.572; Odaman, **a.g.e.**, s.3

³⁰⁶Şakar,**a.g.e.**, s.388; Erkanlı, **a.g.e.**, s.161;Odaman, **a.g.e.**, s.4

³⁰⁷ Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.** s.280; Yürekli, **a.g.e.**, s.572

işverenin fesih hakkı olacağı belirtilmiştir³⁰⁸. Yine işverenin iş görüşmeleri sırasında astımı olan işçiye kullanacağı malzemelerde hastalığını etkileyecek kimyasal bulunmadığını söylemesine rağmen sonradan malzemelerde işçinin astımını etkileyen kimyasallar olduğu ortaya çıkması da işçi açısından sözleşme görüşmeleri sırasındaki hileli davranış nedeniyle fesih hakkını gündeme getirecektir.

Daha önce belirttiğimiz üzere kimi yazarlarca³⁰⁹ işverenin soru sorma hakkının sınırlarını aşarak sorduğu sorulara işçilerin gerçeğe aykırı beyanda bulunmasının işverene fesih hakkı vermeyeceği, işçinin yalan söyleme hakkı olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce işveren soru sorma hakkının sınırlarını aştığına göre sorunun sözleşmenin esaslı olmayan bir noktasına ilişkin olduğu kabul edilerek gerçeğe aykırı beyan vermenin haklı nedenle feshe konu olamayacağı değerlendirilebilir. Ancak hiç kimsenin görüşmeler sırasında yalan beyanda bulunma hakkı olmadığını düşündüğümüz için bu durumda işverenin en azından geçerli nedenle fesih imkanı göz ardı edilmemelidir³¹⁰. Yargıtay da bir kararında³¹¹ işe girerken sigara kullanmadığını beyan eden işçinin sigara içerken görülmesi üzerine gerçekleştirilen feshin, haklı neden ağırlığında olmasa da geçerli neden olduğuna hükmetmiştir.

³⁰⁸Odaman, **a.g.e.**, s.7

³⁰⁹ Akyiğit, **İş Hukuku**, s.297; Yürekli, **a.g.e.**, s.552; Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.270; Odaman,**a.g.e.**, s.3; Erkanlı, **a.g.e.**, s.158

³¹⁰Geçerli nedenle fesih sebebi olamayacağı yönünde Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.241; esaslı olmayan noktalarda verilen gerçeğe aykırı beyanın işyerinde olumsuzluk yaratması halinde geçerli nedenle fesih olabileceği yönünde Yürekli, **a.g.e.**, s.574

³¹¹ “işyerinde yapılan işin niteliği gereği sigara içilmeyeceği konusunda bir yasağın bulunduğu bir işyerinde, işçi işe girerken bu konuda sorulan soruya sigara kullanmadığı şeklinde cevap vermiştir. İşçi işyerinde sigara kullanırken tespit edilmiştir. Her ne kadar sigara içtiği yerde o sırada yanıcı madde bulunmamakta ise de, işe girerken sigara içmediğini belirten ve işverenin bu konudaki talimatlarına uymayan işçinin sözü edilen davranışı fesih için haklı neden ağırlığında değilse de, geçerli neden teşkil ettiği açıktır. Bu nedenle, davacının işe iade isteğinin reddine karar verilmesi” Y. 9 HD E.2006/4640 K.2006/7155 T.21.03.2006 Yürekli, **a.g.e.**, s.574

2.5. İşçinin Sahte Rapor, Hatır Raporu Vermesi Yahut Raporlu İken Başka Yerde Çalışması Nedeniyle Haklı Nedenle Fesih Hakkı

Hastalık veya engellilik halinde sözleşme askıda kalmaktadır. Sözleşmenin askıda olması tarafların edimlerinin ifasını geciktirici bir özellik taşısa da temel olarak sözleşmenin geçerliliğine ve varlığına etki etmemektedir³¹². Yani iş sözleşmesinin asli edimleri olan iş görme ve ücret ödeme borçları dışındaki borçlar varlığını sürdürür. Sadakat yükümlülüğü, işçinin kişiliğini koruma yükümlülüğü, işçinin kişisel verilerini koruma yükümlülüğü gibi yükümlülükler geçerli olmaya devam eder.

Bu nedenle işçinin, hasta olduğu yahut hasta olduğu iddia edilen dönemde de sadakat yükümlülüğü devam etmekte olup buna aykırı eylemleri İş Kanunu 25/II maddesi uyarınca haklı nedenle fesih imkanı verecektir. 25. maddenin II fıkrasının e bendi işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması halinde sözleşmenin haklı nedenle feshedilebileceğini düzenlemiştir. Sadakat yükümlülüğüne aykırılık halinde de m.25/II-e hükmü uygulama alanı bulur.

Uygulamada bu kapsamda en çok rastlanan sadakate aykırı davranışlar işçinin hasta olmadığı halde hatır raporu almasıdır. İşçinin hasta olmamasına rağmen tanıtık bir hekim aracılığıyla hatıra binaen aldığı raporlara hatır raporu denilmektedir. Özellikle işçinin tatil günlerini birleştirmek, tatil günü dışında bir yere gitmek, fazla mesaiye kalmamak, işyerinde yoğunluk yaşıyorsa bu yoğunluktan kurtulmak gibi çeşitli saiklerle bu raporu aldığı görülmektedir. Alttaki saik ne olursa olsun işçinin hasta olmadığı halde aldığı hatır raporu ile işvereni kandırması sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmaz.

Hatır raporundan farklı olarak bazen işçiler sahte rapor da alabilmektedir. İşçilere sahte doktor raporu temin eden adeta illegal örgütlerin varlığı yer yer haberlere

³¹²Caniklioğlu, a.g.e., s.281

yansımaktadır. Bunun dışında işçi kendisi de sahte rapor oluşturabilir. Hatır raporu ile sahte raporun en büyük farkı birinde gerçek bir doktorun imzası ve onayı bulunmakta iken diğerinde gerçek bir doktorun imza ve onayı olmamakta yahut doktorun imza ve onayı taklit edilmektedir. İşçinin gerçek bir doktordan gerçekten hasta olduğu için rapor alması ancak aldığı rapordaki gün sayısını artırarak daha fazla istirahat imkanı sağlaması da olasıdır. Bu da bir çeşit sahte rapor niteliğinde olacaktır.

Bütün bu durumlarda işverenin işçi ile çalışmaya devam etmesi beklenemez. Ancak pek tabi ki alınan raporun sahte olduğu yahut hatıra binaen alındığını, aslında işçinin hasta olmadığını ispat etmek işverenin yükümlülüğündedir. Hastalığın yani iş göremezliğin olmadığına dair ciddi şüpheleri bulunan işveren raporun aksini kanıtlayabilir, delil değerini düşürebilir³¹³. İşçinin rapor gününde tatile gittiğine dair sosyal medya görüntüleri, rapor gününde başka yerde çalıştığına dair tanık anlatımları, yahut işçinin raporlarının sıklıkla pazartesi ve cuma günlerine denk getirilmesi³¹⁴ gibi hususlar işverenin iddiasını ispatlayıcı özellik taşır.

Hatır raporu almak sahte rapor almak gibi sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlar işveren açısından haklı nedenle fesih sebebi olup konu hakkında Yargıtay kararları da bulunmaktadır. Örneğin bir kararında Yargıtay³¹⁵ isabetli olarak, tatil için izin istediği amirinin izin vermemesi üzerine ablasının çalıştığı hastaneden rapor alacağını beyan eden ve gerçekten de raporlu olduğu gün tatile çıkan işçinin iş

³¹³A.e., s.283

³¹⁴A.e., s.283, d.n.973

³¹⁵“Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; davacı işçi davalının 09.07.2012 tarihli ve

“İlk amiriniz ...'dan bir hafta İzin istediğiniz, İlk amiriniz tarafınıza izin vermeyince kendisine "Ben de o zaman ablamın çalıştığı hastaneden rapor alırım" diyerek, 01.07.2012 tarihinde gerçekten hasta olmadığınız halde yalan beyanda bulunup ablanızın da çalıştığı hastane olan Bursa Muradiye Devlet hastanesinden istirahat raporu aldığınız, buna mukabil bir tatil yöresinde tatile çıktığınız tespit edilmiştir. Yalan beyanınız ile ilgili savunmanızı kendi el yazınızla vermenizi” içerikli savunma istem yazısına aynen;

“Rapor aldım ve ilaç tedavisi görüyorum halen. Bu arada da tatil yaptım.” şeklinde cevap vermiş olup, savunma içeriği davalının hatıra binaen sağlık raporu temin edilip tatile gidildiği şeklindeki haklı fesih nedenini teyit eder mahiyettedir. Davacı da raporlu olduğu tarihlerde tatil yaptığını zaten kabul etmiştir. Davacının doğruluk ve bağlılık ile bağdaşmadığı açık olan bu davranışı sebebiyle davalı işverenin fesihte haklı olduğu kabul edilerek, şartları oluşmayan kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi yerine, yazılı gerekçelerle kabulü hatalıdır” Y. 9 HD E. 2017/1505 K. 2018/592 T. 18.1.2018 (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi: 01.11.2019

sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini kabul etmiştir. Olayda tipik bir hatır raporu mevzu bahistir.

İşçinin gerçekten hasta olduğu ve gerçek bir doktordan rapor aldığı hallerde de işçiden beklenen şey rapor süresince sağlığına dikkat ederek en kısa sürede iyileşmesi ve işinin başına dönmesidir. Ancak işçi bu süre içerisinde dinlenmiyorsa, sürekli dışarılarda keyfi gezmeler de bulunuyorsa, kendini yoracak hastalığını kötüye götürecek başkaca faaliyetlerde bulunuyorsa işçi yine sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmaktadır. İşçinin bu şekildeki davranışları esasen onun tam anlamıyla hasta olmadığına da işaret etmektedir³¹⁶. Bu hallerde de fesih gündeme gelebilecektir. Ancak burada ölçülü olmak ve eylemin ağırlığını iyi değerlendirmek gerekir. İşçinin sözleşme ile üstlendiği edimi yerine getirmesine engel olan hastalığın, onun hiçbir şey yapmadan evde oturmasını gerektirecek ağırlıkta olmasına gerek yoktur. İşçi raporlu olduğu günlerde de dışarı çıkabilir dolaşabilir. Burada somut olaya göre değerlendirme yapmak gerekir. Örneğin daha çok bilgisayar başında iş yapan bir işçinin raporlu olduğu gün gece kulübünde eğlendiğini gösteren sosyal medya görüntüleri, işverene fesih hakkı verecektir. Ancak bir fabrika işçisinin raporlu olduğu gün ailesi ile çay bahçesinde olduğuna dair görüntüler işverene fesih imkanı vermemelidir.

İşçinin raporlu olduğu günler başka bir işyerinde çalıştığının anlaşılması halinde de işçinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı kabul edilir³¹⁷. Bu nedenle raporlu olduğu gün başka işte çalışması haklı nedenle fesih sebebi olarak kabul edilmektedir. Yargıtay'ın³¹⁸ da bu yönde kararları bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, işçinin her hastalığı sonrası rapor alması ve işverenin de her hasta olan işçiden rapor talep etmesi gerekmemektedir. İşçi rapor almasa dahi hasta

³¹⁶Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.282

³¹⁷ **A.e.**,

³¹⁸ Y. HGK E.1991/9-223 K.1991/315 T.29.05.1991, Y. 9 HD E.1991/457 K.1991/8358 T.13.05.1991 Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.282, d.n.967; “Somut olayda; Davacı işçinin raporlu olduğu 21.8.2007 tarihinde başka bir işyerinde çalıştığı sabittir. Bu durum işçinin doğruluk ve bağlılık yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder. Davacının iş sözleşmesi davalı işveren tarafından haklı olarak feshedilmiştir. Davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y. 9 HD E. 2008/42769 K. 2010/38188 T. 16.12.2010 (çevrimiçi) <http://www.baltaci.av.tr/raporlu-isci-farkli-bir-isyerinde-calisabilir-mi/> Erişim Tarihi: 15.11.2019

olduğunu beyan ederek işvereni tarafından izin verilen bir günde belirtilen şekilde, dinlenmemesi, başka yerde çalışması, eğlenceye çıkması gibi durumlarda haklı nedenle fesih gündeme gelecektir.

İşçinin aldığı raporu işverene zamanında vermemesi ise Yargıtay³¹⁹ tarafından haklı değil geçerli nedenle fesih sebebi olarak kabul edilmiştir.

2.6. İşçinin Hastalığının İş Kanunu 25/II-g Hükmünde Yer Alan Devamsızlık Nedeniyle Fesih Hakkı Açısından Devamsızlığı Haklı Kılması

İşçinin sağlık sebeplerine dayalı olarak işe devamsızlık yapması halinde bunun ne zaman geçerli ve ne zaman haklı neden olduğuna yukarıda değinmiştik. Ancak yukarıda ele alınan durumlarda işçinin devamsızlığı haklı ve geçerli bir mazerete dayandığı halde yani sağlık sebebine dayandığı halde işverenin fesih hakkı düzenlenmiştir. Eğer işçinin devamsızlığı haklı ve geçerli bir mazerete dayanmıyorsa bu durumda işverenin İş Kanunu m. 25/II-g bendi uyarınca fesih hakkı gündeme gelir. Buna göre işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi işveren açısından haklı fesih sebebidir. Maddede belirtildiği gibi devamsızlığın haklı bir sebebe dayanmaması gerekir. Ancak pek tabi ki hastalık hali devamsızlık için bir haklı sebeptir. Yargıtay kararları da bu yöndedir³²⁰.

³¹⁹ “Raporların işverene zamanında sunulmaması geçerli fesih nedeni teşkil etse de haklı fesih nedeni sayılamayacağından davacının kıdem ve ihbar tazminatı talebinin hüküm altına alınması gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile bu taleplerin reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Y. 22 HD. E. 2015/21683 K.2017/27756 T.04.12.2017 Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, **a.g.e.**, s.500, d.n. 1484 ve (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi:01.11.2019

³²⁰ “İşçinin hastalığı, aile fertlerinden birinin ya da yakınlarının ölümü veya hastalığı, işçinin tanıklık ve bilirkişilik yapması gibi haller, işe devamsızlığı haklı kılan nedenlerdir.” Y. 9 HD E.. 2017/21329 K. 2017/9807 T. 6.6.2017 (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:01.11.2019

Ancak hastalığın devamsızlığı haklı kılabilmesi için hastalığın zamanında gecikmeksizin işverene bildirilmesi gerekir³²¹. Buradaki gecikmeksizin ifadesi kusur olmadan zaman kaybetmemeyi ifade eder³²². Yani işçi bildirme imkanı var ise hastalandığını derhal işverene bildirmelidir. Bildirme imkanı yoksa bunu engelleyen halin ortadan kalkması halinde derhal bildirmelidir. Ağır bir hastalık geçirmesi, şuurunun açık olmaması, kaza nedeniyle hastanede tedavi altında olması gibi çeşitli sebeplerden dolayı işçi haber veremeyecek durumda olabilir. Bu gibi durumlarda da en geç bu halin ortadan kalkmasından sonra gecikmeden işverene haber vermelidir. Bu husus işçinin sadakat yükümlülüğünün bir gereğidir³²³. İmkani olduğu halde hastalandığını işverene bildirmeyen işçi sadakat yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olur ve artık devamsızlığın haklı bir nedene dayandığını kabul etmek mümkün değildir³²⁴.

Hastalığı bildirmenin belirli bir şekli yoktur. Önemli olan hastalıktan işverenin haberdar olmasıdır. İşçi hastalığını posta, telefon, mektup, faks, çalışma arkadaşı, aile yakını gibi herhangi bir vasıta ve kişi yoluyla işverene bildirebilir³²⁵. Yahut işçi zaten işyerinde hastalandığı için ya da işverenle işçinin komşu, akraba vs. gibi var olan yakınlığı nedeniyle işveren işçinin hastalandığından haberdar olabilir.

Daha önce hastalığın ve engelliliğin ispatı kısmında bahsettiğimiz üzere devamsızlık yaptığı dönemde devamsızlığının haklı bir sebebe dayandığını ispat yükü işçidedir³²⁶. İşçi hastalığını en kolay doktor raporu ile ispatlar. Ancak doktor raporu ispatın tek aracı değildir. İşveren yukarıda bahsettiğimiz üzere bir vasıta veya aracı kişi yoluyla yahut kendi bilgi ve görgüsü ile işçinin hastalandığından haberdar olmuşsa artık işçiden rapor istemesine gerek yoktur³²⁷. İşçinin hastalandığına ve bu yüzden gelmediğine dair tanıklar varsa işverenin bu tanıkları dikkate alması gerekir³²⁸. Olağan

³²¹ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.286

³²² **A.e.**,

³²³ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.289; Akyiğit, **İş Hukuku**, s.309

³²⁴ Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.289

³²⁵ **A.e.**, s.286, d.n.985

³²⁶ Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.295

³²⁷ Sözer, **Hasta İşçi**, s.34

³²⁸ Caniklioğlu, eski tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararına dayanarak Yargıtay'ın tanıkla ispatı kabul etmediğine işaret etmişse de tanıkla ispata imkan tanındığı izlenimi veren yeni tarihli kararlar vardır.

hayatın şartlarında bilinmektedir ki kimi insanlar maalesef çok hasta da olsalar doktora gitmek istemezler. Evde yatarak hastalığının geçmesini beklerler. Bu halde de rapor temin edilemez. Ancak işçinin hastalığının şüpheli olması durumlarında işverenin işçiden rapor getirmesini isteme hakkı vardır³²⁹. Özellikle işçinin hastalığının tam da iki tatil gününün arasındaki iş gününe denk gelmesi işverende haklı bir şüphe oluşturabilir. Rapor devlet veya özel hastane raporu olabilir. Artık Yargıtay da özel hastane raporunu kabul etmektedir³³⁰. Raporda şüpheli bir durum varsa işverenin kendi güvendiği doktordan rapor getirilmesini isteme hakkı olduğu belirtilmiştir³³¹.

2.7.Haklı Nedenle Derhal Feshin İşçi ve İşveren Açısından Usulü ve Sonuçları

2.7.1. Genel Olarak

Geçerli nedenle fesih sonuçlarına değinirken geçerli nedenle fesihte işverenin kanunen uyması gereken usul yükümlülükleri olduğundan bahsetmiştik. Bu kapsamda İş Kanunu m.19 gereği işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunluluğu vardır. Aynı şekilde geçerli nedenle işçiyi işten çıkarmak isteyen işverenin eğer fesih sebebi işçinin davranışı veya verimi ise m. 19/2 gereği öncelikle savunmasını alması gerekecektir. Bu usuli yükümlülükler uymaması halinde fesih geçersiz hale gelecektir.

*“Davacı dosya içerisindeki belgelere göre 6.6.2002 tarihinde KBB uzmanı özel doktordan hastalığı nedeniyle 15 gün rapor almıştır ve raporu işverene ibraz etmiştir. Raporun bitip işe başlayacağı 21.6.2002 de aynı doktordan 20 günlük bir rapor daha almış ve bu rapor ise işverene sunulmamıştır. İşveren tarafından davacının gerçekten hasta olmadığı yönünde iddiada bulunulmamış **davacı tanıkları da hasta olduğunu beyan etmişlerdir**. İşverenin davacının özel doktordan aldığı ilk raporu kabul edip ikinci raporu kabul etmemesi ise iyi niyetle bağdaşmamaktadır. Davacının devamsızlığının hasta olması nedeniyle gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Sırf, SSK hastanesinden, vizite kağıdı ile başvurup raporunu resmi kurumdan almadığı gerekçesiyle kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi hatalıdır.”* Y. 9. HD E. 2004/22689 K. 2005/11822 T. 4.4.2005 (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:01.11.2019,

³²⁹ Sözer, **Hasta İşçi**, s.34

³³⁰“Mazeretin ispatı noktasında, sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadığı sürece özel sağlık kuruluşlarından alınan raporlara da değer verilmelidir.” Y. 9 HD E.. 2017/21329 K. 2017/9807 T. 6.6.2017 (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:01.11.2019

³³¹Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.290

19. madde geçerli nedenle feshi düzenleyen 18. maddeden sonra gelmektedir ve madde başlığı “Sözleşme feshinde usuldür.” Bu nedenle 19. maddenin sadece geçerli nedenle fesihle ilgili olduğu Kanun’un sistematik yorumundan da anlaşılmaktadır. Haklı nedenle fesihte ise bu yönde bir düzenleme bulunmadığı için işverenin fesih bildirimini yazılı yapmak veya fesih sebebini açık ve kesin şekilde belirtmek zorunluluğu yoktur. Savunma alma zorunluluğu olup olmadığını ise aşağıda ayrıca inceleyeceğiz. Yargıtay da bu yönde kararlar vermiştir. Örneğin 9. Hukuk Dairesi’nin 2008/34018 sayılı kararında bu husus belirtilmiş ve bu yöndeki kararların yerleşmiş içtihadı olduğu vurgulanmıştır: *“Belirtmek gerekir ki, yazılı fesih bildirimi ve fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtilmesi, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18’inci maddesi uyarınca yapılacak fesihler için geçerlilik şartı olarak aranmaktadır. Buna karşılık, aynı Kanun’un 25’inci maddesinde öngörülen işverenin haklı nedenle derhal feshinde yazılı şekil ve fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtilmesi şartları aranmamaktadır. Zira maddenin son fıkrasında haklı nedenlerle işverenin feshi hallerinde, işçinin 18, 20 ve 21. madde hükümleri uyarınca yargı yoluna başvurabileceği belirtilmiştir. Haklı nedenle fesihte, bu düzenlemeler karşısında, 19. maddedeki yazılı bildirim, fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtilmesi ile savunma alınması koşulu aranmamalıdır. Dairemizin uygulaması da bu yöndedir”*³³².

Haklı nedenle fesihte ayrıca kanunen getirilmiş bir süre sınırı vardır. Haklı nedenle fesih hakkı Kanun’un 26. maddesi gereğince 24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz. Görüleceği üzere 24/II ve 25/II kapsamında yapılacak fesihlerde işverenin ve işçinin uyması gereken altı iş günlük süre sınırı vardır. Bu altı iş günü olan sürenin hesaplanması konusunda

³³²Y.9 HD E. 2008/34018 K. 2009/14968 T. 1.6.2009 (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:01.11.2019 aynı yönde Y. 9. HD. E. 2016/16593 K. 2017/10993 T.22.06.2017 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi:01.11.2019

Yargıtay³³³ “altı iş günlük süre işçi ya da işverenin haklı feshe neden olan olayı öğrendiği günden itibaren işlemeye başlar. Olayı öğrenme günü hesaba katılmaksızın, takip eden iş günleri sayılarak altıncı günün bitiminde haklı fesih yetkisi sona erer. İşverenin tüzel kişi olması durumunda altı işgünlük süre feshe yetkili merciin öğrendiği günden başlar. Bu konuda müfettiş soruşturması yapılması, olayın disiplin kurulunca görüşülmesi süreyi başlatmaz. Olayın feshe yetkili kişi ya da kurula intikal ettirildiği gün altı iş günlük sürenin başlangıcını oluşturur. Bir yıllık süre ise her durumda olayın gerçekleştiği günden başlar.

Haklı fesih sebebinin devamlı olması durumunda hak düşürücü süre işlemez. Yine işyerinde işi yavaşlatma ve üretimi düşürme eyleminin süreklilik göstermesi durumunda, altı iş günlük süre eylemin bittiği tarihten başlar. Fesih iradesinin altı iş günü içinde açıklanması yeterli olup, bu süre içinde tebligatın muhatabına ulaşmış olması şart değildir.” demek suretiyle gayet açık bir şekilde sürenin hesaplanma yöntemini göstermiştir.

26. maddede düzenlenen süreler hak düşürücü süre niteliğinde olup süre sonrasında haklı nedenle fesih imkanı yoktur. Ancak fesih maddi açıdan haklı nedene dayanmakla birlikte usuli olarak sırf süreye uymamaktan dolayı haklı nedenle fesih sonuçları uygulanmayacaksa da Yargıtay isabetli olarak süresi içinde yapılmayan haklı nedenle fesihte işçinin davranışının en azından geçerli nedenle feshe imkan tanıdığını kabul ederek işe iade taleplerini reddedebilmektedir³³⁴.

Haklı sebeple feshettiğini iddia eden taraf genel kurallar uyarınca iddiasını ispatla yükümlüdür.

³³³ Y. 22 HD E. 2017/19635 K. 2019/14223 T.26.06.2019 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi:01.11.2019

³³⁴ “Davacının iş sözleşmesinin feshinde Disiplin Yönetmeliğindeki prosedüre uyulmaması veya davacının davranışından sonra 6 günlük süre içerisinde fesih gerçekleştirilmemesi haklı nedeni etkilese de davacının davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve sürece göre makul süre içinde fesih hakkı kullanıldığından, fesih geçerli nedene dayanmaktadır.” Y. 9 HD. E. 2016/34306 K. 2018/762 T.21.01.2018 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi:18.06.2020 aynı yönde Y. 9 HD E. 2010/49570 K. 2010/10149 T.12.04.2010 Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.258

Haklı nedenle fesih sebepleri derhal fesih sebepleri olup işçi ve işverenin sözleşmeyi feshederken ihbar süresi tanınması gerekmez. Eğer işçi sözleşmesini haklı nedenle feshediyorsa ihbar süresi tanımaksızın veya ihbar tazminatı ödemeksizin sözleşmeyi feshederek işten derhal ayrılabilir. Bunun karşısında aynı zamanda halen yürürlükte olan mülga İş Kanunu 14. maddesi uyarınca kıdem tazminatına da hak kazanacaktır. Eğer sözleşmeyi işveren feshediyor ve haklı bir nedene dayanıyorsa yine işverenin de ihbar süresi tanınması gerekmez. Ancak kıdem tazminatı açısından işverenin hangi bende dayandığı önemlidir. Zira işveren halen yürürlükte olan mülga İş Kanunu 14. maddesi uyarınca sadece 25/II kapsamında ahlak ve iyi niyet hallerine dayanarak yaptığı haklı nedenlerle fesihte kıdem tazminatı ödememektedir. Onun dışında yapacağı haklı nedenle fesihlerde kıdem tazminatı ödemek durumundadır. Bu kapsamda özellikle 25/I kapsamında işverenin yapacağı sağlık sebebiyle fesihlerde işveren kıdem tazminatı ödemek durumundadır. Yine işçi 24/I kapsamında sağlık sebebiyle haklı nedenle fesih yaparsa işveren yine işçiye kıdem tazminatı ödemek durumundadır.

İşçinin haklı nedenle feshe karşı İş Kanunu 25. maddesinin son fıkrası uyarınca m.18,20,21 maddeleri kapsamında dava açma hakkı vardır. İşveren haklı nedenle sözleşmeyi feshettiği iddiasına rağmen yargılama aşamasında haklı bir nedenle sözleşmeyi feshettiğini ispatlayamazsa fesih haksız olacaktır. Ancak işçinin eyleminin ağırlığına göre fesih haklı olmasa bile geçerli nedenle fesih olarak kabul edilebilir. Böyle bir halde fesih sırf 19. maddedeki usule uyulmadığı için geçersiz sayılamaz. İşçi yine kıdem ve ihbar tazminatı alacaktır. Ancak işe iade talebi kabul edilmeyecektir³³⁵.

Eğer işçi haklı nedene dayanır ancak yargılama aşamasında haklı nedeni olmadığı anlaşılırsa ihbar tazminatı ödeyecektir. Ancak işveren haklı nedenle

³³⁵“Her ne kadar, Bölge Adliye Mahkemesi'nce 4857 Sayılı Kanun'un 19. maddesine uygun olarak fesihden önce davacının savunması alınmadığından feshin geçersiz olduğuna karar verilmiş ise de Dairemiz uygulaması, işverenin haklı fesih prosedürünü işlettiği durumlar için fesih nedeninin haklı olmayıp geçerli olduğu durumlarda salt savunma alınmamasının geçerliliği ortadan kaldırmayacağı şeklindedir. Açıklanan sebeple feshin haklı olmamakla birlikte geçerli nedene dayandığı kabul edilerek davanın reddi gerekirken yerinde olmayan gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” Y. 9. HD E. 2017/24792 K. 2018/9808 T. 3.5.2018 (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:01.11.2019

feshettiğini ispatlayamazsa hem ihbar hem kıdem tazminatı ödeyecektir. Fesih haksız olmakla beraber geçerli nedene dayanıyorsa işe iade talebi kabul edilmeyecektir. Ancak hem haklı neden hem geçerli neden yokluğu halinde işçinin işe iade talebi kabul edilecektir³³⁶.

Bu açıklamalar hem belirli hem belirsiz süreli sözleşmeler için geçerlidir. Ancak belirli süreli sözleşme ile çalışan işçiler işe iade davası açamamakta olup varsa bakiye ücret talebinde bulunmaktadır. Fesih usulü ise aynıdır.

2.7.2. Sağlık Sebepleri ile Yapılacak Olan Haklı Nedenle Derhal Fesihte Savunma Alınması Zorunluluğu Var Mıdır?

Geçerli nedenle fesih halinde uygulanacak olan İş Kanunu 19. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 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. Yine İş Kanunu 25. maddesinin son fıkrası uyarınca işçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir. Dikkat edilirse 25/son fıkra hükmünde 19. maddeye atıf yapılmamıştır. Ortaya çıkan çelişkili durum Yargıtay kararlarına da yansımış ve 9. Hukuk Dairesi³³⁷ 19/2 hükmünde yer alan 25/II bendine göre yapılacak fesihlerin saklı olduğu ibaresine dayanarak diğer haklı nedenle fesih hallerinde ve özellikle sağlık sebebiyle yapılan haklı nedenle fesih hallerinde savunma alınması gerektiğini belirterek savunma alınmaması halinde feshin geçersizliğine ve

³³⁶Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.258

³³⁷Y. 9. HD E.2016/2983 K. 2017/510 T.23.01.2017; Y. 9 HD E. 2016/13617 K. 2017/8796 T.24.05.2017; Y. 9 HD E. 2016/6988 K.2017/3648 T.13.03.2017 (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:01.11.2019

işe iadeye karar vermiştir. 22. Hukuk Dairesi³³⁸ ise 25/son fıkra hükmünde 19. maddeye atıf yapılmamasına dayanarak haklı nedenle feshin hiçbir türünde savunma alınması gerekmediğini belirterek sırf savunma alınmamasının sağlık sebebiyle yapılacak feshi etkilemeyeceğine ve işe iade taleplerinin reddine karar vermiştir.

Görüleceği üzere daireler sağlık sebebiyle yapılacak fesihlerde savunma alınması gerekip gerekmediği yönünde içtihat farklılığına düşmüş olup içtihatların birleştirilmesi ihtiyacı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2017/9 K.2018/10 nolu ve 19.10.2018 tarihli kararı ile giderilmiştir³³⁹.

Söz konusu kararda iş hukukunda fesih ile ilgili kavramlar ve özellikle sağlık sebebiyle fesih kavramı öncelikle incelenmiş akabinde sağlık sebebiyle haklı nedenle fesih halinde savunma alınması gerekip gerekmediği hakkında öğreti görüşlerine yer verilmiştir. Esasen kararda konu tüm haklı nedenle fesihler için ele alınmış ancak en sonunda İş Kanunu 25. maddesinin birinci fıkrasının b bendi gereğince sağlık raporlarına dayanarak yapılacak derhal fesihlerde savunma alınmasının gerekli olmadığına karar verilmiştir³⁴⁰.

Kurul bu kararına varırken şu gerekçelere dayanmıştır: Öncelikle Kanun'un 25. maddesinin son fıkrasında işçinin m.18,20 ve 21 kapsamında dava açabileceği belirtilmişken 19. maddeye atıf yapılmaması nedeniyle kanun koyucunun, haklı nedenle yapılan fesihlerde işçinin, sözleşmenin savunma alınmadan feshedilmesi sebebine dayanarak feshin geçersizliğini ileri süremeyeceğine hükmettiği belirtilmiştir. Akabinde savunma alınmasındaki amacın işçiden kaynaklanan fesih sebeplerinde işverenin gerçeğe ulaşmasının sağlanması, işçinin değiştirebileceği nitelikteki davranışları değiştirmesi, verimi ile ilgili olumsuzlukları düzeltmesi için

³³⁸Y. 22 HD E.2012/2321 K.2012/16839 T.13.07.2012; Y.22 HD E.2013/10035 K. 2013/14132 T.11.06.2013; Y. 22 HD E.2016/29395 K.2016/27966 T.15.12.2016 (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:01.11.2019

³³⁹30769 sayılı ve 09.05.2019 tarihli Resmi Gazete

³⁴⁰Öğretide Yargıtay'ın sağlık sebepleri ile yapılan haklı nedenle fesihlerde savunma alınmaması nedeniyle feshin geçersizliğine yönelik verdiği kararlar daha öncesinde de eleştirilmekteydi. Bkz. Ender Gülver, "İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanılarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade" **İÜHFÖ Özel Sayı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan**, 2016, C.1, s.397-414 (çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/29863/321976> Erişim Tarihi: 15.11.2019

ona imkan tanınması ve işverenin düşüncelerini etkileyerek onun fesihten vazgeçmesini sağlamak olduğu vurgulanarak savunma alınmasının şekli bir unsur olmadığı ifade edilmiştir. Bu nedenle işçiden kaynaklanmayan, işçinin üzerinde tasarruf edemeyeceği, değiştiremeyeceği konularda işçiden savunma alınmasının gereksiz olduğu ifade edilmiştir. 19/2 maddesinde savunma alma konusunda sadece 25. maddesinin ikinci fıkrasının saklı tutulmasının nedeninin 25/II'deki hallerin işçinin davranışından kaynaklandığı bu nedenle kanunda ayrıca düzenlenmeseydi, bu hallerde savunma alınması gerekeceği halbuki diğer haklı nedenle fesih halleri olan 25. maddenin birinci üçüncü ve dördüncü fıkralarında zaten savunma alınmasını gerektiren bir durumun olmadığı belirtilmiştir. Yani 19. maddedeki 25/II vurgusunun, daha hafifleri için savunma alınırken daha ağır nitelikteki fesih hallerinde savunma alınma zorunluluğu bulunmamasının çoğun içinde az da vardır biçimindeki genel hukuk ilkesine aykırılık oluşturacağından kanun koyucu tarafından özel olarak açıklanma ihtiyacı duyulmasından kaynaklandığı ifade edilmiştir. 25/II dışındaki bentlerde zaten kendi nitelikleri gereği savunma alınmasına gerek yokken 19/2'de yer alan özel düzenleme gereği 25/II hallerinde de savunma alınmasına gerek yoktur. Böylece sağlık sebeplerinin işçinin davranışı ve verimi ile ilgili olmadığı, işçiden savunma alınmasının hem işçi hem işveren açısından bir önemi olmayacağı, alınan sağlık raporları sonucu bunun fiziki bir durum teşkil ettiği ve şekil şartının yerine getirilmesi dışında anlam taşımayacak olduğu ifade edilerek sağlık sebebiyle İş Kanunu m.25/I-b kapsamında yapılacak fesihlerde savunma alınmasının gerekli olmadığına karar verilmiştir.

Karşı oy yazısında her ne kadar, savunma almadan çekilmezliğin anlaşılamayacağı, kanunun abesle iştilal etmeyeceği ve m. 19/2 ile sadece m. 25/II kapsamındaki fesihleri savunma almaktan saklı tuttuğu, savunma almanın kural almamanın ise istisna olduğu ve istisnaların dar yorumlanacağı, sağlık sebeplerinin de işçinin verimi ile ilgili olduğu ifade edilmişse de belirtmek isteriz ki Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararına biz de iştirak etmekteyiz. Gerçekten de sağlık sebepleri ile fesih esasen işçinin davranışlarından ve veriminden kaynaklanmaz. Sağlık sebepleri sonuçları itibariyle verimi etkilese de verimin düşmesinin bir sonucu değildir. Ayrıca 25/son fıkrasında Kanun açıkça 19. maddeye atıf yapmamıştır. Kanun

feshin haklı nedene dayanmaması halinde işçinin m.18,20,21 uyarınca dava açabileceğini düzenlemiştir. Kanun koyucu bu hükmü yazmasaydı dahi işçinin dava hakkı olduğu kabul edilirdi. Kanun koyucunun salt hüküm olmadığında da ulaşılabilecek bir sonucu düzenleme iradesine sahip olduğu düşünülemez³⁴¹. Bu nedenle kanun koyucunun başka bir amacı olduğu kabul edilmelidir. İşte kanun koyucunun 25/son fıkrasında güttüğü amaç haklı nedenle fesihle savunma alınmadığı durumlarda feshin geçersizliği nedeniyle işe iade talep edilemeyeceğini belirtmektir³⁴². Bu hallerde savunma alınması da keza hem işçi hem işveren açısından önemli olmayacaktır. Sağlık raporlarının ve işçinin devamsızlığı ortada olup işverenin açıkça 25/I-b kapsamında fesih hakkı doğmaktadır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere işçinin devamsızlığının neyden kaynaklandığı 25/I-b açısından önem teşkil etmemektedir.

Esasen daha hafif nitelikteki hallerde savunma alınırken işçi açısından daha olumsuz sonuçları olan haklı nedenle fesihlerde savunma alınmamasının isabetli olmadığı ve geçerli nedenle fesih ve haklı nedenle fesih arasında fesih usulü açısından ortak kurallar olması gerektiği ifade edilmiştir³⁴³. Ancak mevcut düzenleme ışığında sağlık sebepleri ile fesihlerde işçiden savunma alınması gerekmemektedir.

Yargıtay dairelerinin sağlık sebebiyle fesihle savunma alınması gerektiği şeklindeki görüşleri daha öncesinden bugüne kadar sürdürdükleri uygulamasıyla da uyumlu değildir³⁴⁴. Yargıtay bir yandan haklı nedenle fesih prosedürü ile yapılan ancak sonradan geçerli nedenle fesih olduğu anlaşılan fesihlerde, 19. maddeye aykırılık nedeniyle feshin geçersizliğine karar verilemeyeceğine hükmederken³⁴⁵ bir yandan sağlık sebebiyle fesihle savunma alınması gerektiği şeklinde karar vererek çelişkiye düşmüştür.

³⁴¹ Gülver, **a.g.e.**, s.411

³⁴² **A.e.**, s.412

³⁴³ **A.e.**, s.408

³⁴⁴ **A.e.**, s.413

³⁴⁵ **A.e.**, s.412 ve orada sayılan kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararı ile sonuç kısmında sadece 25/I-b hükmüne dayanarak yapılan fesihlerde savunma alınmasına gerek olmadığına karar verilmişse de kararın gerekçesinde açıkça tüm haklı nedenlerle fesihte savunma alınmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir. Bu nedenle Yargıtay dairelerinin kararı bu yönüyle değerlendirmeleri ve verecekleri kararlarda tüm haklı nedenlerle yapılan fesihlerde savunmaya gerek olmadığına hükmetmeleri gerekmektedir.

3. İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ SIRASINDA SAĞLIK NEDENİYLE AYRIMCILIK YASAĞINA AYKIRI HAREKETLERİ VE YAPTIRIMI

Öncelikle değinmek gerekir ki ayrımcılık yasağı sadece iş sözleşmesinin sona ermesinde değil kurulması sırasında ve devamında da geçerlidir. Ancak konumuz açısından sözleşmenin sona ermesinde sağlık nedeniyle yapılan ayrımcılığa değineceğiz.

Eşit davranma ilkesi Anayasamızın 10. maddesinde düzenlenmiş olmakla beraber özel kanunlarla da güvenceye alınmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu 5. maddesi ile iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı düzenlenmiştir. Burada geçen benzeri sebepler ifadesi nedeniyle Kanun'un ayrımcılık sebeplerini sınırlı sayıda saymadığı anlaşılmaktadır³⁴⁶. Bu nedenle özürlülük kavramı yahut daha genel olarak sağlık sebepleri kavramı da ayrımcılık yasağına aykırı eylemlerin konusu olabilir³⁴⁷.

³⁴⁶Ali Nazım Sözer, “Ab'nin İstihdama İlişkin 2000/78 Eg Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık Ve Cinsel Eğilimine İlişkin Düzenlemeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.2, Haziran 2006,s.201 (çevrimiçi) <https://www.mess.org.tr/tr/yayinlarimiz/sureli-yayinlar/sicil/> Erişim Tarihi: 15.11.2019 (Sözer, Ayrımcılık); Gaye Burcu Yıldız, “Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı” **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.10, Haziran 2008,s.80 (çevrimiçi) <https://www.mess.org.tr/tr/yayinlarimiz/sureli-yayinlar/sicil/> Erişim Tarihi: 15.11.2019

³⁴⁷Yıldız, **a.g.e.**, s.81, Sözer, **Ayrımcılık**, s.197

İşveren çalışanlarına karşı ayrımcılık yapmamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük kendisini iş ilişkisinin başından sonuna kadar gösterir. Hatta işe alım sırasında yapılan nefrete dayalı ayrımcılık Türk Ceza Kanunu 122. maddesi kapsamında suç olarak düzenlenmiştir. Özellikle sözleşmenin feshi sırasında yapılacak bir ayrımcılık ise İş Kanunu 5. maddesi uyarınca tazminat sorumluluğu doğurabilecektir.

³⁴⁸ Y1ld1z, **a.g.e.**, s.80

³⁵⁰ Y. 9 HD E. 2015/13409, K. 2017/15065 T. 05.10.2017 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr>
Erişim Tarihi:01.11.2019

hem de ayrımcılık tazminatına aynı anda karar verilebilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir³⁵¹.

AIDS hastası işçi içinse geçerli nedenle fesih için hastalık tek başına bir gerekçe olamayacak olup işçinin bu hastalık nedeniyle veriminin düşmesi sık sık devamsızlık yapması gibi geçerli nedenle fesih sebepleri ayrıca araştırılmalıdır. AIDS hastası işçinin çıkarılması iş güvencesi olmayan işçiler açısından kötü niyetli fesih olarak görülmektedir. Ancak biz iş güvencesi olmayan işçiler için bu durumun her zaman kötü niyet olarak yorumlanmaması gerektiğini işverenin bulaşma korkusu ile gerçekleştirdiği fesihte kötü niyetli olmayabileceğini düşünüyoruz.

Hamile İşçi ve AIDS'li İşçi İle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi başlığı³⁵² altında yaptığımız açıklamalarda değindiğimiz AYM kararında³⁵³ AIDS'li işçinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesi sonrasında işçinin açmış olduğu ayrımcılık tazminatı konulu davada yerel mahkemenin talebin reddi yönünde verdiği karar hak ihlali olarak görülmüş ve mahkemece yargılamanın yenilenmesine karar verilmiştir. AYM kararında sağlık durumuna bağlı feshin ne zaman ayrımcılık oluşturacağına dair 98. Paragrafında şu görüşe yer vermiştir: *“İşveren tarafından iş sözleşmesinin işçinin sağlık durumuna bağlı olarak sona erdirilmesinin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edip etmeyeceği -her somut olayın koşullarına göre- işçinin hastalığının mahiyeti, hastalığın işe devam, çalışma koşulları, performans ve verimlilik üzerindeki etkileri, diğer çalışanlar yönünden tehlike arz edip etmediği, bu tehlikenin önüne geçilmesi için alınabilecek önlemler gibi unsurlar yönünden değerlendirilmelidir.”* AYM her somut olayın ayrıca incelenmesi gerektiğine vurgu yapmıştır. Özellikle hastalığın yarattığı tehlikeye karşı alınabilecek önlemlerin olup olmadığının da önemli olduğuna işaret etmiş ve söz konusu kararda da işverenin fesih öncesinde alternatif iş imkanlarının varlığını

³⁵¹Y. 22. HD E. 2014/31113 K. 2015/12206 T.31.03.2015 (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr>
Erişim Tarihi:01.11.2019

³⁵² IV. Bölüm 1.6. Başlık

³⁵³ AYM Başvuru Numarası: 2014/19081 Karar Tarihi: 1/2/2017 R.G. Tarih ve Sayı: 10/3/2017 - 30003

değerlendirmemesinin mahkemece incelenmemesi nedeniyle hak ihlali kararı vermiştir.

Burada belirtmek gerekir ki işçinin sözleşmesinin feshi için İş Kanunu m.25/I veya 25/II kapsamında haklı nedenle fesih sebepleri oluşmuş ise yahut geçerli nedenle fesih halleri varsa bu durumda sağlık nedeniyle ayrımcılık gündeme gelmeyecektir³⁵⁴. Yukarıda anlattığımız koşullar çerçevesinde işçinin işyerinde çalışması diğer kişiler için risk taşıyorsa, bulaşma riski varsa, işverenin bu koşullarda artık kendisi ile çalışması beklenemez ise artık işçinin sağlık sebebiyle ayrımcılık yapıldığı iddiası kabul görmez. Ancak bu hallerin dışında kalan bir sebeple yani geçerli veya haklı bir sebeple fesih koşulları oluşmamış iken işçinin bu taşıdığı hastalık veya özürlülük nedeniyle işten çıkarılması söz konusu ise bu durum ayrımcılık oluşturabilir. Sağlık sebebi ile ayrımcılık için işçinin hastalığı nedeniyle diğer işçilere nazaran farklı bir muameleye tabi tutulması ve bu muamelede hukuken haklı bir yan bulunmaması gerekir. Fesih sebebi olamayacak bir hastalık nedeniyle işçinin çıkartılması ona karşı bir ayrımcılık oluşturacaktır. Bu halde işçi tarafından dava açılması şartı ile işverene karşı uygulanacak yaptırım ise yine İş Kanunu 5. Maddesinin 6. fıkrası uyarınca dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminat ve yoksun bırakıldığı haklarıdır.

İşçinin hastalığı nedeniyle ayrımcılığa uğrayarak işten çıkartılması dışında işçi de eğer hastalığı nedeniyle ayrımcılığa uğrarsa sözleşmeyi İş Kanunu m.24/II kapsamında haklı nedenle feshedebilir. Ayrımcılık ahlak ve iyi niyet kurallarına en açık aykırılıklardandır.

³⁵⁴Yıldız, **a.g.e.**, s.84

4. İŞVERENİN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI ÇERÇEVESİNDE İŞÇİNİN HASTALIĞI İLE İLGİLİ ÖĞRENMiŞ OLDUĞU BİLGİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK İŞLEMEME VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE AKTARMAMA BORCU VE İHLALİ HALİNDE İŞÇİNİN FESİH HAKKI

İş sözleşmesi kapsamında işçinin olduğu kadar işverenin de sır saklama yükümlülüğü olduğu söylenebilir. Bu yükümlülük kendini özellikle işçinin kişisel verilerinin korunması olarak gösterir. Günümüzde değişen ve gelişen hukuk dünyasında kişisel verilerin korunması oldukça yüksek bir öneme sahip olmaktadır. Bu durum hem uluslararası hem de ulusal hukukumuzda geçerlidir. Ulusal düzenlemeler açısından en son geline nokta 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu düzenlenmiştir³⁵⁵.

6698 sayılı Kanun'da kişisel veri kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak tanımlanmıştır. İş hukukunda ise kişisel veri kavramı, bilgisayar ortamında veya özlük dosyalarında saklanan, işçinin özel ve mesleki yaşamını kapsayan, işçiyi doğrudan veya dolaylı ilgilendiren tüm bilgiler, işaretler veya notlar olarak tanımlanabilir³⁵⁶. Bu doğrultuda işçinin kimlik bilgileri, adresi, mesleği, medeni durumu, doğum tarihi, tabiiyeti, mahkumiyet durumu, siyasi ya da sendikal faaliyetleri, sağlık ve hastalık durumu, e-posta yazışmaları, dini, ırkı, etnik kökeni, cinsel eğilimi vb. bilgiler korunması gereken kişisel veriler kapsamında yer almaktadır³⁵⁷.

Görüleceği üzere işçinin sağlık bilgileri de kişisel veri kapsamındadır. Hatta 6698 sayılı Kanun kapsamında sağlık bilgileri özel nitelikli kişisel veridir. Bu husus

³⁵⁵ 29677 sayılı ve 07.04.2016 tarihli Resmi Gazete

³⁵⁶ A. Eda Manav, "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerin Korunması" **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.19,S.2, 2015, s.99 (çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48099/608209> Erişim Tarihi: 15.11.2019

³⁵⁷ A.e., s.100

Kanun'un 6. maddesinde belirtilmiştir. Özel nitelikli kişisel verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. Ancak 6698 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 3. fıkrası uyarınca *“Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.”*

Kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarılması noktasında kanun yine ilgilinin açık rızasını aramakta olup ancak rıza aranmaksızın kişisel verilerin işlenmesi için düzenlenen istisnai durumların varlığı halinde yine rıza aranmaksızın aktarılmasına izin vermektedir.

Türk Borçlar Kanunu 419. maddesinde³⁵⁸ de işçinin kişisel verilerinin korunması adına düzenleme yapılmış olup yapılan düzenleme uyarınca *“İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Özel kanun hükümleri saklıdır.”* Kanun'da vurgulandığı üzere işçinin kişisel verilerinin kullanılması ancak işçinin üstlendiği edimin ifası amacına uygun ise hukuka uygundur³⁵⁹.

İşverenin bu kapsamda işçinin sağlık bilgilerine de diğer bilgiler gibi kişisel veri olarak yaklaşması ve ilgilinin açık rızası olmadıkça işlememesi ve üçüncü kişilere aktarmaması gerekir. İşveren işçinin üstlendiği edimin ifası için zorunlu değilse işçinin sağlığı ile ilgili bilgileri kullanmamalıdır.

İş Kanunu 75. maddesinde de yine kişisel verileri ilgilendiren bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre *“İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar*

³⁵⁸TBK 419. maddesinin veri koruma hukuku açısından incelenmesi hakkında bkz. Ahmet Sevimli, “Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu madde 419”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 24, Aralık 2011, s.120-139 (çevrimiçi) <https://www.mess.org.tr/tr/yayinlarimiz/sureli-yayinlar/sicil/> Erişim Tarihi: 15.11.2019

³⁵⁹Manav, **a.g.e.**, s.105

uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır. İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür.” İşverenler işçiler için özlük dosyası oluşturmakla yükümlüdür. Bu özlük dosyasına işçi ile ilgili birçok kişisel veri girebilir. Örneğin işçinin aldığı sağlık raporları, ise giriş muayeneleri, psikolojik testler, performans testleri özlük dosyasında tutulabilir. İşveren özlük dosyasındaki bilgileri ilerideki bir yargılamada gerektirdiği ölçüde kendi lehine kullanabilir. Ancak özlük dosyasında yer alan bilgileri dürüstlük kuralına ve hukuka aykırı kullanamaz. Bu bilgileri üçüncü kişilere aktaramaz. İşçinin özlük dosyasında yer alan bilgileri açıklamama yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilir³⁶⁰. Gizli bilgilerin üçüncü kişilere aktarılması sır saklama yükümlülüğünün ihlali olacaktır.

İşverenin kişisel verileri iş sözleşmesi sona erdikten sonra da koruması ve işçinin rızası olmaksızın veyahut kanuni bir yükümlülüğü olmaksızın üçüncü kişilere açıklamaması gerekir³⁶¹. İşçi işten ayrıldıktan sonra yeni bir iş görüşmesine gittiği zaman, yeni iş görüşmesinde eski iş yerinin neresi olduğu ve buradan neden ayrıldığı en sık sorulan sorular arasındadır. Yeni işveren bilgi almak amacıyla eski işverenle doğrudan iletişime geçebilir. Bu durumda eski işverenin işçi ile ilgili kişisel verileri kural olarak paylaşmaması gerekir³⁶². Ancak işçi yeni işverene başvururken, eski işvereni referans göstermişse, işçinin kendi hakkında bilgi verilmesi hususunda izni olduğu kabul edilmelidir³⁶³. Bu durumda da verilen bilgilerin gerçeğe uygun olması gerekir³⁶⁴.

³⁶⁰ Hayrunnisa Özdemir, “ İşyerinde İşçilerin İzlenmesi Ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, S. 1–2 (2010), s.260 (çevrimiçi) https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2010-XIV_1-10.pdf Erişim Tarihi:20.06.2020 (Özdemir, **İşyerinde İşçilerin İzlenmesi**); Manav, **a.g.e.**, s.106

³⁶¹ Manav, **a.g.e.**, s.129

³⁶² **A.e.**,

³⁶³ **A.e.**,

³⁶⁴ **A.e.**, s.130

Örneğin işçinin devamsızlık süresinde aldığı sağlık raporlarının içeriğinin eski işveren tarafından yeni işverene aktarılmaması gerekir. Bu sağlık bilgileri görüşme sırasında yeni işverene işçi tarafından zaten açıklanması gereken bilgiler olabilir. Ancak bunu açıklayıp açıklamamak işçinin takdirindedir. Eski işverenin işçiye ait sağlık bilgilerini bu halde de açıklamaması gerekir. Açıklanmadığı zaman karşılaşılabilecek yaptırımlar işçinin kendisini ilgilendirmektedir.

İşçinin rızası olmaksızın sağlık bilgilerinin yeni işveren veya başka bir üçüncü kişiye aktarılması halinde işçinin genel hükümlere göre maddi ve manevi tazminat hakkı saklıdır. Zira kişisel veriler işçinin kişilik haklarına dahil olup bunlara yapılacak olan müdahaleler 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu³⁶⁵ 24 ve 25. maddelerinde koruma altına alınmıştır³⁶⁶. Bu kapsamda işçi tazminat dışında Medeni Kanun m. 25'te tanınan diğer hakları da kullanabilir.

İşçinin sağlığına dair kişisel verilerinin iş sözleşmesi devam ederken hukuka aykırı olarak işlenmesi veya üçüncü kişilere aktarılması halinde işçinin sözleşmeyi İş Kanunu m. 24/II kapsamında ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranış nedeniyle haklı nedenle derhal feshedebileceği ifade edilmiştir³⁶⁷. Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, ele geçirilmesi, bir başkasına verilmesi Türk Ceza Kanunu 135 ve 136. maddeleri uyarınca suç olarak düzenlenmiştir. Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi ve aktarılması bu derece önemli bir ihlaldir. O halde bu derece ağır bir ihlalin işçiye fesih hakkı vermesi gerektiği de düşünülmelidir. Kişisel verilere dair ihlalin aynı zamanda suç olması halinde 24/II-c bendi kapsamında haklı nedenle fesih sebebi de gündeme gelebileceği ifade edilmiştir³⁶⁸. İşçide var olan bir hastalığın kendi rızası dışında üçüncü kişilere aktarılması halinde sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceği görüşüne biz de katılmaktayız. Ancak somut duruma ve olayın ağırlığına göre ölçülülük ilkesince bir değerlendirme yapmak gerekir. İşçinin grip olduğunun söylenmesi pek tabi işçiye haklı nedenle fesih imkânı vermez. Ancak işçinin çocuk

³⁶⁵ 8/12/2001 tarihli 24607 sayılı Resmi Gazete

³⁶⁶ Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.233

³⁶⁷ Manav, **a.g.e.**, s.131; Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.233

³⁶⁸ Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, **a.g.e.**, s.233

doğurma yetisi olmadığına yahut cinsel bir rahatsızlığı olduğunun işveren tarafından üçüncü kişilere aktarılması halinde fesih hakkı gündeme gelebilecektir. İşverenin eyleminin gerçekten de ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı olup olmadığı her somut olaya göre değerlendirilmelidir.

Bu konuda dikkat çekmek gerekir ki Hamile İşçi ve AIDS'li İşçi İle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi başlığı³⁶⁹ altında yaptığımız açıklamalarda değindiğimiz AYM kararında³⁷⁰ incelenen hususlardan biri de AIDS hastası olan davacı işçinin mahkemeden duruşmanın gizli yapılmasını talep etmesine rağmen mahkemece bu konuda olumsuz yanıt verilmesi ve davanın açık yapılmasıdır. AYM tarafından bu kararın hangi somut gerekçeye dayandığının açıklanmaması nedeniyle Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkının unsurlarından olan kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. HIV enfeksiyonu rahatsızlığı olan kişilerin uzun zamandır ön yargı ve kınamaya maruz kalan zayıf bir grup olduğuna vurgu yapılarak davacının gizlilik talebinin makul ve savunulabilir bir talep olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere mahkemeye göre işçinin sağlık durumu nedeniyle davanın gizli yapılması talebinin reddi dahi kişisel verilerin korunması hakkının ihlalini oluşturmaktadır.

³⁶⁹ IV. Bölüm 1.6. Başlık

³⁷⁰ AYM Başvuru Numarası: 2014/19081 Karar Tarihi: 1/2/2017 R.G. Tarih ve Sayı: 10/3/2017 - 30003

SONUÇ

Yukarıda dört ana bölümden ve birçok alt başlıktan oluşan çalışmamızda işçinin hastalık ve engellilik gibi sağlık sorunlarının iş ilişkisinin kurulmasına, devamına ve sona ermesine ne yönde etki ettiğini incelemeye çalıştık.

Sağlık sorunları çok eski tarihlerden bu yana iş sözleşmesinin sona erdirilmesi için işçi ve işveren açısından bir sebep teşkil etmiştir. Hastalanan işçinin sözleşmeye eskiden olduğu gibi devam etmesi beklenemeyeceği gibi hastalanan işçiyle devam etmek de her zaman için işverenden beklenemez. Ancak bu durum işçinin her türlü hastalığının, hiçbir şart aranmaksızın fesih konusu olabileceği şeklinde anlaşılmamalıdır. İşçiyi koruyucu özelliği herkesin malumu olan İş Kanunu'muz hangi hallerde işçinin, iş sözleşmesini sağlık sebebiyle sona erdirebileceğini düzenlemiştir. Ancak işverenin de korunması gerekmekte olup kendi kusuru ile hasta olan yahut kusuru olmasa dahi çok uzun süreler hasta olan işçiyle devam edilmesi işverenden beklenemeyecektir. Bu husus da İş Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Bu doğrultuda İş Kanunu m.24/I'de işçinin sağlık sebepleri ile sözleşmeyi feshetme hakkı düzenlenmiştir. Yine İş Kanunu m.25/I'de ise işveren açısından sözleşmenin sağlık sebebiyle feshedilmesi hakkı düzenlenmiştir. Özellikle işçinin işyerinde çalışmasının onun sağlığı için tehlike arz etmesi hali, bunun işin niteliğinden kaynaklandığı takdirde 24/I-a bendinde, işyerindeki diğer işçiler veya işverenden kaynaklandığı takdirde 24/I-b bendinde düzenlenmiştir. İşverenin fesih hakkı ise kural olarak işçinin devamsızlık yapmasına bağlanmıştır. Ancak devamsızlık yapması beklenmeden fesih yapılabilecek hali de kanun koyucu düzenlemiştir. Şöyle ki; İşçinin hastalığı nedeniyle yaptığı devamsızlık kural olarak devamsızlık haklı bir sebebe dayandığı için işverenin fesih hakkı oluşmaz. Ancak işçinin hastalığa yakalanma veya engelli hale gelmekte kusuru varsa bu takdirde yapılacak devamsızlık ancak çok kısa sürelerde mazur görülebilir. Bu husus ise İş Kanunu m.25/II-a bendinde düzenlenmiştir. İş Kanunu m.25/II,b-2 hükmünde ise işçinin kusuru olsun yahut olmasın kıdemine göre kazandığı ihbar süresi + altı haftalık sürelerle yapacağı

devamsızlığın artık işverene fesih hakkı verdiği kabul edilmiştir. 25/I,b-1 de ise işçinin tedavi edilemez hastalığı olduğu ve hastalığı sebebiyle işyerinde çalışmasının sakıncalı olduğu sağlık kurulu raporu ile belirlenmişse işverenin fesih için herhangi bir devamsızlık süresi beklemesinin gerekmediği açıkça belirtilmiştir.

24/I ve 25/I de yer alan düzenlemeler doğrudan hastalık veya engelliğin neden olduğu fesih halleridir. Ancak işçinin sağlığı ile bağlantılı olarak yaptığı kimi davranışlar da ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık nedeniyle fesih sebebi olabilir. İşçinin işe girerken sağlığı ile ilgili yanlış bilgi vermesi, iş güvenliği talimatlarına uymaması, hatır raporu, sahte rapor vermesi, raporlu iken başka işte çalışması bunlara örnektir. Aynı şekilde işverenin kimi davranışları da işçiye ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık nedeniyle fesih hakkı verebilir. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması, işçiye onun sağlık durumu nedeniyle ayrımcılık uygulaması, sözleşme görüşmeleri sırasında işyerindeki sağlık koşulları hakkında yanlış bilgilendirme yapması ve işçinin sağlık ile ilgili kişisel verilerini hukuka aykırı olarak işlemesi ve üçüncü kişilere aktarması bunlara örnek olarak verilebilir.

İşçinin sağlık durumu işverene İş Kanunu 18 vd. maddelerinde düzenlenen geçerli nedenle fesih hakkı da verebilir. Zira hastalık ve engellilik fiziksel bir yetersizlik hali yaratabilir. Böyle bir durumda fesih için, işçinin veriminin düşmesi, işçinin sağlık durumunun işyerinde olumsuzluklara yol açması, işverenden artık işçi ile çalışmasının beklenememesi, feshin son çare olması ilkesi gereği işçiye sağlığına uygun bir iş önerilmiş veya böyle bir işin bulunmuyor olması gerekir.

İş Kanunu 18. maddesinin 3. fıkrasında geçerli nedenle fesih sebebi olamayacak durumlar örnek olarak sayılmış ve bunlar arasında f bendinde İş Kanunu m. 25/II,b-2 bendinde yer alan bekleme süresinde işçinin hastalığı sebebiyle fesih yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bu durum ise tarafımızca eleştirilmiştir. Zira, işveren aynı süre içerisinde (ihbar süresi+ altı hafta) ne haklı ne geçerli nedenle fesih yoluna gidememektedir. Bu ise geçerli ve haklı nedenle fesih kavramları arasındaki ayrımı ortadan kaldırmaktadır. Oysaki bizce geçerli neden için daha az bir bekleme süresi tanınabilir. Bu süre 4 hafta olarak belirlenebilir. Yahut 6 hafta beklendikten sonra

işverene geçerli nedenle fesih hakkı tanınabilir. Böylece işveren isterse ihbar süresi tanıyarak sözleşmeyi sona erdirebilir isterse ihbar süresine denk düşen ücreti ödeyerek bu süreyi beklemeden de sözleşmeyi sona erdirebilir. Böylece hem işverene daha kısa sürede ilişkiyi bitirme imkanı getirilmiş olur hem de ihbar tazminatı alabilecek olması nedeniyle işçinin de eline daha fazla para geçmesi imkanı doğacaktır. Hastalığı sebebiyle işe devam edemeyen işçi açısından bu durum daha avantajlı görülebilir.



KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: **4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, C.1 (Akyiğit, Şerh)
- Akyiğit, Ercan: **İş Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018 (Akyiğit, İş Hukuku)
- Arslan, Seda: “Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İş Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi Veya İşyerindeki Malları Zarara Uğratması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Derhal Feshi”, **İÜHFİM**, 2014, C. LXXII, S. 2, s. 47-58, (çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/download/article-file/97915> Erişim Tarihi: 15.10.2019
- Bolsoy, Nursen- Sevil, Ümran: “Sağlık-Hastalık Ve Kültür Etkileşimi,” **Atatürk Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Dergisi**, C:9, S:3, 2006, s.78-87 (çevrimiçi) <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/29326> Erişim Tarihi:15.11.2019
- Caniklioğlu, Nurşen: **Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2002
- Çelik,Nuri - Caniklioğlu, Nurşen - Canbolat, Talat: **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 31. Baskı, Ankara, Beta Yayınları, 2018
- Çil, Şahin: **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları**, Açıklamalı 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2015
- Ekmekçi, Ömer- Yiğit, Esra: **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, İstanbul, On İki Levha, 2020
- Ekmekçi, Ömer: Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler’ (Eylül 2005) 19(5) **Çimento İşveren**, s.41-53 (çevrimiçi) <https://ceis.org.tr/ceis-yayini/cimento-isveren-dergisi-eylul-2005/> Erişim Tarihi: 11.06.2020
- Erkanlı, Betül: **Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri**, Adalet Yayınevi, 2015,

Ertürk, Şükran: “İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi Ve Sonuçları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** S.4/2, Aralık 2002, s.1-26 (çevrimiçi)

[http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz4-](http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz4-2/PDF/erturk1.pdf)

[2/PDF/erturk1.pdf](http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz4-2/PDF/erturk1.pdf) Erişim Tarihi: 15.11.2019

Eyrenci, Ömer - **Bireysel İş Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017

Taşkent, Savaş -

Ulucan, Devrim:

Günay, Cevdet İlhan: **İş Kanunu Şerhi**, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2015, C.1

Gülver, Ender: “İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanılarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade” **İÜHFM Özel Sayı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan**, 2016, C.1, s.397-414 (çevrimiçi)

[https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/29863/3219](https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/29863/321976)

[76](https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/29863/321976) Erişim Tarihi: 15.11.2019

Köme Akpulat, “İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü” . **İstanbul Hukuk Mecmuası** S.77 (2), 2019 s. 523-553. (çevrimiçi)

Ayşe:

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/52205/682320>

Erişim Tarihi:11.06.2020

Manav, A. Eda: “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerin Korunması” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. XIX, S.2, 2015, s.95-136 (çevrimiçi)

[https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48099/60](https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48099/608209)

[8209](https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48099/608209) Erişim Tarihi:15.11.2019

Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Lykeion Yayınları, 2017, C.1

Hamdi – Astarlı,

Muhittin – Baysal,

Ulaş:

- Narter, Sami: **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, 2018
- Odaman, Serkan: “İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Ekim-2002, Sayı:274, s.40-43 (çevrimiçi) <http://web.deu.edu.tr/sosyalhukuk/serkanodaman.htm> Erişim Tarihi:15.11.2019 (eserin dergi içerisindeki sayfa numaraları ile internet ortamına aktarılan sayfa numaraları farklı olup internet ortamındaki sayfa numaraları esas alınmıştır.)
- Özdemir, Erdem: **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 2014 (Özdemir, İSG)
- Özdemir, Hayrunnisa: “İşyerinde İşçilerin İzlenmesi Ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, S. 1–2 (2010), s.231-270 (çevrimiçi) https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2010-XIV_1-10.pdf Erişim Tarihi:20.06.2020 (Özdemir, İşyerinde İşçilerin İzlenmesi)
- Sarı, Ayşegül: **İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019
- Sevimli, Ahmet: “Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 24, Aralık 2011, s.120-139 (çevrimiçi) <https://www.mess.org.tr/tr/yayinlarimiz/sureli-yayinlar/sicil/> Erişim Tarihi:15.11.2019
- Sözer, Ali Nazım: “AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 Eg Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din,Dünya Görüşü,Özürlülük,Yaşlılık Ve Cinsel Eğilimine İlişkin Düzenlemeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.2, Haziran 2006,s.184-208, (çevrimiçi) <https://www.mess.org.tr/tr/yayinlarimiz/sureli-yayinlar/sicil/> Erişim Tarihi: 15.11.2019 (Sözer, Ayrımcılık)

- Sözer, Ali Nazım: **Hasta İşçinin İş İlişkisi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İzmir, 1981, (çevrimiçi)
<https://asozer.yasar.edu.tr/MAKALELER/HASTA%20ISCININ%20IS%20ILISKISI%20DOKTORA%20TEZ'.DOC>
Erişim Tarihi: 15.11.2019 (Sözer, **Hasta İşçi**), (Eserin basılı hali ile internet ortamındaki sayfa numaraları farklı olup internet ortamındaki halinde yer alan sayfa numaraları dikkate alınmıştır.)
- Sümer, Haluk Hadi: **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018 (Sümer, **İSG**)
- Sümer, Haluk Hadi: "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri İle Feshi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 8, Aralık 2007 (çevrimiçi)
<https://www.mess.org.tr/tr/yayinlarimiz/sureli-yayinlar/sicil/> Erişim Tarihi:15.11.2019(Sümer, **Sağlık Sebepleri**)
- Süzek, Sarper: **İş Hukuku**, 17. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019
- Şakar, Müjdat: **Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu**, 4. Baskı, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2009
- Taşkın, Ahmet: **İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Performans Nedeniyle Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012
- Tiryaki, Hamit: **Yargıtay Kararlarına Göre İşe İade Davalarında İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Ve Geçersiz Nedenler**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017

Tuncay, Can- **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, İstanbul, Beta,
Ekmekçi, Ömer: 2019

Türkiye İşveren 4857 Sayılı İş Kanunu Ve Gerekçesi, Yenilenmiş 4.
Sendikaları Baskı (çevrimiçi) [https://www.tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf is kanu](https://www.tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf)
Konfederasyonu [nu_yenilenmis_4_baski.pdf](https://www.tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf is kanu_yenilenmis_4_baski.pdf) Erişim Tarihi: 15.11.2019
(TİSK, Gerekçe)

Uşan, Fatih: “İşçinin Kendisinin İş İle İlgili Olmayan Bir Hastalığa Yakalanması, Haklı Fesih Nedeni Sayılıp, Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bir Durum Mudur?” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Yakın Tarihli İki Farklı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme), **Çalışma ve Toplum**, 2008/2, s.201-218 (çevrimiçi) http://www.calismatoplum.org/sayi17/karar_inceleme_usan.pdf Erişim Tarihi: 15.11.2019 (Uşan, **İşçinin Hastalığı**)

Uşan, Fatih: “Sağlık Durumuna Bağlı Devamsızlık Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi-Kıdem Tazminatı” **Kamu-İş Dergisi**, Ocak 2000, s. 59-65 (çevrimiçi) <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/527.pdf> Erişim Tarihi:15.11.2019 (Uşan, **Sağlık Durumuna Bağlı Devamsızlık**)

Yıldız, Gaye Burcu: “Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı” **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.10, Haziran 2008, s.80-87 (çevrimiçi) <https://www.mess.org.tr/tr/yayinlarimiz/sureli-yayinlar/sicil/> Erişim Tarihi:15.11.2019

Yiğit, Yusuf: “İşverenin çalışanlarına İş Koşulları Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü” **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2009/4, s.79-114, (çevrimiçi) <http://www.calismatoplum.org/> Erişim Tarihi:15.11.2019

Yürekli, Sabahattin: “İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)” **İÜHFİM C.**

LXXII, S. 2, s. 541-580, 2014 (çevrimiçi)

<https://dergipark.org.tr/download/article-file/97941>

Erişim Tarihi: 15.11.2019

Zeytinoğlu, Emin:

“4857 Sayılı Yasada İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Nedenlerine Dayanılarak Haklı Nedenle Feshi” **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi** Yıl:15 Güz Sayı:30 2016/3 s. 149-162 (çevrimçi)

<http://acikerisim.ticaret.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11467/1584/M00792.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Erişim Tarihi: 15.11.2019

Zorlu, Mihrican –
Çalım, Selda İldan:

İşyerinde Damgalama ve Ayrımcılık Faktörü Olarak HIV-AIDS **Çalışma ve Toplum**, 2012/4 s.165-187 (çevrimiçi) <http://www.calismatoplum.org/> Erişim Tarihi: 15.11.2019