

Doç. Dr. Hediye ERGİN*

Makale Gönderim Tarihi: 26 Aralık 2017

Makale Kabul Tarihi: 28 Aralık 2017

İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı

Öz

İş Kanunu'nun m.25/l-(b) hükmünde, işçinin tedavi edilemeyecek nitelikte bir hastalığa yakalandığı ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunmadığı sağlık kurulunca saptanması halinde işverene haklı nedenle fesih yetkisi tanınmıştır; haklı fesih için işçinin ayrıca belirli bir süre işe devamsızlık yapmış olması şartı aranmaz. İş Kanunu'nun 25/l-b bendindeki sağlık nedenleri söz konusuysa fesihden önce işçiden savunma alma

zorunluluğu da yoktur.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 2012 yılından sonra artık işyeri hekiminin "işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu" ilişkin vereceği sağlık raporu, İş Kanunu'nun m.25/l-b bendi kapsamındaki haklı fesih için yeterli görülmelidir. İş Kanunu'nun 25/l-b bendinde bu yönde yapılacak bir değişiklikle bu husustaki duraksamalar ortadan kaldırılabilir.

Anahtar Sözcükler:

Haklı fesih, tedavisi olanaksız hastalık, sağlık kurulu tespiti, işyeri hekimi raporu, 6331 sayılı Kanun.

Employer's Right to Terminate the Contract For Just Cause Due to the Incurable Disease of the Employee

Abstract

According to Article 25/l-b of Labour Act No. 4857, the employer is entitled to terminate the contract for just cause, in the condition if the Health Committee determines employee's disease as incurable and his/her working in the workplace shall be risky. In this case, the condition of employee's absenteeism for a determined period shall not be required for termination by just cause. Besides, if the reasons of health that are mentioned in Article 25/l-b of Labour Act are in question, the employer is not obliged to get

employee's defense statement before termination.

After the entry into force of Act No. 6331 on Occupational Health and Safety in 2012, medical report given by the occupational physician determining "the employee's working in the workplace is risky" should be considered adequate for the termination of just cause in the context of Article 25/l-b of Labour Act. The reservations concerning this issue could be abolished after the amendments that shall be made in this context in Article 25/l-b of Labour Act.

Keywords:

Termination for just cause, incurable disease, determination of Health Committee, medical report by occupational physician, Act. No. 6331

*Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı - hediyeergin@gmail.com

I. Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde işverene haklı nedenle iş sözleşmesini feshetme imkânı veren nedenler belirli ekleme ve düzeltmelerle 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nun 17. maddesi paralelinde düzenlenmiştir.¹ Ancak yeni İş Kanunu'nda bazı farklılıklar da getirilmiştir. Örneğin, 1475 sayılı İş Kanunu'nun m.17/I-b bendindeki "bulaşıcı", "tikinti verici" hastalık kavramları kaldırılmış, yerine 4857 sayılı İş Kanunu'nun m. 25/I-b bendinde "hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte" olması ifadesi getirilmiştir. Madde gerekçesinde, "Tasarıda belirtilen bulaşıcı hastalıklar, genellikle tedavi edilebilir hastalıklardır. Tikinti 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." denilerek değişikliğin nedeni açıklanmıştır.²

İş Kanunu'nun m. 25/I-b bendine göre, "İşçinin bulunduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması durumunda" işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Bu hükme göre haklı nedenle derhal fesih hakkının doğumu için üç koşulun bir arada bulunması aranır. Eşdeyişle;

1. Hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte bulunması,

1 Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinin I. fıkrasının (b) alt bendindeki düzenleme, "İşçinin bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayacak derecede tikinti verici bir hastalığa tutulduğunun anlaşılması" şeklindeydi.

2 Öğretide Şakar, bu değişikliğin olumlu sayılmakla beraber sonucu çok da etkilediğinin söylenemeyeceğini, eskiden bir lokantada garson olarak çalışan kişinin ellerinde veya yüzünde tikinti verecek yaraların oluşması, işi ile bağdaşmayan bir durum sayılıp işine derhal son verilebiliyorken, aynı durumun bir inşaat işçisi için haklı nedenle derhal feshi yol açmadığını, bugün aynı sonuca işyerinde çalışmasında sakınca bulunup bulunmadığı değerlendirilmesiyle ulaşıldığını belirtmektedir, Şakar, Sağlık Sorunları Sebepiyle Devamsızlık Halinde Sözleşmenin Derhal Feshi, s.37.

2. İşçinin işyerinde çalışmasının sakıncalı olması,
3. Bu durumun Sağlık Kurulunca saptanması şartlarının bir arada oluşması gerekir.³

Görüldüğü gibi, yasal düzenlemede haklı fesih için, işçinin işini görmesinde sakınca bulunması değil, işyerinde çalışmasında sakınca bulunması koşulu aranmaktadır.

II. Haklı Fesih Koşulları

1. Hastalığın Tedavi Edilemeyecek Nitelikte Bulunması

İş Kanunu'nun m. 25/I-b bendine göre, işverenin haklı nedenle fesih hakkının doğumu için ilk koşul işçinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmasıdır. İş Kanunu'nun m. 25/I-b hükmü, kullanılan kavramlar itibariyle açık değildir. Hastalığın tedavi edilemeyecek durumda olması ifadesinden neyin anlaşılması gerektiği konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretide Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal'a göre, "Tedavi edilemeyecek nitelikteki hastalık, tıp tarafından henüz çaresi kati olarak bulunmamış hastalık demektir. Türlerine göre değişmekle birlikte kanser hastalıkları ile AIDS bu hastalıklardandır. Çok uzun süreli tedaviyi gerektiren ve sonucunda da kati bir iyileşme olasılığının düşük olduğu hastalıklar, örneğin başta şizofreni olmak üzere psikoz grubundan ruhsal hastalıklar da bu alt bent kapsamında tedavi edilemeyecek hastalıklardan kabul edilmelidir..."⁴ Uşan ve Sümer, tedavi edilemeyen

3 Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s.550; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, İş Hukuku, s.838; Süzek, İş Hukuku, s.703; Alp, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006 Yılı Semineri, s.162, Ergin, İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, s.116; Savaş, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, s.49.

4 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.837;

hastalık olarak, AIDS, kanser, şizofreni gibi hastalıkların sayılabileceğini belirtmektedir.⁵ Çil, "uzun süren tedavi sonucu tedavisi mümkün olan verem gibi bir hastalığın bulaşıcı olması yönüyle işyerinde çalışmasının sakıncalı olduğuna dair verilecek olan sağlık kurulu raporu üzerine de işverenin bu bent uyarınca fesih imkanının olduğu» görüşündedir.⁶

İş sözleşmesinin fesih tarihi itibarıyla, hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olması da gereklidir.⁷ Yargıtay bir kararında, işçide görülen epilepsi hastalığının tedavisinin tam olarak mümkün olmadığını belirterek işverenin hastalığın tespitinden bir hafta sonra fesihte bulunmasını haksız bulmuştur.⁸

Öğretide *Alpagut*, İş Kanunu'nun 25/1-(b) hükmü ile işverene, işçinin tedavi edilemeyecek nitelikte bir hastalığa yakalandığı ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun sağlık kurulunca saptanması halinde mutlak bir haklı nedenle fesih yetkisi tanındığı, bu koşullar oluştuğunda hakime takdir yetkisi verilmediğini belirtmektedir.⁹ Yargıtay kararlarında ise İş Kanunu'nun m.25/1-b hükmü kapsamına giren hallerde de feshin son

çare olması ilkesine uyulması gerektiği, söz konusu ilke gereğince fesihten kaçınmak için işçinin sağlık durumuna uygun yapabileceği başka bir işin olup olmadığının araştırılması gerektiğinin vurgulandığını görmekteyiz. Yargıtay'ın 6.3.2006 tarihli kararında, "Anılan Sağlık Kurulu Raporunda davacının ağır işler dışındaki işlerde çalışabileceği belirtilmiştir. Kuşkusuz işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/1-b maddesi uyarınca iş sözleşmesini feshi kural olarak geçerli nedene dayanır. Ancak, bu halde dahi feshin son çare olması gerekir. İşyerinde davacının yapabileceği iş olup olmadığı araştırılmamıştır. Başka bir anlatımla davacının iş sözleşmesinin feshinden önce feshin son çare olduğu ilkesinin uygulanmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Davalıya ait işletmenin kapasitesi ve davacının nitelikleri dikkate alınarak, gerekirse işyerinde keşif yapılmak suretiyle durumuna uygun hafif bir işte değerlendirilme olanağının bulunup bulunmadığı araştırılarak sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir" denilerek, sağlık problemi olan işçinin iş sözleşmesinin feshinde de son çare ilkesine uyulması gerektiğini kabul etmiştir.¹⁰ Öğretide *Akyiğit*, bu kararın ilginç yanının "sağlık problemi gibi işçinin kişiliğinden kaynaklanan bir olgu yüzünden fesihte bile feshin başvurulacak son çare olmasını kabul etmesi" olduğunu, bunun işyerine/işletmeye ait bir sebep sayılamayacak olmasının da açıkça görüldüğünü, o halde feshin son çare olması ilkesinin işçiden kaynaklanan nedenlerde de uygulanacağını Yargıtay tarafından kabulü olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹¹ *Alp*, Yargıtay'ın bu karar ile feshin son çare olması ilkesine göre bir denetime gidilmesi gerektiğini kabul ederek işverenin haklı fesih yetkisini sınırlandırdığını, kararın adil ve olması gereken hukuk bakımından yerinde olduğunu, ancak olan hukuk bakımından aynı sonuca ulaşmanın güç olduğunu, "zira İK 25/1-b'deki koşullar oluşmuş ise, feshin ölçülü, gerekli, elverişli olup olmamasına bakılmaksızın işverenin haklı fe-

Savaş, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, s.49.

5 *Uşan*, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 120; *Sümer*, İş Hukuku, s.112; *Savaş*, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, s.49.

6 *Çil*, İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, s.1828.

7 *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, İş Hukuku, s.837; *Sümer*, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri İle Feshi, s. 68; *Értürk*, İşveren Tarafından Hastalık ve AIDS Sebebiyle Fesih, s. 22-23.

8 Bu Kararda, işçinin işverene ait işyerinde uzun bir süreden beri çalışırken görülen rahatsızlığı üzerine alınan sağlık kurulu raporunda işçinin sadece dikkat gerektirmeyecek işlerde çalıştırılabileceğinin belirlenmesine rağmen, işverenin işçiye bu rapora uygun bir iş vermediği, tedavisini sürdürerek iyileştikten sonra tekrar gelip çalışmasını istediği, oysa işçinin yakalandığı epilepsi hastalığının tedavisinin mümkün olmadığı hayat deneyimlerinden bilindiği belirtilerek, işverenin hastalığın tespitinden bir hafta sonra fesihte bulunması haksız bulunmuştur, Yarg. 9. HD., 2.4.2001, 1802/5190, *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi I, s.1136.

9 *Alpagut*, İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayırımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, s.71,73.

10 Yarg. 9. HD., 6.3.2006, 3213/5521, *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi I, s.1137-1138.

11 *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi I, s.1138.

sih yetkisini kabul etmek" gerektiğini belirtmiştir.¹²

Haklı fesihte son çare ilkesinin uygulanmasıyla ilgili 17.3.2008 tarihli kararına konu olan somut olayda, Sağlık Kurulu raporunda hasta işçinin nemli, tozlu, boyalı, kokulu vs. solunum irritanlarının bulunduğu ortamlarda çalışmaması gerektiği belirtilmiş, davalı işveren ise işyerinde ağır ve tehlikeli işlerin yapıldığını, işyerinde raporda belirtilen özellikte bir bölüm olmaması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmek zorunda kaldığı savunmasını yapmıştır. Kararda, "işyerinde keşif yapılarak, uzman bir bilirkişi aracılığı ile davacının mevcut rahatsızlığından dolayı dava konusu işyerinde çalıştırılabileceği başka bir bölüm bulunup bulunmadığı belirlenmeli ve bunun sonucuna göre karar verilmelidir" denilmiştir.¹³ Bu karardan da görüldüğü üzere, sağlık nedeniyle fesihte de feshin son çare olması ilkesinin uygulanması Yargıtay'ın yerleşik içtihadı haline gelmiştir. Nitekim Yargıtay'ın daha sonra verdiği 10.11.2015 tarihli karara konu olan olayda, iş sözleşmesi davalı işveren tarafından 7.8.2014 tarihli fesih bildiri ile İş Kanununun 25/1-b maddesi gereğince "işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması" sebebine dayalı olarak feshedilen davacının açtığı işe iade davasında, "Somut olayda davalı işyerinde çalışan davacının sağlık durumunun kötüleşmesi üzerine iş akdinin işverence feshedildiği ve işverenin beyanlarından davalı işyerinde davacının mevcut durumuna göre çalışabileceği başka bir pozisyon bulunmadığının belirtildiği anlaşıldığından mahkemece öncelikle bu hususlar değerlendirilerek davalı işyerinde insan kaynaklarında uzman bilirkişi, uzman doktor ve hukukçu bilirkişiden oluşan 3 kişi-

lik bilirkişi heyetiyle keşif yapılarak davacının sağlık ve çalışma şartları itibarıyla işyerinde çalışabileceği bir pozisyon bulunup bulunmadığı tespit edildikten sonra işverence yapılan feshin haklı ya da geçerli olup olmadığı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturularak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozma nedenidir" denilerek bu içtihat devam ettirilmiştir.¹⁴

2. İşçinin İşyerinde Çalışmasının Sakıncalı Olması

Sağlık nedeniyle fesihte bulunabilmek için ikinci koşul, işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunmasıdır. İş Kanunu'nun m.25/1-b bendindeki işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunması ifadesi çok açık değildir. Acaba bu düzenleme ile işçinin işyerindeki çalışması nedeniyle sağlığının tehlikeye girmesinin önlenmek istendiği ve işçinin

¹⁴ Yargıtay 7.Hukuk Dairesi, E. 2015/19111, K. 2015/22023, T.10.11.2015 (www.legalbank.net). Kararda, Dosya kapsamından davacının 2.6.2014 tarihli engelli sağlık kurulu raporundan tedavi ile işlevselliği kısmen düzelen uyum bozukluğu olduğu, kullandığı psiko-troplardan kısmen fayda gördüğü, agresyon ve işyeri uyumsuzluğunun olduğu, 6 ay geçerli olmak üzere ayakta durmayı gerektiren işleri yapamayacağı yazıldığı raporun bulunduğu ayrıca dosyaya sunulan iş göremezlik raporlarından da davacının kardiyolojik problemlerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Dosyada bulunan davacı tarafından yazılan ve imzalanan tarihsiz savunma yazısında da davacının bu sağlık problemlerinden bahsettiği ayakta çalışmaması gerektiği halde ayakta çalıştırıldığını işverene bildirdiği görülmektedir. Aynı yöndeki bir başka kararda, "insan kaynakları uzmanı ve işletme yönetimi uzmanından oluşturulacak bilirkişi kurulu marifetiyle, davalı kurum organizasyon yapısı incelenerek, davacının istihdam edilebileceği, sağlık kurulu raporuna uygun çalıştırılabileceği konum bulunup bulunmadığı, feshin son çare olması ilkesine uygun hareket edilip edilmediği açıklığa kavuşturulmalıdır. Anılan sebeple, eksik incelemeyle yazılı gerekçeyle, davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" denilmiştir (Yargıtay 22. HD., E. 2012/30004 K. 2013/380 T. 22.1.2013, www.legalbank.net). Somut olayda, 26.05.1992-02.03.2011 tarihleri arasında, demiryolu bakım onarım işçisi göreviyle çalışan davacı işçinin iş sözleşmesi, ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasının sakıncalı olduğunun sağlık kurulu raporuyla sabit olması, işçiye sağlık kurulu raporuna uygun çalışabileceği başka bir iş bulunamaması gerekçeyle işverence feshedilmiştir.

¹² Alp, İş Kanunu'nun 25.maddesinin yasa koyucu tarafından yeniden elden geçirilmesini; özellikle sağlık sebeplerinde işverene haklı fesih yetkisi tanıyan I.bendin yasadan çıkartılması gerektiğini belirtmektedir, bkz.: Alp, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006 Yılı Semineri, s.163.

¹³ Yarg. 9. HD., 17.3.2008, E.2007/27663, K.2008/5296, www.legalbank.net

iş görme borcunu yerine getirmesinin imkânsızlaştığı bir durumunun kastedildiği düşünülebilir mi? Bu soruya evet dersek, madde hükmündeki “işyerinde çalışmasında” sakınca bulunması koşulundan, işçinin işverene ait başka bir işyerinde çalıştırılması imkânının araştırılması gerektiği, feshin son çare olması ilkesinin böyle bir yorumu gerekli kıldığı sonucuna varılabilir. Öğretide aynı görüş *Alp* tarafından savunulmaktadır; “yasa burada işçinin işini görmesinde sakınca bulunmasını değil, işyerinde çalışmasında sakınca bulunmasını aramaktadır. Bu bakımdan lafzi yorumla yetinmeyip, feshin son çare olması ilkesine göre” işçinin sağlık durumuna uygun işyerinde çalışabileceği başka bir işin olup olmadığının araştırılması gerektiği sonucuna varılmaktadır.¹⁵ Yargıtay da bir kararında, işçinin mevcut hastalığı nedeniyle işini yapamayacak hale gelmesi durumunda, işçinin yapabileceği daha hafif bir işe verilmesi gerektiğini belirtip, işverenin işçinin hafif işlerde çalışabilip çalışamayacağını araştırmadan fesihte bulunmasını haksız bulmuştur.¹⁶

Öğretide, işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunması ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*¹⁷ ve *Savaş*¹⁸, işyerinde işçinin çalışmasında sakınca bulunması durumunun, hastalığın diğer işçilere bulaşması, hastalığın ağırlaşması gibi tıbbi sakıncaları veya iş güvenliği gibi işyeri bakımından sakıncalar doğuran sebepleri ifade ettiği görüşündedir.

Kılıçoğlu, işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunmasının işyeri ile ilgili olduğunu iş-

çinin işi ile bir ilgisi olmadığını, aksi halde yasa koyucunun maddede işçinin işi ile ilgili sakıncadan söz etmiş olacağını belirtmektedir. Yazar, o işyerinde çalışması sakıncalı olan bir işçinin aynı işletmeye bağlı başka bir işyerinde çalıştırılması gerekip gerekmediği konusunda, bunun mümkün olmadığını belirtmekte, böyle bir durumda geçerli fesih nedeninin akla gelebileceğini, oysa derhal fesih nedeni sayılabilecek hastalığın tüm işyerleri için söz konusu olması gerektiğini, bir başka deyişle derhal fesih nedeni olabilecek hastalığın işçinin iş yaşamının bitmesini gerektirdiğini belirtmektedir.¹⁹

İşçinin hastalığı İş Kanunu'nun iki ayrı maddesinde (m. 25/I-(b) ve m.18) ve birbirine çok benzer bir şekilde düzenlenmiştir. Bu iki düzenlemenin farkını ortaya koymak kolay değildir; çünkü her iki hükümde de, işçinin iş görme borcunu olumsuz etkileyen bir hastalığa bağlı olarak işverene fesihte bulunabilme hakkı getirilmiştir. Buna karşın her iki hüküm arasında feshin usulü ve feshin sonuçları bakımından bazı farklılıklar vardır. Mesela, İş Kanunu'nun m. 25/I-b hükmüne göre yapılan fesihte iş ilişkisi derhal sona ermekteyken, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin 18.maddeye göre feshinde işçiye ihbar öneli tanınmaktadır. Bundan başka, 18. maddeye göre fesih işleminin yazılı yapılması, fesih sebebinin işçiye açık ve kesin bir şekilde bildirilmesi (m.19/I) ve fesihten önce işçinin yazılı savunmasının alınması fesih işleminin geçerlilik koşulları iken (m.19/II), m.25/I-b'ye göre iş sözleşmesinin feshinde bu koşulların yerine getirilmesine gerek yoktur. Feshin sonuçları bakımında da, m.25/I-b'ye göre yapılan fesihteride işçiye ihbar tazminatı ödenmezken, 18. maddeye göre sözleşmesi feshedilen işçiye ihbar tazminatı ödenmektedir. İki düzenlemedeki ayırım bakımından, 25. maddedeki hastalığın işçinin iş görme borcunu yerine getirme gücünü tamamen ortadan kaldırdığı, 18. maddedeki fesheden hastalığın ise işçiyi çalışamaz duruma getirme-

15 *Alp*, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006 Yılı Semineri, s.163.

16 Yarg. 9. HD., 4.5.1999, E.1999/4497, K.1999/8393, *Günay*, İş Kanunu Şerhi I, s.1367. Karara konu olan somut olayda, işçi davalıya ait işyerinde çalışırken kalp rahatsızlığından dolayı ağır işlerde çalıştırılmaması gerektiği yolundaki doktor raporunu işverene ibraz ederek daha hafif işlerde çalıştırılmasını istemiş; davalı işveren de işyerinin ağır ve tehlikeli işlerin yapıldığı bir yer olduğunu belirterek bu talebi reddetmiştir.

17 *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, İş Hukuku, s.838.

18 *Savaş*, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, s.49.

19 Yazara göre, bentteki hükümle, işçinin sağlığının kendisine karşı korunması da amaçlanmaktadır, *Kılıçoğlu*, İş Kanunu Yorumu, s.270.

mekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını olumsuz etkilediği söylenebilir.²⁰

3. Sağlık Kurulunun Tespiti

İş Kanunu'nun m. 25/l-b bendine göre haklı nedenle fesihte bulunabilmek için, işçinin tedavi edilemeyecek nitelikte ve işyerinde çalışmasında sakıncalı bulunan bir hastalığa yakalandığının *sağlık kurulunca* saptanması gerekir. Bir başka deyişle, m.25/l-b bendindeki son koşul Sağlık Kurulu raporu olduğundan, işveren, sağlık kurulu raporu dışında herhangi bir rapora dayanarak işçinin iş sözleşmesini feshedemez.²¹ Sağlık kurulu Sosyal Güvenlik Kurumu veya devlet hastanelerinin sağlık kurulu olabileceği gibi, özel bir hastanenin sağlık kurulu da olabilir.²² Sağlık kurulu raporu koşulu sağlanmadığı takdirde, şartları varsa, diğer sağlık nedenlerinden dolayı fesih yoluna gidilebilir.²³ Öğretide *Tunçomağ/Centel*, haklı olarak bu hükmün uygulama alanının oldukça dar olacağı, çünkü hiçbir işçinin işten çıkarılacağı bir ortamda, kendi arzusu ve özgür iradesiyle sağlık kurulu önüne çıkmak istemeyeceği, bu halde de sağlık kurulu raporunu sağlayamayacak olan işverenin fesih yoluna gidemeyeceğini belirtmektedirler.²⁴

2012 yılında yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 5.maddesinde getirilen düzenlemeye göre işveren, çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlamakla yükümlüdür (m.5/1.a).²⁵ 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 15.maddesinin 1. fıkrasında, çalışanların işe gi-

rişlerinde, iş değişikliğinde, iş kazası ve meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri halinde ve işin devamı süresince çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla işverenin çalışanlarına sağlık muayenesi yaptırmakla yükümlü olduğu belirtilmiş, aynı Kanunun 26. maddesinde de bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin yaptırımı olarak idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir; "f) 15 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene, sağlık gözetimine tabi tutulmayan veya sağlık raporu alınmayan her çalışan için bin Türk Lirası" idari para cezası verilir (6331 s.Kanun m.26). Bu cezalar her yıl artırılmakta olup 2017 yılında 6331 sayılı Kanun'un 15/1. maddesindeki hükme aykırılığın (çalışanlara sağlık gözetimi yaptırmamak) idari para cezası tutarı her bir çalışan için 1.301 TL olarak belirlenmiştir.²⁶ Bundan başka olası bir iş kazası halinde çalışanlarının sağlık kontrol yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren ağır kusurlu kabul edilmekte işverenin ödemesi gereken maddi ve manevi tazminat miktarı bu nedenle yüksek miktarlarda olmaktadır. Örneğin konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre, "Kazalının sağlık durumunun yapacağı işe uygun olup olmadığını tespit etmek açısından gerekli sağlık kontrollerine tabi tutulmaması nedeniyle olayda davalı işverenin ağır kusurlu olduğu açıktır"²⁷

6331 sayılı Kanun'un madde gerekçesinde, "Sağlık gözetimi ile çalışanların fiziksel yetersizlik-

20 *Ergin*, Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, s.119-120.

21 *Mollamahmutoğlu*, İş Hukuku, 620; *Sümer*, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri İle Feshi, s.68; *Savaş*, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, s.49.

22 *Akyiğit*, İş Güvencesi, s.137; *aynı yazar*, İş Kanunu Şerhi I, s. 1132; *Ergin*, Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, s.120.

23 *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi I, s. 1132.

24 *Tunçomağ/Centel*, İş Hukukunun Esasları, s. 223.

25 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, RG. 30.06.2012, 28339.

26 6331 sayılı Kanun'un 19.maddesi gereğince çalışanlar, "d) Kendi görev alanında, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işveren ve çalışan temsilcisi ile iş birliği yapmak." yükümlülüğü altında olup, haklı bir mazereti olmadan periyodik sağlık taraması yaptırmaktan kaçınan işçinin iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 25/II- (i) bendi gereğince işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilecektir; Bayındır Asliye Hukuk Mahkemesi'nin (İş Mahkemesi Sıfatıyla), E.2016/210, K.2017/76, 01.03.2017 tarihli Kararı (özel arşiv).

27 Yargıtay 21. HD, E.2009/5431, K.2010/5421, T.06.05.2010, www.legalbank.net

leri ve sağlık sorunlarının belirlenerek, durumlarına en uygun işe atanmaları sağlanarak, iş kazası ve meslek hastalığının oluşması da engellenebilecektir” (Gerekçe, madde 12). Sağlık muayenesi neticesinde çalışanın yapacağı veya daha önce yaptığı işlerin sağlığına olumsuz etkileri tespit edilerek iş kazaları ve meslek hastalıklarının meydana gelmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır. İşyeri hekiminin verdiği raporlara itirazlar ise Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen hakem hastanelere yapılacak olup, hakem hastaneler tarafından verilen kararlar kesin olacaktır (6331 s.K. m.15/3).

6331 sayılı Kanun'dan başka, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda da işverene, işçileri sağlık durumuna uygun işlerde çalıştırma yükümlülüğü ve ihlali halinde de yaptırımlar getirilmiştir. 5510 sayılı Kanun'un m.21/3.maddesine göre, çalışma mevzuatında sağlık raporu alınması gerektiği belirtilen işlerde böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak bünyeye elverişli olmadığı işte sigortalının çalıştırılması durumunda Kurumun ödeyeceği geçici işgöremezlik ödeneğinin işveren tarafından tahsil edileceği;²⁸ 76/3. maddesinde de, alınan sağlık raporunda söz konusu işte çalışması tıbbî yönden elverişli olmadığı belirtildiği halde genel sağlık sigortalısını çalıştıran işverenlere, bu nedenle Kurumca yapılan sağlık hizmeti giderlerinin tamamının tazmin ettirileceği düzenlenmiştir.²⁹

Görüldüğü gibi, mevzuatımızda işverene, iş-

çileri bünyeye elverişli olmadıkları işlerde çalıştırmama, işyeri hekiminin “işçinin mevcut işinde çalışmasında sağlık bakımından sakınca bulunduğu” yönelik hazırlayacağı rapora derhal uyma yükümlülüğü getirilmiş, bu yükümlülüğün ihlali halinde de ağır maddi yaptırımların uygulanacağı belirtilmiştir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yürürlüğe girdikten sonra 4857 sayılı İş Kanunu m.25/I-b bendindeki Sağlık Kurulu Raporu şartı işyeri hekiminden alınan raporların yaptırım gücü karşısında tartışmalı hale gelmiştir. Zira işyeri hekiminin çalışamaz tespiti sonrası eğer işçinin çalışabileceği başka bir iş de yoksa işveren haklı fesihte bulunamayacaktır. Bu bağlamda, sağlık kurulu raporu alınmaması halinde işyeri hekiminin hazırlayacağı sağlık raporu ile de 25/I-b bendi kapsamında haklı fesih yapılabilip yapılamayacağının tartışılması gerekmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu 2003 yılında yürürlüğe girmiş, 6331 sayılı İş sağlığı ve İş Güvenliği Kanunu ise 2012 yılında yürürlüğe girmiştir. Kanaatimizce, sonradan yürürlüğe giren 6331 sayılı Kanun ile İş Kanunu'nun 25/I-b bendindeki Sağlık Kurulu raporu alınması şartı örtülü olarak ortadan kalkmıştır. 6331 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 2012 yılından sonra artık işyeri hekiminin “işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu” ilişkin vereceği sağlık raporu, İş Kanunu'nun m.25/I-b bendi kapsamındaki haklı fesih için yeterli görülmelidir. 6331 sayılı Kanun çıkarılırken 4857 sayılı İş Kanunu ile bu yönden uyum sağlanamamıştır. İş Kanunu'nun 25/I-b bendinde yapılacak bir değişiklikle, işçinin yakalandığı hastalığın tedavi edilemez nitelikte olduğunun “Sağlık Kurulunca veya işyeri hekiminin raporu ile saptanması durumunda” haklı fesihte bulunulabileceğinin belirtilmesi bu husustaki duraksamaları ortadan kaldıracaktır.

4. Devamsızlık Koşulunun Aranmaması

İşverenin İş Kanunu'nun 25/I-b bendi hükmüne göre haklı fesihte bulunması için ayrıca hastalığın belli bir süre devam etmesi koşulunun aranıp aranmayacağı öğretide tartışılmış ve yargı karar-

28 “Çalışma mevzuatında sağlık raporu alınması gerektiği belirtilen işlerde, böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak bünyeye elverişli olmadığı işte çalıştırılan sigortalının, bu işe girmeden önce var olduğu tespit edilen veya bünyeye elverişli olmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı nedeniyle, Kurumca sigortalıya ödenen geçici iş göremezlik ödeneği işverene ödetilir” (5510 s.Kanun m.21/3).

29 “İlgili kanunları gereğince sağlık raporu alınması gerektiği halde sağlık raporuna dayanılmaksızın veya alınan raporlarda söz konusu işte çalışması tıbbî yönden elverişli olmadığı belirtildiği halde genel sağlık sigortalısını çalıştıran işverenlere, bu nedenle Kurumca yapılan sağlık hizmeti giderleri tazmin ettirilir.» (5510 s. Kanun m.76/3).

larına konu olmuştur. Öğretide anılan hükmün uygulanabilmesi için tedavisi olanaksız hastalığın ayrıca İş Kanunu'nun m. 25/I-b,2'de belirtilen süreyi aşmasının gerekli olup olmadığı hususunda iki farklı görüş bulunmaktadır. Hâkim görüşe göre, işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu bir sağlık kurulu tarafından saptandığında, işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir; bu durumda işçinin işe devamsızlığının bildirim süresini altı hafta aşması koşulu aranmaz.³⁰ İkinci görüşe göre ise, derhal fesih için yukarıda belirtilen koşullara ilaveten işçinin m.25/I-b,2 bendinde belirtilen süreler kadar işe devamsızlık yapmış olması gerekir.³¹ *Akyiğit*'e göre, işverenin m. 25/I-b hükmüne göre fesihte bulunabilmesi için, tedavi edilemeyen bir hastalığa tutulan ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu bir sağlık kurulu raporu ile saptanmış işçinin kıdemine göre belirlenecek bildirim süresini altı hafta aşan bir süre işyerine gelmemiş olması şarttır. Bunun için işçinin bu hastalığa kusurlu biçimde yakalanıp yakalanmadığı önemli değildir.³² Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 10.02.2016 tarihli Kararında öğretide savunulan ikinci görüşe paralel şekilde hüküm tesis edilmiştir. Kararda, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesi uyarınca "işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması kaydı ile hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimli fesih hakkı-

nın; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğacağı" kurala bağlanmıştır. Anılan maddeye göre davacının rahatsızlığı nedeni ile devamsızlığının ihbar öneline ilaveten 6 hafta aralıksız devam etmesi halinde, işverenin bildirimli fesih hakkı doğmaktadır. Bu fesih nedeni, sağlık nedenlerinden kaynaklanan haklı nedendir." denilerek tedavi edilmeyecek hastalık nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işyerine ihbar öneli 6 hafta aşan bir devamsızlık yapılması koşulu kabul edilmiştir.³³

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 22.01.2013 tarihli Kararında ise farklı yönde hüküm tesis edilmiştir. Karara göre, "4857 sayılı Kanunda işçinin tedavisi imkansız bir hastalığa tutulması hali düzenlenmiştir. İşçinin tutulduğu hastalığın tedavisinin bulunmaması yanında, işyerinde çalışmasının sakıncalı olması da sağlık kurulunca belirlenmelidir. 4857 sayılı Kanunu'nun 25/ I-b maddesindeki bu düzenlemeye göre her iki şartın da bir arada bulunması gerekir" denilerek ayrıca bir işyerine devamsızlık koşulunun aranmayacağı belirtilmiştir.³⁴ Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihadına göre de işverenin haklı fesihte bulunabilmesi için ayrıca bir devamsızlık koşulu aranmaz. Özel Daire'nin konuya ilişkin bir kararına göre, "İşçinin tutulduğu hastalığın tedavisinin bulunmaması yanında, işyerinde çalışmasının sakıncalı olması da sağlık kurulunca belirlenmelidir. Kanunun 25/I-b maddesindeki bu düzenlemeye göre her iki şartın da bir arada bulunması gerekir".³⁵

Kanaatimizce, İş Kanunu'nun m.25/I-b hükmünde işçinin tedavi edilemeyecek nitelikte bir hastalığa tutulduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu sağlık kurulunca saptanması halinde, işverene mutlak bir fesih yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla, belirtilen üç koşulun ger-

30 Demir, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, s.383; Eyrenci/Taşkent/Ülucan, Bireysel İş Hukuku, s. 188; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Kanunu m.25/I-(b) hükmünde belirtilen sağlık durumu bakımından işe devamsızlığın bir koşul olarak görülmediğini vurgulamaktadır, İş Hukuku, s.838; Sümer ise, "Bazen hastalıkların teşhisinde çok geç kalınmış olabilir. İşyerine devamsızlığı olmayan, ancak hastalığı geç anlaşılan, bununla birlikte işyerinde çalışmaya devam etmesinde sakınca bulunan işçinin iş sözleşmesini işveren feshedebilir." Sümer, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepi ile Feshi, s. 69; Savaş, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, s.50.

31 Akyiğit, İş Kanunu Şerhi I, s.1132.

32 Akyiğit, İş Kanunu Şerhi I, s.1132.

33 Yargıtay 7. HD., E. 2015/36349, K. 2016/2630, T.10.2.2016.

34 Yargıtay 22. HD., E. 2012/30004, K. 2013/380, T.22.1.2013.

35 Yargıtay 9.HD., E. 2009/31114, K. 2011/49075, T.21.12.2011; aynı yönde; Yargıtay 9.HD., T.10.11.2008, E.2008/5816, K.2008/30572, www.legalbank.net.

çekleşmesi ile birlikte işverenin derhal fesih hakkı doğar, işçinin ayrıca belirli bir süre işe devamsızlık yapmış olması şartı aranmaz.³⁶

5. Fesih Öncesi Savunma Koşulunun Yokluğu

İş Kanunu'nun haklı feshe ilişkin 24-26.maddeleri hem iş güvencesinin kapsamına giren hem de bu kapsama girmeyen İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde uygulanır.³⁷ İş Kanunu'nun 25.maddesinin son fıkrası gereğince, iş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde işveren 25.maddeye göre fesih yapmak istediğinde iş güvencesine ilişkin 18,20 ve 21.maddeler uygulama alanı bulacaktır. Bunun da anlamı, İş Kanunu'nun 25. maddesinin I-II-III ve IV numaralı bendindeki şartlar gerçekleşmiş ise, işverenin bu madde kapsamında haklı fesih yetkisini kullanırken davacıdan yazılı savunmasını isteme zorunluluğu olmadığıdır. Zira, İş Kanunu'nun 25/son fıkrasında derhal feshlere uygulanacak iş güvencesi hükümleri arasında işçinin savunmasının alınmasını düzenleyen 19.madde sayılmamıştır.³⁸ Yasal düzenlemeler gereği olan bu husus Yargıtayın yerleşik içtihadını oluşturan pek çok kararında da belirtilmiştir; "iş sözleşmesi davalı işveren tarafından 4857 sayılı yasanın 25/II maddesi gereğince feshedilmiş olup, bu halde aynı yasanın 25/son maddesi gereği yasanın 19.maddesinin uygulanma alanı bulunmadığından savunma alınması zorunluluğu bulunmamaktadır."³⁹ Ancak Yargıtayın yeni tarihli kararlarında İş Kanunu'nun 25/I-b bendindeki sağlık neden-

leriyle fesihle işçiden savunma alınma gerektiği vurgulanmaktadır. Kararda; "Madde açıkça sadece işverenin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/II numaralı bendinde sayılan haklı sebeplerle fesihle savunma alınamayacağını düzenlemiş, 25. maddenin diğer bentlerini dışında tutmamıştır. İşçinin sağlık nedeni ile iş görme edimini yerine getirmemesi, verimi ile ilgili olduğundan 19. madde uyarınca savunmasının alınması gerekir.Dosya içeriğine göre davacı işçinin iş sözleşmesinin, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/I maddesi uyarınca sağlık nedenleri ile davalı işverence feshedilmiş, ancak savunması alınmamıştır. Davacının iş sözleşmesinin sağlık sebepleri ile feshedilmesine karşın, fesih öncesinde savunmasının alınmaması feshin geçersizliği sonucunu doğurmaktadır" denilmektedir.⁴⁰

Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, İş Kanunu'nun 25/I-b bendindeki sağlık nedenleri söz konusuysa fesihle önce işçiden savunma alma zorunluluğu yoktur.⁴¹ Zira, İş Kanunu'nun 19.maddesinin 2.fıkrasında sadece yetersizlik ve davranışlar nedeniyle fesihle savunma alma zorunluluğu getirilmiştir; "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili sebeplerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Bu hükümlerle, işçinin savunmasının alınması, münhasıran işçinin davranışı veya verimi ile ilgili sebeplerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının, tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, İş Kanunu'nun 25/I/b bendinde ise işçinin kusurundan kaynaklanan bir fesih nedeni düzenlenmemiştir; işçinin tedavi edilemez hastalığa yakalanmasında kusuru bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun 18. maddesinde ise işçinin kusurundan kaynaklanan nedenlerin varlığı durumunda, eşdeyişle verimsiz çalışma ve davranışlarından kaynaklanan fesihle yazılı savunma alınması zorunludur. Nitekim, 18.madde kapsamına

36 Ergin, Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, s.121.

37 Süzek, İş Hukuku, s.727.

38 Süzek, İş Hukuku, s.728.

39 Yargıtay 9.HD., E.2006/13620, K.2006/17779, T.19.06.2006; aynı yönde, "fesih bildiri de davacının çalışma arkadaşlarına ve üçüncü kişilere karşı hitap ve davranışlarının uygun bulunmadığı ifade edilmesine, iş sözleşmesinin 4857 sayılı Kanun'un 25. maddesine dayanılarak haklı sebeple feshedildiği bildirildiğinden aynı Kanun'un 19. ve 25/ son maddeleri uyarınca fesihle önce savunmasının istenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır." Yargıtay 22. HD., E:2013/10035 K:2013/14132 T:11.6.2013 (www.legalbank.net); Yargıtay 9. HD., E.2006/1129, K.2006/2424, T.06.02.2006, Çil, İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, s. 1872-1873.

40 Yargıtay 9.HD., E.2015/35476, K.2016/18795, T. 31.10.2016 (www.kazancı.com).

41 Süzek, İş Hukuku, s.729.

girse dahi, işçinin kusurundan kaynaklanmayan, işyerinden, işletmenin gereklerinden kaynaklanan nedenle sözleşme feshedilmek istenildiğinde de işçiden savunma alınmamaktadır.

İş Kanunu'nun 18.maddesinde ve İş Kanunu'nun 25/II.maddesinde geniş anlamda işçinin davranışları fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. İş Kanunu'nun 25/I-III-IV. benlerindeki fesih nedenlerinin ise işçinin davranışı ve verimi ile ilgisi yoktur; bu bentlerde yine işçiden kaynaklanmakla birlikte kusur ögesi içermeyen geçici veya sürekli ifa imkansızlığı söz konusudur, eşdeyişle işçinin işgörme borcunu geçici süreyle imkansız kılan koşullar ortaya çıkmıştır.⁴² Bu durumlarda işçiden savunma alınmasının yasal bir dayanağı olmadığı gibi, savunma almanın mantığı ve çoğu durumda imkanı da yoktur. Örneğin, işyerinin bulunduğu bölgede meydana gelen deprem nedeniyle işçinin işyerine devamsızlığının bir haftadan fazla sürmesi halinde zorunlu nedenler kapsamında 25/III.bende göre sözleşme feshedilmek istendiğinde işçiden yazılı savunma istenmesi ne kadar mantıksızsa, işçinin tutukluluk veya gözaltına alınma hali nedeniyle bu sürenin 17. maddedeki bildirim önellerini aşmasından sonra 25/IV'e göre sözleşmesi feshedilmek istendiğinde cezaevinde tutuklu bulunan işçiden savunma almanın imkansızlığı da ortadadır. Öğretide haklı olarak ifade edildiği gibi, İş Kanunu'nun 19/2.maddesinde, aynı yasanın 25/II maddesi işçinin savunmasının alınmasını gerektirmeyen bent olarak sayılmışsa da, "yasa koyucu İK25/I, 25/III ve 25/IV'de yer alan sebeplerde esasen savunma alınmasını gerektiren bir durum olmadığı için, 19/2'de sadece İK 25/II'yi zikretmiştir. Başka bir deyişle yasa koyucu İK 25/II dışındaki haklı fesih nedenlerinde savunma alma zorunluluğunun mevcut olduğunu hükme bağlamayı amaçlamamıştır".⁴³ Bu nedenle İş Kanunu'nun 25. maddesinin I-II-III ve IV. fıkralarına göre yapılacak fesihlerde işverenin işçiden yazılı savunma almak zorunda olmadığı sonucuna va-

rılması gerekir.⁴⁴

III. Sonuç

İş Kanunu'nun m.25/I-(b) hükmünde, işçinin tedavi edilemeyecek nitelikte bir hastalığa yakalandığı ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun sağlık kurulunca saptanması halinde işverene haklı nedenle fesih yetkisi tanınmıştır. Maddenin lafzına göre işçinin tedavi edilemeyecek nitelikte ve işyerinde çalışmasında sakıncalı bulunan bir hastalığa yakalandığının *sağlık kurulunca* saptanması gerekir. Dolayısıyla, belirtilen üç koşulun gerçekleşmesi ile birlikte işverenin derhal fesih hakkı doğar, işçinin ayrıca belirli bir süre işe devamsızlık yapmış olması şartı aranmaz. İş Kanunu'nun 25/I-b bendindeki sağlık nedenleri söz konusuysa fesihden önce işçiden savunma alma zorunluluğu da yoktur. Zira, İş Kanunu'nun 19.maddesinin 2.fıkrasında sadece *yetersizlik* ve *davranışlar* nedeniyle fesihte savunma alma zorunluluğu getirilmiştir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yürürlüğe girdikten sonra ise 4857 sayılı İş Kanunu m.25/I-b bendindeki Sağlık Kurulu Raporu şartı işyeri hekiminden alınan raporların yaptırım gücü karşısında tartışmalı hale gelmiştir. Kanaatimizce, 2012 yılında yürürlüğe giren 6331 sayılı Kanun ile İş Kanunu'nun 25/I-b bendindeki Sağlık Kurulu raporu alınması şartı örtülü olarak ortadan kalkmıştır. 6331 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 2012 yılından sonra artık işyeri hekiminin "işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu" ilişkin vereceği sağlık raporu, İş Kanunu'nun m.25/I-b bendi kapsamındaki haklı fesih için yeterli görülmelidir. 6331 sayılı Kanun çıkarılırken 4857 sayılı İş Kanunu ile bu yönden uyum sağlanamamıştır. İş Kanunu'nun 25/I-b bendinde yapılacak bir değişiklikle, "b) İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca veya işyeri hekiminin raporu ile saptanması durumunda" haklı

42 Tedavi edilemez hastalıkta sürekli ifa imkansızlığı söz konusudur.

43 Süzek, İş Hukuku, s.729.

44 Süzek, İş Hukuku, s.729; Gülver, İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Şebeplerine Dayanılarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade, s.407.

fesihte bulunulabileceğinin belirtilmesi bu husustaki duraksamaları ortadan kaldıracaktır.

KAYNAKÇA

- Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Kaplan-Sen-yen, Emine Tuncay: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2013.
- Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2014.
- Alpagut, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, s. 71-83.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 30. Bası, İstanbul 2017.
- Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Demir, Fevzi: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 10. Bası, İzmir 2017.
- Gülver, Ender: İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanılarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade, Karar İncelemesi, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C.I, İstanbul 2016, 397-414.
- Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1984.
- Ergin, Hediye: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul 2009.
- Ertürk, Şükran: İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı 2, İzmir 2002, s. 1-23.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2014.
- Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, Cilt I, 3. Bası, Ankara 2009.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, İstanbul 2014.
- Savaş, Fatma Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012.
- Sümer, Haluk Hadi: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi, Sicil Dergisi, Sayı:8, Aralık 2007, s.66-73.
- Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku, 14. Baskı, Konya 2008.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2017.
- Şakar, Müjdat: Sağlık Sorunları Sebebiyle Devamsızlık Halinde Sözleşmenin Derhal Feshi, Yaklaşım Dergisi, Nisan 2007, Sayı: 172, s.37-38.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2016.