

İş Sözleşmesinin Sağlık Nedenleriyle İşveren Tarafından Derhal Feshinde Savunmanın Gerekmemesi (Karar İncelemesi)

Öz

İşçinin iş görme borcunu yerine getirirken yeterli olması çalışma ilişkisinde doğrudan etkilidir. Bu nedenle de işçinin yetersizliğinin bir hali olan sağlığına ilişkin iş mevzuatında bir çok hükmün düzenlendiği görülmektedir. İşçinin sağlık sorunları nedeniyle ortaya çıkan fiziki yetersizliği iş sözleşmesinin feshi bakımından geçerli bir neden oluşturabileceği gibi haklı neden de oluşturabilir. İncelemeye konu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararında da iş sözleşmesinin sağlık sebebinden kaynaklı işveren tarafından haklı nedenle feshine ilişkin bir değerlendirme yapılmaktadır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ile 9. Hukuk Dairesi işçinin iş sözleşmesinin haklı neden olarak sağlık sebebiyle işveren tarafından feshinde farklı kararlara yer vermiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararlarında işçinin iş sözleşmesinin sağlık nedenleriyle işveren tarafından feshinde işçiden savunma alınmasının gerekli olmadığına yer verilmekteken; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

aynı durum için fesihten önce işçiden savunma alınmamış olmasının feshi haksız kılacağı şekilde kararlar vermiştir. Aynı nitelikteki hukuki konuda bir birine aykırı iki farklı kararın söz konusu olması adalet duygusunu sarsacağından kararlar içtihadın birleştirilmesine konu olmuştur. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında ise sağlık sebebiyle işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshinde savunma alınmanın zorunlu olmadığı yönünde karar verilmiştir.

Çalışmayla söz konusu içtihadı birleştirme kararının mevzuat dikkate alınarak incelenmesi ve işçinin sağlık durumunun iş sözleşmesinin feshindeki etkisinin belirlenmesi hedeflenmiştir. Bu kapsamda değerlendirme yapılırken mevzuat, Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımları, öğretici görüşleri ile Yargıtay kararlarından yararlanılarak karışıklığa temel oluşturan İş Kanunu'nun 19. maddesinin ikinci fıkrası ile 25. maddesinin son fıkrası ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler:

İş sözleşmesinin feshi, yetersizlik, işçinin sağlığı haklı neden, işçiden savunma alınması.

*Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı-serkan.odaman@deu.edu.tr.

Lack of Requirement For A Defence Statement In Case of Immediate Termination of An Employment Contract By The Employer For Health Reasons (A Court of Cassation's Decision Review)

Abstract

An employee's competence to fulfil his/her duty to perform work has a direct impact in the employment relationship. For this reason, the labour legislation stipulates a number of provisions regarding the health of employees, which is a form of an employee's incompetence. Physical incompetence of employees arising from their health problems may constitute a valid cause or just cause in terms of the termination of their employment contract. The decision of the Court of Cassation's General Assembly of the Unification of Judgments, which is analysed in this study, also makes an evaluation on the termination of an employment contract by the employer for just cause due to health reasons.

The 22nd Civil Chamber and the 9th Civil Chamber of the Court of Cassation have rendered different decisions on the termination of an employment contract by the employer for just cause due to health reasons. The 22nd Civil Chamber of the Court of Cassation has ruled that taking the defence statement of the employee in case of termination of the employment contract by the employer for health reasons is not necessary, whereas the 9th Civil Chamber of the Court of Cassation has decided for the same

situation that failure to take the defence statement of the employee before the termination will make the termination unjust. Considering that the presence of two different and contrary decisions on a legal issue of the same nature will harm the sense of justice, the decisions have been put through the process of unification of judgements. In the Court of Cassation's Decision of Joint Chambers, it has been ruled that it is not necessary to take the defence statement of the employee in case of termination of the employment contract by the employer for just cause due to health reasons.

This study aims to examine the mentioned decision of joint chambers in the light of the legislation and to identify the impact of the employee's health status on the termination of the employment contract. In this context, the second paragraph of article 19 and the last paragraph of article 25 of the Labour Law, which have been causing this complexity, have been analysed in detail on the basis of the legislation, the definitions by the World Health Organization, the opinions in the doctrine and the decisions of the Court of Cassation.

Keywords:

Termination of employment contract, incompetence, employee's health, just cause, taking employee's defence statement.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu

Esas Numarası: 2017/9

Karar Numarası: 2018/10

Karar Tarihi: 19.10.2018

Resmi Gazete Sayısı: 30769

Resmi Gazete Tarihi: 09.05.2019

I. Giriş

A. İçtihatları Birleştirme Konusundaki Başvuru

Yargıtay Birinci Başkanı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Başkanı ve Yargıtay 7, 9 ve 22. Hukuk Daireleri Başkanları ile 12 Ocak 2016 tarihinde yapılan toplantıda kararlaştırıldığı üzere, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu salonunda 1-3 ve 4 Şubat 2016 tarihlerinde Yargıtay 7, 9 ve 22. Hukuk Daireleri Başkan ve üyeleri ile yapılan toplantı sonucunda içtihat aykırılığı olup, uzlaşma sağlanamayan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince derhal fesihlerde işçiden savunma alınması gerekip gerekmediği konusunda verilen farklı kararlar sebebiyle içtihatların birleştirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

B. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun Kararı Ve İçtihadı Birleştirmenin Konusu

Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunca 28 Eylül 2017 tarihli ve 299 sayılı karar uyarınca, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince almış olduğu raporlar nedeniyle derhal fesihlerde işçiden savunma alınması gerekip gerekmediği konusunda Daireler arasında görüş aykırılığı olduğu ve farklı uygulamaların sürdürüldüğü sonucuna varıldığından; bu aykırılığın İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunca içtihatları birleştirme yoluyla

giderilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Ne var ki, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında içtihadı birleştirmeye konu uyumsuzluğunun 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca işçinin aldığı sağlık raporları noktasında toplandığı, bu nedenle belirlenen içtihadı birleştirme konusunun gerçek ihtilafı saptamaya yeterli olmadığı sonucuna varılarak, içtihadı birleştirme konusunun "4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince almış olduğu sağlık raporları nedeniyle derhal fesihlerde, işçiden savunma alınmasının gerekip gerekmediği" şeklinde belirlenmesine oy birliği ile karar verilmiştir.

C. Görüş Aykırılığının Giderilmesi İstemine Konu Kararlar

- Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesinin;
- 24.11.2015 tarihli ve 2015/23385 E.-2015/33398 K.,
 - 16.12.2015 tarihli ve 2015/24151 E.-2015/35707 K.,
 - 21.01.2016 tarihli ve 2015/25334 E.-2016/1561 K.,
 - 31.10.2016 tarihli ve 2015/35476 E.-2016/18795 K.,
 - 06.12.2016 tarihli ve 2016/928 E.-2016/21705 K.,
 - 23.01.2017 tarihli ve 2016/2983 E.-2017/510 K.,
 - 13.03.2017 tarihli ve 2016/6988 E.-2017/3648 K.,
 - 24.04.2017 tarihli 2016/10472 E.-2017/7099 K.,
 - 24.05.2017 tarihli ve 2016/13617 E.-2017/8796 K.,
- Yargıtay Yirmiikinci Hukuk Dairesinin;
- 16.01.2012 tarihli ve 2011/5117 E.-2012/61 K.,
 - 13.07.2012 tarihli ve 2012/2321 E.-2012/16839 K.,
 - 11.06.2013 tarihli ve 2013/10035 E.-2013/14132 K.,
 - 18.05.2015 tarihli ve 2015/12892 E.-2015/17747 K.,
 - 15.12.2016 tarihli ve 2016/29395 E.-2016/27966 K. sayılı kararları.

D. Görüş Aykırılığının Giderilmesi İstemine Konu Kararlarda Belirtilen Görüşlerin Özetleri

1. İçtihatların Birleştirilmesi Konusu Kapsamında Savunma Alınması Gerektiği Görüşünde Olan Daireler

Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, konuyla ilgili olarak Yargıtay Birinci Başkanlığına bildirdikleri görüşlerinde özetle; Dairenin 2015 yılında verdiği kararlarda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince almış olduğu raporlar nedeniyle işçinin iş sözleşmesinin derhal feshinde savunma alınması gerektiğinin kabul edildiği, gerekçe olarak da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinde sadece 25'inci maddenin ikinci fıkrası gereği yapılan fesihlerde savunma almak mecburiyetinin olmadığı, bunun dışındaki fesihler için savunma alınması yönünde yasal gereklilik olduğu belirtilmiştir.

2. İçtihatların Birleştirilmesi Konusu Kapsamında Savunma Alınmasının Geremediği Görüşünde Olan Daireler

Yargıtay Yirmiikinci Hukuk Dairesi, konuyla ilgili olarak Yargıtay Birinci Başkanlığına bildirdikleri görüşlerinde özetle; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin ilk cümlesi ile aynı maddenin birinci fıkrasının (b) bendine değinildikten sonra Uluslararası Çalışma Örgütü'nün ülkemizde de onaylanan 158 Sayılı Hizmet İlişkinine Son Verilmesi Sözleşmesi'nin 7'nci maddesine göre işveren makul ölçülere göre beklenemeyecek hâller hariç, hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilmeden bir işçinin hizmet ilişkisinin, o işçinin tutumu ve verimi ile ilgili nedenlerle sona erdirilemeyeceği, 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Sözleşmenin feshinde usul" başlıklı 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre ise "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." şek-

linde düzenlendiği, madde gerekçesinde "Belirsiz süreli iş sözleşmesi, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili bir nedenle feshediliyor ise, ona önce hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilecektir. Ancak, işçinin zihinsel veya bedensel yetersizliği, arkadaşları veya amirleri ile sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmiş olması gibi durumlarda savunmasının alınması işverenden beklenemeyecektir. Kuşkusuz, İş Kanununun 25. maddesinin (II) numaralı bendindeki şartlar gerçekleşmiş ise, işveren buna göre bildirimsiz (derhal) fesih hakkını kullanabilecektir." şeklinde ifade edildiği, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde "yeterlilik" kavramı kullanıldığı hâlde, aynı Kanun'un 19'uncu maddesinde "verimlilik" kavramının kullanıldığı, buna göre, işverenin, iş sözleşmesini verim hariç olmak üzere işçinin yeterliliğine dayalı olarak feshedecekse, savunmasının alınmasının gerekmeyeceği (Ekonomi, M.: Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003, Özel Ek, s. 14), nitekim madde gerekçesinde de "işçinin zihinsel veya bedensel yetersizliği" durumunda savunma alınmasının işverenden beklenemeyeceği hususunun açık olarak belirtildiği, bu cümleden olarak, kanun koyucunun "verimlilik" ve "yeterlilik" kavramlarını bilinçli olarak farklı kullandığı sonucuna ulaşıldığı, bu noktada gerekçede ifade edilen "zihinsel veya bedensel yetersizlik" hâllerinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasına münhasır olduğunu, diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin son fıkrasına göre de, "İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18,20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvuru olabilir." denilmekle, söz konusu düzenlemede açık olarak aynı Kanun'un 19'uncu maddesine atıf yapılmamasının da, 25'inci maddeye dayanılarak yapılan fesihlerde savunma alma zorunluluğunun bulunmadığını ortaya koyduğu, bu itibarla işçinin almış olduğu raporlar nedeniyle iş sözleşmesinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince işverence derhal feshinde, işçiden savunma

alınmasının gerekmediği belirtilmiştir.

3. İctihatların Birleştirilmesi Konusu Kapsamında Hukuk Genel Kurulu Başkanlığının Görüşü

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Başkanlığı, konuyla ilgili olarak Yargıtay Birinci Başkanlığına bildirdikleri görüşlerinde özetle; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19'uncu maddesine göre "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır." düzenlemesi karşısında işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörüldüğü ve salt işçinin savunmasının alınmamasının tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı, yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin son fıkrasına göre, "İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir." düzenlemesine yer verildiği, Yargıtay 9 ve 22. Hukuk Dairelerinin görüş yazıları birlikte değerlendirildiğinde, her iki Daire tarafından 2015 yılı öncesinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince almış olduğu raporlar nedeniyle derhal fesihlerde işçiden savunma alınmasının gerekmediğinin kabul edildiği, ancak 2015 yılında Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin (24.11.2015 günlü ve 2015/23385 E.-2015/33398 K. sayılı kararında belirtildiği üzere) bu konuda görüş değiştirerek savunma alınmasının gerektiğini kabul ettiği, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, Daireler arasında görüş farklılığının oluşmasından sonraki döneme ilişkin konuyla ilgili verilmiş kararı bulunmadığı, içtihat aykırılığının varlığından söz edilebilmesi için dairelerin ya kendi kararları ya da diğer daire kararları veya Hukuk Genel Kurulu kararları arasında devamlılık içeren bir aykırılığın bulunması gerektiği, dolayısıyla Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ile Yargıtay 22. Hukuk

Dairesi arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/1-b maddesi gereğince yapılan fesihlerde, işçiden savunma alınmasının gerekip gerekmediği konusunda içtihat aykırılığı olduğu anlaşılmakla, içtihatların birleştirilmesinin uygun olacağı belirtilmiştir.

II. İctihadı Birleştirmeye İlgili Kavram, Kurum ve Yasal Düzenlemeler

A. İctihadı Birleştirme Konusu İle İlgili Kavramlar ve Kurumlar

1. İş Sözleşmesi

1.1. Tanımı

4857 sayılı İş Kanunu'nun (İş Kanunu/Kanun/İşK.) 8'inci maddesine göre iş sözleşmesi, "bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme" olarak tanımlanmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (6098 sayılı Kanun/Türk Borçlar Kanunu/TBK) 393/1'inci fıkrasında ise "işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme" olduğu belirtilmiştir.

Söz konusu bu tanımlardan anlaşılacağı üzere iş sözleşmesi, iş görme, ücret ödeme ve kişisel/hukuki bağımlılık unsurlarından oluşmaktadır. Ayrıca iş sözleşmesi, kişisel ilişki kurmak suretiyle karşılıklı borç doğuran ve sürekli borç ilişkisi yaratan bir sözleşme olma özelliklerini de taşımaktadır.

1.2. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

İş sözleşmesinin kişisel ilişki kuran, karşılıklı ve sürekli bir borç ilişkisi ortaya çıkaran bir sözleşme olması, bu sözleşmenin hiç sona ermeyeceği anlamına gelmez. Dolayısıyla her özel hukuk sözleşmesinde olduğu gibi iş sözleşmesi de koşulların gerçekleşmesi hâlinde sona ermektedir.

İş sözleşmesinin sona erme nedenleri, söz-

leşmenin feshi ve fesih dışındaki nedenler şeklinde iki grup altında toplamak mümkündür.

1.2.1. İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Sona Ermesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 440'inci maddesi uyarınca işçinin ölümü ile iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Aynı Kanun'un 441'inci maddesinde ise kural olarak işverenin ölümü, sözleşmenin sona erme nedeni değildir. Ancak bu kuralın istisnası aynı maddenin ikinci fıkrasında yer almakta olup, işverenin ağırlıklı olarak kişiliği dikkate alınarak kurulan iş sözleşmesi, işverenin ölümü ile kendiliğinden sona erer.

Ayrıca, işçi ve işverenin iş sözleşmesinin sona ermesi yönünde yaptıkları anlaşmayla (bozma/ikale sözleşmesi) ya da belirli süreli iş sözleşmesinde belirlenen sürenin bitimi ile de iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir.

1.2.2. İş Sözleşmesinin Feshi

İş hukukunun temel uğraş alanlarından birini oluşturan ve uygulamada sıklıkla başvuru alan sözleşmeyi sona erdiren neden, iş sözleşmesinin feshidir.

İş sözleşmesinin feshi, sözleşmenin tarafı olan işçi ya da işverenin tek taraflı bir irade beyanı (fesih bildirim) ile sözleşmenin sona erdirilmesidir. Söz konusu bu irade beyanı, bozucu yenilik doğurucu bir hak olup, iş sözleşmesini geleceğe etkili olarak sonlandıran bir hukuki tasarruf işlemidir. Fesih bildirim, hak sahibinin bu doğrultudaki iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla sonuç doğuracağından, karşı tarafın ayrıca kabulüne ihtiyaç bulunmamaktadır.

Kural olarak fesih bildirim herhangi bir şekilde tabi değildir. Fesih bildirim yazılı yapılabileceği gibi sözlü de yapılabilir. Hatta bazı durumlarda örneğin işçinin elinden iş yeri giriş kartının alınması, iş yerine sokulmaması ya da işçinin devamsızlık yapması gibi hâllerde iş sözleşmesinin eylemli olarak feshedilmesi de mümkündür. Dolayısıyla sözleşmeyi fesheden tarafın, iş sözleşmesini sona erdirme iradesini yeterli açıklıkta ortaya koyması gereklidir. Başka bir deyişle, irade beyanında fesih kelimesinin açıkça belirtilmesi zorunlu değil ise de, irade beyanı karşı tarafa ulaştığı

zaman irade sahibinin, iş ilişkisini sona erdirmek istediğinin anlaşılması yeterlidir. Buna karşılık iş güvencesinden yararlanan işçinin iş sözleşmesinin, işveren tarafından geçerli nedenle feshedilmesi hâlinde, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.

Fesih bildiriminde bulunma hakkı, sözleşmenin her iki tarafına yani işçi ve işverene de tanınmıştır. Çünkü, sonsuza dek uzanıp sona erdirilemeyecek bir iş ilişkisi, tarafların kişilik haklarına ters düşer (Centel, T.; İş Güvencesi, 1 .Baskı, İstanbul, 2013, s. 11).

İş sözleşmesinin taraflarca feshi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17'nci maddesinde düzenlenen süreli fesih ve aynı Kanun'un 24 ve 25'inci maddelerinde düzenlenen haklı nedenle derhal fesih olmak üzere iki ayrı fesih türünü kapsamaktadır. Buna karşılık, İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerine tabi işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi; 22'nci maddesinde düzenlenen değişiklik feshi ve 29'uncu maddesinde düzenlenen toplu işçi çıkarılması hâlleri, Kanun ile sadece işverene tanınmıştır.

2. İş Sözleşmesinin Süreli Feshi

İş sözleşmesinin süreli feshi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17'nci maddesinde düzenlenmiştir. Süreli fesih hakkı, sözleşmenin tarafının (işçi ya da işverenin), bu hakkına istinaden diğer tarafa belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli fesih ile sona erdirilmesine ilişkin bir irade beyanında bulunmasıdır. Kural olarak süreli fesihte, fesih gerekçesinin gösterilmesi zorunluluğu yoktur. Eş deyişle, süreli fesihte, fesih serbestisi ilkesi geçerlidir. Ancak fesih serbestisinin istisnası da, iş güvencesinden yararlanan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli feshinde söz konusu olup, bu hususa aşağıda geçerli fesih başlığı altında ayrıca değinilecektir.

"Bildirimli Fesih", "Önelli Fesih", "İhbarlı Fesih", "Olağan Fesih" gibi terimlerle de ifade edilen süreli fesih belirsiz süreli iş sözleşmesini, belirli bir süreye riayet etmek suretiyle, bu sürenin bitiminin

de sona erdiren tek yanlı bir irade beyanıdır (Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M./Baysal, U.; İş Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2014, s.894).

Sürelî fesih hakkının kullanılmasından söz edebilmek için öncelikle belirsiz sürelî iş sözleşmesinin fesih bildiriyle sona erdirilmesine yönelik bir irade beyanı bulunmalıdır. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17'nci maddesinin birinci fıkrasına göre, "Belirsiz sürelî iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir."

Fesih beyanının geçerliliği kural olarak, bir şekilde şartına tabi olmadığı gibi fesih hakkının kullanımını herhangi bir hak düşürücü süreye de bağlı değildir. Ancak sürelî feshin Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesindeki objektif iyi niyet kuralına uygun düşecek bir zamanda yapılması gerekmektedir (Oğuzman, M. K.; Türk Borçlar Kanunu Ve İş Mevzuatına Göre Hizmet İş Akdinin Feshi, İstanbul, 1955, s. 169; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, a.g.e., s.897-902).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17'nci maddesinin ikinci fıkrasında bildirim süreleri öngörülmüştür. Bildirim süresi, fesih beyanının bildirildiği tarihten iş ilişkisinin son bulunduğu tarih arasında geçen süre olarak anlaşılmalıdır. Maddede belirtilen bildirim süreleri asgari süreler olup, işçi lehine sözleşme ile artırılması mümkündür. Bu bildirim süreleri işçinin iş yerindeki çalışma süresine yani kıdemine göre artan ve asgari olarak 2 ilâ 8 hafta arasında değişen niteliğe sahiptir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17'nci maddesinin beşinci fıkrası uyarınca işveren, bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir.

Hangi tarafın feshettiğine bakılmaksızın bildirim süresi içerisinde İş Kanunu'nun 27'nci maddesi uyarınca işçiye yeni iş arama izin hakkı tanınmıştır.

Bildirim süresi içerisinde iş sözleşmesi sonuç doğurmaya devam eder. Başka bir deyişle, bildirim süreleri içinde işçi ve işveren sözleşmeden doğan borçlarını ifa ile yükümlüdürler. Ancak usulüne uygun bir sürelî fesih ile iş sözleşmesi, bildirim süresinin dolmasıyla ya da işverenin bil-

dirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle sona erer.

Kanunda ya da sözleşmede öngörülen bildirim sürelerine uymaksızın iş sözleşmesinin feshedilmesi hâlinde bu şarta uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında ihbar tazminatı ödemek zorundadır.

İşverenin bildirim şartına uymaması veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi, iş güvencesi kapsamında kalan işçinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21'inci maddelerinden yararlanmasına engel değildir. Ancak iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda, işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında kötü niyet tazminatı ödenir.

3. İş Güvencesi

İşçinin geleceğine güven duyması, sürekli olarak işini kaybetme ve dolayısıyla kendisinin ve ailesinin geçim kaynağını oluşturan ücretinden yoksun kalma endişesinin dışında tutulması, modern iş hukukunun en temel amaçları arasında yer alır. Belirsiz sürelî iş sözleşmelerinde sürelî fesih hakkının işveren tarafından hakkın kötüye kullanılması dışında herhangi bir sınıra bağlı olmaksızın kullanılabilmesi işçileri işlerinin sürekliliği konusunda büyük bir güvensizlikle karşı karşıya bırakır (Süzek, S.; İş Hukuku, 16. Baskı, Ankara, 2018, s.550). Bu noktadan hareketle iş güvencesinin amacı, işverenin iş sözleşmesini, meşru ve makul görülebilecek bir neden olmaksızın keyfi olarak sona erdirmesinin engellenmesi ve dolayısıyla iş ilişkilerinde sürekliliğin sağlanmasıdır.

İş güvencesi, işçinin işten çıkartılamayacağı anlamı taşımaz. İş Kanunu'nda belirtilen geçerli ya da haklı fesih nedenlerinin bulunması hâlinde işçi, işten çıkarılabilecektir. Artık, böyle bir durumda işverenin, fesih sırasında keyfi hareket ettiğinden söz edilemez. Bu anlamda, sağlanacak iş güvencesi bakımından, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkının kısıtlanması yerine, söz konusu hakkın sınırlandırılmasından söz etmek, doğru ve yerinde olur (Centel, İş Güvencesi, s. 10).

3.1. İş Güvencesinin Dayanakları

3.1.1. Anayasa

Çalışma hakkı ve ödevini düzenleyen 1982 Anayasası'nın 49'uncu maddesi, "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır." şeklinde olup, anılan madde, iş güvencesine ilişkin en önemli anayasal dayanağı oluşturmaktadır.

Çalışma hakkının yaşama geçirilmesi, iş güvencesini tanımaktan ve sağlamaktan geçer. Bu anlamda madde metninde "iş güvencesi" sözcüklerine yer verilmemiş olmasına karşın; çalışma hakkına işlerlik kazandırılması, kurallarına uygun olarak çalıştıkları sürece, işçilere iş güvencesinin sağlanmasını içerir. Buna göre, iş güvencesi hükümlerini, anayasal güvence altındaki çalışma hakkından (AY m.49/1) ayrı düşünme olanağı yoktur. Diğer yandan, çalışma hakkını güvenceleyen bu madde, çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48'inci madde hükmüyle de desteklenmek zorundadır. Çünkü iş güvencesi, işçinin iş yerini bırakamaması ya da işverenin teşebbüs özgürlüğünün önünde engel oluşturması biçiminde ortaya çıkmaz. Buna göre, çalışma ve sözleşme özgürlüğünü (AY m.48) kısıtlayacak bir hukuki düzenleme, giderek çalışma hakkını (AY m.49) da kısıtlamış sayılır (Centel, İş Güvencesi, s.22-23).

3.1.2. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 Sayılı Sözleşmesi

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından 1982 yılında kabul edilen 158 Sayılı Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Sözleşmesi (158 Sayılı Sözleşme/Sözleşme) iş güvencesini düzenleyen en önemli uluslararası metinlerin başında gelmektedir. Zira Sözleşme, iş güvencesini somut olarak açık bir biçimde konu edinmekte ve bu yönde temel ilke ve kriterleri belirlemektedir (Ulucan, D.; "158 Sayılı ILO Sözleşmesi Ve Türkiye'nin Uyumu", İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli

Komitesi 20. Kuruluş Yılı Kutlama Semineri, Ankara, 1997, s. 159).

Sözleşmenin kapsamını belirleyen 2'nci maddesine göre Sözleşme, tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam olanlara uygulanacaktır. Eş deyişle, işçi statüsünde olan çalışanlar, çalıştıkları ekonomik faaliyet alanı ne olursa olsun bu Sözleşmenin getirdiği koruyucu hükümlerden yararlandırılacaklardır. Ancak aynı maddenin devamında bu konuda bazı istisnalar getirilebileceği de kabul edilmiştir. Sözleşme bunlara bazı örnekler vermekte, ancak bunların seçimini her ülkenin kendisine bırakmaktadır. Bu örnekler; belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili hizmet sözleşmeleriyle çalıştırılan işçiler, süresi önceden ve makul olarak belirlenmiş deneme süreli hizmet sözleşmesi ile çalışan işçilerden deneme süresi içinde bulunanlar ve süreksiz hizmet ilişkisiyle çalışan işçilerdir.

Sözleşmenin 3'ncü maddesi ile iş güvencesinden yararlanmak için iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla Sözleşmenin uygulanmasında, "son verme" ve "hizmet ilişkisine son verme" deyimleri, hizmet ilişkisine işveren tarafından son verilmesi anlamına gelir.

Sözleşmenin en önemli özelliği, işçinin işine son vermenin geçerli nedene dayandırılmasını ilke olarak benimsemesidir. Sözleşmenin 4'üncü maddesine göre, iş ilişkisine, işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işin gereklerine dayalı geçerli bir neden olmadıkça son verilemeyecektir. Aynı şekilde ekonomik, teknolojik, yapısal veya benzer nedenler dışında da hizmet ilişkisine son verilemeyecektir.

Sözleşmenin 5 ve 6'ncı maddelerinde son verme bakımından geçerli neden oluşturmayan konular belirtilmiştir. Buna göre; sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızasıyla çalışma saatlerinde sendikal faaliyetlere katılmak, işçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya işçi temsilciliğine talip olmak, işvereni şikâyet etmek veya işveren aleyhine mevzuata aykırılık iddiası ile başlatılmış sürece katılım veya

işveren aleyhine idari makamlar nezdinde müra-caatta bulunmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hâl, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken, doğum izni esnasında işe gelmeme ve hastalık veya kaza nedeni ile geçici devamsızlık, işten çıkarma için geçerli neden sayılmamaktadır.

Sözleşmenin 7'nci maddesinde iş ilişkisinin sona erdirilmesinde uygulanacak usul gösterilmiştir. Buna göre, işverenden makul ölçülere göre beklenemeyecek hâller hariç, hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilmeden bir işçinin hizmet ilişkisi, o işçinin tutumu ve verimi ile ilgili nedenlerle sona erdirilemez.

Sözleşmenin 8 ve 9'uncu maddelerinde iş ilişkisinin sonlandırılmasına itiraz usulü; 10'uncu maddesinde ilgili merci ya da mercilerin itiraz sonucu verecekleri kararlar; 11 'inci maddesinde iş ilişkisinin sona erdirilmesinde bildirim süreleri ve ihbar tazminatı; 12'nci maddesinde kıdem tazminatı ve gelirin korunmasına ilişkin diğer yöntemler; 13 ve 14'üncü maddelerinde ekonomik, teknolojik, yapısal veya benzer nedenlerle hizmet ilişkisine son verme özellikleri ve işçi temsilcilerine danışma prosedürü düzenlenmiş, devam eden maddelerinde ise son hükümler ve Sözleşmenin üye devletler tarafından onanması ile onandıktan sonraki takibinin nasıl gerçekleşeceği gösterilmiştir.

3.1.3.4857 Sayılı İş Kanunu

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 Sayılı Sözleşmesi'nin ülkemiz tarafından 9 Haziran 1994 tarihinde onaylanması üzerine, iş güvencesinin sağlanması noktasında kanun yapma çalışmalarına hız verilmiştir. Bu bağlamda, 158 Sayılı Sözleşme hükümlerine uyum sağlamak amacıyla ilk kez, 15 Mart 2003 tarihli 4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanunu'nda yapılan değişiklikle bazı maddeler eklenmiş, böylece iş güvencesi kapsamında kalan işçiler yönünden işverenin süreli fesih hakkı sınırlandırılmıştır. Ancak kısa bir süre sonra yürürlüğe giren ve hâlen uygulanmakta olan 4857 sayılı İş Kanunu ile 1475 sayılı İş Kanunu, 14 üncü maddesi hariç yürürlükten kaldırılmıştır.

4773 sayılı Kanun ile getirilen iş güvencesine ilişkin düzenlemeler bazı değişikliklerle 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almıştır.

İş güvencesinin kapsamı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; fesih bildirimini yapıldığı tarihte iş yerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması, işçinin en az altı aylık kıdemini bulunması, iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olması gerekmektedir. Ayrıca aynı maddenin son fıkrasına göre de, işletmenin bütününe yöneten işveren vekilleri ve yardımcıları ile iş yerinin bütününe sevk ve idare eden, işçiyi işe alma ve çıkarma yetkisi bulunan işveren vekillerinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı açıkça düzenlendiğinden, işçinin belirtilen bu işveren vekillerinden olmaması gerekmektedir. Son olarak işçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için belirsiz süreli iş sözleşmesi, işveren tarafından feshedilmelidir. Haklı nedene dayansa dahi işçinin iş sözleşmesini feshetmesi durumunda iş güvencesinden yararlanamayacağı açıktır. Aynı şekilde yukarıda belirtilen iş sözleşmesinin fesih dışındaki nedenlerle sona ermesi hâllerinde de iş güvencesi hükümlerinden yararlanılması mümkün değildir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Sözleşmenin feshinde usul" başlıklı 19'uncu maddesi uyarınca, "İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. 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." Bu düzenleme ile fesih bildirimini yazılı yapılmaması, fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmemesi ve sözleşmenin işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenle feshedilmesi hâlinde, fesihten önce işçiden savunma alınmaması durumlarında, salt bu şekilde aykırılıklar fesih geçersizliği sonucunu doğurmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile değişik "Fesih bildirimine itiraz ve usulü" başlıklı 20'nci ve "Geçersiz sebeple

yapılan feshin sonuçları" başlıklı 21 'inci maddeleri uyarınca iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Mahkemece yapılacak yargılama neticesinde feshin geçersiz olduğunun tespiti hâlinde, işçinin işine iadesine karar verilecektir. Ayrıca işçinin boşta geçen süre ücreti yanında işe başlatılmaması durumunda işe başlatmama tazminatının ödenmesi de söz konusu olacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu (iş güvencesini ilk kez düzenleyen 4773 sayılı Kanun ile değişik mülga 1475 sayılı İş Kanunu) iş güvencesi sistemini benimseyerek, iş hukukunda yeni bir fesih türü ihdas etmiştir. Geçerli fesih olarak adlandırılan bu fesih hakkı, sadece işverene tanınmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17'nci maddesinde düzenlenen fesih serbestisi esasına dayanan süreli fesihten farklı olarak geçerli nedenle fesihte işveren, fesih için geçerli bir nedene dayanmak zorunda olup, geçerli fesih için öngörülen ve yukarıda belirtilen şekil kurallarına da uymak zorundadır.

4. İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshi

4.1. Geçerli Neden Kavramı

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Feshin geçerli sebebe dayandırılması" başlıklı 18'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, "...belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır."

Anılan maddede geçerli neden kavramı tanımlanmamış, ancak hangi durumların geçerli neden olabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte madde gerekçesinde, "İşçinin yeterliliği veya davranışları işçinin kişiliği ile ilgili olan sebepleri oluştururken; işletmenin, iş yerinin veya işin

gereklerinden kaynaklanan sebepler ise iş yeri ile ilgili olmaktadır. Bu sebeplerin madde içinde belirtilmesi geçerli sebepler kavramını bir ölçüde somutlaştırmaktadır. ... Bu madde bakımından geçerli sebepler 25'nci maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve iş yerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hâllerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya iş yerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir. İşçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler 25'nci maddede belirtilenlerin dışında kalan ve iş yerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir...." denilmek suretiyle geçerli neden kavramı açıklanmaya çalışılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, 158 sayılı Sözleşmenin 5 ve 6'nci maddeleri dikkate alınarak fesih için geçerli neden oluşturmayan durumlar sıralanmıştır. Buna göre; "sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak, iş yeri sendika temsilciliği yapmak, mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler, Kanun'un 74 üncü maddesinde öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek ile hastalık veya kaza nedeniyle Kanun'un 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık" hâlleri, işveren için geçerli neden oluşturmayacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesindeki

düzenleme ile bu maddenin gerekçesindeki açıklamalara göre, geçerli nedenler iki grupta tasnif edilmiştir. Bu tasnife göre işçinin yetersizliği ve davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler işçinin kişiliğine ilişkin iken, işletmenin, iş yerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenler ise iş yerinden kaynaklanan geçerli nedenleri oluşturmaktadır.

İçtihadı birleştirmenin konusu dikkate alındığında iş yerine ilişkin geçerli nedenler üzerinde durulmayacaktır. Ancak konunun anlaşılabilmesi için işçinin kişiliğine ilişkin geçerli nedenleri oluşturan yetersizliğinden ve davranışlarından kaynaklanan nedenlerin irdelenmesinde yarar bulunmaktadır.

4.2. İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Nedenler

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesine göre, "...belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren işçinin yeterliliğinden ... kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır."

Maddedeki "işçinin yeterliliği" sözcüklerini, işçinin yeterli olmayışı, açıkça yetersizliği biçiminde anlamak gerekecektir (Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D.; Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 2016, s.192; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, a.g.e., s.986; Centel, İş Güvencesi, s.67).

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenler, ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma, gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması, işe yatkın olmama, öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği, sık sık hastalanma, çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yapma gibi iş yerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. Ancak işçinin yetersizliği, sayılan bu durumlar ile sınırlı olmayıp, iş sözleşmesi veya iş yerinde uygulanmakta olan yönetmelik gibi düzenleyici işlemler ile belirlenen çalışma kurallarına uyum sağlanamaması ve işçiden verim

alınamaması durumlarında da söz konusu olabilmektedir.

İşçinin yetersizliğini, fiziki yetersizlik ve mesleki yetersizlik olarak ikiye ayırmak mümkündür. İşçinin fiziki yetersizliği; hastalık, kaza gibi nedenlerle ortaya çıkan ve işçinin kendi işinde veya başka bir işte çalışmasını olanaksız kılan, kesin veya geçici, tam veya kısmi olabilen çalışma gücü eksikliğidir (Manav, A.Eda; İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara, 2009, s.78; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, a.g.e., s. 988). Ancak hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi fiziki yetersizlik hâlleri işçinin belirli bir süre işe devamını engellediği takdirde işveren yönünden haklı fesih nedeni de oluşturabilir (İşK. md.25/1-b).

Fiziki yetersizliğin geçerli neden oluşturabilmesi için, işçinin yetersizliği ile yapmakta olduğu iş arasında bir illiyet bağının bulunması, yani; yetersizliğin iş yerinin normal işleyişini bozması ve iş görme borcunun gerektiği şekilde ifasını engellemesi icap eder (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, a.g.e., s. 989).

İşçinin mesleki yetersizliği ise, aynı ve benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli ve daha düşük performansla çalışmasıdır (Süzek, a.g.e., s.571).

Mesleki yetersizlik, genellikle eğitim ve motivasyon ve beceri eksikliklerinden, tecrübesizlikten kaynaklanır (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, a.g.e., s.989).

İşçinin yetersizliği hâllerinde fesih için işçinin kusurlu olması gerekmez.

4.3. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Nedenler

İşçinin kişiliğinden kaynaklanan bir diğer geçerli neden de işçinin davranışlarıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli neden tanımlanmamış ancak maddenin gerekçesinde hangi davranışların geçerli nedenle feshine sebep olabileceği gösterilmiştir. Buna göre, "...işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak, iş yerinde rahatsızlık yaratacak şekil-

de çalışma arkadaşlarından borç para istemek, arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak, işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek, iş yerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek, işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak, sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak iş yerinde dolaşmak, amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek..." gibi hâller, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlere örnek olarak sıralanmıştır. Ancak işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler bu sayılanlarla sınırlı değildir. Dolayısıyla somut olayın özellikleri dikkate alınarak işçinin davranışının geçerli fesih nedeni oluşturup oluşturmayacağı değerlendirilmelidir.

İşçinin davranışının geçerli neden oluşturabilmesi için, bu davranışın iş yerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkilemesi ve iş sözleşmesinin devamını engelleyecek nitelikte olması gerekmektedir.

İşçinin yetersizliğinden farklı olarak davranış nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilebilmesi için, işçinin kusuru gerekmektedir. Başka bir deyişle, işçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi ancak işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı hâlinde mümkündür. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranması ve bunun sonucunda iş ilişkisinin olumsuz etkilenmesi, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih nedenidir.

Sonuç olarak işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenler, sözleşmenin haklı feshine elverecek ağırlıkta olmamakla birlikte bir uyarı ile geçitirilecek hafiflikte de olmayan ve bu itibarla iş ilişkisini olumsuz bir şekilde etkileyerek iş sözleşmesinin feshini geçerli şekilde olanaklı kılan sözleşmeye kusurlu aykırılık hâlleridir (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, a.g.e., s.991; Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T.: İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, İstanbul, 2018, s.502).

5. İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Savunma Alınması Zorunluluğu

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Sözleşmenin feshinde usul" başlıklı 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır."

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin birinci fıkrasında işçinin yeterliliğinden kaynaklanan nedenler geçerli neden olarak belirtildiği hâlde, 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasında feshin işçinin verimine dayandırılması durumunda savunmasının alınmasının gerekli olduğu ifade edildiğinden, geçerli fesih nedeni olarak "yeterlilik" ile fesihden önce savunma alınmasını gerektiren "verimlilik" kavramları öğretide tartışma konusu olmuştur.

Öğretide baskın görüş, iş sözleşmesinin geçerli nedenle fesih nedenlerini düzenleyen Kanun'un 18'inci maddesi ile uyumlu olması bakımından 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "verimi" ifadesinin işçinin "yeterliliği" olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir (Tunçomağ, K./Centel, T.; İş Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul, 2016, s.211; Süzek, a.g.e., s. 602; Centel, İş Güvencesi, s.127; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e, s.529). Buna karşılık Ekonomi, savunmanın alınacağı hâllerin, "işçinin davranışı veya verimi ile" ilgili geçerli sebeplerle sınırlı olduğunu, bu nedenle verim hariç olmak üzere işçinin yeterliliğine dayalı olarak işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilecekse, işçiden savunma alınmasının söz konusu olmayacağını (Ekonomi, M.; "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", Çimento İşveren Dergisi, S.2, C.17, 2003, s. 14); Gülver, "verim" ifadesinin bilinçli olarak seçildiğini ve Kanun'un 18 'inci maddesinde ifadesini bulan "yeterliliği" kavramından farklı olduğunu (Gülver, E.; "İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanılarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade", İÜHFİM Özel

Sayı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C.1, s.407); Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 158 Sayılı Sözleşmenin Fransızca metnini dikkate alarak işçinin verimi ile ilgili nedenler ifadesinin geniş bir biçimde yorumlanarak "işçinin çalışmasıyla ilgili nedenler" olarak anlaşılmasının isabetli olacağını (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, a.g.e, s. 1029 vd.); Şenocak/Kılıçoğlu ise, işçinin verimliliğine etkisine bakılmaksızın iş sözleşmesini geçerli olarak feshetme hakkı veren işçinin yetersizliğine ilişkin durumlarda (örneğin, çalışma müsaadesinin uzatılmaması, pilotluk lisansının uzatılmaması, şoförlük ehliyetinin geri alınması, işçi olarak çalışabilmek için kanunen ruhsat aranması veya diplomaya sahip olunması şartının koşulduğu durumlarda ruhsatın geri alınması, diplomanın iptal edilmesi; bir başka anlatımla işçinin kanunen çalışma yasağı kapsamına girmesi) savunmasının alınmasının gerekli olmadığı, zira bu tür hâllerde işçinin iş sözleşmesi ile üstlendiği edimi ifa etmesinin mutlak anlamda imkânsız hâle geldiği, dolayısıyla işçinin objektif açıdan yetersizliğinin söz konusu olduğu durumlarda işçiden savunma alınması zorunlu olmayıp, sübjektif açıdan yetersizlik hâllerinde işçiden savunma alınmasının şart olması gerektiğini (Şenocak, K./Kılıçoğlu, M.; İş Kanunu Şerhi, 1.Baskı, C.I, İstanbul, 2008, s. 1284 vd.) ifade etmişlerdir.

İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi, fesihden önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı veya verimine dayanan nedenler açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması şarttır.

Fesih bildiri ile birlikte ya da fesihden sonra savunma istenmesi veya fesihden önce savunmasının alınmaması, salt bu nedenle süreli feshin geçersizliği sonucunu doğurur.

6. İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi

İş sözleşmesi, işçi ile işveren arasında kurulan ve her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, işçi ile işveren arasında karşılıklı güvene dayanan kişisel ve sürekli bir ilişki yaratır. Bu nedenle işçi veya işveren taraflarından birinin davranışı ile bu güveni sarsması hâlinde güveni sarsılan tarafın objektif iyi niyet kurallarına göre artık bu ilişkiyi sürdürmesi kendisinden beklenemez. O hâlde her şeyden önce iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmek isteyen taraf için, sözleşmesinin devamının çekilmez bir hâle gelmiş olması gerekir (Esener, T.; İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1978, s.237). Ancak haklı nedenin varlığı, iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmez, sadece bir hak doğurur (Saymen, F. H.; Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954, s.570). Ayrıca fesih hakkının doğumundan itibaren kısa bir zaman içerisinde bu hakkın kullanılması gereklidir. Lehine haklı neden bulunan tarafın bu hakkını kullanması ile sözleşme sona erer (Oğuzman, a.g.e., s.36-37).

İş sözleşmesinin devamını çekilmez hâle getiren haklı nedenler, taraflara ilişkin olabileceği gibi, onların dışında oluşan olgular veya olaylar dolayısıyla da ortaya çıkabilirler. Aynı şekilde haklı nedenler iş ilişkisinin taraflara yüklediği sadakat borcunun ihlali hâlinde ortaya çıkabileceği gibi, iş ilişkisinin taraflara yüklediği borçların yerine getirilmesinin dürüstlük kurallarına göre, onlardan talep edilebilmesinin imkânsız olduğu hâllerde de ortaya çıkar (Senyen-Kaplan, E. Tuncay.; Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2018, s.304-305).

Haklı nedeni tanımlayan Türk Borçlar Kanunu'nun 435'inci maddesine göre, "Taraflardan her biri, haklı sebeple sözleşmeyi derhal feshedebilir... Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durumlar ve koşullar, haklı sebep sayılır." Buna karşılık 4857 sayılı İş Kanunu'nda haklı neden tanımlanmamış olup, hangi hâllerin haklı neden olacağı nitelikleri itibarıyla sınırlı, içerikleri itibarıyla sınırlayıcı olmayan bir şekilde sayılmıştır (Çenberci, M.; İş Kanunu Şerhi,

4.Bası, Ankara, 1978, s.433; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, a.g.e., s. 815).

İşçiye belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme yetkisi veren nedenler 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24'üncü maddesinde, işverene haklı nedenle derhal feshetme yetkisi veren nedenler ise aynı Kanun'un 25'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; işçi ve işveren yönünden haklı fesih nedenleri, "sağlık sebepleri", "ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan hâller ve benzerleri" ile "zorlayıcı sebepler" başlıkları altında üç grupta benzer şekilde ele alınmıştır. Ayrıca işveren için haklı fesih nedeni olarak işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması hâlinde devamsızlığı, dördüncü bir grup olarak düzenlenmiştir (İŞK. md.25/IV).

B. Sağlık Nedenlerinden Dolayı İşverenin Fesih Hakkı

1. İş Sözleşmesinin Sağlık Nedenlerinden Dolayı Geçerli Feshi

1.1. Geçerli Neden Oluşturmayan Sağlık Nedenleri

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin üçüncü fıkrasının (f) bendine göre, "Hastalık ... nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık" hâli, geçerli bir fesih nedeni değildir.

Bekleme süresi içerisinde iş sözleşmesi askıda olup, işverenin bekleme süresi içinde sözleşmeyi feshetmesi Kanun'un amir hükmü gereğince geçersiz bir fesih olacaktır.

1.2. İşçinin Uzun Süren Hastalığı Nedeniyle İşe Devamsızlığı

İşçinin uzun süren hastalığı nedeniyle aldığı sağlık raporu uyarınca işe devamsızlığı üzerine işveren iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebilir. Ancak bunun için Kanun'un 18'inci maddesinin üçüncü fıkrasının (f) bendinde belirtilen bekleme süresini aşan bir devamsızlığın söz konusu olması gerekir. Yani işçinin hastalığı nedeniyle aldığı sağlık raporu uyarınca iş yerine devamsız-

lığı, Kanun'un 17'nci maddesinde belirtilen bildirim sürelerini altı hafta aşarsa işveren için geçerli veya haklı nedenle fesih hakkı doğar (Süzek, a.g.e., s.568; Şenocak/Kılıçoğlu, a.g.e., s. 507-508).

1.3. İşçinin Sık Sık Hastalanması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin gerekçesinde işçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenler arasında sık sık hastalanma, geçerli neden olarak sayılmıştır. Bu nedenle, işçinin sık sık hastalanması, iş görme ediminin gerektiği şekilde ifa edilmesini devamlı olarak olumsuz etkiliyor, iş yerinin normal işleyişini bozuyorsa, işveren geçerli olarak süreli fesih hakkını kullanabilir (Süzek, a.g.e., s.569; Şenocak/Kılıçoğlu, a.g.e., s.509 vd; Centel, İş Güvencesi, s.71).

Sık sık rapor almanın geçerli sebep oluşturacak yoğunluğa ulaştığından söz edebilmek için işçinin hangi sıklıkta ya da ne kadar uzunlukta rapor alması gerektiğini kesin olarak söyleyebilmek mümkün değildir. Bu bağlamda, işçinin almış olduğu raporlar nedeniyle yaptığı devamsızlıkların ne zaman iş yerinde olumsuzluklara yol açtığı, işçinin yaptığı iş ve iş yerindeki konumu, iş yerinin büyüklüğü/küçüklüğü, devamsızlığın etkisinin diğer işçilere aşırı yük yüklenmeden azaltılıp azaltılamadığı, işçinin kıdemi gibi hususlar dikkate alınarak her somut olaya göre tespit edilmelidir (Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.497).

İşçinin uzun süren hastalığı nedeniyle işe devamsızlığından farklı olarak sık sık hastalanması nedeniyle aldığı aralıklı sağlık raporlarının toplam süresi, Kanun'un 17'nci maddesinde düzenlenen bildirim süreleri içinde kalsa bile, bu durum iş yerinde olumsuzluklara neden olmuş ise, işçinin iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilebilir.

2. İş Sözleşmesinin Sağlık Nedenlerinden Dolayı Haklı Nedenle Feshi

2.1. Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu'nun işveren açısından haklı fesih nedenlerini düzenleyen 25'inci maddesinin "Sağlık sebepleri" başlıklı birinci fıkrasında üç ayrı haklı nedenle derhal fesih nedeni düzenlenmiştir. Buna göre; 25'inci maddenin birinci

fıkrasının (a) bendinde, "İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi"; (b) bendinin ilk parafında ise, "İşçinin bulunduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu sağlık kurulunca saptanması durumunda" işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir.

Buna karşılık, anılan fıkranın (b) bendinin ikinci paragrafında düzenlenen haklı sebeple derhal fesih nedeni, aynı zamanda içtihadı birleştirmenin konusunu oluşturduğundan, aşağıda ayrı başlık altında yer verilmiştir.

2.2. İşçinin Sağlık Nedenleriyle Bekleme Süresini Aşan İş Devamsızlığı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin "Sağlık sebepleri" başlıklı birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci paragrafında, işçinin sağlık nedenleriyle bekleme süresini aşan iş devamsızlığı, işveren için haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Şöyle ki; "(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."

4857 sayılı Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan işçinin kasti veya derli toplu olmayan yaşayışı ya da içkiye düşkünlüğü dışında kalan nedenlerle işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hâllerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hâllerin işçinin iş yerindeki çalışma süresine göre 17'nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Örneğin bir yıl kıdemi olan işçinin hastalık nedeniyle almış

olduğu kesintisiz (aralıksız) sağlık raporu uyarınca işe devamsızlığının, bu kıdeme göre bildirim süresi dört hafta olduğundan altı hafta eklemek suretiyle on haftayı aşarsa işveren haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabilir.

Doğum ve gebelik hâllerinde ise bu süre, Kanun'un 74'üncü maddesinde belirtilen sürenin bitiminden itibaren başlar.

3. İctihadı Birleştirme Konusu ile İlgili Öğreti Görüşleri

3.1. Savunma Alınmasına Gerek Olmadığına Dair Görüşler

İş sözleşmesinin işverence haklı nedenle derhal feshinde, fesihten önce işçiden savunma alınması gerekip gerekmediği hususu öğretilerde tartışılmış olup, çoğunluk görüşü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında yapılan haklı nedenle derhal fesihte işçiden savunma alınmasının gerekmediği yönündedir. Buna göre;

Süzek, "...İK 19/2 ile 25/son hükümlerinin birbiriyle çelişmesi nedeniyle yasada bir çatışma boşluğunun ortaya çıktığı kabul edilse bile, bu boşluğun yasanın amacına uygun biçimde İK 25/son uygulanmak suretiyle doldurulması gerekir. Çünkü İK 19/2'de sadece İK 25/II'nin belirtilmesinin nedeni bu bent dışında kalan bentlerde savunma alınmasının gerekli olduğu değil, İK 25/son hükmü dolayısıyla anılan bentlerde esasen savunma alınmasının öngörülmediğindedir. Başka bir deyişle yasa koyucu, sadece İK 25/II'de öngörülen ahlâk ve iyi niyet kurallarına aykırılık hâllerinde değil, sağlık nedenleri (İK 25/I), zorlayıcı sebepler (İK 25/III) ve gözaltı ve tutukluluk (İK 25/IV) durumlarında da savunma alma zorunluluğunu hükme bağlamayı amaçlamamıştır. Kaldı ki, işçinin (kıdem tazminatı hakkını ortadan kaldıran) ahlâk ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışları hâlinde dahi savunma alma zorunluluğunu öngörmeyen yasa koyucunun, sağlık sebepleri, zorlayıcı nedenler veya gözaltı ya da tutuklama hâllerine dayanan fesihlerde savunma alma yükümlülüğü getirdiği sonucuna varmak isabetli sayılmaz...." (Süzek, 2018:707-708); Doğan Yeni-

sey, "...hukuk normunun yorumunda maddenin lafzi yorum güvenilir bir yorum yöntemi olmayıp, maddenin lafzı kadar sistematik yorumu da esastır. 19. maddede , madde başlığının "Sözleşmenin feshinde usul" düşündürdüğü aksine iş güvencesine tabi iş ilişkilerinin süreli fesih usulünü düzenleyen bir madde olup, sistematik olarak kanunun yazılı biçiminden farklı bir sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir. Eğer sistematik yorum esaslarını benimsemezsek her türlü işveren feshinin yazılı yapılması ve işçinin savunmasının alınması gerektiği gibi hiçbir biçimde normla amaçlanmayan bir sonuca varmak dahi mümkün olacaktır. Üstelik fiilen raporlu bir işçinin savunmasının nasıl alınacağını öngörebilmek de mümkün değildir. Böyle bir raporda işçinin savunmasından elde edilecek ek bir bilgi de bulunmamaktadır. Zaten işçinin sağlık raporundan devamsızlığın gerisinde yatan neden anlaşılmaktadır..." (Doğan Yenisey, K.; "İş İlişkisinin Sonra Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (Değerlendirme), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Derneği, Seminer, Ankara, 01-02 Aralık 2017, s.531-532.); Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, "...19. maddede işverenin geçerli sebeple feshinde savunma alma yükümlülüğü düzenlenirken, yalnızca m.25/II'ye atıf yapılması aslında 25. maddenin diğer bentleri uyarınca yapılan haklı fesihlerde savunma almaya gerek olmamasından kaynaklanmaktadır..." (Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.603); Şenocak/Kılıçoğlu, "... İş Kanunu'nun 19'uncu maddesi, sadece 25'inci maddenin II'nci bendini istisna tutmuştur. Acaba bu hükmün mefhumu muhalifinden, 25'inci maddenin diğer bentleri açısından savunma alınma zorunluluğundan bahsedilebilecek midir? Demir'e göre, bu hâllerde savunma alınma zorunluluğunun bulunmadığı kuşkusuzdur. Yazar, görüşünün gerekçesini belirtmemektedir. Kanaatimizce, İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin son fıkrasında 19'uncu maddeye atıfta bulunulmamasına dayanılarak Demir'in görüşüne iştirak edilmelidir..."(Şenocak/Kılıçoğlu, a.g.e., s.1286); Eyrenci/Taşkent/Ulucan, "...sözleşmesi

haklı nedenle feshedilen işçi, salt savunmasının alınmamış olmasını bir itiraz ve işe iade sebebi olarak öne süremez." (Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e., s.233); Astarlı, "...kanun koyucu işçinin davranışlarından kaynaklanan haklı nedenlerle fesih-te dahi savunma alma yükümlülüğünün bulunmadığını açıkça düzenlemiştir. Şu hâlde iş güvencesi kapsamındaki işçinin ahlâk ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışları hâlinde dahi savunma alma yükümlülüğü öngörmeyen kanun koyucunun, sağlık nedenleri, zorlayıcı nedenler veya gözaltına alınma ve tutuklanma nedenlerine dayanan derhal fesihlerde savunma alma yükümlülüğü öngördüğü sonucuna varmak isabetli görünmemektedir...Nitekim kanun koyucu 4857 sayılı Kanunun 19. maddesinde işletme gerekleri nedeniyle fesih-te savunma alınmasına gerek duymamıştır; çünkü bu tür bir fesih-te işçinin savunmasının alınmasının fesih iradesi üzerinde bir etkisi söz konusu olamaz. Benzer bir durum sağlık nedenleri, zorlayıcı nedenler ve gözaltına alınma ve tutukluluk hâlleri için de söz konusudur. İşçinin gözaltında geçirdiği sürenin bildirim süresini aşması hâlinde haklı nedenle fesih hakkına sahip işverenin işçinin savunmasını almasının bir amacı yoktur. Aynı durum işçinin çevresinde oluşan zorlayıcı nedenlerle işe devamsızlığı veya işçinin iş yerinde çalışmasında sakınca doğuran ve tedavi edilemeyen bir hastalığa tutulması hâlinde de söz konusudur. Şu hâlde İş K. md.25/II dışında kalan haklı nedenlerle fesihlerde de savunma alınmasına ilişkin Yargıtay görüşü, fesih-te önce savunma alınmasının amaçları ile de örtüşmemektedir..." (Astarlı, M.; "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Seminer, İstanbul, 25-26 Kasım 2016, s.256.); Ergin, "...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 imkânsızlığı söz konusudur, eş deyişle işçinin iş görme borcunu geçici süreyle imkânsız kılan koşullar ortaya çıkmıştır. Bu durumlarda işçiden savunma alınmasının yasal bir dayanağı olmadığı gibi, savunma almanın mantığı ve çoğu durumda imkânı da yoktur. ... İş Kanunu'nun 25/I-b bendindeki sağlık nedenleri söz konusuysa fesihten 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..."(Ergin, H.; "İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı", Sicil İş Hukuk Dergisi, S.38, 2017, s.63.); Gülver. "...4857 sayılı İş Kanunu'nun 19/2. maddesinde fesih işlemi öncesinde işverene savunma alma zorunluluğunun getirilmesi, işçinin davranışları veya veriminin düşmesi sebebine dayanılarak yapılacak geçerli fesihlerde, iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilebilmesini mümkün kılan işçi davranışlarının yahut verimindeki düşüşün geri planındaki sebeplerin işverence öğrenilebilmesi ve savunmayla elde edilen bilgiler çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak fesih işleminin yapılıp yapılmayacağına karar verilebilmesi amacına dayanır. İşletmenin, iş yerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebebin oluşumunda herhangi bir katkısı olmadığı için bu sebepler ileri sürülerek yapılacak fesihlerde, işçinin savunmasının alınması anlamlı değildir. Aynı durum, işçinin mesleki yetersizliği bir başka anlatımla verimi dışındaki fiziki yetersizlik hâllerinde de söz konusudur. Bu nedenle, savunma alma zorunluluğu getirilmesiyle ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmeyeceği durumlar, özellikle kapsam dışında bırakılmıştır. ... Kanun koyucu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19/2. maddesinde yer alan düzenlemede, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I, III ve IV. maddelerinde yer alan sebeplerde savunma alınmasını gerektiren bir durum olmadığı için salt 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesini zikrederek, savunma alınmasının gerekli olmadığını hükme bağlamıştır. Bu yapılırken, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesi dışındaki haklı fesih sebeplerinde savunma alma zorunluluğunun

mevcut olduğunu hükme bağlamak hedeflenmektedir. Hükümün amacı buyken, amaçla bağdaşmayacak bir biçimde hükümün karşıt anlamından yola çıkılarak aksi sonuca ulaşılması isabetli değildir..." (Gülver, s.408 vd.); Dulay Yangın, "... Madde hükmünde yer verilen haklı fesih sebepleri devamsızlığın belirli bir süre devam etmesi yahut durumun sağlık kurulu raporu ile saptanması gibi salt bir olgunun ortaya çıkmasına bağlanmış; başkaca bir sebep aranmamıştır. Hukuki dinlenme hakkının iş hukukundaki görünümü olan fesihten evvel savunma alınması işçinin hakkındaki iddiaları öğrenebilmesine, davranış ve yetersizliklerinin gerekçesini bildirmek suretiyle işverenin kararı üzerinde etki yaratabilmesine imkân sağlamaktadır. İşverenin yukarıda anılan sebeplerle iş sözleşmesini derhal feshettiği hâllerde, fesihten evvel işçiden alınacak olan savunma herhangi bir sonuca ulaşmaya yönelik olmadığı gibi, alınan raporlar feshin bağlandığı olgunun ortaya çıktığını gösteren yegane belgeler olduğundan savunma alınması ile ulaşılabilecek başkaca bir belge ya da öğrenilecek bir durum söz konusu değildir. Bu sebeple inceleme konusu karara konu olan olayı da içine alacak şekilde iş sözleşmesinin sağlık sebebiyle derhal feshedildiği hâllerde işçinin savunmasının alınması gerekli olmadığı ve İş Kanunu md.19 ile md.25/son arasındaki bağlantının da bu şekilde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz..." (Dulay Yangın, D.; "İş Sözleşmesinin İş Kanunu Md.25/1,b Uyarınca Haklı Nedenle Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması Gerekli midir? (Karar İncelemesi)", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, 2017, s.2052); Tolu, "...savunma almanın amacı işçiye kendisini savunma hakkı tanımak, isnat edilen fiiller karşısında açıklamada bulunmasına fırsat vermek, meşru bir gerekçesi varsa işverenin bunu öğrenmesini sağlamak ve işçiye durumu düzeltmesi için imkân tanımaktır. Oysa sağlık nedeniyle ve zorlayıcı nedenlerle yapılan fesihlerde işçinin savunmasının alınması bu amaçlardan hiçbirine hizmet etmemektedir. Zira, bu durumda işçinin kendi iradesiyle değiştiremeyeceği bir durum söz konusudur... Anılan neden-

lerle, İK m.25/I-III bentleri uyarınca yapılan fesihlerde işverenin savunma alma yükümlülüğü bulunmamaktadır..." (Tolu, H.; İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, 1. Baskı, İstanbul, 2017, s. 100-101) şeklinde görüş belirtmişlerdir.

3.2. Savunma Alınmasına Gerek Olduğuna Dair Görüşler

Sarıbay, "İşverenin iş sözleşmesini, işçinin ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışlarından ötürü haklı nedenle feshetmesi halinde işçinin savunmasını almasının zorunlu olmaması yerinde değildir..." (Sarıbay, G.; Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz Ve Feshe İtirazın Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul, 2007, s.96-97); Ulucan ise, "...İşçinin davranışı ya da verimi ile ilgili nedenlerin varlığı hâlinde ve İşK.m.25/II dışında kalan işverenin diğer haklı nedenle fesihlerinde, bir istisna hükmün bulunmaması nedeni ile işçinin savunmasının alınması zorunlu olacaktır..." (Ulucan, İş Güvencesi, s.76), şeklinde görüş belirtmişlerdir.

III. Gerekçe

İçtihadı birleştirmenin konusu; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince almış olduğu sağlık raporları nedeniyle derhal fesihlerde işçiden savunma alınması gerekip gerekmediği hususundadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Feshin geçerli sebebe dayandırılması" başlıklı 18'inci maddesine göre, "...belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır." Aynı Kanun'un "Sözleşmenin feshinde usul" başlıklı 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasında ise, "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."

Buna karşılık, işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen aynı Kanun'un 25'inci

maddesinin son fıkrası uyarınca, "İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir." Bu düzenleme ile iş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde, iş güvencesine ilişkin kapsam, fesih bildirimine itiraz ve usulü, geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarını düzenleyen maddeler aynen uygulanacaktır. Ancak anılan fıkrada, iş güvencesi hükümleri içerisinde yer almasına rağmen sözleşmenin feshinde usulü düzenleyen 19'uncu maddeye atıf yapılmamıştır. Dolayısıyla sözleşmenin feshinde usulü düzenleyen Kanun'un 19'uncu maddesinin ikinci fıkrası ile işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen 25'inci maddesinin son fıkrası arasındaki ilişkinin niteliğinin tespiti gerekmektedir.

Öncelikle "Sözleşmenin feshinde usul" başlıklı 19'uncu madde, iş güvencesine tabi iş ilişkilerinin süreli fesih usulünü düzenleyen bir madde olup, sistematik olarak kanunun yazılış biçiminden farklı bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Aksinin kabulü hâlinde, her türlü işveren feshinin yazılı yapılması ve işçinin savunmasının alınması gerektiği gibi, hiçbir biçimde normla amaçlanmayan bir sonuca varılacaktır (Doğan Yenisey, Değerlendirme, s.531). Bu noktadan hareketle, işverenin süreli fesih hakkının sınırlandırıldığı geçerli nedenle fesihlerde, işverenin uyması gereken usul kuralları Kanun'un 19'uncu maddesinde belirtilmiş olup, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde, fesihten önce işçiden savunma alınmaması, feshin geçersizliği sonucunu doğurmaktadır. Buna karşılık, 25'inci maddenin son fıkrasında sözleşmenin feshinde usulü düzenleyen 19'uncu maddeye atıf yapılmaması dikkate alındığında, işverenin haklı nedenle derhal feshinde işçi, fesihten önce savunmasının alınmadığı gerekçesiyle feshin geçersiz olduğunu ileri süremeyecektir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinin, aynı Kanun'un 18'inci maddesinde düzenlenen geçerli fesihlerde uygulanacağı belirlendikten sonra, işçinin fesihten önce savunmasının alın-

masındaki amaca da değinmek gerekmektedir.

Fesihten önce savunma alınmasında amaç, işçinin feshe neden olabilecek sebepleri öğrenmesi ile bu konudaki gerçeği ortaya çıkarmasını, böylece işverenin fesih konusundaki düşüncelerini etkileyerek onu fesihten vazgeçirmesini sağlamaktır. Eş deyişle, işçiden savunma alınması fesihten önce şekli bir unsur olmaktan öteye, iş ilişkisini olumsuz etkileyen unsurların tespiti ile bundan haberdar edilen işçinin, üzerinde tasarruf edebileceği, değiştirebileceği nitelikteki davranışı ya da verimi ile ilgili olumsuzlukları düzeltebilmesi veya ortadan kaldırılabilesine imkan vermektedir. Bu nedenle işçiden kaynaklanmayan, onunla ilgisi bulunmayan veya işçinin üzerinde tasarruf edemeyeceği ya da değiştiremeyeceği durumlarda işçiden savunma alınmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Bu noktadan hareket eden kanun koyucu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasında, işveren tarafından yapılan her türlü fesihte savunma alınmasını zorunlu kılmamıştır. Zira Kanun'un 18'inci maddesinde belirtilen bir diğer geçerli fesih nedeni olan iş yerinden kaynaklanan (işletme, iş yeri ve işin gerekleri nedeniyle) fesihlerde savunma alınması öngörülmemiştir. Esasen işçiden kaynaklanmayan, onunla bir ilgisi bulunmayan işletme gereği fesihlerde işçinin kendisini savunması mümkün olmadığı gibi, bunun bir anlamı da yoktur (Süzek, a.g.e., s.602).

Aynı şekilde Kanun'un 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesindeki açık düzenleme nedeniyle, 25'inci maddenin (II) numaralı bendi uyarınca yapılan haklı nedenle derhal fesihlerde de fesihten önce işçiden savunma alınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla işveren, Kanun'un 18'inci maddesine göre işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle süreli fesih yoluna gidip işçinin savunmasını almak zorundayken, 25'inci maddenin ikinci bendi uyarınca işçinin ahlâk ve iyi niyet kurallarına aykırı davrandığı iddiasıyla sözleşmeyi derhal feshederse işçinin savunmasını almak zorunda değildir (Süzek, a.g.e., s.706).

Kanun'un 19'uncu maddesinde sadece 25'inci maddenin (II) numaralı bendinin saklı tutulmasının nedeni, bu bentteki fesih nedenlerinin işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenler olmasıdır (Doğan Yenisey, Değerlendirme, s.532). İşçinin davranışları, ağırlığına göre, işverene iş sözleşmesini geçerli ya da haklı nedenle feshetme yetkisi veren ortak nedenlerdir. Şöyle ki; işçinin davranışının geçerli neden oluşturabilmesi için, haklı neden ağırlığında olmamakla birlikte, bu davranışın iş yerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkilemesi ve iş sözleşmesinin devamını engelleyecek nitelikte olması gerekmektedir. Buna karşılık haklı nedenle derhal fesihlerde ise, dayanağını objektif iyi niyet kurallarından alan, iş sözleşmesinin devamını çekilmez hâle getiren ve işverene iş sözleşmesini derhal sona erdirmeye yetkisi veren davranışlardır. Bir diğer neden ise, işçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde işçi kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanırken; Kanun'un 25'inci maddesinin (II) numaralı bendinde belirtilen ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışlar nedeniyle iş sözleşmesinin derhal feshinde işçi, kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanmamaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin davranışları nedeniyle tazminatsız feshi, sözleşmenin en ağır yaptırımını oluşturmaktadır. Bu nedenle daha hafif iddialar için işçinin savunmasını alma zorunluluğu getirilmişken, daha ağır nedenler için savunma alma zorunluluğunun bulunmaması, çoğun içinde az da vardır biçimindeki genel hukuk ilkesine aykırılık oluşturacağından kanun koyucu tarafından özel olarak açıklanma ihtiyacı duyulmasından kaynaklanmaktadır (Doğan Yenisey, Değerlendirme, s.532). Burada üzerinde durulması gereken bir başka neden de, Kanun'un 19'uncu maddesinde sadece 25'inci maddenin (II) numaralı bendinin saklı tutulmasından hareketle, 25'inci maddenin diğer bentleri uyarınca yapılacak derhal fesihlerde işçiden savunma alınmasının gerekip gerekmeyeceği, eş deyişle bu gibi hâllerde Kanun'un 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmasının mümkün olup olmayacağıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere 19'uncu

madde sadece geçerli nedenle fesihlerde uygulanmakta olup, aynı Kanun'un 25'inci maddesinin son fıkrasında açıkça 19'uncu madde dışlandı-ğından, haklı nedenle derhal fesihlerde işçiden savunma alınması gerekli değildir. Süzek'e göre, maddede sadece 25'inci maddenin (II) numaralı bendinin belirtilmesinin nedeni, bu bent dışında kalan diğer bentlerde savunma alınmasının gerekli olduğu değil, 25'inci maddenin son fıkrası dolayısıyla anılan bentlerde esasen savunma alınmasının öngörülmemesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu, 25'inci maddenin (II) numaralı bendi dışındaki diğer bentlerde savunma alma zorunluluğunu hükme bağlamayı amaçlamamıştır (Süzek, a.g.e., s.708).

Bu açıklamalar karşısında içtihadı birleştirmenin konusunu teşkil eden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca almış olduğu sağlık raporları nedeniyle derhal fesihlerde işçiden savunma alınmasının gerekip gerekmediği üzerinde durulmalıdır.

İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde, haklı nedenin doğumu ile sözleşme kendiliğinden sona ermez. Lehine haklı neden doğan taraf, bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir. Dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde düzenlenen almış olduğu kesintisiz sağlık raporu nedeniyle işçinin işe devamsızlığının bekleme süresini altı hafta aşması hâli, işveren için haklı nedenle derhal fesih nedenidir. İşverenin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshettiğine dair fesih iradesinin işçiye ulaşmasıyla iş sözleşmesi derhal sona erer. Görüldüğü üzere bu nedene dayanarak yapılacak fesihlerde, ihbar süresine eklenecek altı haftayı aşan işe devamsızlık hâli yeterli olup, bu hakkın kullanımı için 25'inci maddede başka bir şart öngörülmemiştir.

Yeri gelmişken belirtmelidir ki, işçinin bekleme süresini aşan işe devamsızlığı nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshine neden olan sağlık sebepleri, 19'uncu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen işçinin davranışı ya da

verimi ile ilgili nedenler kapsamında değerlendirilemez. Dolayısıyla işçinin sağlık sebeplerinden kaynaklanan bekleme süresini aşan işe devamsızlığında, fesihden önce işçiden istenilecek savunmanın gerek işçi gerekse işveren yönünden bir önemi bulunmamaktadır. Zira haklı nedeni doğuran olay, bu devamsızlığın bildirim süresine eklenecek altı haftayı aşması olup, işçinin bekleme süresini aşan bu işe devamsızlığı fiili bir durum teşkil etmektedir. Bu nedenle işçinin rahatsızlığının var olup olmadığı ya da alınan raporun sahteliği gibi nedenler ileri sürülmediğinden -bu hususların varlığı anılan bent kapsamında olmayıp ancak 25'inci maddenin (II) numaralı bendinde belirtilen işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih nedeni olacağından- işverenden fesihden önce savunma alma zorunluluğunun öngörülmesi, şekil şartının yerine getirilmesinden öte bir anlam taşımayacaktır. İşçinin bekleme süresini aşan işe devamsızlığı nedeniyle fesihden evvel işçiden alınacak olan savunma herhangi bir sonuca ulaşmaya yönelik olmadığı gibi, alınan raporlar feshin bağlandığı olgunun ortaya çıktığını gösteren yegane belgeler olduğundan savunma alınması ile ulaşılabilecek başkaca bir belge ya da öğrenilecek bir durum söz konusu değildir (Dulay Yangın, a.g.m., s.2052).

Öte yandan ülkemizde de onaylanan 158 Sayılı Sözleşme'nin 7'nci maddesine göre, "İşverenden makul ölçülere göre beklenemeyecek haller hariç, hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilmeden bir işçinin hizmet ilişkisi, o işçinin tutumu ve verimi ile ilgili nedenlerle sona erdirilemez." Maddede düzenlendiği üzere, işçinin davranışı ve verimi ile ilgili nedenlerle fesihlerde dahi işverenden makul ölçülere göre beklenemeyecek durumlarda savunma alınma zorunluluğu getirilmemiştir. Bununla birlikte Kanun'un 19'uncu maddesinin gerekçesinde de, "...Belirsiz süreli iş sözleşmesi, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili bir nedenle feshediliyor ise, ona önce hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilecektir. Ancak, işçinin zihinsel veya bedensel yetersizliği... gibi durumlarda savunmasının alınması işverenden beklenemeyecektir." denilerek,

158 Sayılı Sözleşme ile uyumlu olacak şekilde işçinin zihinsel veya bedensel yetersizliği hâllerinde, işverenden savunma almasının beklenemeyeceği vurgulanmıştır. Bu noktada, gerekcede ifade edilen işçinin zihinsel veya bedensel yetersizlik hâllerinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasına münhasır olduğu da belirtilmelidir.

İşçinin bekleme süresini aşan işe devamsızlığı nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde savunma alınıp alınmayacağı öğretide tartışılmış olup, ekseriyetle bekleme süresini aşan işe devamsızlık hâlinde işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmesi durumunda, fesihden önce işçiden savunma alınmasının gerekmediği ifade edilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında işçinin bekleme süresini aşan işe devamsızlığı, işçinin davranışı ya da verimi ile ilgili bir neden olmadığı gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin son fıkrası uyarınca haklı nedenle derhal fesihlerde, fesihden önce işçiden savunma alınmasını düzenleyen aynı Kanun'un 19'uncu maddesinin ikinci fıkrası uygulanmayacağından, işverenin fesihden önce savunma alma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Hâl böyle olunca 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince almış olduğu sağlık raporları nedeniyle derhal fesihlerde işçiden savunma alınmasının gerekmediği sonucuna varılmıştır.

IV. Sonuç

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince almış olduğu sağlık raporları nedeniyle derhal fesihlerde, işçiden savunma alınmasının gerekmediğine 19.10.2018 günlü ilk oturumda esas hakkında üçte ikiyi aşan oy çokluğu ile karar verilmiştir.

Karşı Oy

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/1.b kapsamında işverenin sağlık nedeni ile işçinin iş sözleşmesini fesihde aynı kanunun 19/2 maddesi uyarınca

fesihden önce savunmasının alınıp alınmayacağı konusunda kapatılan Yargıtay 7 ve 9. Hukuk Daireleri ile Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kararları arasında içtihat farklılığının giderilmesi için Yüksek Genel Kurul önüne gelen görüşmede çıkan karar sonucu, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin görüşü doğrultusunda savunma alınmasına gerek olmadığı şeklinde çoğunluk görüşü oluşmuş ve içtihatlar bu yönde birleştirilmiştir. Çoğunluk görüşü ile savunma alınmasının geçerli fesih için işçinin davranışı ve verimi için benimsendiği, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. Maddesinde düzenlenen fesih nedenlerinin haklı ve işveren açısından derhal fesih için öngörüldüğü, sağlık nedeni ile 25/1 fıkrasındaki fesihlerin, keza aynı maddenin III. fıkrasındaki zorlayıcı nedenlerle ve IV. Fıkrasındaki işyeri dışında işlenen suçtan dolayı tutuklanmanın davranış ve verimi ile ilgili olmadığı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/son maddesi uyarınca haklı nedenlerle fesih halinde işçinin açacağı feshin geçersizliği ve işe iade davasında savunma ile ilgili 19. Maddeye atıf yapılmadığı, sağlık nedeni ile bekleme süresi geçtikten sonra savunma alınmasının da sonuca etkili olmayacağı gerekçe olarak kabul edilmiştir.

Öncelikle konusunu anlaşılması için işveren yönünden haklı ve geçerli nedenler, sağlık nedenleri ile fesih ve savunma alınmasının önemi üzerinde durulmalıdır.

I. Haklı ve Geçerli Nedenler

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde haklı nedenler(sayılmıştır), 18. Maddesinde ise geçerli nedenler belirtilmiştir.

1. Haklı Nedenler (Madde 25)

- Sağlık nedenleri(25. maddenin I. fıkrasının a ve b bentleri)
- Davranışlardan kaynaklanan nedenler(25. maddenin II. fıkrası)
- Zorlayıcı nedenler(25. Maddenin III. fıkrası)
- İşyeri dışında işlenen suçtan dolayı gözaltına alınma veya tutuklanma(25. maddenin IV. fıkrası)

2. Geçerli Nedenler (Madde 18)

a) İşçinin davranışlarından kaynaklanan nedenler

- İşyerinde olumsuzluklara neden olan ve iş ilişkisinin çekilmez hale geldiği davranışlardır. (Geçerli nedenler)
- 4857 sayılı İK. 25/II maddesinde belirtilen haklı nedenlerde geçerli neden olarak kabul edilmektedir. Zira her haklı neden aynı zamanda geçerli nedendir.

b) İşçinin yeterliliğinden (veriminden) kaynaklanan nedenler

- Fiziki yetersizlik(Sağlık-Performans)
- Mesleki yetersizlik(Yaş, eğitim)
- İşyerinde olumsuzluklara yol açacak ve iş ilişkisi çekilmez hale gelecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I maddesindeki sağlık nedenleri ile fesihlerde işçinin verimi(yetersizliği) ile ilgili aynı zamanda geçerli nedendir.

c) İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenler.

II. Sağlık Nedenleri ile Fesih Türleri

1) Geçersiz neden: Bekleme süresi(Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık- işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimli 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) içinde fesih yapılamaz. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/3.f maddesine göre bu süre içinde gerçekleştirilecek fesih geçersizdir.

2) Sık sık rapor alma(Aralıklı): Kanunun gerekçesinde geçerli neden olarak sayılmıştır. Fesihden önce işçinin savunmasının alınması gerekir.

c) İşçinin kendi kasdı veya düzensiz yaşayışın-

dan doğan bir hastalığı veya sakatlığa uğraması(4857 S. İK. Mad. 25/1.a)

3) İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması(Mad. 25/I.b.l. cümle)

4) Bekleme süresi bitiminde bildirimli(derhal) fesih(Mad. 25/1.b. 2. Cümle): İhtiyacı birleştirme konusu olan sağlık nedeni ile fesih, bu fesih türüdür. Başka bir anlatımla, işyerinde iş kazası geçiren veya doğum izni alıp, raporu veya doğum izni sonrası ihbar öneli kadar rapor kullanan işçi yönünden, bildirimli fesih hakkını kullanan işverenin, işçinin savunmasını alıp almayacağı ihtiyacı birleştirme konusu yapılmıştır. Gerçekten de kanun koyucunun bekleme süresi içinde feshi geçersiz kabul ettiği sağlık nedeni ile fesihte, bekleme süresi dolduktan sonra iyileşmesi olanaklı olan veya doğum izni sonrası aldığı rapordan sonra işe başlayacak işçinin savunmasının alınmadan iş sözleşmesinin feshinin, feshi geçersiz kılmayacağını düşünmek pek de adil bir yaklaşım olmayacaktır.

III. Savunma Alınması ve Önemi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19/2 maddesi 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".

İşçinin savunma hakkını güvence altına alan 19. maddedeki hüküm 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 7. maddesinin tekrarı niteliğindedir. Geçerli sebeple feshi düzenleyen 18.madde de işçinin "yeterliliğinden" bahsedilirken; feshine ilişkin usulü düzenleyen 19. madde de "verimi" sözcüğünün kullanılması karışıklığa yol açabilecek niteliktedir. Birim zamanda işçinin harcadığı emeğin sonucu olan üretimin düzeyi işçinin verimliliğini gösterir ve fiziksel ya da zihinsel rahatsızlıklar yanında yaşlılık gibi sebepler

iş ilişkisinin çekilmez hal alıp almayacağı savunmasından anlaşılacaktır. Bekleme süresi içinde feshi geçersiz kabul edip, bekleme süresi dolduğu anda bildirimsiz feshi savunma almadan geçerli/haklı kabul etmek kanun koyucunun düzenlemesi karşısında isabetli değildir.

IV. İş Hukukunun Temel İlkeleri

1. Dar yorum: "İstisnai hükümlerin dar yorumlanması, maddi hukuka ilişkin bir yöntemdir. İstisnai, sınırlayıcı hükümler dar yorumlanırken, kural olan hükümlerin geniş yorumlanması esastır".

2. İşçi lehine yorum. "Yorum yapılırken, iş hukukunun işçileri koruyucu niteliğinin gözden kaçırılmaması gerekir. Yasa ile getirilen düzenleyici kuralların ve gerekse tarafların yani işçi veya hak sahipleri ile işveren arasındaki ilişkilere ait irade açıklamalarının yorumunda bu ilkenin ışığında hareket edilmesi zorunludur"(1958 tarihli İçtihatı Birleştirme kararı: Y.İ.B.K, 27.05.1958 gün 1957/15 E, 1958/5 K., Y. HGK. 25.1.1978. 10-3435 E. 23 K.).

İş sözleşmesinin feshinde savunma alınması kural, alınmaması ise istisnaidir. Davranış ve verimle ilgili fesihle savunma 25/II deki davranış nedenleri ile sınırlı tutulduğuna göre verimlilik(-yeterlilik) ile ilgili 25/1 deki sağlık nedenleri ile fesihle savunma alınması gerekir.

Diğer taraftan kanun koyucu yukarıda açıkladığı gibi işveren bakımından beklenmeyen halleri tasandan çıkardığına göre düzenleyici kuralın açık ifadesi karşısında işçi lehine yorum ilkesi uyarınca savunma alınması aranmalıdır.

IV. Sonuç

Sağlık nedenleri ile fesih ister 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. Maddesi uyarınca geçerli olsun, ister aynı kanunun 25/1 maddesindeki haklı nedenlerle feshedilsin, işçinin verimi(yeterliliği) ile ilgilidir.

Her haklı neden aynı zamanda geçerli nedendir. Derhal fesih, bildirimsiz fesih olup geçerli nedenle fesihle de önel verilmeden fesih yoluna

başvurulabilir. Derhal veya önelsiz fesih savunma verilmeyeceği anlamına gelmez. Kaldı ki içtihat raporunda da belirtildiği gibi doktrin geçerli nedenin, haklı nedene göre daha hafif olduğunu, hafifte aranan savunmanın daha ağır olan haklı nedende aranmamasını eleştiri konusu yapmıştır(Rapor. Sayfa: 46,47, 60., Süzek, Sarper. İş Hukuku Yenilenmiş 14.Baskı, sayfa 727 vd., Yenisey, K. Doğan. İş ilişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatına İlişkin Yargıtay'ın 2016 Kararlarının Değerlendirilmesi).

Raporda belirtildiği gibi "Kanun koyucunun geçerli ve haklı fesihler bakımından farklı fesih usulü öngörmüş olması, adalet duygusunu rencide eden sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle, sözleşmeyi fesheden tarafın, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorunda olduğunu belirten ve yazılı şekli geçerlik koşulu olarak niteleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinde yer alan hükmün, iş yasalarına tabi iş ilişkileri bakımından da uygulanması ihtiyaçlara daha uygundur".(Rapor s: 60) bkz. Polat Soyer, Hizmet sözleşmesinin Sona Ermesine ilişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, Siçil, Haziran 2011, Y. 6, S. 22, 14; Süzek, 735, 736; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 233; Mollamahmutoglu/ Astarlı/Baysal, 799, 800; Ender Gulver, Türk Borçlar Kanunu'nda İş sözleşmesinin Derhal Feshi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2011, C. 8, S. 31, 1010, 1011; aksi yönde, Çelik/ Caniklioglu/ Canbolat, 388, dn. 423; Gülsevil Alpağut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İb- ranameye İlişkin Hükümleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2011, C. 8, S. 31,917, 918; Savaş, 173).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/son maddesinin 25. Maddedeki nedenlerle fesihle feshin geçersizliği ve işe iade davası açmak isteyen işçi için 18,20 ve 21. Maddeler uyarınca dava açabileceğini öngörmesine rağmen 19. maddeye atıf yapmaması, savunma aranmayacağı anlamına gelmez. Zira savunma ile ilgili temel madde 19/2 maddedir ve açıkça 25/II'de belirtilen haklı nedenleri istis-

na bırakmıştır. Düzenleyici açık kural işçi aleyhine yorumlanamaz.

Bekleme süresi içinde feshi doğrudan geçersiz kılan kanun koyucunun iradesi, bekleme süresi geçtikten sonra iş ilişkisinin çekilmez hale gelip gelmeyeceği konusunda savunma alınması yönündedir. Zira savunma alınmadan iş ilişkisinin çekilmez hal alıp almadığı belirlenemez. İşçi bekleme süresi geçse de kısa sürede iyileşmiş ve iş görme edimini yerine getirmeye hazır olabilir. Çoğunluğun işçinin iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/l.b maddesi uyarınca sağlık nedeni ile fesihte savunma alınmasına gerek olmadığı görüşüne açıklanan gerekçelerle katılmamıştır. 19.10.2018

Kararın İncelenmesi

I. İçtihadı Birleştirme Kararına Konu Hukuki Uyuşmazlık

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararına konu hukuki uyuşmazlık 4857 sayılı İş Kanunu ("İş Kanunu")'nun¹ 25. maddesinin birinci fıkrasının b bendi uyarınca işçinin almış olduğu raporlar nedeniyle iş sözleşmesinin işveren tarafından derhal feshinde fesih öncesinde işçiden savunma alınmasının gerekli olup olmadığına ilişkindir. Bu konuda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ile 22. Hukuk Dairesi kararlarında farklılıklar söz konusu olmuş, görüş ayrılığının giderilmesi amacıyla içtihadı birleştirme kararı verilmiştir.

II. Çözümü Gereken Hukuki Sorun

Kararda çözümü gereken hukuki sorunu işveren tarafından işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle sağlık sebebiyle feshinde rapor aldığı durumlarda savunmasının alınmasının zorunlu olup olmadığının tespiti oluşturmaktadır. Bilindi-

ği üzere İş Kanunu işçinin iş sözleşmesinin feshi bakımından süreli fesih ve haklı nedenle derhal fesih olmak üzere iki tür feshiye yer vermektedir. İş güvencesi kapsamında olan işçinin iş sözleşmesi feshedilirken işverenin geçerli nedene dayanma yükümlülüğü yanında, İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca feshin yazılı yapılması ve fesih beyanında fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi, davranışları ve veriminden kaynaklanan nedenlerde fesih öncesinde işçinin savunmasının alınması zorunluluğu düzenlenmiştir. Yine aynı hükmün ikinci fıkrasının son cümlesinde "Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır." ifadesine yer verilmektedir. Kararlardaki farklılık da temelde bu son cümleden kaynaklanmaktadır. Zira bu hükümlerle İş Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrasında 19. maddeye atıf yapılmamış olması bir çelişkinin doğmasına neden olmaktadır.

III. İlgili Yargıtay Hukuk Dairelerinin Görüşleri

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararlarında İş Kanunu'nun ilgili hükmü ile sadece işverenin işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshine ilişkin 25. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında yapılan feshlerde savunma alma mecburiyetinin olmadığını ifade ettiği, bu fıkra dışındaki tüm haklı nedenlerle fesih hallerinde fesihten önce işçiden savunmasının alınmasının geçerlilik koşulu olarak öngörüldüğü görüşü ile hareket etmektedir. Kararlarda bu gerekçeye dayanılarak İş Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasının b bendi kapsamında rapor alan işçinin iş sözleşmesinin feshinden önce savunmasının alınması bir geçerlilik koşulu olarak kabul edilmiş, savunma alınmayan durumlarda feshin haklı nedene dayanmadığı kanaatine varılmıştır².

¹ RG., 10.06.2003, 25134.

² Yarg., 9. HD., 24.11.2015, 2015/23385 E., 2015/33398 K.; Yarg. 9. HD., 16.12.2015, 2015/24151 E., 2015/35707 K.; Yarg. 9. HD., 21.01.2016, 2015/25334 E., 2016/1561 K.; Yarg. 9. HD., 31.10.2016, 2015/35476 E., 2016/18795 K.; Yarg. 9. HD., 06.12.2016, 2016/928 E., 2016/21705 K.; Yarg. 9. HD., 23.01.2017, 2016/2983 E, 2017/510 K.; Yarg.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise benzer uyuşmazlıklarda İş Kanunu'nun 19. maddesinin gerekçesinden hareket etmekte ve İş Kanunu'nun 18. maddesinde "yeterlilik" kavramı kullanılırken 19. maddenin ikinci fıkrasında "verimlilik" kavramının kullanılmasının bilinçli bir karar olduğunu, sadece verim temelli bir yetersizliğin söz konusu olduğu durumlarda fesih yapılmadan önce işçi-den savunma alınmasının geçerlilik koşulu oluşturduğunu belirtmektedir. Zira Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Hizmet İlişisine Son Verilmesine İlişkin 158 sayılı Sözleşmesinin³ 7. maddesinde⁴ de bu hususun vurgulandığı ifade edilmektedir. Bu gerekçelerle Yargıtay 22. Hukuk Dairesi işçinin İş Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasının b bendi kapsamında rapor alması nedeniyle söz konusu olan haklı nedenle derhal fesihlerde fesihden önce işçi-den savunma alınmasının gerekmediği yönünde kararlar vermiştir⁵.

Her iki Yargıtay hukuk dairesinin 2015 yılı öncesindeki kararlarında söz konusu fesih halinde işçi-den savunma alma zorunluluğunun bulunmadığı yönündeki yerleşik içtihadı 2015 yılından sonraki kararlarda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin görüş değişikliği ile değişmiş ve bu değişiklik görüş farklılığının oluşmasına neden olmuştur. Bu görüş değişikliği Yargıtay'ın iş hukuku görev alanındaki iki dairesinin benzer olaylar bakımından birbirinden tamamen farklı kararlar vermesi

sonucunu doğurmuştur. Söz konusu Yargıtay hukuk daireleri arasındaki bu görüş ayrılığı benzer olaylar hakkında verilen kararlar arasında çelişki yaratmakta Anayasa'nın⁶ 10. maddesine aykırı bir durum ortaya çıkararak, adalet duygusunu da sarsmaktadır. Kanunların tüm yurttaki aynı şekilde uygulanmasını sağlamak için Yargıtay'ın ilgili hukuk daireleri kararları arasındaki bu uyumsuzluğun giderilmesi bir zorunluluktur. Uyumsuzluğun giderilmesinin aracı da içtihatların birleştirilmesidir.

Yargıtay Kanunu'nun⁷ 15/2. maddesinde ve 16/5. maddesinde içtihadı birleştirmeye başvurulmasını gerektiren haller sayılmaktadır. İlgili Kanun hükümleri genel olarak değerlendirildiğinde aynı nitelikteki hukuki konular hakkında birbirine aykırı en az iki Yargıtay kararının söz konusu olduğu durumlarda içtihatların birleştirilmesi yoluna başvurulabileceği sonucuna varılmaktadır⁸. Yine içtihadı birleştirme kararları ilke kararlar niteliğindedir ve Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini, istinaf mahkemelerini ve ilk derece adliye mahkemelerini bağlarlar⁹. Ancak içtihadı birleştirme kararları geriye yürümez. Bu nedenle incelememiz konusu 19.10.2018 tarihli içtihadı birleştirme kararı bu tarihten önce verilmiş ve kesinleşmiş hükümleri etkilemeyecek iken, 19.10.2018 tarihinde derdest olan veya bu tarih sonrasında söz konusu olan benzer hukuki konular hakkında uygulanacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ile Yargıtay 22. Hukuk Dairesi arasında İş Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasının b bendi gereğince yapılan haklı nedenle işveren fesihlerinde işçi-den savunma alınmasının gere-

9. HD., 13.03.2017, 2016/6988 E., 2017/3648 K.; Yarg. 9. HD., 24.04.2017, 2016/10472 E., 2017/17099 K.; Yarg. 9. HD., 24.05.2017, 2016/13617 E., 2017/8796 K. (Erişim tarihi: 11.12.2019).

3 https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX-PUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158, (Erişim tarihi: 12.12.2019).

4 Article 7 "The employment of a worker shall not be terminated for reasons related to the worker's conduct or performance before he is provided an opportunity to defend himself against the allegations made, unless the employer cannot reasonably be expected to provide this opportunity."

5 Yarg. 22. HD., 16.01.2012, 2011/5117 E., 2012/61 K., Yarg. 22. HD., 13.07.2012 tarihli ve 2012/2321 E., 2012/16839 K.; Yarg. 22. HD., 11.06.2013, 2013/10035 E., 2013/14132 K., Yarg. 22. HD., 18.05.2015, 2015/12892 E., 2015/17747 K.; Yarg. 22. HD., 15.12.2016, 2016/29395 E., 2016/27966 K. (Erişim tarihi: 11.12.2019).

6 RG., 09.11.1982, 17863 (Mükerrer).

7 RG., 08.02.1983, 17953.

8 Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Kasım 2018, s. 529.

9 Fahrettin Kayhan, "Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İchtihatlarının ve İchtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/2, s. 359; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2018, s. 92.

kip gerekmediği konusunda kararlar arasında devamlılık arz eden uyumsuzluğun da söz konusu olması nedeniyle içtihatların birleştirilmesinin uygun olacağı kanaatine varmıştır.

IV. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Haklı Neden Olarak Sağlık Sebepleri

A. Yetersizlik ve Sağlık Kavramları

İş görme iş sözleşmesinin temel unsurları arasında yer alır ve yetersizlik işçinin iş görme yükümlülüğünü yerine getirirken gerekli fiziksel, ruhsal, sosyal ve mesleki gerekliliklerde bir eksikliğin mevcudiyetini ifade etmektedir. Yetersizlik mesleki olabileceği gibi fiziki de olabilir. Mesleki yetersizlik daha çok işçinin verimiyle ilgili olup performans düşüklüğü bu kapsamda değerlendirilmektedir. Fiziki yetersizliğin başında ise işçinin işi yapabilecek sağlığa sahip olması gelmektedir¹⁰. Bu yönüyle ruhsal, sosyal ve bedensel sağlık ile çalışma hayatı yakın ilişki içindedir¹¹.

Sağlık kavramı ise Dünya Sağlık Örgütü tarafından hastalık veya sakatlığın olmaması durumu yanında beden, ruhen ve sosyal olarak tam bir refaha sahip olma hali olarak tanımlanmaktadır¹². İşçinin sağlığı iş ilişkisinin kurulması, iş ilişkisinin devamı ve iş sözleşmesinin sona ermesi olmak üzere çalışmasının her aşamasında önem arz etmektedir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun¹³ "Sağlık Gözetimi" başlıklı 15. maddesi uyarınca işçinin işe başlarken ve her durumda iş ilişkisi devam ederken belirli periyodlarla çalış-

masının uygunluğuna ilişkin sağlık raporunun mevcut olması zorunluluğu getirilmiştir¹⁴. İş Kanunu'nda ise sağlık raporları iş ilişkisinin kurulması yanında işçinin iş sözleşmesinin feshinde özellikle önem arz etmektedir¹⁵.

B. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleriyle Feshi

Sağlık sebepleri İş Kanunu'nda bazı durumlarda fesih için geçerli neden oluştururken bazı durumlarda ise haklı neden oluşturmaktadır. İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından süreli feshinde işçinin davranışı veya yeterliliği veya işletme, işyeri ve işin gerekliliklerinden kaynaklanan bir geçerli nedenin bulunması zorunluluğu yer almaktadır. İşçinin yeterliliğine ilişkin geçerli nedenlerin neler olabileceği ilgili hükmün gerekçesinde örneklendirilmek suretiyle belirtilmiştir. Gerekçeye göre İş Kanunu'nun 18. maddesine dayanan işveren fesihlerinde işçinin yeterliliğini oluşturan halleri ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleri olarak örneklendirmek mümkündür¹⁶. Görüldüğü üzere gerekçede işçinin sık sık hastalanması ve çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektir-

10 Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2018, s. 325.

11 Eda Karaçöp, "Sağlık Raporlarının İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi", Law In Positive And Social Sciences, Abstract Book, 2019, s. 49.

12 <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-en.pdf#page=1>, (Erişim tarihi: 13.12.2019).

13 RG., 30.06.2012, 28339.

14 Efe Yamakoğlu, İşverenin İşyeri Hekimi Ve İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü, İstanbul, 2016, s. 28; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan: Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2014, s. 343.

15 Ayrıntılı bilgi için bkz. Nurşen Caniklioğlu, Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, Mayıs, 2002.

16 Gerekçe için bkz. https://www.tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf, (Erişim tarihi: 20.12.2019).

diği şekilde yapmasını devamlı suretle engelleyen hastalığa tutulması halleri fesih bakımından geçerli neden olarak kabul edilmektedir¹⁷.

Sağlık raporları yahut hastalık halinin geçerli fesih nedeni olarak kabulü ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması ve işin normal işleyişine zarar vermesi halinde mümkündür¹⁸. Sağlıktan kaynaklı yetersizlik söz konusu olduğunda ve bu yetersizlik geçerli neden oluşturduğunda İş Kanunu'nun 19. maddesinde feshin usulüne ilişkin getirilmiş olan kuralların uygulanması zorunludur. İlgili hükme göre fesih yazılı bir şekilde yapılmalı, neden açık ve kesin bir şekilde belirtilmelidir. Yine fesihden önce işçiden savunmasının alınması da fesih bakımından geçerlilik koşulu olarak öngörülmüştür.

İş Kanunu fesihden önce savunma alma zorunluluğunu geçerlilik şartı olarak düzenlemekle birlikte¹⁹, bu yükümlülüğün nasıl yerine getirilmesi gerektiğine ilişkin kuralları belirlemediğinden bu yükümlülüğün içeriği Yargıtay içtihadı ile belirlenmiştir. İctihat genel olarak değerlendirildiğinde, savunmanın işçinin iş sözleşmesinin feshinden önce alınması gerektiği, işçinin savunma vermeye davet edilmesi, davet yazısında sebebin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi gerektiği hususları dikkati çekmektedir. Yine Yargıtay işçinin makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma

vermekten vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması gerekliliğini kararlarında açıkça belirtmektedir²⁰. Yine savunmaya ilişkin madde hükmü amacı çerçevesinde yorumlandığında fesih sırasında veyahut fesih sonrasında işçiden yeterliliğine ilişkin savunma istenmesi savunma alınmadığı sonucunu doğuracak ve feshi geçersiz kılacaktır²¹.

Sağlık nedenlerine dayanan bir başka fesih hali ise haklı nedenle feshe ilişkin hükümlerde yer almaktadır. Haklı nedenle derhal feshi düzenleyen İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinin birinci fıkraları sağlık nedenleriyle iş sözleşmesinin feshine ilişkin kuralları işçi ve işveren feshi yönünden ayrı ayrı düzenlemektedir. İş Kanunu'nun 24. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde işçinin iş sözleşmesini iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa²²

17 Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul, 2018, s. 570; Demir, ss. 326-327; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Eylül, 2018, s. 494.

18 Serkan Odaman, "Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep-Haklı Sebep Ayrımı", Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:7, Sayı:2, 2003, s. 20; Hakan Keser, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, İstanbul, 2016, s. 162; Ali Cengiz Köseoğlu, "İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshine Genel Bir Bakış", Legal İHSGHD., 2012/36, s. 98.

19 İş Kanunu Md. 19/II 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."

20 Yarg. 9. HD., 15.09.2008, 2008/1868 E., 2008/23538 K.; Yarg. 9. HD., 03.05.2018, 2017/24792 E., 2018/9808 K., "İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi fesihden önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı sebebiyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildiriyle birlikte veya fesihden sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur.", www.kazanci.com, (Erişim tarihi: 20.12.2019); Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 195.

21 Yarg. 9. HD., 24.05.2010, 2009/20438 E., 2010/14394, www.kazanci.com,, (Erişim tarihi: 20.12.2019).

22 İş Kanunu'nun 24. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde yer alan düzenlemede iki koşulun varlığı halinde işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği belirtilmelidir. Bunlardan ilki işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlike oluşturan bir durumun ortaya çıkması ve ikincisi söz konusu durumun işin niteliğinden kaynaklanan bir durum olmasıdır. Yargıtay kararlarında bu konuda farklılığın bulunduğu görülmektedir. Zira 2007 tarihinden önceki kararlarda işçinin rahatsızlanması fesih bakımından yeterli görülürken; sonraki kararlarda işçinin işin niteliğinden kaynaklanmayan bir hastalığa yakalanmasının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi yetkisini kendisine vermeyeceği açıkça belirtilmektedir. Yarg.9.HD., 16.5.2007, 2006/27796 E., 2007/15292 K., Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Fatih Uşan, "İşçinin Kendisinin İş İle İlgili Olmayan Bir Hastalığa Yaka-

veya b bendinde işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa haklı nedenle derhal feshedebileceği düzenlenmiştir. İlgili hükmün b bendinde işçinin hastalığı değil işverenin ve yahut işçinin yakından doğrudan görüştüğü bir başka işçinin işi ile bağdaşmayan veya bulaşıcı bir hastalığı tutulması durumunda iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği düzenlenmektedir. İş sözleşmesinin sağlık sebepleriyle haklı nedenle işçi tarafından feshine ilişkin düzenlemeye paralel şekilde işverenin sağlık nedenleriyle işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı da İş Kanunu'nun 25. maddesinin ilk fıkrasında yer almaktadır.

C. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebebiyle Haklı Nedenle Feshi

İş Kanunu m.25/1 uyarınca, "işçinin kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut işçiye düşüklüğünden doğacak bir hastalığa yakanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi" halinde işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilmektedir. İlgili düzenleme işçinin kasten sebep olduğu hastalıkları ve kasten olmamakla beraber derli toplu olmayan yaşayıştan ya da alkole düşüklüğünden kaynaklanan hastalıkları kapsamakta olup, işçinin kastı olmaksızın veya ihmaliyle ortaya çıkan hastalıklar ilgili hüküm kapsamında değerlendirilmeyecektir²³. Aynı hükmün b bendinde "işçinin tutulduğu

hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuunun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda" da işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle derhal feshedilebileceği düzenlenmektedir. Bu hususta üç koşulun varlığı aranmaktadır. Buna göre, işçinin hastalığı tedavi edilemeyecek bir hastalık olmalı²⁴, işyerinde çalışma işçi için sakıncalı olmalı²⁵ ve sakıncalı olma durumu sağlık kurulu raporuyla tespit edilmiş olmalıdır²⁶.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararında ise İş Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasının b bendinin ikinci paragrafında düzenlenen "(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimiz fesih

S. 30, 2016, s. 155.

- 24 Tedavi edilemeyen hastalıklara örnek olarak AIDS, kanser, şizofreni, psikoz durumundaki ruhsal bozukluklar, kronik hastalıklar, Hepatit B vb. hastalıklar verilebilir. Yarg. 9. HD., 09.04.2007, 2006/35881 E., 2007/9896 K.; Yarg. 9. HD., 11.05.2009, 2008/400 E., 2009/12975; Yarg. 9. HD., 27.04.2011, 2009/10573 E., 2011/12502 K.; Şükran Ertürk, "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle Aids Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, S. 2, 2002, s. 1-25; Haluk Hadi Sümer, "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 8, Aralık, 2007, s. 68.
- 25 Yargıtay kararlarında işçinin hastalığı söz konusu olduğunda, işveren tarafından işçinin hastalığına etki etmeyecek bir başka işte çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmeksizin yapılan fesih haksız fesih olarak kabul edilmektedir. Yarg. 9. HD., 4.5.1999, E.1999/4497, K.1999/8393, Cevdet İlhan Günay, İş Kanunu Şerhi I, Ankara 2009, s. 1367.
- 26 Söz konusu tespit Sosyal Güvenlik Kurumu, devlet hastaneleri veya özel hastanelerdeki sağlık kurumları tarafından yapılabilir. Hediye Ergin, Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul, 2009, s. 120; Fatma Burcu Savaş, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 2012, s. 49; Bu noktada işyeri hekiminden alınan ve işçinin sağlık sebebinin çalışmasında sakıncaya neden olduğuna ilişkin raporunun işverenin İş Kanunu'nun 25/1-b bendi kapsamında işçinin iş sözleşmesini derhal feshetmesine olanak verip vermeyeceği hususu öğretide değerlendirilmektedir. Hediye Ergin, "İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 38, 2017, s. 60. Kanaatimiz hükmün açık ifadesinde sağlık kurulu raporunun varlığının aranması karşısında işyeri hekiminin bu yöndeki raporuyla işverenin fesih hakkına sahip olamayacağı yönündedir.

lanması, Haklı Fesih Nedeni Sayılıp, Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bir Durum Mudur?", Çalışma ve Toplum Dergisi, S:17, 2008/2, ss. 201-218; Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD., 03.03.2011, 2011/2356 E., 2011/5968 K., Yarg. 7. HD., 23.02.2016, 2015/5651 E., 2016/4103 K. www.kazanci.com, (Erişim tarihi: 20.12.2019).

- 23 Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş, Bay-sal, İş Hukuku, Ankara, 2014, s. 742; Emin Zeytinoğlu, "4857 Sayılı Yasada İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Nedenlerine Dayanılarak Haklı Nedenle Feshi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:15,

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.” hükmüne dayanan işverenin haklı nedenle feshinden önce işçiden savunma alınmasının geçerlilik koşulu olup olmadığı değerlendirilmektedir. İşverenin işçinin iş sözleşmesini söz konusu nedenle feshedebilmesi için ilgili hükümde esas bakımından iki koşulun varlığının arandığı görülmektedir.

1. Esas Bakımından

İşçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından 25. maddenin birinci fıkrasının b bendinin ikinci paragrafı kapsamında feshedilebilmesi için öncelikle işçinin hastalığının kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden kaynaklanmayan hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde ortaya çıkması ve devamsızlığının işçinin bildirim sürelerini altı hafta aşması gerekmektedir.

a. Hastalığın İşçinin Kastı veya Derli Toplu Olmayan Yaşayışına Yahut İçkiye Düşkünlüğünden Kaynaklanmaması

İşverenin işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu'nun m. 25/1-b ikinci paragraf kapsamında feshedebilmesi için ilk koşulu söz konusu hastalık halinin işçinin kastı, derli toplu olmayan yaşantısı veya içkiye düşkünlüğünden kaynaklanmaması oluşturmaktadır. İşçi hastalık veya kazaya neden olan olaya bilerek veya isteyerek ya da bentte belirtilen sebeplerle maruz kalmamış olmalıdır. Devamsızlık işçinin kendi kusuru olmaksızın ortaya çıkan bir hastalık, trafik kazası veya işyeri dışında uğramış olduğu herhangi bir kaza sonucu ortaya çıkmış olabilir²⁷. Bu bağlamda Yargıtay işçinin ruhsal depresyon nedeniyle almış olduğu raporların depresyonun işçi kusurundan kaynaklanmaması nedeniyle ilgili düzenleme kapsamın-

da değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir²⁸. Kaza, doğum ve gebelik halleri de bu kapsamda fesih için haklı neden oluşturmaktadır. Yine işçinin iş kazası nedeniyle raporlu olması da sonucu etkilemez ve belirtilen devamsızlık süresinin bitiminde işveren için İş Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasının b bendi kapsamında fesih hakkı doğacaktır. Yargıtay iş kazasında işçinin kusur oranı ne olursa olsun istirahatli olduğu süreleri fesih hakkının kullanımı bakımından devamsızlık olarak değerlendirmektedir²⁹.

b. Devamsızlığın Bildirim Sürelerini Altı Hafta Aşması

İş Kanunu'nu m. 25/1-b ikinci paragrafa dayanarak işverenin işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi için bir diğer koşulu belirtilen durumlardan kaynaklı devamsızlığın işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşması oluşturmaktadır³⁰. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74. maddedeki sürelerin bitimi ile başlayacaktır. Gebelik halinde 74. maddede de yer alan 16 haftalık

28 Yarg. 9. HD., 29.09.1997, 1997/12425 E., 1997/16465, K., Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 1998, s. 14.

29 Yarg. 9. HD., 21.11.2005, 2005/32884 E., 2005/36570 K., www.kazanci.com, (Erişim tarihi: 20.12.2019).

30 "Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta davacı işçinin davalı işyerinde 07/09/1999 tarihinden itibaren 16 yıl süreyle çalıştığı, davacının sürekli tekrarlanan sağlık sorunları nedeniyle yapmış olduğu devamsızlıkların iş akışını olumsuz etkilediği gibi performansını da düşürdüğü gerekçesiyle 4857 sayılı Yasanın 25/1-a bendine göre (sağlık nedenleri) yasal tazminatları ödenmek suretiyle haklı nedenle feshedildiğinin bildirildiği, ancak olayda işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması söz konusu olmadığı, rahatsızlık süresinin ihbar süresinin dahi çok altında kalması nedeniyle fesih haklı nedene dayanmadığı gibi geçerli nedene de dayanmadığı anlaşıldığından feshin geçersizliğine ve davacının davalı şirketteki işe iadesine karar verilmesi isabetlidir. Bu nedenle davalının diğer temyiz itirazları yerinde değildir. Ancak davacı işçinin kıdemine ve fesih nedenine göre mahkemece işe başlatmama tazminatının davacının 8 aylık ücreti tutarında belirlenmesi doğru bulunmamıştır. Bu tazminatın davacının 6 aylık ücreti oranında belirlenmesi dosya içeriğine uygun düşecektir." Yarg. 7. HD., 21.09.2016 2016/23895 E., K:2016/14560 K.; Yarg. 9. HD., 27.04.2011, 2011/10573 E., 2011/12502 K., Yarg. 22. HD., 23.02.2015, 2015/4258 E., 2015/6361 K., www.kazanci.com, (Erişim tarihi: 20.12.2019).

27 Keser, s. 159.

süreye işçinin kıdemine göre tabi olacağı bildirim süresi ve altı hafta eklenerek belirlenen süre işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde dikkate alınacak devamsızlık süresini oluşturmaktadır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olan 14. maddesi kapsamında ilgili hükme konu fesihlerde işçinin hak kazanma koşullarını sağlaması durumunda kıdem tazminatına hükmedilecek iken ihbar tazminatının ödenmesi ise söz konusu olmayacaktır³¹.

2. Şekil Bakımından

Yukarıda İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin feshi bakımından süreli ve derhal olmak üzere iki çeşit feshin öngörüldüğünü belirtmiştik. İş Kanunu'nun 17. maddesinde ihbar süreleri düzenlenmekte ve genel olarak iş güvencesi kapsamında olsun ya da olmasın süreli fesihte ihbar sürelerine ilişkin hükümün uygulanacağı belirtilmektedir. İş Kanunu'nun 18. maddesi ise temelde iş güvencesine ilişkin düzenlemelere yer vermekte ve geçerli nedene dayanan işveren feshine ilişkin kurallar bu hükümle İş Kanunu'nun 19, 20 ve 21. maddelerinde düzenlenmektedir. Derhal feshine ilişkin hükümler ise İş Kanunu'nun 24, 25 ve 26. maddelerinde yer almaktadır.

İş sözleşmesinin feshinde usule ilişkin düzenleme "Sözleşmenin Feshinde Usul" başlıklı İş Kanunu'nun 19. maddesinde hüküm altına alınmıştır. İlgili düzenleme uyarınca, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. 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. İş Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrasında ise işçinin feshin ilgili hükümde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabileceği düzenlenmektedir. Söz konusu hükümde işçinin haklı neden olmaksızın yapılan feshine karşı başvurabileceği yargı yoluna atıf yapılırken Kanun'un 19. maddesine yer vermemektedir. Ancak 19. maddenin son fıkrasındaki ifade işverenin İş Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasının b bendinin ikinci paragrafına dayanan fesihlerde fesihten önce işçiden savunma alınmasının zorunlu olup olmadığı konusunda tartışma yaratmaktadır.

Öğretide bir görüş ilgili düzenleme ile sadece İş Kanunu m. 25/2 kapsamındaki fesihlerde savunmanın zorunlu görülmemesi nedeniyle bunun dışında kalan tüm fesihlerde fesihten önce işçiden savunma alınmasının geçerlilik koşulu olduğunu belirtmektedir³². Ağırlıklı ve katıldığımız bir diğer görüş ise ilgili hükmün iş güvencesine ilişkin düzenlemeler içerisinde yer alması ve hükmün amacı dikkate alınarak yorum yapıldığında İş Kanunu'nun 25/1-b bendine dayanan fesihlerde fesihten önce işçiden savunma alınmasının zorunlu olmadığı sonucuna varılacağını ifade etmektedir³³. Zira İş Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrasında da Kanun'un 19. maddesine atıf yapılmamıştır. Kaldı ki raporlu olan işçinin raporunda işçinin devamsızlık nedeni de yazmaktadır. Ayrıca savunmasının alınmasında ek bir fayda da söz konusu değildir. Yine çoğu zaman raporlu olan işçiden savunma alınması da imkansız olabilmekte-

31 Yarg. 7. HD., 01.04.2015, 2015/3460 E., 2015/6132 K. "Somut olayda davalı işçinin iş akdi 15.12.2011 tarihli ihtarname ile 17.8.2011 ile 15.12.2011 tarihleri arasında geçen 120 günlük sürede 118 gün devamsızlık yaptığı bunun işverene haklı nedenle fesih hakkı verdiği gerekçesiyle feshedilmiştir. 4857 sayılı Kanunun 25/1-a maddesi işçinin sağlık sebebine dayanan devamsızlığı halinde işçinin ihbar önelinin 6 haftayı geçmesi halinde haklı fesih imkanı getirmiştir. Davacının zincirleme raporlarla devamsızlığı bilirdiği raporunda da belirttiği üzere bu süreyi geçmiştir. 4857 sayılı Kanunun 25/1 maddesine dayanan fesihler aynı kanunun 25/2 maddesine dayanan fesihlerden farklı olarak işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle davacının kıdem tazminatı talebinin kabulüne karar verilmiş olması isabetli ise de ihbar tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmiş olması hatalı olup bozma nedenidir.", www.legalbank.net (Erişim tarihi: 20.12.2019).

32 Devrim Ulucan, İş Güvencesi, Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler, İstanbul 2003, s. 76.

33 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 530; Süzek, ss. 707-708; Dilek Dulay Yangın, "Karar İncelemesi İş Sözleşmesinin İş Kanunu MD. 25/1, B Uyarınca Haklı Nedenle Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması Gerekli Midir?", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2052; Ender Gülver, "İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanılarak İşverence Derhâl Feshi ve İşe İade", İ.Ü.H.F.M., LXXVI, Özel Sayı, 1. Cilt, s. 414.

dir. İşçinin kendi iradesiyle değiştiremeyeceği geçici veya sürekli ifa imkansızlığının söz konusu olduğu bir durumda işçiden fesih öncesinde savunma alınması zorunluluğu da işverenden beklenemez³⁴. Bu noktada savunma ile amaçlananın ne olduğunun da belirlenmesi önemlidir. Savunma ile amaçlanan işçinin kendisinden kaynaklanan bir durumu neden yaptığını açıklamasına olanak sağlanmasıdır. Oysa sağlık nedenlerinde işçiden kaynaklanmayan, işçinin elinde olmayan bir durum söz konusu olup davranışından veya diğer yetersizlik hallerinden farklı olarak işçiden savunma istenmesinde bir yarar da bulunmamaktadır.

Yargıtay da öğretinin ağırlıklı görüşünü benimsemiş ve 2015 yılına kadar vermiş olduğu kararlarında iş sözleşmesinin işveren tarafından İş Kanunu'nun 25. maddesi gereğince feshedildiği durumlarda, İş Kanunu'nun 25/son maddesi gereği 19. maddesi uygulanma alanı bulunmadığından savunma alınması zorunluluğunun söz konusu olmadığını belirtmiştir. Ancak 2015 yılında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi görüş değiştirerek İş Kanunu'nun 19. maddesinde sadece işverenin İş Kanunu'nun 25/2 numaralı fıkrasında sayılan haklı sebeplerle fesihte savunma alınmayacağına düzenlenmiş olduğu, diğer bentlerin dışında tutulduğu, işçinin sağlık nedeni ile iş görme edimini yerine getirmemesi, verimi ile ilgili olduğundan 19. madde uyarınca savunmasının alınması gerektiği yönünde kararlar vermiş ve savunma alınmaksızın yapılan söz konusu fesihlerin geçersiz olacağını vurgulamıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin söz konusu görüş değişikliği Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ile benzer kararlarda farklı sonuçların çıkmasına neden olmuştur. İş Kanunu'nun 19/2. fıkrasında sadece İş Kanunu'nun 25. maddesinin ikinci fıkrası savunma alınma zorunluluğu dışında bırakılmıştır. Yasa koyucu İş Kanunu'nun 25. maddesinde ikinci fıkrası dışında sayılan diğer hallerde savunma almanın bir mantığı olmaması dolayısıyla böyle bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu noktada verilen içtihadı birleştirme kararı İş Kanunu'nun 19. maddesinin aynı Kanun'un 25. mad-

desinin son fıkrası ile birlikte değerlendirildiğinde hükmün amacı da dikkate alındığında kanaatimizce hukuka uygundur.

V. Değerlendirme ve Sonuç

İncelememize konu içtihadı birleştirme kararı Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ile Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararları arasında İş Kanunu'nun 25/1-b bendi kapsamında sağlık nedenleriyle söz konusu olan devamsızlıkta işverenin işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshinde savunma alınmasının zorunlu olup olmadığı konusundaki kararlarında çelişkinin giderilmesini amaçlamıştır. 2015 yılına kadar sağlık nedenleriyle devamsızlık halinde işverenin haklı nedenle feshinde fesihden önce savunma alınma zorunluluğunun bulunmadığı yönündeki yerleşik içtihat, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin içtihat değişikliğine gitmesi ile bozulmuştur. İchtihadı birleştirme kararı ile öğretide baskın olan görüşe uyan ve daha önce de yerleşik içtihat olarak belirlenen durum kesinlik kazanmıştır.

İchtihadı Birleştirme Kararında İş Kanunu'nun 25/1-b bendi kapsamında sağlık nedenlerinden kaynaklanan devamsızlık halinde iş sözleşmesinin feshinden önce işçiden savunma alınmasının zorunlu olmadığı kanaatine varıldığı ifade edilmektedir. Kararın gerekçesinde ise genel olarak İş Kanunu'nun 19. maddesinin iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshine ilişkin bir düzenleme olduğu, İş Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrasında feshin haklı nedene dayanmadığı iddiası ile izlenecek yargı yolunda 19. maddeye atfın bulunmadığı ve verimlilik ifadesine yer verilmek suretiyle işçinin yeterliliği ile verimliliği arasında fark yaratılmak istendiği, sağlık sebeplerinin yetersizlik niteliğinde olduğu ve Kanunun 19. maddesinde verim ile davranışlara ilişkin nedenlerde savunma alınmasının öngörüldüğünün belirtildiği ifade edilmektedir.

Yargıtay İchtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararı fesih öncesinde işçiden savunma alınmasındaki yararın ne olduğu belirlenerek ve amaçsal yorum yapılmak suretiyle de varılabilecek bir sonucu ortaya koymaktadır. Her ne kadar karar ile bu konuda içtihat birliği sağlanmış olsa da, İş Kanunu'nun 19. maddesinin 2. fıkrası ile İş Kanunu'nun 25. maddesinin son

34 Ergin, agm, s. 63.

fıkrası arasındaki çelişkinin doğurduğu söz konusu tartışmanın yapılacak yasa değişikliği ile İş Kanunu'nun 19. maddesinin ikinci fıkrasındaki ifadenin "İş Kanunu'nun 25. maddesi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır" şeklinde düzeltilmesiyle hukuki olarak ortadan kalkacağı kanaatinde olduğumuzu vurgulamak isteriz.

KAYNAKÇA

- Caniklioğlu, Nurşen: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, Mayıs, 2002.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Eylül 2018.
- Demir, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2018.
- Ergin, Hediye: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul, 2009.
- Ergin, Hediye "İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 38, 2017, 54-63.
- Ertürk, Şükran: "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle Aids Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, S. 2, 2002, s.1-25.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2014.
- Gülver, Ender: "İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanılarak İşverence Derhâl Feshi ve İşe İade", İ.Ü.H.F.M., LXXVI, Özel Sayı, 1. Cilt, s.397-414.
- Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi I, Ankara, 2009.
- Karaçöp, Eda: "Sağlık Raporlarının İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi", Law In Positive And Social Sciences, Abstract Book, 2019, s.48-52.
- Kayhan, Fahrettin: Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/2, s.341-363.
- Keser, Hakan: İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, İstanbul, 2016.
- Köseoğlu, Ali Cengiz: "İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshine Genel Bir Bakış", Legal İHSGHD., 2012/36, s.85-131.
- Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Kasım 2018.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Ankara, 2014.
- Odaman, Serkan: "Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep-Haklı Sebep Ayrımı", Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:7, Sayı:2, 2003, s.2-21.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2018.
- Savaş, Fatma Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 2012.
- Sümer, Haluk Hadi: "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 8, Aralık, 2007, s.66-73.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul, 2018.
- Ulucan, Devrim: İş Güvencesi, Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler, İstanbul 2003.
- Uşan, Fatih: "İşçinin Kendisinin İş İle İlgili Olmayan Bir Hastalığa Yakalanması, Haklı Fesih Nedeni Sayılıp, Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bir Durum Mudur?", Çalışma ve Toplum Dergisi, S:17, 2008/2, s.201-218.
- Yangın, Dilek Dulay: "Karar İncelemesi İş Sözleşmesinin İş Kanunu MD. 25/1, B Uyarınca Haklı Nedenle Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması Gerekli Midir?", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s.2029-2055.
- Yamakoğlu, Efe: İşverenin İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü, İstanbul, 2016.
- Zeytinoğlu, Emin: "4857 Sayılı Yasada İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Nedenlerine Dayanılarak Haklı Nedenle Feshi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:15, S. 30, 2016, s.149-162.