

YARGITAY KARARIYargıtay Başkanlığından:**YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME****HUKUK GENEL KURULU KARARI**

Esas No : 2017/9
Karar No : 2018/10
Karar Tarihi : 19.10.2018

ÖZET: İşçinin sağlık nedenleriyle bekleme süresini aşan işe devamsızlığının bildirim süresine eklenecek altı haftayı aşması, işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi için yeterlidir. Dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince almış olduğu sağlık raporları nedeniyle derhal fesihlerde, işçiden savunma alınması gerekmemektedir.

I. GİRİŞ**A. İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KONUSUNDAKİ 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. YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLIK KURULUNUN KARARI VE İÇTİHADİ BİRLEŞTİRMENİN 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 ayrılığı olduğu ve farklı uygulamaların sürdürüldüğü sonucuna varıldığından; bu aykırılığın içtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunca içtihatları birleştirme yoluyla giderilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Ne var ki, Yargıtay İctihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında içtihadı birleştirmeye konu uyumsuzluğun 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 AYKIRILIĞININ GİDERİLMESİ İSTEMİNE 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 AYKIRILIĞININ GİDERİLMESİ İSTEMİNE KONU KARARLARDA BELİRTİLEN GÖRÜŞLERİN ÖZETLERİ

1. İctihatların 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. İctihatların Birleştirilmesi Konusu Kapsamında Savunma Alınmasının Gerekmediği 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 işverenden makul ölçülere göre beklenemeyecek hâller hariç, hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilmenden 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." şeklinde 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 gerekcede 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 başvurulabilir." 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 da diğer daire 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. İCTİHADİ BİRLEŞTİRMEYLE İLGİLİ KAVRAM, KURUM VE YASAL DÜZENLEMELER

A. İCTİHADİ BİRLEŞTİRME KONUSU İLE İLGİLİ 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 anlaşılabacağı 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 nedenlerini, sözleşmenin 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 başvurulacak sözleşmeyi sona erdiren neden, iş sözleşmesinin feshidir.

İş sözleşmesinin feshi, sözleşmenin tarafı olan işçi ya da işverenin tek taraflı bir irade beyanı (fesih bildirimi) 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 bildirimi, hak sahibinin bu doğrultudaki iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla sonuç doğuracağından, karşı tarafın ayrıca kabulüne ihtiyaç bulunmamaktadır.

Kural olarak fesih bildirimi herhangi bir şekle tabi değildir. Fesih bildirimi 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. Delaysıyla sözleşmeyi fesheden tarafın, iş sözleşmesini sona erdirmeye 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 bitiminde sona erdiren tek yanlı bir irade beyanıdır (Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M./Baysal, U.; *İş Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, 2014, s.894).

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

Fesih beyanının geçerliliği kural olarak, bir şekil şartına tabi olmadığı gibi fesih hakkının kullanımı herhangi bir hak düşürücü süreye de bağlı değildir. Ancak süreli 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" Aklının 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 kademe 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 süreli fesih ile iş sözleşmesi, bildirim süresinin dolmasıyla ya da işverenin bildirim 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 süreli iş sözleşmelerinde süreli 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 oluşturmaması 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 (Uluçan, D.; "158 Sayılı ILO Sözleşmesi Ve Türkiye'nin Uyumunu", *İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 20. Kuruluş Yılı Kullama 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 müracaatta 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 değişikliklerle 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 bildiriminin yapıldığı tarihte iş yerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması, işçinin en az altı aylık kıdeminin 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, işçiye 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'uncü maddesi uyarınca, "İşveren 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." Bu düzenleme ile fesih bildiriminin 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 feshin 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 bildiriminin 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 feshin 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’ncı maddeleri dikkate alınarak feshin 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 başvurmamak 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 oluşturamayacaktır.

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 yatkin 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 içinde veya başka bir işte çalışmasını olanaksız kılan, kesin veya geçici, tam veya kısmi olabilen çalışma gücü eksikliği (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 feshe sebep olabileceği gösterilmiştir. Buna göre, "...işverene zarar vermek ya da zararın tekrar tedirginliğini yaratmak, iş yerinde rahatsızlık yaratacak şekilde 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 davranışı 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 geçirilecek 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 fesihten önce savunma alınmasını gerektiren

“verimlilik” kavramları öğretide tartışma konusu olmuştur.

Öğretide baskın görüş, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi 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/Caniklioglu/Canbolat, a.g.e., s.529). Buna karşılık **Ekonomi**, savunmanın alınacağı hallerin, “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 Dayanarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade”, *İÜHFÖ Özel Sayı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan*, C.1, s.407); **Mollamahmutoglu/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 (Mollamahmutoglu/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 hallerde 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.1, İstanbul, 2008, s. 1284 vd.) ifade etmişlerdir.

İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi, fesihten 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 sayılacağı kendisine hatırlatılması şarttır.

Feshi bildirimi ile birlikte ya da fesihten sonra savunma istenmesi veya fesihten önce savunmasının alınmaması, salt bu nedenle süreli feshin geçersizliği sonucunu doğurur.

6. İş Sözleşmesinin Hakkı 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 feshi hakkının doğumundan itibaren kısa bir zaman içerisinde bu hakkın kullanılması gereklidir. Lehine haklı neden bulunan tarafın bu hakkını kullanması iş 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; Mollamahmutoglu/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 gözüaltına alınması veya tutuklanması hâlinde devamsızlığı, dördüncü bir grup olarak düzenlenmiştir (İşK. md.25/IV).

B. SAĞLIK NEDENLERİNDEN DOLAYI İŞVERENİN FESİH HAKKI

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 devamsızlığı, 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; Celal, *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 azaltılmadığı, 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

yakalanması 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 tutulduğu hastalığının tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuunun 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 İşe Devamsızlığı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin "Sağlık sebepleri" başlıklı birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci paragrafında, işçinin sağlık nedenleriyle bekleme süresini aşan işe 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 kastı veya derli toplu olmayan yaşayışı ya da içkiye düşkünlüğü dışında kalan nedenlerle işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde 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 eklenmek 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- İçtihadı 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 öğretilde 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 öngörülmediğindendir. Başka bir deyişle yasa koyucu, sadece İK 25/II'de öngörülen ahlâk ve iyi niyet kurallarına aykırı 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 fesihten savunma alma yükümlülüğü getirdiği sonucuna varmak isabetli sayılmaz..." (Süzek, 2018:707-708); **Doğan Yenisey**, "...hukuk normunun yorumunda maddenin lafzı yorum güvenilir bir yorum yöntemi olmayıp, maddenin lafzı kadar sistematik yorumu da esastır. 19. maddede , madde başlığının "Sözleşmenin feshinde usul" düşündürdüğünün aksine iş güvencesine tabi iş ilişkilerinin süreli fesih usulünü düzenleyen bir madde olup, sistematik olarak kanunun yazılış biçiminden farklı bir sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir. Eğer sistematik yorum esaslarını benimsemesek 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 olmasından 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 hükümler 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 fesihte 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 gözüaltına 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 fesihte savunma alınmasına gerek duymamıştır; çünkü bu tür bir fesihte işçinin savunmasının alınmasının fesih iradesi üzerinde bir etkisi söz konusu olamaz. Benzer bir durum sağlık nedenleri, zorlayıcı nedenler ve gözüaltına alınma ve tutukluluk hâlleri için de söz konusudur. İşçinin gözüaltına geçirildiği 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, fesihten 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 hedeflenmemektedir. 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 dinlenilme 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 nedenlerle, 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

İhtidatlı birleştirilmenin 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 fıkra, iş güvencesi hükümleri içerisinde yer almasına rağmen sözleşmenin feshinde usulü düzenleyen 19’uncu maddeye atfı 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 atfı 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 alınmadığı amaca da değinmek gerekmektedir.

Fesihten önce savunma alınmasında amaç, işçinin feshi neden olabilecek sebepleri öğrenmesi ile bu konudaki gerçeği ortaya çıkarması, 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 kılmıştır. 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 kazanamamaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin davranışları nedeniyle tazminatsız feshi, sözleşmenin en ağır yaptırımını oluşturmuştur. 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 dışlandığından, 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 belirtilmelidir 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 alınmasının beklenemeyeceği vurgulanmıştır. Bu noktada, gerekçede 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 de tartışılmış olup, ekseriyetle bekleme süresini aşan işe devamsızlık hâlinde işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmesi durumunda, fesihten 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, fesihten önce işçiden savunma alınmasını düzenleyen aynı Kanun'un 19'uncu maddesinin ikinci fıkrası uygulanmayacağından, işverenin fesihten 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.

KARŞI OY

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

- a) Sağlık nedenleri(25. maddenin I. fıkrasının a ve b bentleri)
- b) Davranışlardan kaynaklanan nedenler(25. maddenin II. fıkrası)
- c) Zorlayıcı nedenler(25. Maddenin III. fıkrası)
- d) 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 25/1 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 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) 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. Fesihten önce işçinin savunmasının alınması gerekir.

c) İşçinin kendi kasdı veya düzensiz yaşayışından 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 bulunduğunun Sağlık Kurulunca saptanması(Mad. 25/1.b.1. cümle)

4) Bekleme süresi bitiminde bildirimsiz(derhal) fesih(Mad. 25/1.b. 2. Cümle): İhtihadı 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, bildirimsiz fesih hakkını kullanan işverenin, işçinin savunmasını alıp almayacağı ihtihadı 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; feshi 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 de işçinin verimliliğin önemli ölçüde azalmasına sebep olabilmektedir. Doktrinde baskın görüşe göre 18. madde ile uyumlu olması bakımından md.19/f.2'de yer alan "verimi" ifadesi işçinin "yeterliliği" olarak kabul edilmelidir.

Madde metni çok açık olup, işçinin davranışından veya veriminden kaynaklanan nedenlerle fesihte savunması alınması zorunludur. Bu kanun koyucu tarafından geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir. İşçinin savunmasının alınmaması, doğrudan feshi geçersiz kılacaktır.

Kanun koyucu burada açıkça 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II bendinde sayılan ve haklı nedenler olarak kabul edilen davacının davranışlarından kaynaklanan nedenleri istisna olarak kabul etmiştir. Oysa 25. maddenin I. fıkrasındaki nedenler işçinin sağlığı ile ilgili olup, sağlık nedenleri ise işçinin verimi ile ilgili olduğundan, yasa koyucunun bu açık iradesine göre bu gibi haklı nedenle fesihlerde işçinin fesihten önce savunmasının alınması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

19/2 madde uyarınca:

İşçinin;

* Davranışlarından kaynaklanan,

* Veriminden (yeterliliğinden) kaynaklanan(Sağlık nedenleri de girer)

Nedenlerin fesihte savunma alınması geçerlilik şartıdır.

İstisna:

* 4857 sayılı İş Kanunu 25/II. nedenlerle(Davranış-haklı neden) fesihte gerek yoktur.

Verimi ve davranışı ile ilgili olmayanlar ve savunma gerektirmeyen nedenler ise

* İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenler,

* Zorlayıcı nedenler

* İşyeri dışındaki davranışından dolayı gözaltına alınma ve tutuklanma nedenidir.

Çoğunluk görüşü ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. Maddesindeki nedenler derhal fesih için ve haklı nedenler için öngörüldüğü ve aynı maddenin son fıkrası, işçinin bu nedenler iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18,20 ve 21. Madde hükümlerine göre dava hakkının saklı olduğu, madde de savunma alınması ile ilgili 19. Maddeye atf yapılmadığı, bu nedenle savunma aranmayacağı belirtilmektedir.

Ancak savunmayı düzenleyen madde hükmü 19/2 olup, açıkça işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkını saklı tutmuştur. Kanun koyucu abesle iştigal edemeyeceğine göre bu şekilde açık bir düzenleme yerine, 25/son maddesi ile yetinebilirdi. Kaldı ki

19. Madde deki düzenleme ile sadece 25/II fıkrasını değil, derhal haklı nedenlerle fesih hakkını saklı tutardı.

Diğer taraftan kanun tasarısında “Savunma zorunluluğu düzenleyen 19/II maddenin ilk düzenlenişindeki 158 sayılı İLO Sözleşmesinde de bulunan ve savunma alınmasını gerek bulunmayacağı belirtilen **“İşveren bakımından beklenmeyecek haller olmak üzere”** ifadesi (Zihinsel ve bedensel yetersizliği, sık sık arkadaşları ile tartışma) sübjektiflik ve belirsizlik içerdiği ve işveren tarafından kötüye kullanılabileceği düşüncesi ile madde metninden çıkarılmış ve beklenmeyen haller içinde savunma alınması yönünde madde düzenlenmiştir. Kanun koyucunun iradesi, sağlık sebebi ile fesihte açıkça savunma alınması şeklinde oluşmuştur.

Savunmanın önemi: Savunma alınması, sağlık nedeninin olumsuzluklara yol açıp açmayacağını (olumsuz öngörü ilkesi) ile iş ilişkisinin çekilmez hal alıp almayacağı (beklenmezlik ilkesi) belirler. Savunma alınmasına gerek yoktur ile savunma alınmaması farklı şeylerdir. Sağlık sebebi ağır olabilir. Bu durumda savunma alınması aranmayabilir. Ancak her sağlık nedeni savunma alınmamasını gerektirmez. Sağlık nedeni ile çalışmama halinde, işçiden verim alınmadığı anlaşılır. Verimi ile ilgili nedende ise savunma alınması getirilen açık düzenleme gereğidir(19/2).

Zira işyerinde iş kazası geçiren veya doğum izni sonrası sağlık raporu kullanan işçinin rapor bitimi iyileşip iyileşmediği, çalışıp çalışmayacağı, 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 ilkeleri:

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.I.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 fesihte savunma 25/II deki davranış nedenleri ile sınırlı tutulduğuna göre verimlilik(yeterlilik) ile ilgili 25/I deki sağlık nedenleri ile fesihte savunma alınması gerekir.

Diğer taraftan kanun koyucu yukarıda açıklandığı gibi işveren bakımından beklenmeyen halleri tasarıdan 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/I maddesindeki haklı nedenlerle feshedilsin, işçinin verimi(yeterliliği) ile ilgilidir.

Her haklı neden aynı zamanda geçerli nedendir. Derhal fesih, bildirimsiz fesih olup geçerli nedenle fesihte 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 fesihten 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;

Eyrençi/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 İbranameye ilişkin hükümleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2011, C. 8, S. 31, 917, 918; Savas, 173).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/son maddesinin 25. Maddedeki nedenlerle fesihte 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 istisna 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/I.b maddesi uyarınca sağlık nedeni ile fesihte savunma alınmasına gerek olmadığı görüşüne açıklanan gerekçelerle katılmamıştır. 19. 10.2018