

İŞÇİNİN KENDİSİNİN İŞİ İLE İLGİLİ OLMAYAN BİR HASTALIĞA YAKALANMASI, HAKLI FESİH NEDENİ SAYILIP, KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANDIRAN BİR DURUM MUDUR?

(Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Yakın Tarihli İki Farklı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme)

Doç. Dr. M. Fatih UŞAN*

IS THE EMPLOYEE'S NON-WORK RELATED ILLNESS CONSIDERED A JUSTIFIABLE CONDITION FOR THE TERMINATION OF THE CONTRACT REQUIRING A PAYMENT FOR SEVERANCE PAYMENT TO WORKER?

(An Evaluation on the Decisions of the 9th Court of Appeal)

ABSTRACT:

Turkish Labour Act numbered 4857 regulates the termination of worker contracts for the reason of illness in two different conditions; a) If the performance of the work stipulated in the contract endangers the employee's health or life for a reason which it was impossible to foresee at the time the contract was concluded. b) If the employer, his representative or another employee who is constantly near the employee and with whom he is in direct contact is suffering from an infecting disease or from a disease incompatible which the performance of his duties.

This paper examines two different decisions of the 9th Court of Appeal regarding the termination of the contracts on the basis of health problems. In the first instance a worker who is identified with hepatitis the court did not approve the dismissal of the worker, while in the second case where a worker has suffered from psychological problems the court approved the termination of the contract.

Key words: Employee- Dismissal- Severance payment- illness

* S.Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,

I. KARAR: Yarg.9.HD., 16.5.2007, 2006/27796, 2007/15292:

ÖZET: “Somut olayda ise davacı işçinin kendisinin hastalığını ileri sürerek işverenin fesih hakkını kullanmasını istemesi, bunun işveren tarafından kabul edilmemesi üzerine iş sözleşmesini feshetmesi sözkonusudur. Yasaya göre akdi fesih hakkı bulunmayan davacının iş sözleşmesini feshi haklı değildir. Bu durumda, kıdem tazminatı isteminin reddi gerekirken mahkemece yazılı şekilde kabulü hatalıdır”

DAVA: Davacı, kıdem tazminatı alacağına ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı, yaptırdığı kan tahlilinde HEPATİT-B hastası olduğunun ortaya çıkması üzerine durumu şirket yetkililerine bildirmesine rağmen işe devam etmesinin istendiğini belirterek kıdem tazminatı isteğinin hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı, davacının devamsızlığı nedeni ile iş akdini feshettiğini, sunmuş olduğu raporun Hepatit-B taşıyıcısı olduğunu, Hepatit-B hastası olduğunu göstermediğini, kaldı ki sırf hasta olmanın tek başına kıdem tazminatına hak kazandırmadığını, iş sözleşmesinin konusu olan işi yapmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olduğuna dair delil sunmadığını savunmuştur.

Mahkeme, davacının Hepatit-B hastası ve taşıyıcısı olduğu, İş Kanununun 24. maddesi uyarınca sağlık gerekçesi ile iş akdini fesih hakkı olduğu gerekçesi ile isteği hüküm altına almıştır.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacının sunmuş olduğu kan tahlili sonucuna göre HBsAg-POZİTİF olduğu görünmektedir. Tabip bilirkişisince verilen raporda Hepatit-B hastalığı hakkında bilgi verilmiştir. 4857 Sayılı kanun 24/1 maddesinde işçinin sağlık nedenleri ile haklı fesih sebepleri belirtilmiştir. Buna göre:

a) İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması. b) İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması durumunda işçi iş akdini tek taraflı olarak feshetme hakkına sahiptir. Maddenin (a) bendinde aranan, işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması durumu olayımızda söz konusu değildir. Maddenin (b) bendinde ise işverenin veya başka bir işçinin bulaşıcı bir hastalığa veya işçinin işi ile bağdaşmayan hastalığı tutulması gerekir.

Burada işçinin kendisinin değil, başka işçinin veya işverenin hastalık durumu önemlidir. Somut olayda ise davacı işçinin kendisinin hastalığını ileri

sürerek işverenin fesih hakkını kullanmasını istemesi, bunun işveren tarafından kabul edilmemesi üzerine iş sözleşmesini feshetmesi söz konusudur. Yasaya göre akdi fesih hakkı bulunmayan davacının iş sözleşmesini feshi haklı değildir. Bu durumda kıdem tazminatı isteminin reddi gerekirken mahkemece yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeple BOZULMASINA peşin alınan temyiz haremmin istek halinde ilgiliye iadesine, 16.5.2007 gününde **oybirliğiyle** karar verildi.

KARŞIOY:

Davacı davalı işyerinde de iki yıla yakın süre ikinci müdür olarak çalıştığını 30.11.2005 tarihli rapor içeriğinden Hepatit B taşıyıcısı olduğunu öğrenmesi üzerine tedavi olmak amacıyla iş şartlarının ağırlığını dile getirerek sağlık sebebiyle iş akdinin feshini işverenden önce yazılı başvurarak talep etmiş sonra da noter kanalıyla bu istemini dile getiren ihtarname çekmiştir. Buna karşılık işveren hastalığın işin yapılmasına engel teşkil etmediğini sadece Hepatit B taşıyıcısı olduğunu yıllık izninin birim tarihi olan 7 Ocak 2005 tarihinde iş başı yapması gerektiğini eğer bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde iş puanının 25/1 (g) hükümlerine göre ihbarsız, tazminatsız iş akdini derhal feshedilmiş sayılacağı şeklinde karşıt noter ihtarı çekerek sağlık sebebine dayanarak iş akdinin işverence feshini isteyen davacının istemine karşılık iş akdini devamsızlıktan fesholunduğunu bildirmiştir. İşyeri önceden McDonald's olarak bilinmekte olan fast food restoran zinciri iken sonra unvan değiştirerek Anadolu Restoran İşletmeleri Ltd. Şti. olarak yiyecek-icecek üniteleri olarak faaliyet göstermektedir. Davacının dayanağı fesih sağlık sebebine ilişkin İstinye Devlet Hastanesi Mikrobiyoloji Laboratuvarından alınan Sağlık Raporu ve bunun üzerine hastalığın açıklaması maksatlı bilirkişi raporudur. Doktor Mehmet Başakoglu'nun mütealası ile sonuç kısmında 4. bendinde referans olarak belirtilen ve mütealaya eklenen İl Sağlık Müdürlüğünün İnternet Sitesinden alınan bilgi formunun içeriğinden davacının muhasabı olduğu Hepatit B hastalığının AİDES'DEN 50 ile 100 kat daha bulaşıcı mahiyette olduğu deri çatlağı, açık yara teması, kan yada tükürük ile dahi bulaşabilen bir hastalık olduğu karaciğer kanserine sebebiyet verdiği, belirtilmekte olduğundan taşıyıcıların toplum sağlığını ne denli etkileyebileceği dolayısıyla davacının yiyecek içecek ünitesinde görevli bulunduğu ve işverence bu göreve devamının istendiği dosyadan anlaşılmaktadır. Davalı vekilinin savunmalarında davacının Hepatit B hastası olmayıp sadece taşıyıcısı olduğu vurgulanarak tehlikenin boyutu hafifletilmeye çalışılmaktadır.

Yerel Mahkeme isabetli olarak davacının iş akdini 24/1 maddesi gereğince kendisinin feshettiğinden ihbar almaksızın kıdem tazminatı verilmesi yolunda hüküm kurmuş olup, davacının Hepatit B hastası ve taşıyıcısı olmasını göz önünde bulundurarak fesih için sağlık sebeplerinin yeterli bulunduğu gerekçesi ile sonuca ulaşmıştır. Mahkemenin kabul kararını isabetli bulmayan davalı vekilince

tanzim olunan dilekçede somut olayın gelişiminden 4857 sayılı yasanın 24/1- (a) maddesinde konu edilen hastalığın bu işyerinde ortaya çıkmadığı b fıkrasındaki dahi hal gereğince hastalanan kişinin kendisinin değil beraber çalıştığı sürekli olarak temas kurduğu işveren veya birlikte çalıştığı diğer işçilerin olması gerektiği bunlarda görülecek bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayan bir hastalığın söz konusu olması gerektiği somut olayda hastalananların bu şahıslar olmadığından davacı işçinin sağlık sebebiyle iş akdini bildirimatsız feshetme hakkından yoksun bulunduğunu ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağını belirtmektedir. Yüksek Daire çoğunluğunca da bu görüşe değer verilip 24. maddenin (b) fıkrası bu şekilde yorumlanarak davacının şartlarına uymadığı sonucuna varılarak mahkemenin hükmü isabetsiz bulunup karar bozulmuştur.

Aşağıda anlatılacak nedenlerle çoğunluğun bu görüşüne katılmak mümkün değildir.

Şöyle ki 24. maddenin (a) ve (b) fıkralarının yorumlanması için kanunun meclis tutanakları ile komisyon raporu tarafından incelenmiş olup çoğunluğun katıldığı şekilde yoruma rastlanılmamıştır. Yalnızca hastalığın tehlikesinden bahsedilip işçinin yaşayışını etkilemesi hali kısaca gündeme getirilmiştir. Dilbilgisi kuralları yönünden incelendiğinde kanunun lafında (b) fıkrasının son cümlesinin veya sözcüğünden sonra başlı başına özneye sahip olup, “işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa” cümlesinde davacı işçiyi anlamak ve hastalığın bulaşıcı olup olmaması değil de geniş kapsamlı tutularak çalışılan işin niteliğine uygun düşüp düşmediği konusunu hakimnin takdirine bıraktığı ve bulaşıcı olmayan tüm ihtisasa dayalı konuları dahi kapsama almak istediği görülmektedir. Bir üst cümlede ise bulaşıcı hastalık olgusunun esas alınmasında davacıyı (feshetmek isteyen) sadece bulaşıcılığın sirayetinden ve tehlikesinden korumak istemektedir. Bu dahi iki ayrı çeşitli ihtimallere maddenin hizmet vermek istediği anlaşılmaktadır. Ayrıca bir kimsenin kendi hastalığı değil de yakından temas ettiği işverenin veya iş arkadaşını hastalığı kendisine fesih imkanı tanıyorsa hastalıklı kendi bedeni de yine diğerleri için fesih sebebi teşkil etmekte ise onlara tanınan bu hakkın Anayasanın 10. maddesinde anlatılan eşitlik kuralı gereğince bizatihi kendisine de tanımak gerekmektedir. Mahkemece dolaylı da olsa bu amaç güdülerek işçinin feshinin devamsızlıktan değil de kendisinin sağlık nedenine bağlı haklı fesih kabul edilerek kıdem tazminatına hükmedilmiştir.

Esasen işverenin bulaşıcı hastalığı bulunduğu ortaya çıkan işçinin iş akdini 4857/25-b fıkrası gereğince feshetmesi gerekmekte iken bu hakkını olumsuzluk gibi değerlendirerek işçinin kıdem tazminatını ödememek için yerine getirmeyip davacı işçiyi 24/ 1-a madde koşullarına hapsedmek istemektedir. Diğer yandan dosya içerisinde mevcut olan Resmi Gazetenin 10. Temmuz 1996/22692 sayısı ile yürürlüğe giren Gıda Üretim ve Satış Yerleri hakkındaki yönetmeliğin hastalık bildirimini başlıklı 22. maddesinde yapılan sağlık kontrollerinde portör olduğu tespit edilenler derhal tedaviye alınır. Tedavisi tamamlanıp sağlık raporu

olmayanlar kesinlikle çalıştırılmazlar ve bu hastalık grubunda 23. sırasında davacının muhasabı bulunduğu Viral Hepatitler Grubu da yer almaktadır. Bunun anlamı bu yönetmeliğe aykırı davranışı nedeniyle işverence idari para cezasının uygulanabileceği ayrı bir vakıa olup Porter Hepatitliği çalıştırarak iş akdini feshetmemesinin toplum sağlığını hiçe sayan zihniyeti taşıdığına da göstergesidir. Bu gelişmelere rağmen davacının sağlık nedeninden ötürü 4857 sayılı yasanın 24/1-a veya b bentleri gereğince iş akdini feshedemeyeceğinin vurgulanması tarafımda uygun bulunmamaktadır. Kaldı ki Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin E. 1988/5122K: 1988/ 5373 T,E: 1987 / 2832K: 1987 / 3146 T; E: 1991 / 12816 K.1992 / 824 T. tarihlerinde verilmiş kararlar da bu yöndedir bu içtihatlarla sağlık durumu incelenen işçiler davacı konumundaki kendi sağlığı bozulan işçiler olup genelde hastalığın durumu işyeri ile bağdaşmayan türdeki rahatsızlıklar olduğu kararların içeriğinden anlaşılmaktadır.

Ayrıca iş akdinin davalı işverence devamsızlıktan ötürü feshedildiğinde davacı, 4447 Sayılı Yasanın 51. maddesi gereğince Türk İş Kurumuna başvurduğunda işsizlik sigortasından ötürü veya işsizlik ödeneği gibi sosyal haklarını da alamama durumuna düşeceğinden zararlandırılmış olacaktır. Anlatılan nedenlerle yerel mahkeme kararını isabetli bulup Yüksek Daire çoğunluğun görüşüne katılamamaktayım.

Karar, Çalışma ve Toplum, 15, 2007/4, s.233-236'da yayınlanmıştır.

II. KARAR: Yarg.9.HD., 8.3.2007, 2006/21363, 2007/6171:

ÖZET: “Davacının beyaz et entegre tesislerinde çalıştığı, parçalama işi yaptığı, mevcut olan hastalığı nedeniyle sık sık bayılıp düştüğü ve revire kaldırıldığı tanık anlatımları ile ortaya çıkmaktadır. Bu durumda davacının 4857 sayılı İş Kanununun 24/I maddesi uyarınca iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması sonradan doğan sebeple işçinin sağlığı için tehlikeli hale geldiği görülmektedir. Davacı tanığı Nurhayat Güzeltürk davalı yetkilisinin davacının evine gelerek davacıya tazminatların ödenmesi konusunda yardımcı olacağını beyan ettiği davacının da şartlı olarak iş sözleşmesini feshettiği göz önüne alındığında, davacıya kıdem tazminatı ödenmesi gerekirken anılan istemin yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.

DAVA: Davacı, kıdem tazminatının ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup, düşünüldü,

Davacının davalı işyerinde 10 yıl civarında çalışması olduğu, 8.4.2002-3.6.2004 tarihleri arasında psikiyatrik hastalığı nedeniyle yatarak tedavi gördüğü, 20.4.2004 tarihinde havale edilen dilekçesinde sağlık sebeplerini açıklayarak İş K.m.24/I maddesi uyarınca kıdem tazminatı ödenmesi koşulu ile iş sözleşmesini feshettiği anlaşılmaktadır. Davacının beyaz et entegre tesislerinde

çalıştığı, parçalama işi yaptığı, mevcut olan hastalığı nedeniyle sık sık bayılıp düştüğü ve revire kaldırıldığı tanık anlatımları ile ortaya çıkmaktadır. Bu durumda davacının 4857 sayılı İş Kanununun 24/I maddesi uyarınca iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması sonradan doğan sebeple işçinin sağlığı için tehlikeli hale geldiği görülmektedir. Davacı tanığı Nurhayat Güzeltürk davalı yetkilisinin davacının evine gelerek davacıya tazminatların ödenmesi konusunda yardımcı olacağını beyan ettiği davacının da şartlı olarak iş sözleşmesini feshettiği göz önüne alındığında, davacıya kıdem tazminatı ödenmesi gerekirken anılan istemin yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Karar, Çalışma ve Toplum, 15, 2007/4, s.322-323'de yayınlanmıştır.

KARARLARIN İNCELENMESİ

I. Kararlara konu olaylar, işçinin hastalanması nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir feshedemeyeceğine dayanmaktadır. Gerçekten İş Kanununa göre, işçinin haklı nedenle (derhal) iş sözleşmesini fesih sebepleri arasında sağlık sebepleri bulunmaktadır (İş K.m.24/I). Bu şekilde sözleşmenin feshedilmesi işçiye aynı zamanda kıdem tazminatı hakkı da verir (1475 s.İşK.m. 14/1). Bununla birlikte inceleme konusu yaptığımız kararlardan bir tanesi; önceki Yargıtay uygulamasından farklı olarak, işçinin hastalanması nedeniyle sözleşmeyi kendisinin feshetmesi durumunda kıdem tazminatı alamayacağına ilişkindir. Bir başka ifadeyle, Yargıtaya göre, işçinin hastalanması ve hastalığının iş ile ilgili olmaması durumunda, sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkı bulunmamaktadır. Bununla birlikte işin niteliğinden kaynaklanan bir hastalık varsa, bu takdirde sözleşme haklı nedenle sona erdirilebilir.

II. Kararların incelemesine geçmeden önce işçinin sağlık sebeplerine dayalı olarak sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirmesine ilişkin genel bir bilgi vermekte fayda vardır¹. Her ne kadar uyumsuzluklar yeni İş Kanunu dönemine rastlamış olsa da, sağlık sebepleri dolayısıyla işçinin iş sözleşmesini sona erdirmesi açısından konunun hem 1475 sayılı eski, hem de 4857 sayılı yeni İş Kanunu açısından incelenmesi uygun olsa gerektir.

1475 sayılı Kanun sağlık sebepleri ile feshi m.16'da düzenlemiştir. Buna göre, "Süresi belirli olsun veya olmasın, sürekli hizmet akitlerinde işçi, aşağıda yazılı hallerde, dilerse akdi sürenin bitiminden önce veya bildirim önelini beklemezsizin feshedebilir.

I - Sağlık sebepleri:

a) Hizmet akdinin konusu olan işin yapılması sözleşme sırasında bilinmeyen ve işin mahiyetinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa,

¹ Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. **CANIKLIOĞLU**, Nurşen, Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 2002, s.203 vd.

b) İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan doğruya buluşup görüştüğü işveren, yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa...”².

4857 sayılı Kanun m.24’e göre ise, “Süresi belirli olsun veya olmasın işçi, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilir:

I. Sağlık sebepleri:

a) İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa.

b) İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa...”.

Görüldüğü gibi kanunkoyucu, 4857 sayılı Kanunda sağlık sebepleri ile fesihdeki ilk halde değişiklik yapmıştır. Bunun dışında b bendine yönelik olarak herhangi bir değişiklik bulunmamaktadır. Gerçekten, eski Kanun döneminde işçinin sözleşmesini sağlık nedeni ile haklı olarak sona erdirebilmesi açısından, hastalık ihtimalinin sözleşme sırasında bilinmemesi aranmıştır³. Yeni Kanun ise, bu şartı benimsememiştir. Bunun dışında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

Diğer halde ise, işçinin kendisi değil, sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren veya başka bir işçinin işi ile bağdaşmayan veya bulaşıcı bir hastalığa yakalanması aranmıştır.

İş Kanununa göre, işin yapılması işin niteliğinden kaynaklanan bir sebeple işçinin sağlığı ve yaşayışı açısından tehlikeli olursa sözleşmeyi fesheden işçi kıdem tazminatı da alabilir (İş K.m.24/I a)⁴. Bunun için hastalığın işin niteliğinden

² Yargıtaya göre de, ““Yukarıda belirtilen raporlarda 1475 Sayılı İş Kanununun 16/I-a ve b maddesinde zikredilen sebeplerin bulunduğu dair hiçbir kayıt bulunmamaktadır. Gerçekten davacının bu maddeye dayanarak işini yapamayacağını ileri sürebilmesi için işe girerken bilinmeyen ve işin mahiyetinden doğan bir sebeple kendi sağlığı veya yaşayışı için yaptığı işin tehlikeler doğurması gerekir. Bu hususlar sözkonusu raporlarda yer almamıştır. Yine işçinin sürekli olarak yakından görüştüğü işveren ya da başka bir işçinin bulaşıcı bir hastalığı ve yaptığı işle bağdaşmayan bir hastalığının da bulunmadığı anlaşılmıştır. Böyle olunca davacının sözkonusu maddeye dayanarak iş sözleşmesini haklı feshettiğinden söz edilemez. Aksi düşünce ile davacının kıdem tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”, Yarg.9.HD., 1.7.2003, 1611/12292, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/9hd-2003-1611.htm&query=işçi%20+sağlık+%20hakkı%20neden#fm> (25.1.2008).

³ 1475 sayılı Kanun döneminde, işçinin bilmesinden maksadın, onu sezmesi ve/veya genel olarak bir tehlikle karşılaşacağı ihtimalini tahmin etmesi değil, o işin ifasında öyle bir tehlike ile karşılaşacağını somut olarak bilmesi olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. **AKYİĞİT**, Ercan, Kıdem Tazminatı, Ankara 1999, s.179.

⁴ “25.7.2000 tarihli kesin sağlık kurulu raporundan önce verilen 9.6.1998 tarihli Uşak Sosyal Sigortalar Hastanesi raporunda, davacıdaki bulgular saptanarak 14.6.1998

kaynaklanması (farklı görüşler olsa da)⁵ ve işçinin sağlığı veya yaşayışı açısından tehlikeli olması gerekir. Her somut olayın özelliğine göre⁶, hangi işlerin işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olacağı hususu, sağlık raporu ile bilirkişi marifetiyle, belirlenmelidir⁷. Ancak, tehlike kavramının tesbitinde yalnızca objektif kıstaslar değil, kişinin subjektif özellikleri (yaşı, vücut ve sağlık durumu, cinsiyeti gibi) de dikkate alınmalıdır⁸. Bu arada tehlikenin sürekli ya da geçici olması sonuca etkili değildir⁹. Yine, sözleşmenin yapıldığı sırada tehlikenin işçi tarafından bilinip bilinmemesi de artık önemli değildir¹⁰. Bu arada belirtelim ki, uygulamada hastalığın işin niteliğinden kaynaklanması şartına, genellikle meslek

tarihinden itibaren çalışabileceğine karar verilmiştir. Ancak davacı bu tarihte işe başlamamıştır. Mahkeme işe başlamaması nedeniyle davacının iş akdinin işverence haklı olarak feshedildiğini kabul etmiştir.

1475 sayılı İş Kanununun 16/I-a. maddesinde "... işin mahiyetinden doğan bir sebeple işin yapılması işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa..." işçinin akdi bildirimsiz fesih hakkı olduğu belirtilmektedir.

Alınan 25.7.2000 tarihli sağlık kurulu raporuyla, davacının her iki elin koordinasyonunu gerektiren ve münhasıran "karnet" adlı makineyle çalışılan işyerinde ve işte çalışması sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli ve mümkün olmadığı ve bu suretle davacının istirahatli sürenin bitimi olan 14.6.1998 tarihinde iş akdini yasaya uygun olarak feshettiği ve haklı feshinden dolayı kıdem tazminatına hak kazandığı tartışmasız olup, mahkemenin tesbit ettireceği kıdem tazminatını hüküm altına alma yerine davacı istemini reddetmesi hatalıdır", Yarg.9.HD., 1.3.2001, 308/3686, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/9hd-2001-308.htm&query=işçi%20+%20sağlık+%20haklı%20neden#fm> (25.1.2008).

⁵ Bkz. **CANIKLIOĞLU**, s.211; **TUNÇOMAĞ**, Kenan/**CENTEL**, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 2.B., İstanbul 2003, s.201.

⁶ **CANIKLIOĞLU**, s.214.

⁷ **CANIKLIOĞLU**, s.210; **AKYİĞİT**, Ercan, İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2005, s. 912; Yarg.9.HD., 20.01.1984, 1983/9933, 1984/400, **AKYİĞİT**, Şerh, s.182; Yarg.HGK., 7.12.1968, 120/813, **USTA**, Osman İş Hukukunda Akdin Feshinden Doğan Tazminatlar ve Uygulamaları, Ankara 1998. Yine Yargıtay uzun yıllar tersanede çalışan davalının yüksek tansiyon ve böbrek kistlenmesi nedeniyle hizmet edemeyeceğini bu nedenle iş akdini feshettiği bir olayda da İş K.m.16/I a ve b bentlerine göre iş akdinin sona erdirilebilmesi için davacının rahatsızlığının işini yapması halinde sağlığı veya yaşayışı için tehlike doğurup doğurmadığının ya da işi ile bağdaşıp bağdaşmadığının tıp uzmanı tarafından belirlenmesi gerektiğini, bu yönde eksik inceleme yapan yerel mahkeme kararını bozmuştur. Bkz. Yarg.9.HD., 22.8.2000, 19890/2/76, **AKYİĞİT**, Şerh, s.918. Benzer şekilde kişide bulunan devam eden hava kaçağının, davacının işyerinde aşırı içilen sigaraya bağlamasına karşın, bunun haklılığının işyerinde bilirkişi heyeti ile inceleme yapılarak işyeri koşullarının neden olup olmayacağını tesbiti konusunda rapor alındıktan sonra feshin haklı olup olmadığının belirlenmesi gerektiği yolunda bkz. Yarg.9.HD., 30.10.2003, 5907/18272. **AKYİĞİT**, Şerh, s.919; "Bu itibarla sadece 4857 sayılı İş Kanununun 24. maddesinin 1 bendi (a) alt

hastalıklarında rastlanır¹¹.

Üzerinde durulması gereken konulardan bir tanesi, işin niteliğinden kaynaklanmayan hastalıkların, haklı nedenle feshe imkan tanıyıp tanımadığıdır. Öğretideki bir görüşe göre, düzenlemenin amacına bakarak işin niteliğinden doğmamakla birlikte, işçiyi çalışamaz duruma düşüren bir hastalık nedeniyle de işçinin İş K.m.24/I a (eski İş K.m.16/I a) çerçevesinde sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirebilme imkanı bulunmaktadır¹². Ancak bu görüş, belirtelim ki, kanuni düzenleme ile uyumlu değildir. Zira maddede, haklı feshin sebebi olarak, hastalık için, kanaatimizce, işin niteliğinden kaynaklanan bir sebebin bulunması aranmaktadır.

Bunun dışında ise, işçinin kendisi değil ama, yakından görüştüğü işveren ve/veya başka bir işçinin işi ile bağdaşmayan veya bulaşıcı bir hastalığa yakalanması da sözleşmeyi fesheden işçiye kıdem tazminatı hakkı verir (İş K.m. 24/I b). Şüphesiz, bulaşıcı hastalık ciddi olmalıdır¹³. Yoksa bir grip veya nezle halinde de sözleşme feshedilemez¹⁴. Bununla birlikte, hastalığın bulaşıcı olmayıp, tiksinti verici olması durumunda da, işçinin işi ile bağdaşmadığının kabul edilmesi uygun olsa gerektir.

bendinde yazılı olan koşullar yönünden feshin haklı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Davacı işçi bu yönde doktor raporu sunabilmiş değildir”, Yarg.9.HD., 25.10.2005, 17424/34527, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/9hd-2005-17424.htm&query=işçi%20+%20sağlık+%20 haklı%20 neden#fm> (25.1.2008).

⁸ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi, İş Hukuku, 2.B., Ankara 2005, s.480; **NARMANLIOĞLU**, Ünal, İş Hukuku, 3.B., İzmir 1998, s.330; **CENTEL**, Tankut, İş Hukuku, C.1, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s.176; **UŞAN**, M. Fatih, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C.1, İş Hukuku, Ankara 2006, s.118.

⁹ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.480.

¹⁰ 4857 sayılı yeni İş Kanunu, tehlikenin sözleşmenin kurulduğu sırada bilinmemesi koşuluna yer vermediğinden, sözleşmeyi yaparken işin niteliğinden doğan bir nedenle sağlığının veya yaşayışının tehlikeye girebileceğini bilen, öngören işçi de sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir. Bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.481.

¹¹ **CANIKLIOĞLU**, s.214; **NARMANLIOĞLU**, s.331 dn.285; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.481; **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.179; **UŞAN**, s.118.

¹² **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s.202. **CANIKLIOĞLU**, s.214 vd. Ayrıca bkz. **GÜNAY**, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 1998, s.963. Yargıtayın da inceleme konusu yaptığımız ve isabetli bulduğumuz ilk kararından farklı olarak genellikle uygulamasının da bu yönde olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.481 dn.112’de belirtilen kararlar.

¹³ **UŞAN**, s.118.

¹⁴ **EKONOMİ**, Münir, İş Hukuku, İstanbul 1984, s.198; **NARMANLIOĞLU**, s.333; **CENTEL**, İş Hukuku, s.177;

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, işçinin m.24/I b gereğince sözleşmeyi fesih hakkı kendisinin değil, bir başka işçi ve/veya işverenin hastalanmasında sözkonusu iken, Yargıtay, 1475 sayılı Kanun döneminde birçok olayda işçinin kendisinin hastalanması durumunda da sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirebileceği ve kıdem tazminatı alabileceği içtihadında bulunmuştur. Örneğin, işçinin kronik şizofreni¹⁵, sara¹⁶, akıl¹⁷ veya mide hastalıklarına yakalanması ve akciğer ameliyatı geçirmesi¹⁸, kroner yetmezliğinde¹⁹ bu çözüme isabetsiz olarak ulaşılmaktadır²⁰. Oysa bu haller, belki diğer şartların varlığı halinde a bendi

¹⁵ “Davacı istifa dilekçesi vermek suretiyle işinden ayrılmışsa da, bu istifasının işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması nedenine dayandığının kabulü gerekir. Zira, dosyadaki sağlık kurulu raporunda davacının kronik şizofreni hastalığına musap olduğu, bu haliyle çalışmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bu durum, 1475 sayılı İş Kanununun 16. maddesinin sağlık sebepleri başını taşıyan (b) fıkrasındaki işçiye bildirimsiz fesih hakkı tanıyan hali oluşturur. Böyle olunca ihbar tazminatı gerekmez ise de, davacı kıdem tazminatına hak kazanır. D halde kıdem tazminatına karar vermek gerekir”, Yarg.9.HD., 31.1.1992, 1991/12816, 1992/824, YKD., S.1, 1993, s.40, kararın incelemesi hakkında bkz, **CENTEL**, Tankut, Karar İncelemesi, İHD., C.II, 1992, s.608 vd. Kararla ilgili değerlendirme için, **KUTAL**, Metin, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1992 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994, s.51.

¹⁶ Yarg.9.HD., 5.5.1988, 5122/5373, **AKYİĞİT**, Şerh, s.913 dn.9 ve 916; Yarg.9.HD., 19.9.1997, 11997/15330, **AKYİĞİT**, Şerh, s.916; Yarg. 9.HD., 5.5.1988, 5122/5373, **AKYİĞİT**, Şerh, s.916.

¹⁷ Yine Yargıtay, benzer bir olayda, akıl hastalığına yakalanarak işyerinden ayrılan ve sonra da, ölen işçinin sözleşmesinin işi ile bağdaşmayan hastalığa tutulması nedeniyle işçi tarafından bozulduğunu kabul etmiş ve kıdem tazminatına hükmetmiştir. Bkz. Yarg., 9.HD., 24.03.1987 t., E.1987/2832, K.1987/3146, Çimento İşveren, C.1, S.3, Mayıs 1987, s.37 ve **AKYİĞİT**, Şerh, s.916.

¹⁸ Yarg.9.HD., 10.4.1989, 231/3355, YKD., Eylül 1989, s.1269 ve Tekstil İşveren, Eylül 1989, s.20, **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.183, kararın değerlendirmesi ve isabetsizliği için bkz. **SÜZEK**, Sarper, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirmesi Semineri, İstanbul 1991, s.58-59

¹⁹ Yarg.9.HD., 10.2.1998, 1997/20813 1998/1274, **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.181.

²⁰ **EKONOMİ**, s.198 dn.465; **ÇELİK**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 20.B., İstanbul 2007, s.248; **NARMANLIOĞLU**, s.334; **CENTEL**, İş Hukuku, s.177; **SÜZEK**, Sarper, İş Hukuku, 2.B., s.518; **SÜZEK**, Değerlendirme 1989, s.59; **CANIKLIOĞLU**, s.222; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.481; **DEMİR**, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, 4.B., İzmir 2005, s.251. Karşı görüş olarak işçinin kendisinin de işi ile bağdaşmayacak bir hastalığa tutulmasının haklı nedenle fesih imkanı verdiği konusunda, **GÜNAY**, s.963; **KUTAL**, s.51.

kapsamında değerlendirilebilir²¹. Dolayısıyla işçinin kendisinin hastalanmasını düzenlemeyen bir bende dayanılarak hüküm tesis edilmiş olması, isabetli değildir. Tesbit edebildiğimiz kadarıyla inceleme konusu yaptığımız bu ilk kararı ile Yargıtay, 4857 sayılı Kanun döneminde sözkonusu görüşünü değiştirme noktasında önemli bir adım atmıştır. Bununla birlikte ikinci kararda ise farklı bir çözüme ulaşılmaktadır.

Öğretide de genellikle, Yargıtayın yukarıda örneklerini verdiğimiz kararlarına ilişkin olarak genellikle, işçinin kendi hastalığı nedeniyle (Eski İş K.m. 16/I b, yeni İş K.m.24/b) sözleşmesini haklı nedenle sona erdirmeye durumunun kabulü, madde ile uyumlu olmadığı için benimsenmemiş, ancak şartların varlığı halinde a bendine dayalı bir feshin sözkonusu olabileceği ifade edilmiştir²².

Şüphesiz sağlık nedenlerini isbat yükümlülüğü, bunu iddia eden işçiye aittir²³

İşçinin sağlık durumuna bağlı olarak iş akdini feshinin haklı neden oluşturabilmesi için, işveren tarafından durumuna uygun bir iş verilmemesi de gerekir. Bir başka ifadeyle işçiye çalışabilmesi için daha hafif bir iş verilmişse artık sözleşme haklı nedenle feshedilemez²⁴. Bunun gibi, işçinin sağlık raporu ile daha farklı bir işte çalıştırılabilme imkânı varken bunun değerlendirilmemesi de, sözleşmesini sona erdiren bir işçi için kıdem tazminatına yol açan bir sebep olarak kabul edilmelidir²⁵.

²¹ Bkz. **ÇELİK**, s.248; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.518; **SÜZEK**, Değerlendirme 1989, s.59; **CANIKLIOĞLU**, s.222.

²² Bkz. **AKYİĞİT**, Şerh, s.914. Ayrıca bkz. dn.20'de belirtilen yazarlar.

²³ Yarg.9.HD., 2.11.1998, 13711/15447, **AKYİĞİT**, Şerh, s.914.

²⁴ **DEMİR**, s.251; **ÇENBERCİ**, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 6.B., Ankara 1986, s.533. Yargıtay da bir kararında işitme kaybına uğrayan işçinin gürültülü ortamda çalışmasının uygun olmadığına ilişkin rapor doğrultusunda başka bir işe kaydırılması durumunda işçinin sözleşmeyi sağlık nedeniyle sona erdiremeyeceğini haklı olarak tesbit etmiştir. Bkz. Yarg.9.HD., 18.9.1997 t., E.1997/11997, K.1997/15330, Tekstil İşveren, Kasım 1997, s.20 ve **AKYİĞİT**, Şerh, s.916.

²⁵ “Davacı işçi davalıya ait iş yerinde çalışırken kalp rahatsızlığından dolayı ağır işlerde çalıştırılmaması gerektiği şeklinde doktor raporunu, işverene ibraz ederek hafif işlerde çalıştırılmasını istemiş; davalı işveren işyerinin ağır ve tehlikeli işlerin yapıldığı bir yer olduğunu bildirmek suretiyle, disiplin kurulu kararı doğrultusunda sözleşmenin feshi yoluna gitmiştir. İhbar tazminatı isteğiyle açılan dava İş Kanununun 17.maddesindeki sağlık sebepleri bendinde öngörülen hükümler uyarınca Mahkeme isteğinin reddine karar vermiştir.

Sağlık sebepleri olarak anılan 17.Madde de öncelikle iki konu üzerinde durulmuştur. Bunlardan birincisi, işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalık yada sakatlık halidir ki yasa koyucu burada 3-5 günlük bir devamsızlık koşulunun gerçekleşmesini aramaktadır. İkinci hal ise işçinin bulaşıcı hastalığı veya işiyle bağdaşmayacak derecede tiksinti verici bir hastalığa

İş K.m.24/I a kapsamına giren durumlar dışında işçinin kendisinin hastalığa yakalanması halinde, ancak İş K.m.25/I'de yer alan koşulların varlığı halinde iş sözleşmesi haklı nedenle işçi değil, işveren tarafından feshedilebilir²⁶. Ancak sözleşmeyi sona erdiren işçi kıdem tazminatı da ödemelidir.

III. Bu genel bilgilerden sonra ilgili kararlara gelecek olursak,

A) İlk olayda davacı yaptırmış olduğu kan testi ile Hepatit B hastalığına yakalandığını öğrenmiş ve şirket yetkililerine durumunu bildirmiş, yetkililer kendisinden işe devam etmelerini istemiş, bunun üzerine işe devam etmeyen işçinin iş akdi devamsızlığa bağlı olarak haklı nedenle sona erdirilmiştir. Bu arada davalı taraf, işçinin sadece taşıyıcı olduğunu, sırf hasta olmanın tek başına kıdem tazminatı almaya hak kazandıran bir durum olmadığını, iş sözleşmesinin konusu olan işi yapmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olduğuna dair delil sunulmadığını ileri sürmüştü de, yerel mahkeme İş K.m.24 gereği yapılan feshi haklı bulmuş ve kıdem tazminatına hükmetmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, kararında, İş K.m.24/I gereğince iş sözleşmesinin feshinin iki biçimde düzenlendiğini belirlemiştir. Buna göre, a bendinde; işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması hususunun öngörüldüğü, olayda ise bu hususun bulunmadığı vurgulanmıştır. Yine, b bendinde de işçinin kendisinin değil, bir başkasının ya da üçüncü kişinin hastalanmasının sözleşmeyi fesih açısından haklı bir neden oluşturduğu, ancak bu halin hastalanan işçi için fesih hakkı vermediği ifade edilmiştir. Hemen belirtelim ki, Yargıtayın bu belirlemeleri yukarıda da izah ettiğimiz gibi, Kanuna uygun olan tesbitlerdir.

Karara ilişkin açıklayıcı diğer bilgilere ise karşı oy yazısında rastlanılmaktadır. Gerçekten, davacı Hepatit B taşıyıcısıdır. Yiyecek içecek üniteleri bulunan bir işyerinde çalışmaktadır. Dosya içerisinde bulunan raporda,

tutulmasıdır. Somut olayda davacı işçinin hastalığı bu iki halden hiç birine girmemektedir. Bundan başka işçinin devamsızlığı da yoktur. Yasa koyucu aynı sağlık sebepleri ile ilgili olarak işçinin kendi kusuruna yükletilemeyen hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde de hizmet akdini bildirimsiz olarak işveren tarafından bildirim önellerini altı hafta aşmasından sonra feshedebileceği kuralını da getirmiştir. Davacının durumu bu son hüküm kapsamına da girmemektedir. Bir an için girmiş olduğu varsayılsa bile, hafif işlerde çalışabileceği konusunda mahkemece araştırma ve inceleme yapılmış değildir. İşverenin beklemeksizin fesih yoluna gitmiş olması davacıyı ihbar tazminatına hak kazandırmıştır”, Yarg.9.HD., 4.5.1999, 4497/8393, YKD., Şubat 2000, s.223-224. Benzer şekilde gece bekçisi olan işçinin işyerinin ısıtılmaması nedeniyle hastalanması ve almış olduğu doktor raporuna rağmen kendisinin gece bekçiliğine değil de, kamyon şoförlüğüne verilmesi halinde, iş akdini 3008 sayılı Kanun m.15/I a gereği feshetmesi haklıdır ve kıdem tazminatı alabilir”, Yarg.9.HD., 15.11.1996, 8477/9181, **USTA**, s.79.

²⁶ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.519. Ayrıca bkz. **SÜMER**, Hâluk Hâdi, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri İle Feshi, Sicil, Y.2, S.8, Aralık 2007, s.66 vd.

hastalığın, AIDS'ten bile tehlikeli olduğu, bulaşıcı bulunduğunun da belirtildiği ileri sürülmektedir. Yine karşı oy yazısında kanuna ilişkin tutanaklara ve TBMM. Komisyon raporuna bakıldığında, çoğunluğun anladığı şekliyle bir yoruma rastlanılmadığı belirtilmektedir. Kanunun b fıkrasında yer alan "*işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa*" ifadesinin de işçiye kendisinin bulaşıcı hastalığa yakalanması durumunda akdi fesih yetkisi verdiği savunulmaktadır. Sonra Anayasa m.10'da yer alan eşitlik ilkesi göz önünde bulundurularak, diğer bir işçinin bulaşıcı hastalığa yakalanmasının fesih nedeni olarak öngörülmesine karşılık, işçinin kendisinin bulaşıcı hastalığa yakalanmasının fesih sebebi olarak öngörülmemiş olmasının uygun olmadığı da belirtilmiştir.

Bu arada karşı oy yazısında, işyerinin Gıda Üretim Ve Satış Yerleri Hakkında Yönetmelik²⁷ kapsamında olduğu, portör²⁸ olan işçinin tedavisi yapılmadan bu tip yerlerde çalıştırılmayacağı açıklanmıştır. Yine, böyle bir durumda akdi kendisi feshetmeyen işveren toplum sağlığını hiçe sayan bir zihniyettir.

Dolayısıyla karşı oy yazısında ileri sürülen bu görüşlerin üzerinde durmak gerekir. Bir kere kanaatimizce, kişinin işi ile ilgili olmayan bir hastalığa yakalanması kendisine iş sözleşmesini fesih yetkisi vermez. Bu hastalığın, bulaşıcı olması da sonucu değiştirmez. 4857 sayılı Kanun yukarıda da izah ettiğimiz gibi, esas itibariyle bir kişinin hastalığına bağlı sözleşmeyi feshetmesini, işten kaynaklanan bir sebebe/hastalığa bağlamıştır (İş K.m.24/I a) Yoksa hastalığın iş ilişkisi sürerken ortaya çıkması önemli değildir. Önemli olan, işin yapılmasının işin niteliğinden kaynaklanan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olmasıdır. Burada işçi hepatit B taşıyıcısı olduğunu öğrenmiştir. Ancak, dosya içeriğinden sözkonusu hastalığın iş ile alakalı olduğuna ilişkin bir sonuç çıkarılamamaktadır. Bilakis, hastalığın iş ile ilgili olmadığı davalı işverenlik tarafından açıklanmıştır. Hal böyle olunca kişinin işi ile ilgili olmayan hastalığı, kendisine sözleşmeyi haklı nedenle fesih imkanı vermez. Konu olay özel bir hastanenin intaniye bölümünde çalışan hemşire için olsa idi, bu durum kendisine iş akdini haklı nedenle sona erdirebilme imkanı (diğer şartlarla birlikte) verebilirdi. Ancak burada böyle bir durum sözkonusu değildir.

Yine, yukarıda da izah ettiğimiz gibi, işçinin bulaşıcı hastalık nedeniyle iş akdini fesih durumu, kendisinin değil, işveren ve/veya başka bir işçinin bulaşıcı hastalığa yakalanması halinde ancak mümkündür (İş K.m.24/I b). Oysa burada hastalanan işçinin kendisidir, bir başkası değildir. Karşı oy yazısında, Kanunun gerekçe ve Meclis görüşmelerindeki tutanaklarda işçinin kendisinin sözleşmeyi bulaşıcı hastalığa yakalanması nedeniyle feshedemeyeceğine ilişkin bir açıklamaya

²⁷ Bkz. 10.07.1996 t. Ve 22692 S.lı RG.

²⁸ Portör, insan ya da hayvanların hastalık etmenini vücudunda taşıyıp bulaşmasında rol alması ve kendi bünyesinde belirtiyeye rastlanması durumunda aldıkları adtır. <http://www.otomatikportakal.com/portor.htm> (28.1.2008).

rastlanılmadığı da belirtilmektedir. Oysa yasal düzenleme son derece açıktır. Burada kendisi hastalanan kişiye sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı tanınmamıştır.

Sonra, belirtildiği üzere İş K.m.24/I b'de yer alan ifadenin lafzı da bizi haklı kılar. Karşı oy yazısında, *“işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa”* ifadesinin, önceki açıklamadan bağımsız olduğu, ayrı bir öznesinin bulunduğu belirtilmektedir. Oysa dikkat edilecek olursa, *“işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa”* cümlesini bir önceki ile bağlantılı olarak kabul etmek gerekir. Burada ayrı bir özne yoktur. Öyle olacak olsa idi, *“işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması veya işçi işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa”* şeklinde bir düzenleme getirilirdi. Dolayısıyla ilgili düzenlemenin yazılışı da, işçinin kendisinin değil, bir başka işçinin hastalığa tutulmasına işaret etmektedir.

Eşitlik ilkesi açısından meseleye bakıldığında ise, Anayasanın 10. maddesinden hareketle de sonuca gidilemez. Zira kanunkoyucu bir tercihte bulunmuştur. Kişinin kendisinin bulaşıcı ve/veya işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulmasını kendisi için değil, işveren için bir fesih sebebi kabul etmiştir (İş K.m. 25/I b). Kaldı ki, işçinin kendisinin sözleşmeyi fesih yetkisinin bulunup bulunmadığı yolundaki tartışma, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde de sözkonusu olmuştur. Bu tartışmalardan sonra, aynı esası benimseyen, hatta a bendi ile başlangıçta bilenebilir olmama koşulunu kaldıran kanunkoyucunun, bu hususu göz ardı ettiği ileri sürülemez. Bir başka ifadeyle, kanunkoyucu bilinçli olarak kişinin kendisinin işi ile ilgili olmayan bir hastalığa yakalanmasını fesih sebebi olarak öngörmemiştir. Bir kez daha ifade etmek gerekir ki, eşitlik ilkesinin burada uygulanabilme imkanı bulunmamaktadır.

Belki üzerinde durulması gereken husus, karşı oy yazısında belirtilen Yönetmeliktir. Gerçekten, Gıda Üretim Ve Satış Yerleri Hakkında Yönetmeliğin “Hastalık Bildirimi” üst başlığına taşıyan 22. maddesine göre, “Yapılan sağlık kontrolünde portör olduğu tespit edilenler derhal tedaviye alınır. Tedavisi tamamlanıp sağlam raporu almayanlar kesinlikle çalıştırılmaz. Ateşli hastalığı, cilt hastalığı yada ishalleri bulunanlar derhal sağlık kuruluşuna tetkike gönderilir. Bütün bu işlerden işyeri sahibi/yöneticisi sorumludur”. Burada gıda üretimi yapılan yerde çalışan işçinin portör (taşıyıcı) olması durumunda, bunların tedavilerinin yapılması gerektiği, yoksa işverenin sorumlu olacağı vurgulanmaktadır.

Her şeyden önce, belirlenmesi gereken konu, ikinci müdür olarak çalışan davacının, kendisinde tesbit edilen taşıyıcılığın m.22 kapsamına girip girmediğidir. İkinci olarak da, ikinci müdür sıfatı ile yapılan hizmetin çalışma ilişkisini etkileyip etkilemediğidir. Yine, davacının sözkonusu Yönetmelik kapsamında olup olmadığı da araştırılması gereken konulardandır. Bunların tesbiti şüphesiz tıbbi raporla belgelenmelidir. Dosyada rapordan bahsedilmekle birlikte, davacının çalışma ilişkisinin bu Yönetmelik kapsamında değerlendirilip değerlendirilmediği hususu açık bir biçimde anlaşılamamaktadır. Bunlara rağmen, portör olan bir kimsenin sözkonusu yerlerde çalışması değil, çalıştırılması yasaktır. Sorumluluk

da, (eğer çalışsaydı) davacıya değil, bilakis sözkonusu kimseyi çalıştıran davalı işverene aittir. Hal böyle olunca, davalı işverenin sözleşmeyi feshetmesi gerekirken feshetmemesi durumunun, davacıya, işin niteliğinden kaynaklanmayan kendi hastalığı nedeniyle sözleşmeyi fesih yetkisi vermeyen bir hâl için de olsa haklı neden oluşturmadığı kanaatindeyiz.

Böylece bizim tesbit edebildiğimiz kadarıyla yeni İş Kanunu döneminde Yargıtay bu kararı ile işin niteliğinden kaynaklanmayan hastalıklarda işçinin sözleşmesini sona erdiremeyeceğini belirterek önceki kararlardan farklı olarak, isabetli bir çözüme ulaşmıştır.

Ancak, yine incelediğimiz ikinci kararında ise, bu karardan yaklaşık iki ay önce farklı bir sonuca ulaşılması da enteresan bir durum olarak ifade edilmelidir.

B) İkinci kararda, ilk karardan farklı sonuca ulaşan Yargıtay, beyaz et entegre tesislerinde parçalama işini yapan davacının sık sık bayılarak revire kaldırıldığıнын somutlaşması karşısında, bu durumun İş K.m.24/I'b de yer alan iş sözleşmesinin işin yapılması sonradan doğan bir sebeple işçinin sağlığı için tehlikeli hale gelmesi sebebine dayanarak işçi için fesih açısından haklı neden oluşturduğu görüşündedir. Burada dosyadan anlaşılacakla birlikte, eğer, et entegre tesislerinde parçalama işi, işçinin psikolojik yapısını bozacak nitelikte ise, o takdirde akdin İş K.m.24/I a gereği feshi, bize göre haklıdır. Bir başka ifadeyle, ortaya çıkan rahatsızlık işin niteliğinden doğmuşsa, işçinin sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirebilme imkanı mevcuttur. Yok, sadece hastalığın ortaya çıkması nedeniyle fesih hakkı benimsenmişse, burada da Yargıtay 1475 sayılı İş Kanunu dönemindeki görüşünü sürdürüyor demektir.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, işçinin sağlık sebepleri ile haklı nedenle iş akdini feshinde öğretide de şu husus tartışılmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, öğretideki bir görüşe göre, işçinin sağlığının bozulması, bir başka ifadeyle hastalanması, işin niteliğinden kaynaklanmamakla birlikte, işçinin işini devam ettirmesi, hastalığı nedeniyle işçi için bir tehlike oluşturacak ise, o takdirde iş akdi haklı nedenle sona erdirilebilir. Bu anlamda, örnek olarak, alzheimer hastalığına yakalanan bir mobilyacının planya kullanması durumunda, hastalık mobilyacılık mesleğinden kaynaklanmasa da, çalışma ortamı içerisinde sürekli eli titreyen işçinin işini yapması kendisine zarar verme ihtimalini kuvvetlendirir. O halde akdi fesih hakkı (İş K.m.24/I a çerçevesinde) mümkündür²⁹. Bu bakış açısı ile incelenen karardaki sonucun örtüşüğünü de söylemek mümkündür.

Bununla birlikte, öğretide bizim de katıldığımız, hastalığın işin niteliğinden doğması gerektiğini ileri sürenler de bulunmaktadır³⁰. Zira kanuni düzenlemede esas olan husus ortaya çıkan hastalığın kişinin işinden kaynaklanmasıdır. Bununla

²⁹ CANIKLIOĞLU, s.216 ve dn.721.

³⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.517; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.481; UŞAN, s.118.

birlikte inceleme yaptığımız bu kararında Yargıtay, davacının sık sık bayılmasından hareketle –en azından kararda hastalığın ortaya çıkışının nedeninin yapılan iş olup olmadığını tartışmadan- et entegre tesislerinde çalışmasını sürdürmesinin tehlikeli olması karşısında, işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshini kabul etmiştir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bu görüş Yargıtayın daha önceki uygulamaları ile de genellikle örtüşen bir durumdur³¹. Bununla birlikte Yargıtayın farklı yönde önceki bir kararı da mevcuttur³².

Bu arada, davacının sözleşmesini şarta bağlı olarak sona erdirmesi üzerinde de durmakta yarar vardır. İşveren yetkilisi davacının evine gelerek kendisinin tazminatların ödenmesi konusunda yardımcı olacağını beyan etmiş ve işçi de tazminatların ödenmesi şartına bağlı olarak iş sözleşmesinin feshetmiştir.

Bilindiği üzere, fesih beyanı bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır. Yenilik doğuran haklar, kural olarak şarta bağlanamazlar³³. Burada da davacının kıdem tazminatı ödenmesi şartıyla sözleşmeyi feshettiğinden bahisle, tazminat alacağına hükmedilmesi, fesih müessesinin bünyesine uymamaktadır. Sandığımız kadarıyla Yargıtay, işçinin rahatsızlığının İş K.m.24/I a kapsamına girdiği sonucuna ulaştıktan sonra, feshin bir de işveren yetkilisinin beyanı karşısında, tazminatların ödenmesi şartı ile feshedildiğini, kuvvetlendirici bir sebep olarak ileri sürmektedir. Şüphesiz yüksek mahkeme de fesih beyanının şarta bağlanamayacağını bilmektedir. Zira, daha önceki bir olayda Yargıtay, yine sağlık nedenleri ile iş sözleşmesinin feshinde, sağlık nedenleri ile kıdem tazminatının ödenmesi şartı ile iş sözleşmesinin feshi halinde bunun işverence kabul edilmemesi halinde, işçinin kıdem tazminatı alamayacağına hükmetmiştir³⁴.

³¹ Bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.481 dn.112.

³² Gerçekten, “Davalıda baş gösteren hastalığın işyeri ve iş koşulları ile ilişkisi ortaya konmamıştır. Hastaneden celbedilen sağlık dosyası ve belgelerden hastalığın işyeri ile ilgili olduğu şeklinde bir bilgi yoktur. Bu durumda... gerek hastalığın başlaması ve gerekse tekrarlanmasına işyeri ve çalışma koşullarının neden olup olamayacağı yönlerinden”, bilirkişi raporu alınıp sonuca varılması gerekir, Yarg.9.HD., 25.11.2002, 5907/18272, **SÜZEK**, İş Hukuku, s.517 dn.47.

³³ Bkz. **KIZILRAY**, Ender, Davacının İşyerinden Koşullu Olarak Ayrılma İsteğine İlişkin Dilekçesi, İstifa Niteliğinde Değerlendirilemez, Sicil, Y.2, S.5, Mart 2007, s.94 vd.

³⁴ “Dosya içinde bulunan ve davacı işçi tarafından imzalı dilekçe ile sağlık nedeni ile işyerinden tazminatlarının ödenmesi koşuluyla istifa ettiğini bildirmiş, buna karşı davalı işveren kendisine çektiği ihtarname ile önel vermeden işyerinden ayrıldığını, tazminata hakkı olmadığını bilakis kendisinin ihbar tazminatı ödemesi gerektiğini bildirmiştir. Davacı ihtarnameye verdiği cevapta dava dilekçesinde istifa olgusunu kabul etmiştir. Bu kabul ve delil durumuna göre sözleşmeyi feshettiği dikkate alınarak davacının kıdem tazminatı talebinin reddi gerektiği gibi ödediği ihbar tazminatında geri alma hakkının bulunmadığı kabul edilerek bu isteginde hüküm altına alınmaması gerekir. Mahkemece buna rağmen heriki istegin kabulü hatalıdır”, Yar.9.HD., 23.3.1999, 1215/5834, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight>.
cgi?

Ancak işveren temsilcisinin bu beyan ve somut durumu da gözönünde bulundurarak bu hususu da kuvvetlendirici bir delil olarak ileri sürmüştür.

IV. Sonuç olarak, Yargıtayın inceleme konusu yaptığımız her iki kararı da sağlık nedenlerine bağlı haklı feshe ilişkindir.

İlk kararda, Yargıtay önceki uygulamalardan farklı olarak, kişinin işin niteliğinden kaynaklanmayan bir hastalığa yakalanmasını, kendisine sözleşmeyi fesih yetkisi vermeyen bir durum olarak kabul etmiştir ki, bize göre bu isabetli bir görüştür.

Buna karşılık, ikinci kararda, davacının yaptığı işin sonucu olarak hastalığa yakalanması durumu varsa, biz de bunun işçiye sözleşmeyi haklı nedenle fesih yetkisi veren bir durum olduğunu kabul ediyoruz. Buna karşın hastalık (karardan anlaşılacağı için) işin niteliğinden doğmuyorsa, sırf sonradan ortaya çıkmasının ve yapılmasının tehlikeli olmasının işçiye sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirebilme imkanı vermeyen bir durum olduğunu düşünüyoruz. Dolayısıyla, hastalık işin niteliğinden kaynaklanmıyorsa, işçi sözleşmeyi haklı nedenle sona erdiremez. Ancak, hastalığın sebebi işçinin yapmış olduğu işi ise, artık sözleşmeyi feshi de haklı kabul edilmelidir. Böylelikle ikinci kararda, işin niteliğinden kaynaklanmayan, iş ile ilgili olmayan bir hastalık sebebi ile sözleşme feshedilmişse, Yargıtayın bu kararının isabetli olmadığı görüşündeyiz.

FAYDALANILAN KAYNAKLAR*

AKYİĞİT, Ercan, İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2005. (**Şerh**).

AKYİĞİT, Ercan, Kıdem Tazminatı, Ankara 1999. (**Kıdem Tazminatı**)

file=ibb/files/9hd-1999-1215.htm&query=istifa+kıdem%20tazminatı#fm (25.1.2008).

* Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde gösterilmiştir.

CANIKLIOĞLU, Nursen, Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 2002.

CENTEL, Tankut, İş Hukuku, C.1, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994. (İş Hukuku)

CENTEL, Tankut, Karar İncelemesi, İHD., C.II, 1992.

ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 20.B., İstanbul 2007.

ÇENBERCİ, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 6.B., Ankara 1986.

DEMİR, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, 4.B., İzmir 2005.

EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, İstanbul 1984.

GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 1998.

KIZILRAY, Ender, Davacının İşyerinden Koşullu Olarak Ayrılma İsteğine İlişkin Dilekçesi, İstifa Niteliğinde Değerlendirilemez, Sicil, Y.2, S.5, Mart 2007.

KUTAL, Metin, Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1992 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, 2.B., Ankara 2005.

NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, 3.B., İzmir 1998.

SÜMER, Hâluk Hâdi, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri İle Feshi, Sicil, Y.2, S.8, Aralık 2007.

SÜZEK, Sarper, Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1991. (Değerlendirme 1989)

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 2.B., İstanbul 2005.

TUNÇOMAĞ, Kenan/**CENTEL**, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 2.B., İstanbul 2003.

USTA, Osman İş Hukukunda Akdin Feshinden Doğan Tazminatlar ve Uygulamaları, Ankara 1998.

UŞAN, M. Fatih, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C.1, İş Hukuku, Ankara 2006.