

**<sup>H</sup>KARAR İNCELEMESİ**  
**İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞ KANUNU MD. 25/I, b UYARINCA**  
**HAKLI NEDENLE FESHİNDE**  
**İŞÇİNİN SAVUNMASININ ALINMASI GEREKLİ MİDİR?**

**Yrd. Doç. Dr. Dilek DULAY YANGIN\***

**Öz**

*Hukuki dinlenilme hakkının iş hukukundaki görünümü olan fesihten evvel savunma alınması işçinin hakkındaki iddiaları öğrenerek işverenin kararı üzerinde etki yaratabilmesine imkan sağlamaktadır. İncelememize konu olan kararda ise Yargıtay yerleşik içtihatlarından ayrılmış, işveren lehine İş Kanunu'nun 25/I, b maddesi uyarınca haklı fesih nedeni oluşmasına rağmen savunma alınmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine hükmetmiştir. Biz bu incelememizde İş Kanunu md.25/I uyarınca yapılacak olan fesihlerde savunma alınmasının gerekli olup olmadığını doktrinde ileri sürülen görüşler ve Yargıtay'ın geçmiş yıllarda vermiş olduğu kararlar çerçevesinde ele almaya çalışacağız.*

**Anahtar Kelimeler**

*Savunma hakkı, sağlık sebebiyle fesih, hastalık nedeniyle fesih*

---

<sup>H</sup> Hakem incelemesinden geçmiştir.

\* Manisa Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: dulaydilek@gmail.com) (Makale Gönderim Tarihleri: 21.02.2017-21.02.2017/Makale Kabul Tarihleri: 08.04.2017-08.04.2017)

**IS IT NECESSARY TO TAKE DEFENSE OF WORKERS  
IN THE CASE OF TERMINATION OF EMPLOYMENT CONTRACT  
BY THE EMPLOYER ACCORDING TO ARTICLE 25/I, b  
OF LABOUR CODE?**

**Abstract**

*Obtaining defense before the termination of employment contract which is the appeal of legal right of be listened enables the employer to make an impact on the decision of the employer by learning the claims about the worker. In the case of decision which is subject to my article, the Court of Cassation has separated from its established case, Despite the justification of termination in accordance with Article 25 / I, b of the Labour Code, the court ruled the invalidity of the termination with the reason that the defense was not taken. In this article we will discuss whether or not it is necessary to take a defense in case of termination in accordance with Article 25 / I of the Labor Code in the light of the decisions of the Court of Cassation over the past few years and opinions that was put forward by other authors.*

**Keywords**

*The right of defense, termination due to health reasons, termination due to illness*

**YARGITAY**

**9. Hukuk Dairesi**

**2015/23385 E.**

**2015/33398 K.**

**Tarih 24.11.2015**

**KARAR ÖZETİ**

Maddenin açık düzenlemesi gereği, işçinin savunmasının aranmadığı tek durum, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde işveren feshi olarak düzenlenen nedenlerdir. O halde, işverenin 25/I. maddesinde sağlık nedenleri olarak belirtilen fesihten dolayı verimi ile ilgili olduğu için savunmasının alınması gerekir. Dosya içeriğine göre 28.06.2013 ile 10.01.2014 tarihleri arasında istirahat raporu kullanan ve bu nedenle işe gelmeyen davacı işçinin kullandığı rapor süresi ihbar süresine ilaveten altı haftadan fazladır. İşveren açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I, b maddesi uyarınca haklı fesih nedeni oluşmuştur. Ancak işveren davacının verimliliğine dayanan bu nedenle fesihten dolayı 4857 sayılı yasanın 19. maddesi uyarınca savunmasını almamıştır. Savunmasını almaması feshi geçersiz kılar. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır.

**İLGİLİ MEVZUAT:**

4857 sayılı İş Kanunu m.18-21, 25

**YARGITAY KARARI**

**A) Davacı İsteminin Özeti:** Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; davacının davalı işyerinde 12/04/2012-27/01/2014 tarihleri arasında aralıksız olarak şoför olarak çalıştığını, fesih bildirimini yapıldığını, ihtarnamede, bahsi geçen rahatsızlığın aslında iş kazası olduğunu, davacının araçta bulunan ürünlerin teslimatını yaparken iş kazası geçirdiğini, iş kazasının sonucunda da parmaklarını kaybettiğini, işverenin kendi sorumluluğundaki bu durumun sonuçlarına katlanmasının gerektiğini, davacıdan kaynaklı bir kusurun ise bulunmadığını beyan ederek; davacının işe iadesine fesihten itibaren boşta geçen süreler için 4 aylık brüt ücret tutarında tazminata ve işe

iadesi kararı sonucunda davacının işe başlatılmaması durumunda 4 aylık tazminata hükmedilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

**B) Davalı Cevabının Özeti:** Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; davalı firmaya ait işyerinde 12/04/2012-27/01/2014 tarihleri arasında belirsiz süreli ve zamana göre ücretli iş sözleşmesi ile şoför olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 25/I-2 maddesi uyarınca feshedildiğini, ilgili madde de yer alan kaza ifadesinin olayın işyerinde meydana gelmiş olup olmamasına bakılmaksızın maddenin uygulandığını, davacının çalışmasına göre bildirim süresinin 6 hafta olduğunu, bu süreye 6 hafta eklenerek bulunan devamsızlığının 12 hafta sürmesi halinin fesih nedeni olduğunu, davacının devamsızlığın ise 12 haftayı geçtiğini, davacının 10/01/2014 tarihinde işbaşı yapması gerektiğini ancak işbaşı yapmadığını, bu durumun ücretsiz izin olarak kabul edildiğini, yapılan feshin sağlık nedenlerine dayandığını, olayın iş kazası olmasının bir öneminin bulunmadığını, olayın meydana gelmesinde davalı şirketin kusurunun olmadığını beyan ederek davanın reddini savunmuştur.

**C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:** Mahkemece, toplanan kanıtlara dayanılarak, iş kazasından kaynaklanan devamsızlığın bekleme süresi içerisinde değerlendirilemeyeceği, yasada olayın iş kazasından veya başka bir nedenden kaynaklanmış olup olmadığına bakılmaksızın kaza ifadesine yer verildiği, davacı belirtilen bekleme süresini aştığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

**D) Temyiz:**

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

**E) Gerekçe:**

4857 İş Kanunu'nun 19. 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. maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Bu hükümlerle, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt

işçinin savunmasının alınmamasının tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir.

Maddenin açık düzenlemesi gereği, işçinin savunmasının aranmadığı tek durum, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde işveren feshi olarak düzenlenen nedenlerdir. O halde işverenin 25/I. maddesinde sağlık nedenleri olarak belirtilen fesihten dolayı verimi ile ilgili olduğu için savunmasının alınması gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde işverenin iş sözleşmesini bildirim süresini beklemeksizin fesih hakkı düzenlenmiştir. Bu maddenin (I) maddesinin (2.) fıkrasında aynı maddenin (a) bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirim süresini fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğacağı kabul edilmiştir.

Dosya içeriğine göre 28.06.2013 ile 10.01.2014 tarihleri arasında istirahat raporu kullanan ve bu nedenle işe gelmeyen davacı işçinin kullandığı rapor süresi ihbar süresine ilaveten altı haftadan fazladır. İşveren açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I, b maddesi uyarınca haklı fesih nedeni oluşmuştur. Ancak işveren davacının verimliliğine dayanan bu nedenle fesihten dolayı 4857 sayılı yasanın 19. maddesi uyarınca savunmasını almamıştır. Savunmasını almaması feshi geçersiz kılar. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

**HÜKÜM:** Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

**1.** Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

**2.** Feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının **İŞE İADESİNE,**

**3.** Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında **BELİRLENMESİNE,**

4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin GEREKTİĞİNE,

5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6. Davacının yaptığı harçlar dahil toplam 230.20 TL. yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine,

7. Davalı tarafından yapılan yargılama gideri olmadığından bu konuda hüküm kurulmasına yer olmadığına, gider avansından kullanılmayan kısmın karar kesinleştiğinde davacıya iadesine,

8. Davacı kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden, hüküm tarihinde yürürlükte bulunan A.A.Ü.T. si uyarınca belirlenen 1.500,00 TL. maktu vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

9. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine, Kesin olarak 24.11.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

#### **MUHALEFET ŞERHİ**

Davacı vekili, davalı işyerinde iş kazası geçiren davacının, geçirdiği kaza nedeniyle kullanmak zorunda kaldığı istirahat raporu gerekçe gösterilerek gerçekleştirilen işveren feshinin haklı olamayacağını belirterek, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddeleri uyarınca feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş akdinin davalı işveren tarafından 4857 Sayılı Yasanın 25/1-b maddesinin ikinci fıkrasına uygun olarak feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece yapılan yargılama sonunda; 28.06.2013 ile 10.01.2014 tarihleri arasında istirahat raporu kullanan ve bu nedenle işe gelmeyen davacı işçinin kullandığı rapor süresinin ihbar süresine ilaveten altı haftadan fazla olması karşısında, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesinin ikinci fıkrası gereğince gerçekleştirilen işveren feshinin haklı olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dairemiz çoğunluğu ile aramızda, kullanılan raporun ihbar süresine ilave altı haftadan fazla olduğu ve bu durumun işverene 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye istinaden

haklı nedenle fesih imkanı verdiği hususunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Anlaşmazlık 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesinin ikinci fıkrasına dayanılarak gerçekleştirilecek olan fesih öncesi savunma alma zorunluluğu bulunup bulunmadığı ve savunma alınmıyorsa feshin sırf bu nedenle geçersiz sayılıp sayılmayacağına ilişkindir.

Sayın çoğunluk, İş Kanunu'nun 19. maddesindeki "hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25. maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun feshi hakkı saklıdır." hükmünden yola çıkarak savunma almaksızın fesih imkanının sadece İş Kanunu'nun 25/2. maddesi uyarınca yapılan fesihler için geçerli olduğunu kabul etmekte olup, kanaatimizce bu kabul hatalıdır.

Şöyle ki;

İş Kanunu'nun 25/son maddesindeki "İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21. madde hükümleri (Fesih öncesi savunma almayı düzenleyen ve sayın çoğunluğun dayandığı 19. madde hariç tutulmuştur.) çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir." şeklindeki hüküm ile yukarıya alınan aynı kanunun 19. maddesi birlikte değerlendirildiğinde; kanun koyucunun işçinin feshin haklı nedene dayanmadığına ilişkin olarak açacağı davanın usulünü düzenlerken kanunun 18 20 ve 21. maddelerine atıf yaparken 19. maddeye atıf yapmamasının bir anlamının olmasının gerekmesi,

19. maddenin gerekçesinde yer verilen "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" şeklindeki açıklama, TBMM tarafından onaylanarak yürürlüğe giren ve anayasanın 90. maddesi hükmüne göre iç mevzuatımızın da üstünde olup doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunan 158 sayılı ILO Sözleşmesinin konuyla ilgili "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." şeklindeki hükmü,

İş Kanunu'nun 19. maddesindeki açık düzenleme nedeniyle işletme veya işin gereklerine dayanılarak yapılan geçerli fesihlerde savunma almaya gerek olmadığına ilişkin doktrin ve uygulamadaki görüş birliğine nazaran geçerli fesihle dahi tanınan bir imkanın haklı fesihle tanınmış olmadığı kabulündeki açık çelişki,

Savunma alınarak aydınlatılacak şüpheli bir hâlin olmadığı (Rahatsızlığın var olmadığı, istirahat raporunun sahteliği iddia olunmuyor.) durumlarda, (Olayımızda, ihbar süresine ilaveten altı haftayı aşar şekilde kesintisiz istirahat raporu alıp kullanmak) savunma istemenin ve almanın bir şekil şartını yerine getirmekten öte anlam taşımaması, hep birlikte değerlendirildiğinde; İş Kanunu'nun 25/II. maddesi dışında I, III ve IV. maddelerden yapılan haklı fesihlerde de savunma alınması zorunluluğunun bulunmadığının kabulü daha isabetlidir.

Nitekim dairemizin 17.04.2006 tarih ve 2006/5460 Esas 2006/9949 Karar sayılı içtihadında özetle "Yasanın 25/son maddesine göre, "İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir." Görüldüğü gibi, iş sözleşmesinin işveren tarafından 25.nci madde gereğince feshi hâllerinde aynı maddenin son fıkrası gereği yasanın 19. maddesindeki koşullara uyma zorunluluğu yoktur." denilmiş, aynı görüş dairemizin 01.06.2009 tarih ve 2008/34018 Esas 2009/14968 Karar sayılı içtihadında "Yazılı fesih bildirim ve fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesi uyarınca yapılacak fesihler için geçerlilik şartı olarak aranmaktadır. Buna karşılık, aynı Kanun'un 25'inci maddesinde öngörülen işverenin haklı nedenle derhal feshinde yazılı şekil ve fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi şartları aranmamaktadır. Zira maddenin son fıkrasında haklı nedenlerle işverenin feshi hallerinde, işçinin 18, 20 ve 21. madde hükümleri uyarınca yargı yoluna başvurabileceği belirtilmiştir. Haklı nedenle fesihle, bu düzenlemeler karşısında, 19. maddedeki yazılı bildirim, fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi ile savunma alınması koşulu aranmamalıdır. Dairemizin uygulaması da bu yöndedir." denilerek ve dairenin yerleşik içtihadı hâline geldiği de vurgulanarak devam ettirilmiştir. Keza dairemizin 28.05.2007 tarih 16979 Karar, 14.04.2008 tarih 8683 Karar ve 14.12.2009 tarih 34616 Karar sayılı içtihatları ile tarih ve numarası buraya alınmayan başka içtihatları da aynı mahiyettedir ki sayın



çoğunluk görüşü aynı zamanda dairenin yerleşik uygulamasından dönüş mahiyetindedir.

Konu doktrinde de tartışılmış ve örneğin Sayın Prof. Dr. Sarper Süzek “İş Hukuku” adlı kitabının yenilenmiş 8. baskısının 723. sahifesinde İş Kanununun 25/son maddesindeki düzenlemeyi isabetli bulmadığını ve değiştirilmesi gerektiğini ifade etmekle birlikte “İş Kanunu 25’e göre yapılan fesihlerde işveren işçinin savunmasını almak yükümlülüğü altında değildir. Çünkü İş Kanunu 25/son’da derhal fesiHLere uygulanacak iş güvencesi hükümleri arasında işçinin savunmasının alınmasını düzenleyen İş Kanunu 19 sayılmıştır.” demek suretiyle olaya ilişkin kanaatimizin doğruluğunu teyit etmiştir. Hiç kuşkusuz yasal düzenlemenin eleştirilip değiştirilmesinin talep edilmiş olmasının yeni bir yasal düzenleme yapılınca kadar uygulamaya devam olunmasına etkisi olmayacaktır.

Yukarıdaki izahata göre, İş Kanunu’nun 25/1-b maddesi hükmüne göre gerçekleştirilen haklı fesihte de savunma alınması şart olmadığından, sayın çoğunluğun bu hakkın 25/II. maddeyle sınırlı bulunduğu ve bu kapsamda olmayan somut olayda sırf savunma alınmamış olması nedeniyle feshin geçersiz olduğu kanaatine iştirak etmek mümkün değildir. Usul ve yasaya uygun olan mahkeme kararı onanmalıdır şeklindeki düşüncem sebebiyle aksi yöndeki sayın çoğunluk görüşüne katılamıyorum. 24.11.2015

## **KARARIN İNCELENMESİ**

### **I. HUKUKİ SORUN**

Yukarıda yer verilen karara konu olan olayda davacı işçi işyerinde şoför olarak çalıştığı esnada, ürün teslimatı yaparken geçirdiği kaza neticesinde parmaklarını kaybetmiş ve bu durum neticesinde ihbar süresini altı haftadan fazla bir süreyle aşacak şekilde rapor alarak işe devamsızlık göstermiş; işveren ise devamsızlığı gerekçe göstererek iş sözleşmesini İş Kanunu md.25/I, b f.2 uyarınca feshetmiştir. İşçi kazanın kendi kusurundan kaynaklanmadığını ve işverenin sorumluluğunda olduğunu ifade ederek işe iadesine, boşa geçen süre ücretine ve işe başlatılmaması durumunda işe başlatmama tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı işyeri, iş sözleşmesinin İş Kanunu md.25/I uyarınca sağlık sebepleri ile feshedildiğini, davacının 6 hafta olan bildirim süresine yasada öngörül-

müş olan 6 haftalık sürenin eklenmesi ile bulunan 12 haftalık sürenin aşıldığını ve bildirimsiz fesih hakkının doğduğunu, olayın meydana gelmesinde herhangi bir kusuru bulunmadığını ileri sürmüştür. Yerel mahkeme sağlık sebeplerine dayalı haklı nedenle fesih için yasada öngörülmuş olan bekleme süresinin aşıldığını ileri sürerek davalı işyerini haklı bulmuş ve davayı reddetmiştir. Yargıtay ise işveren lehine haklı nedenle fesih hakkının doğduğunu kabul etmekle birlikte, feshin davacının verimliliğine dayandığını ve İş Kanunu md.19 uyarınca savunmasının alınması gerektiğini, savunma alınmaksızın yapılan bu feshin geçersiz olduğunu kabul ederek hükmü bozmuş, feshin geçersiz olduğuna karar vermiştir. Dairenin kararına konulan muhalefet şerhinde de işçinin zihinsel ya da bedensel yetersizliği, iş arkadaşları ve amirleri ile sıkça tartışmaya girmesi gibi sebeplerden ötürü savunma alınmasına gerek olmadığı ifade edilmiş ve bu kararın, 158 sayılı ILO Sözleşmesinin işçinin savunmasının alınmasına ilişkin hükmüne de aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Biz bu incelememizde, İş Kanunu md.25/I uyarınca yapılacak olan fesihlerde savunma alınmasının gerekli olup olmadığını, geçerli sebeple feshe yol açan yeterlilik, işçinin savunmasının alınmasını gerektiren bir neden olarak verimlilik ve İş Kanunu md.19 ile md.25 arasındaki bağlantıyı da içerisine alacak biçimde ortaya koymaya çalışacağız.

## II. FESİHTEN EVVEL İŞÇİNİN SAVUNMASININ ALINMASINI GEREKTİREN BİR NEDEN: “VERİMLİLİK”

### A. Kavram ve Terminoloji

İş Kanunu md.19/f.2 uyarınca “...Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı ya da verimi ile ilgili nedenlerden ötürü feshedilemez. Ancak işverenin 25.maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır.” Hükümden de anlaşılacağı üzere işçinin davranışı ya da veriminden kaynaklanan sebeplerle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde işçinin savunmasının alınması zorunlu iken; işçiden kaynaklanmayan bir sebep olarak işletme veya işyeri gereklerine dayanan fesihlerde böyle bir yükümlülük öngörülmemiştir<sup>1</sup>. Hükümün kapsamının tayin edilmesi bakımından lafzında yer alan

<sup>1</sup> Stüzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 12. Baskı, İstanbul 2016, s. 647.

“verim” kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğunun ortaya konması gerekmektedir.

İşçinin savunma hakkını güvence altına alan bu hüküm 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 7. maddesinin tekrarı niteliğindedir. Gerek 158 sayılı Sözleşme'de<sup>2</sup>, gerekse konuya ilişkin 166 Sayılı Tavsiye'de<sup>3</sup> bu iki kavram “conduct” ve “performance” şeklinde ifade edilmiştir. Sözleşme ve Tavsiye'ye ilişkin bilgi notunda da savunma hakkına ilişkin olarak getirilen bu hükmün amacının çalışma ilişkisinin sonlandırılmasından evvel taraflar arasındaki diyalogun sağlanarak işçiye kendini ifade etme olanağının tanınması olduğu ortaya konulmuştur<sup>4</sup>. Sözleşme'nin geçerli fesih sebeplerini düzenleyen 4.maddesinde<sup>5</sup> ise geçerli bir fesih sebebi olarak işçinin yeterliliği “capacity” şeklinde ifade edilerek, 7.madde ile farklılık sağlanmıştır. 4.madde yer alan ve geçerli bir fesih sebebi olan “capacity” ifadesi işçinin performansı yanında sağlığına ilişkin durumları da içerisine alan bir üst kavram olarak kullanılmaktadır<sup>6</sup>. İşçinin kaza veya hastalık sonucunda iş göremez duruma gelmesi, herhangi bir sebeple sağlığını kaybetmesi, iş görme borcunun ifası için gerekli olan beceri ve yetkinliğe sahip olmaması, performans düşüklüğü bu duruma örnek olarak gösterilebilir<sup>7</sup>. Bununla

<sup>2</sup> **Convention Concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer** (Entry into force: 23 Nov 1985)Adoption: Geneva, 68th ILC session (22 Jun 1982) [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C158](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158); 158 sayılı Sözleşme'nin onaylanması 9.6.1994 tarih ve 3999 sayılı Yasa ile uygun bulunmuş ve 10.8.1994 tarihinde onaylanmıştır (RG 12.10.1994, S. 2079).

<sup>3</sup> **Recommendation concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer** Adoption: Geneva, 68th ILC session (22 Jun 1982). [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R166](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R166).

<sup>4</sup> **Note on Convention No. 158 and Recommendation No. 166 concerning termination of employment**, s. 8 [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@normes/documents/meetingdocument/wcms\\_100768.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/meetingdocument/wcms_100768.pdf).

<sup>5</sup> Article 4: “The employment of a worker shall not be terminated unless there is a valid reason for such termination connected with the capacity or conduct of the worker or based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service.”

<sup>6</sup> **Davies, Anne**: Perspectives on Labour Law, Cambridge University Press, 2004, s. 160.

<sup>7</sup> **Note on Convention No. 158 and Recommendation No. 166 concerning termination of employment**, s. 2.

birlikte Sözleşme’de, geçerli fesih sebepleri olarak, “işçinin kapasitesi veya davranışı”, “işyerinin ya da işletmenin işleyişi ya da hizmetin yürütümü ile ilgili gerekler” den söz edilmişse de, ölçütlerin kesin şekilde somutlaştırılması yoluna gidilmemiştir<sup>8</sup>.

### B. Geçerli Bir Fesih Nedeni Olarak “Yeterlilik” İle Fesihten Evvel Savunma Alınmasını Gerektiren Bir Neden Olarak “Verimlilik”

İş Kanunu md.18/f.1’de işçinin “davranışından” ya da “yeterliliğinden” kaynaklanan nedenler geçerli fesih sebebi olarak kabul edilmiş iken, devamında yer alan md.19/f.2’de savunma alma zorunluluğu işçinin “davranış” yahut “verimi” ile sınırlandırılmıştır. 19. maddenin gerekçesinde de işçinin zihinsel veya bedensel yetersizliği, arkadaşları veya amirleri ile sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmiş olması gibi durumlarda savunmasının alınması işverenden beklenemeyeceği ifade edilmiştir<sup>9</sup>.

Geçerli sebeple feshi düzenleyen 18.madde de işçinin “yeterliliğinden” bahsedilirken; feshe 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<sup>10</sup>. *Ekonomi* tarafından ileri sürülen diğer görüşe göre ise, md.19/f.2

<sup>8</sup> Ertürk, Şükran: “İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi”, DEÜHFD, C. IV, S. 2, s. 19.

<sup>9</sup> 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Kabul Edilen Değişiklik Önergeleri, Diğer Kanunlarla Yapılan Değişiklik Gerekçeleri ve 19 Ekim 2005 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı İle Birlikte Yenilenmiş 4.Baskı, TİSK Yayın no.239, s. 99 (TİSK, İş Kanunu).

<sup>10</sup> Güzel, Ali: “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2004, s. 85; Alp, Mustafa: İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), DEÜHFD, 2003, S. 1, s. 18 (İş Güvencesi); Köseoğlu, Ali Cengiz; İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, İstanbul 2011, s. 281; Centel, Tankut: İş Güvencesi, Legal, İstanbul 2012, s. 84;

hükümünün lafzından verimsizlik dışında kalan yetersizlik hallerinde savunma alınmasına gerek olmadığı sonucunun çıkarılması mümkündür<sup>11</sup>. Bu görüşe paralel bir biçimde **Gülver**<sup>12</sup>, “*verim*” ifadesinin bilinçli olarak seçildiğini ve md.18’de ifadesini bulan “*yeterliliği*” kavramından farklı olduğunu ileri sürerken; **Baysal**, işçinin yetersizliğine dayanan fesihlerde yalnızca işçinin durum üzerinde dolaylı da olsa bir tasarruf şansı varsa savunma alınma zorunluluğu olduğunu ifade etmiştir<sup>13</sup>. **Mollamahmutoğlu/Astarlı** ise, 158 sayılı Sözleşmenin Fransızca metnini dikkate alarak işçinin verimi ile ilgili nedenler ifadesinin geniş bir biçimde yorumlanarak işçinin “*çalışması*” ile ilgili nedenler olarak anlaşılmasının isabetli olacağını savunmuştur<sup>14</sup>. Savunma alınmasına ilişkin 19. madde de ifade edilen “*verim*” ifadesi ile geçerli bir fesih sebebi olarak “*yeterlilik*” kavramlarının yasa koyucu tarafından bilinçli olarak farklılaştırıldığı; maddenin doğumuna esas teşkil eden 158 sayılı ILO Sözleşmesi’ne uygun olarak performansının düşüşüne sebep olan verimsizlik halleri ile sınırlı olarak yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu çerçevede işçinin savunmasının alınmasını gerektiren verimsizlik hallerinin neler olduğu Yargıtay uygulaması da göz önünde tutularak genel hatları ile ele alındıktan sonra, inceleme konusu karara esas teşkil eden hastalık sebebiyle devamsızlık hallerinde savunma alınmasının gerekli olup olmadığı tartışılacaktır.

---

**Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 29. Bası, İstanbul 2016, s. 408; **Süzek**, s. 648.

<sup>11</sup> **Ekonomi**, Münir: “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, Mart 2003, Çimento İşveren Dergisi, S. 2, C. 17, s. 14.

<sup>12</sup> **Gülver**, Ender: “İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanılarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade”, İÜHFM Özel Sayı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C. I, s. 407.

<sup>13</sup> **Baysal**, Ulaş: İş Sözleşmesinin Süreli Feshinde İşçinin Yeterliliğine İlişkin Geçerli Sebepler, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2011, s. 179.

<sup>14</sup> **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Ankara 2012, s. 924; Aynı yöndeki görüş için bkz. **Astarlı**, Muhittin: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2015 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, İstanbul, 2016 Kasım (Yayınlanmamış Tebliğ).

### III. MESLEKİ YETERSİZLİK SEBEBİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ VE SAVUNMA ALINMASI

Geçerli bir fesih sebebi olarak işçinin yeterliliğini, madde gerekçesinde de örnekleyici bir biçimde sayıldığı üzere<sup>15</sup> fiziki yetersizlik ve mesleki yetersizlik olarak ikiye ayırmak mümkündür. Fiziki yetersizlik esas itibarıyla işçinin hastalığı, yaşlılığı ve kazaya uğraması gibi sebeplerle ortaya çıkar-ken; mesleki yetersizlik işçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesini ve düzeyini ifade eden performansındaki düşüşü işaret etmektedir<sup>16</sup>. İşçinin yeterince çalışmaması, mesleğe uyum konusundaki yetersizliği, işe yoğunlaşma ve dikkatinin azalması, öğrenme ve kendini yetiştirme konusundaki yetersizliği, işyerinde uygulanacak olan bilimsel ve teknolojik gelişmelere uyum gösterememe gibi sebepler işçinin mesleki yetersizliğini (performans düşüklüğü) ortaya koymaktadır<sup>17</sup>.

İşçinin mesleki yetersizliğinin geçerli bir fesih nedeni olabilmesi için bu nedenler süreklilik göstermeli, arızı (geçici) bir nitelik taşımalıdır. Koşullara göre değişen ve süreklilik göstermeyen mesleki yetersizliklerin (ailevi sorunlar, mevsimsel koşullar vb.) geçerli bir fesih nedeni olarak değerlendirilmesi mümkün değildir<sup>18</sup>. İşçinin yetersizliğinin işletmenin normal işleyişinde somut olarak aksaklık ve bozukluğa yol açarak üretimde düşüşe sebep olmadığı hallerde de geçerli bir feshin varlığından söz edilemez<sup>19</sup>. Performans düşüklüğü iş sözleşmesini feshetmek için soyut bir bahane

<sup>15</sup> Madde gerekçesine göre işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler: “Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir”. **TİSK**, İş Kanunu, s. 96.

<sup>16</sup> **Süzek**, s. 615.

<sup>17</sup> **Ekonomi**, s. 9; **Süzek**, s. 615-617.

<sup>18</sup> “...Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır...” Y. 9. HD., 18.3.2008, E.2007/27584, K.2008/5327, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim: 23.3.2017.

<sup>19</sup> Y. 9. HD., 18.3.2008, E.2007/27584, K.2008/5327, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim: 23.3.2017.

kullanımına dönüşmemeli; işyerinde objektif bir performans değerlendirme sistemi oluşturmalı, ölçütler ve hedefler önceden belirli olmalı ve bu ölçütlere göre performans düşüklüğü mahkeme denetimine elverişli olmalıdır<sup>20</sup>. Ayrıca işçiye performans değerlendirmesine tabi tutulacağına dair işverence tebliğ yapılmalı, performansının düşük olması halinde de bu durum ihtar edilmelidir<sup>21</sup>. İşyerinde performans değerlendirmesi yapılırken işçilerin kendine özgü durumları da dikkate alınmalı; yaş, tecrübe, fiziksel engel gibi durumlar da göz önünde tutulmalıdır<sup>22</sup>.

Performans düşüklüğüne dayanan fesihlerde Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı isabetli bir biçimde savunma alınması gerektiği yönündedir. Yüksek Mahkeme'ye göre fesihten evvel işçi savunmaya davet edilmeli, davet yazı-

<sup>20</sup> “... Somut olayda davacının iş sözleşmesi davalı işverence performans düşüklüğü gerekçesiyle feshedilmiştir. Mahkemece feshin geçerli nedene dayandığı sonucuna varılarak davacının işe iade isteğinin reddine karar verilmiş ise de, dosya içeriğine göre davalı işyerinde objektif bir performans değerlendirme sisteminin bulunmadığı, yapılan değerlendirmenin soyut ve ölçülebilir nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, davacının şahsından kaynaklanmayan dış etkenlere bağlı satış rakamları performans değerlendirmesinde dikkate alınamaz...” Y. 22. HD., E.2013/36477, K.2013/29951, 23.12.2013, Legal İHSGHD, S. 41, 2014, s. 267.

<sup>21</sup> “...2004 yılında işe giren davacı işçi, 2005 yılı sonlarında ve 2006 yılı ortalarında performans değerlendirmesine tabi tutulmuştur. Davacı işçiye işe girdiğinde objektif ölçütlere göre performans değerlendirmesine tabi tutulacağına dair bir tebliğ yapılmadığı gibi, 2005 yılı sonundaki değerlendirme kendisine tebliğ edilmemiş ve performansının düşük olduğu ihtar edilmemiştir. Davacının ne şekilde performansının düşük olduğu, daha sonraki süreçte kendisinden ne beklendiği, beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinin neler olduğu açıklanmamıştır. Somut bu maddi olgulara göre davalı işverenin gerçekleştirdiği fesih geçerli nedene dayanmamaktadır...” Y. 9. HD., 18.3.2008, E.2007/27584, K.2008/5327, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim: 23.03.2017.

<sup>22</sup> “... Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının özürlü işçi kontenjanında çalışmakta olduğu, işe girmeden önce aldığı kurul raporunda ayaklarındaki rahatsızlık nedeni ile %45 özürlü olarak masa başı işlerde çalışabileceğinin belirlendiği, ancak sekiz saat ayakta kalacak şekilde çözücü olarak çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda makine mühendisi ve iş sağlığı ve güvenliği uzmanı bilirkişi raporunda belirttiği üzere; performansında normal bir insana göre %50 civarında olumsuz etkilenme olacağı ve davalının yaptığı performans değerlendirmelerine ilişkin kriterler dosyaya ibraz edilmediği gibi, davacının kendi özel durumuna göre performans değerlendirmesi yapılması gerektiği belirtilmektedir...” Y. 9. HD., 21.4.2005, E.2004/3470, K.2005/14007, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim: 23.03.2017.

sında işten çıkarma sebebi açık ve kesin olarak belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı savunma bir verebileceğinin, bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve buna da rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağı kendisine hatırlatılmalıdır<sup>23</sup>.

İşçinin işi yürütebilmesi için gerekli resmi izni kaybetmesi doktrinde mesleki yetersizlik kapsamında ele alınmaktadır<sup>24</sup>. Yabancı işçinin çalışma izninin uzatılmaması, şöförün ehliyetini kaybetmesi<sup>25</sup>, pilotun lisansının iptal edilmesi, borsa işlemleri için aranan lisansı alabilmek için girilen sınavda başarısız olma gibi sebepler mesleki yetersizlik olarak değerlendirilmekte ve iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturmaktadır<sup>26</sup>. **Kılıçoğlu/**

<sup>23</sup> Y. 7. HD., 20.04.2016, E.2015/41444, K.2006/8802; 9. HD., 5.12.2016, E.2016/28519, K.2016/20725; 9. HD., 18.3.2008, E.2007/27584, K.2008/5327; 9. HD., 30.04.2007, E.2007/1317, K.2007/13530, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim: 29.01.2017; Yüksek Mahkeme'nin davacı işçinin performans değerlendirmesine yönelik olarak verdiği cevap ihtarinin savunma olarak değerlendirilemeyeceği yönündeki kararı için bkz. 9. HD., 24.9.2007, E.2007/13994, K. 2007/27720, İşveren Dergisi, Yargıtay Kararları Özel Eki, Haziran 2008, S. 9; s. 8 vd.

<sup>24</sup> **Ulucan**, Devrim; İş Güvencesi, İstanbul 2003, s.49 vd.; **Ekonomi**, İş Güvencesi, s.10; **Alp**, Mustafa: "Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi", Karar İncelemesi, Legal YKİ, S. 3, 2007, s. 70 vd. (Tıbbi Tanıtım Sorumlusu); **Süzek**, s. 617; **Köseoğlu**, s. 172-173.

<sup>25</sup> Doktrinde **Aydın**, işçinin ehliyetine el konulmasının geçerli fesih sebebi oluşturup oluşturmayacağını değerlendirmiş ve görevi araç kullanmak olan işçinin ehliyetine el konulmasının işveren açısından haklı fesih nedeni oluşturacağını kabul etmiştir. Yazara göre ehliyete el konulması alkol, uyuşturucu madde vb. kullanımından ileri geliyorsa güven ilişkisinin ciddi şekilde zedelendiği kabul edilmeli ve sözleşme İş Kanunu md.25/f.II kapsamında feshedilmelidir. Ehliyete el konulmasında işverenin zorlaması, göz yumması veya teşviki var ise feshin zorlayıcı nedene dayandığı kabul edilmelidir. Görevi ile bağlantılı olarak araç kullanan işçinin ehliyetine el konulması durumunda da ölçülülük ve feshin son çare olması ilkesi ve de sürücü belgesine el konulmasına yol açan sebep dikkate alınarak, bunun haklı sebep mi geçerli sebep mi olacağı değerlendirilmelidir. **Aydın**, Ufuk: "İşçinin Sürücü Belgesine El Konulması ve İş Hukuku Bakımından Sonuçları", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 18, Haziran 2010, s. 233 vd.

<sup>26</sup> Yargıtay 2002 yılında vermiş olduğu bir kararında ülkesinde aldığı mühendislik diplomasının denkliğinin resmi makamlarca kabul edilememesi nedeni ile uzun süredir devam eden iş sözleşmesi feshedilen bir işçinin durumunu değerlendirmiş ve iş sözleşmesinin 1475 sayılı Kanun md. 17/III kapsamında zorlayıcı nedene bağlı olarak



**Şenocak** tarafından ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre; işçinin üstlendiği edimin ifasını mutlak olarak imkansız hale getiren çalışma izninin uzatılmaması, pilotluk lisansının iptali, ehliyetin geri alınması gibi objektif yetersizliğin söz konusu olduğu hallerde savunma alınması zorunlu olmazken; sübjektif yetersizliğin bulunduğu durumlarda işçinin savunmasının alınması gereklidir<sup>27</sup>. İşçinin değiştirme şansı olmadığı bir niteliği nedeniyle iş ilişkisi bakımından yetersiz hale gelmesi durumunda savunma alınması faydasız olacağından şekli bir zorunluluktan öteye gitmeyecektir. Bir mesleki yetersizlik hali olan performansa dayalı fesihlerde ise anılan bu hallerden farklı olarak işçinin savunmasının alınması şekli bir zorunluluktan öte, özellikle işçinin yetersizliğine neden olan sebebi ortadan kaldırma imkanının mevcut olduğu hallerde, örneğin yetersizliğine neden olan eğitim eksikliğini makul bir çabayla ortadan kaldıracabilecekse, feshin içeriğine etki edebilecek niteliğe de sahiptir<sup>28</sup>. Feshe başvurulmadan evvel işçiye yapılacak

---

feshedilebileceği sonucuna ulaşmıştır. 9. HD., 17.1.2002, E.2001/15931, K.2002/348, Çimento İşveren, Mart 2002, S. 2, s. 58; Yüksek mahkemenin 2006 yılında verdiği karara konu olayda, ilaç tanıtımı ile görevli işçi, iş çıkışı tanıtım yaptığı hekimlerle yemek yemiş ve alkol almış; yasal sınırın çok az üstünde aldığı alkol sebebiyle trafik denetiminde sürücü belgesine el konulmuştur. Bunun üzerine işçinin iş sözleşmesi İş.K. m.25/II'ye göre -işini aksatması gerekçesiyle- işverence feshedilmiştir. Yerel mahkemenin feshi geçersiz sayan işe iade kararı üzerine Yargıtay, işçinin kullandığı aracın işyeri sayılması ve işçinin ehliyetine el konulması dolayısıyla ilaç tanıtım görevinin aksatıldığını, bu durumun işyerinde olumsuzluklara yol açtığını belirterek feshin geçerli sebebe dayandığına hükmetmiştir. 9. HD., 09.10.2006, E. 2006/18364, K. 2006/26051, Legal İHSGHD, S.13, s.313; Yargıtay'ın 2007 yılında verdiği bir başka karara konu olan olayda ise, satış temsilcisi olarak görev yapan işçi işverenin tahsis ettiği araçla ve alkollü olarak trafik kazası yapmış, işçinin sürücü belgesine 6 ay süreyle el konulmuştur. Olay üzerine yerel mahkeme feshin geçerli sebebe dayandığını kabul etmekle birlikte, fesih hakkının İş K. m. 26'da yer alan 6 iş günlük süre içinde kullanılmadığından bahisle işçinin açtığı davayı kabul etmiştir. Yargıtay ise iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığını vurgulamış ancak 26. maddede yer alan hak düşürücü sürenin geçerli sebeple fesihte (m.18 vd.) aranmaması gerektiğine karar vermiştir. 9. HD., 08.10.2007, E. 2007/11916, K. 2007/29310 (Aydın, s. 237).

<sup>27</sup> **Kılıçoğlu**, Mustafa/Şenocak, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, s. 338.

<sup>28</sup> **Griebeling**, Jürgen: in Gemeinschaftskomentar zum Kündigungsschutzgesetz (KR) und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, Luchterland Verlag, 9. Auflage, München 2009, § 1 KSchG, Rn.270, Rn.384.

olan ihtarin aynı işlevi görebileceği ileri sürülebilse de bu durum hukuki dinlenilme hakkının bir görünümü olan savunma alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmamalıdır. Yetersizliğin sübjektif nitelik taşıdığı, diğer bir deyimle işçinin durumu üzerinde tasarruf etme ve yetersizliğinin gerekçesini bilmek suretiyle işverenin fesih kararını değiştirme olanağına sahip olduğu bu hallerde savunma alınmasının bir sıhhat (geçerlilik) şartı olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

#### IV. HASTALIK SEBEBİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHEDİLMESİ VE SAVUNMA ALINMASI

İşçinin fiziki yetersizliği kapsamına giren ve geçerli nedenle feshe imkan tanıyan hastalık ise sık sık hastalanma ve uzun süren hastalık nedeniyle devamsızlık gösterme şeklinde ortaya çıkmaktadır. İşçinin sık sık hastalanması ve rapor alması iş görme borcunun gereği gibi ifasını engellediği ve işyerinin olağan akışını bozduğu takdirde bir geçerli fesih sebebi olarak değerlendirilebilir<sup>29</sup>. Ayrıca işçinin sık sık hastalanma durumu fesih anında devam ediyor ve olmalı ve gelecekte de devam edeceği öngörülebilmeli; hastalanma nedeniyle devamsızlık işyerindeki işleyişe önemli ölçüde zarar verebilecek durumda olmalıdır<sup>30</sup>. Yargıtay sık sık hastalanma sebebiyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi halinde işçinin savunmasının alınması gerektiğini ve savunma alınmamasının salt bu sebeple feshi geçersiz kılaca-

<sup>29</sup> “...Dosya içeriğine göre uçucu personel olan ve Toplu İş Sözleşme hükümleri uyarınca 4857 sayılı İş Kanunu’nun iş güvencesi hükümlerinden yararlanan davacı işçinin her yıl rapor aldığı ve 2011 yılında da birçok kez rahatsızlığı nedeni ile aralıklı da olsa rapor aldığı anlaşılmaktadır. Sık sık rapor almada bekleme süresinin aranmasına gerek yoktur. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18/3. f bendindeki geçersizlik bir kez rapor alma halinde bekleme süresi içinde fesihte söz konusudur. Bu nedenle mahkemenin bu gerekçesi yerinde değildir. Davacının sık sık rapor alması nedeni ile önceden hazırlanan uçuş programlarının aksayacağı, iş gücü planlamasının değişeceği açıktır. Davacının sık sık rapor alması işyerinde olumsuzluklara yol açmış ve iş ilişkisinin işveren açısından çekilmez hale getirmiştir. İşverenin feshi, davacının yeterliliğinden kaynaklanan geçerli nedene dayandığından, davanın reddi gerekir. Yazılı gerekçe ile davanın kabulü hatalıdır...” 9. HD., 14.01.2013, E.2012/22940, K.2013/117, ÇEİS, C. 27, S. 3, Mayıs 2013, s. 63; Aynı yönde 9. HD., 28.11.2016, E.2016/417, K.2016/20904, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim: 29.01.2017.

<sup>30</sup> Baysal, s. 63-65.

ğın kabul etmektedir<sup>31</sup>. Yüksek Mahkemenin sık sık hastalanma sebebiyle yapılan fesihlerde savunma alınmasını şekli bir koşulun yerine getirilmesinden öte bir sıhhat şartı olarak kabul etmesi kanımızca isabetlidir. Gerçekten işverenin, işçinin sık sık hastalanması sebebiyle gerçekleştireceği fesihlerde öncelikle işçinin rahatsızlığına göre görev yapabileceği başka bir işte çalıştırılma olanağı gibi fesih sebebinin giderilmesi için çözümler üretebilmesi yahut sık sık hastalanmanın kaynaklandığı sebeplere bağlı olarak gelecekte de devam edip etmeyeceğinin öngörülebilmesi bakımından işçinin savunmasının alınması önemli bir fonksiyon ifa edebilecektir. Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi'nin 2008 yılında önüne gelen bir olayda işveren, sık sık hastalanma nedeniyle işçinin sözleşmesini feshetmiş; işçi ise devamsızlıkların bir kısmının solunum yollarındaki iltihaplanmadan, bir diğer bölümünün eklem ağrısı ile ilaç zehirlenmesinden kaynaklandığını ve bu rahatsızlıkların tamamen iyileştiğini, diğer devamsızlıklarının ise kızını bir kazada kaybetmesinden dolayı girdiği depresyondan kaynaklandığını ve psikolojik olduğunu; depresyon tedavisinin ise büyük ölçüde tamamlandığını ve gelecekte bu sebebe bağlı olarak devamsızlık gerçekleştiremeyeceğini iddia etmiştir. Mahkeme ise işçinin iddiasını haklı bularak davanın kabulüne karar vermiştir<sup>32</sup>. Anılan bu ve benzeri haller bakımından işçinin savunmasının alınmasının şekli olmaktan öte feshin içeriğine ve gerçekleştirilmesine tesir eden bir unsur olarak kabul edilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Uzun süren hastalık nedeniyle devamsızlık gösterme halleri bakımından tartışılması gereken ilk husus, işverenin bu sebebe bağlı olarak bildirimli fesih hakkını kullanabilmesi için, işçinin sağlık sebepleri dolayısıyla belirli bir süre devamsızlıkta bulunmasının gerekli olup olmadığıdır. **Süzek** tara-

<sup>31</sup> “...Somut uyumsuzlukta davalı işveren davacının uzun süreli rapor alması, verim sağlamaması, sürekli haber gerektiren çalışma pozisyonu ile ilgili görevleri ifa edememesi ve şirket kurallarını ihlal etmesi gibi davacıdan kaynaklanan yetersizlik ve davranışlara dayanmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu md.19/f.2'nin açık düzenlemesi karşısında savunma alınması zorunludur...” 9. HD., 08.04.2008, E.2007/27731, K.2008/7815; “...her ne kadar davacı sık sık rapor almış ise de fesihten önce davacının yetersizliğine ve verimsizliğine dayanan sağlık sebebi ile savunması alınmamıştır. İşveren tarafından gerçekleştirilen fesih salt bu nedenle geçersizdir...” 9. HD., 01.04.2013, E.2013/5239, K.2013/10629, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim: 29.01.2017.

<sup>32</sup> LAG Nürnberg, 14.10.2008, LAGE § 1 KSchG Krankheit, Nr. 42.

findan ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, İş Kanunu md.18/f.3'e göre geçerli fesih sebebi oluşturmayacağı öngörülen durumlardan biri "Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık" halidir ve haklı nedenle feshe ilişkin md.25/I-b, f.2'de belirtilmiş olan bekleme süreleri dolmadan işveren belirtilen sebebi ileri sürerek iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedemeyecektir<sup>33</sup>. **Ekonomi**'ye göre ise işverenin md.25/I-b, f.2'de belirtilmiş olan bekleme süresinin dolması ile haklı nedenle derhal fesih yetkisi doğacağından geçerli sebeple fesih için başkaca bir ölçütün bulunması gerekir. Yazara göre Alman hukukunda kabul edilen altı haftalık sürenin Türk Hukuku bakımından da uygulanması yerinde olacaktır<sup>34</sup>. **Sümer**'de paralel bir biçimde uzun süren devamsızlığın geçerli fesih nedeni olabilmesi için İş Kanunu md.25'de belirtilen bekleme süresinin aranmaması gerektiğini ifade etmektedir<sup>35</sup>. **Kılıçoğlu/Şenocak** ise İş Kanunu md.18/f.3, f'de yer alan düzenleme doğrultusunda, 25.maddede belirtilen sürelerin geçmesinin geçerli sebeple fesih için de şart olduğu yönünde görüşe sahip olmakla birlikte süre şartı ile birlikte başkaca şartların da aranması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre söz konusu süreler geçtikten sonra işçinin halen çalışma gücüne kavuşmamış olması yanında fesih beyanı işçiye ulaştığı anda işçinin yakın bir zaman içinde tekrar çalışma gücüne kavuşmayacağına kuvvetle muhtemel görülmesi gerekir<sup>36</sup>. Yargıtay uygulamasına baktığımızda ise Yüksek Mahkeme'nin, İş Kanunu md. 18/f.3'deki düzenleme doğrultusunda, md. 25/I, b'de belirtilen sürelerin geçmesinin geçerli

<sup>33</sup> Aynı yönde **Baysal**, s. 52-53; Doktrinde **Gülver** tarafından ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, aynı durumun hem geçerli hem haklı sebeple feshe yol açacak şekilde düzenlenmesi isabetli olmamıştır. Yazara göre işverenin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshederken dayanmak zorunda olduğu geçerli sebepler, haklı fesih sebepleri kadar ağır olmamakla birlikte, işin ve işyerinin işleyişini olumsuz etkileyen hallerdir. Bu sebeple, bekleme süresi bitinceye kadar istirahat raporu olarak işe devam etmemek geçerli sebep olarak düzenlenmelidir. **Gülver**, s. 410.

<sup>34</sup> **Ekonomi**, s. 9.

<sup>35</sup> **Sümer**, Haluk Hadi: "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri İle Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 8, Aralık 2007, s. 71.

<sup>36</sup> **Kılıçoğlu/Şenocak**, s. 361-362.

sebeple fesih için de şart olduğu yönünde görüşe sahip olduğu görülmektedir<sup>37</sup>.

Hastalık sebebiyle devamsızlığın yasada öngörülen ihbar önelerini aşması sebebiyle yapılacak olan fesihlerde savunma alma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı tahlil edilirken inceleme konusu kararın gerekçesinde de ifade edilmiş olan İş Kanunu md.25/f. son ile md.19 arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekmektedir. İş Kanunu md.25/f. son uyarınca iş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde, işverence md.25'e göre yapılacak fesihlerde bu yasanın iş güvencesine ilişkin 18, 20 ve 21.madde hükümleri uygulama alanı bulur. Diğer bir deyimle bu ilişkilerde İş Kanunu md.25 uyarınca yapılacak fesihlerde iş güvencesine ilişkin kapsam, fesih bildirimine itiraz ve usulü, geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarını düzenleyen hükümler aynen uygulanırken; sözleşmenin feshinde usulü düzenleyen md.19 dışlanmaktadır<sup>38</sup>. Doktrinde **Süzek**, iş güvencesinin kapsamındaki iş

<sup>37</sup> “...İş Kanunu md. 25/I kuralına göre işverenin bildirmsiz fesih hakkının söz konusu olduğu durumlarda feshin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir...” Y. 9. HD., 17.4.2006, E.2006/7321, K.2006/10416, Legal İHSGHD, S. 11, Temmuz 2006, s. 998-1000; “...Davacının sağlık nedeni ile devamsızlığı, sevk aldığı 31.01.2006 tarihine göre fesih tarihinde bekleme süresini aşmıştır. Bu durumda bekleme süresi dolmuş ve davalı işverenin 4857 sayılı İş Kanununun 25/I,b maddesi uyarınca haklı fesih hakkı doğmuştur.” 9. HD., 23.2.2009, E.2008/11561, K.2009/3191, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim: 01.04.2017; “... Davacı işçinin işyerinde kıdemi dikkate alındığında ihbar önelini altı hafta aşan istirahat raporu bulunmamaktadır. Böyle olunca davacı işçinin işe iadesine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde isteğinin reddi hatalı olmuştur.” 9. HD., 5.12.2006, E.2006/24253; K.2006/32004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim: 01.04.2017; Aynı yönde 9. HD., 8.4.2008, E.2007/27731, K.2008/7815, Çalışma ve Toplum, 2008/4, S.19, s.386-389; 9. HD., 21.11.2005, E.2005/32884, K.2005/36570, Çalışma ve Toplum, 2006/2, S. 9, s. 222-223.

<sup>38</sup> “...4857 sayılı İş Kanunu'nun 19/2 maddesi uyarınca, işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenle fesihle savunma alınma zorunluluğu, işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesi uyarınca haklı nedenlerle iş sözleşmesini feshettiği hallerde aranmaz. Keza aynı Yasanın 25/son maddesinde de paralel düzenleme ile haklı fesih hallerinde, işçinin bu sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21. maddeler çerçevesinde yargı yoluna başvurabileceği düzenlenmiştir. Açıklandığı gibi, işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II maddesi uyarınca haklı nedenlerle feshettiği durumlarda, işçinin savunmasının alınması zorunluluğu yoktur. İşverenin haklı neden olarak belirttiği davranışın, yapılan yargılama ile geçerli neden kabul edilebileceği sonucuna varılması,

ilişkilerinde işverenin md.18'e göre işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle süreli fesih yoluna giderken işçinin savunmasını almak zorunda olmasına rağmen, md.25/f.2 uyarınca işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davrandığı iddiası ile sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshettiği hallerde bu zorunluluğunun bulunmadığını ifade etmiştir<sup>39</sup>. **Gülver** tarafın-

*savunma alınması koşulu bulunmadığı gerekçesi ile iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğini gerektirmez. Davalı işveren haklı nedenle feshettiğini savunduğuna göre, geçerli neden için öngörülen savunma koşulu aranmamalıdır. Sonuçta feshin haklı nedene değil, geçerli nedene dayandığının kabulü, bu olguyu değiştirmez...* Y. 9. HD., 26.2.2007, E.2007/1415, K.2007/5105, Çimento İşveren, Mayıs 2007, s. 57; "...Davacı işçinin rahatsızlığı nedeni ile uzun süre rapor kullandığı ve rapor süresine göre iş sözleşmesinin feshi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesi uyarınca feshi için gerekli şartların oluştuğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Davalı işveren iş sözleşmesini anılan hüküm uyarınca değil, İş Kanunu'nun 17.maddesi uyarınca ihbar ve kıdem tazminatı ödemek suretiyle feshetmiştir. İş Kanunu'nun 17.maddesi çerçevesinde fesih halinde ise aynı kanununun 19.maddesinde belirtilen şekli koşulların yerine getirilmesi gerekir. Somut olayda fesih sebebi açık ve kesin olarak belirtilmediği gibi, fesihten önce davanın savunması da alınmamıştır. Bu durumda feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir..." 9. HD., 5.2.2007, E.2006/31969, K.2007/2253, **Göktaş**, Seracettin: "İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, S.1, Kış 2008, s. 33, dpn. 75.

<sup>39</sup> Yazar ayrıca, ihbar ve kıdem tazminatından yoksun kalması sebebiyle süreli fesihlere göre işçi aleyhine daha ağır sonuçlar yaratan derhal fesihlerde işçinin savunmasının alınmamasının, hem bir çelişki yarattığını hem de adalete aykırı olduğunu ileri sürmüştür. **Süzek**, s. 745; Aynı yönde **Soyer**, Polat: "158 sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler", İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukukî Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, Galatasaray Üniversitesi- İstanbul Barosu, İstanbul, 2002, s. 293 (158 Sayılı Sözleşme); **Narmanhoğlu**, Ünal: "Kanuna Aykırı Olarak Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü İçinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüşmesi", İÜHFİM Özel Sayı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C. I, s. 556; **Mollamahmutoglu/Astarlı**, s. 924; "... Görüldüğü üzere iş sözleşmesinin işveren tarafından 25.madde gereğince feshi hallerinde aynı maddenin son fıkrası gereği Yasanın 19.maddesindeki koşullara uyma zorunluluğu yoktur..." 9. HD., 17.04.2006, E.2006/5460, K.2006/9949; "... Haklı nedenle fesihte, bu düzenlemeler karşısında, 19.maddedeki yazılı bildirim, fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi ile savunma alınması koşulu aranmamalıdır. Dairemizin uygulaması da bu yöndedir." 9. HD., 01.06.2009, E.2008/34018, K.2009/14968; Aynı yöndeki kararlar için bkz. 9. HD., 24.04.2006, E.2006/5461, K.2006/11253; 9. HD., 06.02.2006, E.2006/1129, K.2006/2424, Sinerji Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası, Erişim: 01.02.2017. Yargıtay'ın hastalık

dan ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, İş Kanunu'nun 25/I, III ve IV. maddelerinde yer alan haklı fesih sebeplerinde savunma alınmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir ve yasa koyucu bu sebeple 25/II. maddesini açıkça zikretmiştir. Bu madde dışında kalan haklı fesih sebeplerinde savunma alma zorunluluğunun bulunduğu şeklinde bir sonuca varılması isabetli değildir<sup>40</sup>. **Astarlı** ise paralel bir biçimde savunma alınmasının salt şekli bir zorunluluğu yerine getirmekten öte, işçinin fesih nedenini öğrenmesini ve bu konudaki gerçeği ortaya çıkarıp işverenin fesih konusundaki düşünceleri etkileyerek onu fesihden vazgeçirmesini amaçladığını ifade etmiştir. Yazara göre sağlık nedenleri, zorlayıcı nedenler ve gözaltına alma ve tutukluluk halleri gibi durumlarda işçinin savunmasının alınmasının bir amacı yoktur<sup>41</sup>.

## V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İş Kanunu md.25/I kapsamında haklı fesih sebepleri: “a) İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi. b) İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuunun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda. (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini

---

veya kaza nedeniyle devamsızlığın İş Kanunu md.25/I-b,2 bendinde belirtilen süre yahut daha fazla devam ettiği hallerde işverenin, md.19/f.2 ve md.25/son uyarınca bildirimlessiz fesih hakkı doğduğundan yazılı bir fesih bildirimine ve fesihden evvel işçinin savunmasının alınmasına gerekli olmadığı yönündeki kararları için bkz. 9. HD., 27.10.2008; E.2008/2898, K.2008/28913; 9.HD, 23.1.2006, E.2005/38380, K.2006/915; 9.HD, 28.5.2007, E.2007/15398, K.2007/16979, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim: 10.04.2017.

<sup>40</sup> **Gülver**, s. 410.

<sup>41</sup> Yazara göre Yargıtay'ın bu kararda ileri sürülen görüşü kabul edilirse işveren, İş K. md.25/II dışında kalan haklı nedenlerle iş sözleşmesini feshederken işçi iş güvencesi kapsamındaysa savunmasını almak zorundayken bu güvencenin kapsam dışındaki işçiler bakımından bu zorunluluğu tabi olmayacaktır. Bu durum ise sözleşme türleri arasında isabetli olmayan bir ayırma yol açacaktır. **Astarlı**, Yayınlanmamış Tebliğ.

*bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar...*”. 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 imkan sağlamaktadır<sup>42</sup>. İşverenin yukarıda anılan sebeplerle iş sözleşmesini derhal feshettiği hallerde, 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 hallerde işçinin savunmasının alınması gerekli olmadığı ve İş Kanunu md.19 ile md.25/son arasındaki bağlantının da bu şekilde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

İş sözleşmesinin işçinin yeterliliğinden kaynaklanan sebeplerle süreli olarak feshedildiği durumlarda savunma alma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı tespit edilirken ise, doktrindeki baskın görüşün aksine md.19’da yer verilen “*verimlilik*” ifadesinin md.18’de yer alan “*yeterlilik*” ten farklı bir biçimde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yasa koyucu bilinçli bir tercihte bulunarak, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi’ne uygun bir biçimde “*verimlilik*” ifadesini seçmiştir ve bu kavramın Sözleşmede yer alan “*performance*” kavramı ile uyumlu bir biçimde değerlendirilerek işçinin performansının düşüşüne sebep olan verimsizlik halleri ile sınırlandırılması uygun olacaktır. Ancak bu durumda dahi işçinin değiştirme şansı olmadığı bir niteliği nedeniyle iş ilişkisi bakımından yetersiz hale gelmesi durumunda savunma alınması faydasız olduğundan şekli bir zorunluluktan öteye gitmeyecektir. Nitekim 19.maddenin gerekçesinde de, işçinin zihinsel veya beden-

<sup>42</sup> **Soyer**, Polat: “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s. 58 (Feshe Karşı Koruma).



sel yetersizliği, arkadaşları veya amirleri ile sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmiş olması gibi durumlarda savunmasının alınması işverenden beklenemeyeceği ifade edilerek bu durum ortaya konulmuştur. Sık sık hastalanma sebebiyle yapılacak bildirimli fesihlerde savunma alınması, işçinin hastalığının gelecekte de devam edip etmeyeceğinin öngörülebilmesi yahut işçinin sağlık durumuna uygun olarak başkaca bir bölümde yahut işte görevlendirilmesinin mümkün olup olmadığı gibi hususlarda işlev görmektedir. Diğer bir deyimle bu sebeple yapılacak bildirimli fesihlerde savunma alınması şekli bir şartı sağlamaktan öte, işçinin fesih nedenini öğrenerek işverenin iradesi ve fesih kararı üzerinde etkili olabilmesi bakımından fonksiyon göstermektedir. Mesleki yetersizlikten kaynaklanan süreli fesihlerde ise ikili bir ayırım yapılarak sübjektif yetersizliğin bulunduğu durumlarda savunmasının alınmasının gerekli olduğu kabul edilmeli; işçinin iş görme borcunun ifasını mutlak olarak imkansız hale getiren çalışma izninin uzatılmaması, pilotluk lisansının iptali, ehliyetin geri alınması, borsa işlemleri için aranan lisansın yenilenmesi için yapılan sınavda başarısızlık göstermek gibi objektif yetersizliğin söz konusu olduğu hallerde savunma alınması zorunlu olmamalıdır<sup>43</sup>. Özet olarak yeterlilikten kaynaklanan süreli fesihlerde dahi savunma alma zorunluluğunun, işçinin durumu üzerinde tasarruf etme ve yetersizliğin gerekçesini bilmek suretiyle işverenin fesih kararını değiştirme olanağına sahip olduğu hallere hasredilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Tüm bu belirttiğimiz gerekçelerle Yüksek Mahkeme'nin İş Kanunu md.25/I çerçevesinde sağlık sebebi ile yapılacak olan fesihler bakımından işverene savunma alma zorunluluğu getiren kararını isabetli bulmuyoruz.

---

<sup>43</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, s. 338.

**KAYNAKÇA**

- Alp**, Mustafa: “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, DEÜHFD, 2003, S. 1 (İş Güvencesi).
- Alp**, Mustafa: “Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi”, Karar İncelemesi, Legal YKİ, S. 3, 2007 (Tıbbi Tanıtım Sorumlusu).
- Astarlı**, Muhittin: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2015 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, İstanbul, 2016 Kasım (Yayınlanmamış Tebliğ).
- Aydın**, Ufuk: “İşçinin Sürücü Belgesine El Konulması ve İş Hukuku Bakımından Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 18, Haziran 2010.
- Baysal**, Ulaş: İş Sözleşmesinin Süreli Feshinde İşçinin Yeterliliğine İlişkin Geçerli Sebepler, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2011.
- Centel**, Tankut: İş Güvencesi, Legal, İstanbul 2012.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 29. Bası, İstanbul 2006.
- Davies**, Anne: Perspectives on Labour Law, Cambridge University Press, 2004.
- Ekonomi**, Münir: “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, Mart 2003, Çimento İşveren Dergisi, S.2, C.17.
- Ertürk**, Şükran: “İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi”, DEÜHFD, C. IV, S. 2.
- Göktaş**, Seracettin: “İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, S. 1, Kış 2008, s. 33.
- Griebeling**, Jürgen: in Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz (KR) und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, Luchterland Verlag, 9. Auflage, München 2009.

- Güzel, Ali:** “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2004.
- Gülver, Ender:** “İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanılarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade”, İÜHFM Özel Sayı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C. I.
- Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal:** İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007.
- Köseoğlu, Ali Cengiz:** İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, Beta, İstanbul 2011.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin:** İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Ankara 2012.
- Narmanhoğlu, Ünal:** “Kanuna Aykırı Olarak Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü İçerisinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüştürülmesi”, İÜHFM Özel Sayı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C. I.
- Soyer, Polat:** “158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler”, İktisadi ve Sosyal Boyutları, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu, İstanbul 2002 (158 Sayılı Sözleşme).
- Soyer, Polat:** “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005 (Feshe Karşı Koruma).
- Sümer, Haluk Hadi:** “İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri İle Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 8, Aralık 2007.
- Süzek, Sarper:** İş Hukuku, Yenilenmiş 12. Baskı, İstanbul 2016.
- Ulucan, Devrim:** İş Güvencesi, İstanbul 2003.

