

**İŞVERENİN BİLDİRİMSİZ FESİH HAKKI BAKIMINDAN
“İŞÇİNİN HIV ENFEKSİYONUNUN”
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*THE ASSESSMENT OF AN EMPLOYEE’S HIV INFECTION IN TERMS OF THE EMPLOYER’S
RIGHT TO TERMINATE WITHOUT NOTICE*

Araştırma Makalesi
Muharrem Emre ULUSOY*

ÖZ

HIV enfeksiyonu, yanlış algılar ve bilgi eksikliği nedeniyle kişinin sosyal ve çalışma hayatını olumsuz etkileyebilmektedir. HIV pozitif kişiler iş ilişkisinde dışlanma ve ayrımcılığa maruz kalabilmektedir. Bu durum iş sözleşmesinin feshinde de kendini göstermektedir. HIV enfeksiyonu nedeniyle işçinin sözleşmesinin feshinde, keyfilğin önlenmesi ve HIV ile yaşayan bireylerin anayasal düzeyde güvence altına alınan çalışma hakkının korunması gerekir. İş sözleşmesinin sona ermesine neden olan haklı sebepler, iş hukukunun en hassas ve tartışmalı alanlarından birini oluşturmaktadır. Zira haklı nedenle fesih, işveren açısından sözleşmeyi derhal sona erdirmeye imkânı sağlarken, işçiyi ciddi biçimde iş güvencesinden yoksun bırakma potansiyeline sahiptir. Bu bağlamda, çalışmanın temel amacı, HIV pozitif işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirimsiz feshinde hukuki sınırları ortaya koymaktır. HIV enfeksiyonuna dayalı bildirimsiz fesih halleri, hastalığın niteliğinden ve hasta işçinin davranışlarından doğan fesih sebepleri sistematığı ile ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: HIV, AIDS, İş Sözleşmesi, İşçi, Fesih

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1734607

Makalenin Geliş Tarihi: 05.07.2025

Makalenin Kabul Tarihi: 27.07.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı

E-posta: meulusoy@selcuk.edu.tr

ORCID: 0000-0002-5100-4445

Bu makale Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

ABSTRACT

HIV infection can adversely affect individuals' social and professional lives due to misconceptions and insufficient public information. Employees living with HIV may face exclusion and discrimination in employment relationships, which may also lead to the termination of employment contracts. When an employment contract is terminated due to HIV infection, it is essential to prevent arbitrariness and to safeguard the constitutionally protected right to work for individuals living with HIV. Just causes for termination are among the most sensitive and controversial issues in labour law. While termination for just cause allows the employer to end the employment contract immediately, it has the potential to severely deprive the employee of job security. In this regard, the primary aim of this study is to outline the legal boundaries concerning the employer's right to terminate the employment contract of an HIV-positive employee without notice. Cases of termination without notice due to HIV infection will be examined based on grounds arising from the nature of the illness and from the conduct of the employee.

Keywords: HIV, AIDS, Employment Contract, Employee, Termination

EXTENDED SUMMARY

Since it was first medically identified, HIV infection has been a subject of legal and ethical debate. With the widespread use of antiretroviral treatment, the impact of HIV on life expectancy and quality of life has become manageable. Unless it progresses to the AIDS stage, the disease has evolved into a controllable chronic condition for many individuals. Nevertheless, due to its contagious nature and the lack of a definitive cure, people living with HIV still face social exclusion, stigmatisation, and discrimination in professional life.

In cases of termination of the employment contract due to HIV infection, it is essential to prevent arbitrary decisions and to safeguard the constitutionally protected right to work. Just causes for termination represent one of the most complex and controversial areas in labour law. This is because, while just causes allow the employer to terminate the contract immediately, they may also significantly undermine the employee's job security. Accordingly, the purpose of this study is to define the legal boundaries of the employer's right to terminate the contract of an HIV-positive employee without notice, and to assess the extent to which such a right may be exercised. The issue must be considered not only in light of the positive norms of the Labour Code, but also through an interdisciplinary perspective encompassing the protection of personal data, privacy, the right to work, occupational health and safety, and criminal law.

Cases of termination without notice based on HIV infection are analysed within a framework that distinguishes between grounds arising from the nature of the illness and the conduct of the infected employee. Regarding the first, Article 25/I-b of the Labour Code provides that "it is established by a health board that if the illness contracted by the employee is incurable and the employee's presence in the workplace poses a risk", such a situation constitutes just cause for dismissal. HIV infection may fall within

the scope of an incurable disease due to its transmissibility and the absence of a definitive cure. The risk posed by the employee's presence in the workplace may be assessed either in relation to the employee personally or to the workplace. In the latter case, HIV should not be regarded as a disease that hinders the performance of work, but rather as a potential occupational health and safety risk. Criteria such as the nature of the work and the specific features of the workplace will determine the extent and type of occupational safety measures. If all possible measures have been taken but the risk of transmission still cannot be eliminated, an exception may be considered. However, such cases or sectors are extremely rare. When the risk relates to the employee personally, a different interpretation is required. Once HIV progresses to the AIDS stage, a gradual decline in the individual's physical capacity and quality of life becomes inevitable. As the immune system weakens, the individual becomes more vulnerable to infections and viruses. In such circumstances, the employee may be deemed unfit to continue working, and a medical report may justify the employer's termination of the contract to protect the employee's health. Similarly, where the work involves physical strength, the employee may be deemed unfit for the job. If the risk is confirmed by a health board, dismissal may be lawful under Article 25/I-b of the Labour Code.

About the employee's conduct, the employer's right to dismiss due to absenteeism resulting from HIV infection, whether through fault or not, will be evaluated. According to Article 25/I-a of the Labour Code, an employee may be dismissed if they contract an illness or become incapacitated due to their own intent, disorderly lifestyle, or addiction to alcohol, resulting in an absence of more than three consecutive working days or five working days in a month. In the context of HIV infection, both the causation and evidentiary burden make the application of this provision quite exceptional.

According to Article 25/I-b-2 of the Labour Code, in cases of illness not arising from fault, such as accidents, pregnancy, or childbirth, the employer may dismiss without notice if the absence exceeds six weeks beyond the notice period stipulated in Article 17. This provision is applicable to HIV as it is to other illnesses. The stage of HIV infection most likely to cause such prolonged absenteeism would be the AIDS stage.

Furthermore, whether the employee is obliged to disclose their HIV status and its implications for dismissal without notice should be evaluated. HIV status must be assessed from the perspective of occupational health and safety. HIV and AIDS must be considered in risk assessments, as they pose varying degrees of risk in different workplaces. If an employee fails to inform the employer or occupational physician about their HIV infection either upon recruitment or during the term of employment, their dismissal under Article 25/II-1 of the Labour Code may be justified on the grounds of "endangering workplace safety through intent or negligence".

Finally, in cases where HIV is transmitted to another person either deliberately or negligently, the employer's right to dismissal must be considered at the intersection of labour and criminal law.

GİRİŞ

HIV (Human Immunodeficiency Virus) enfeksiyonu, tıbbi olarak tanımlandığı ilk günden bu yana sadece bir sağlık sorunu olmamıştır. Ciddi bir toplumsal algı problemi ile birlikte etik ikilemler oluşturmuş ve hukuki tartışma alanı yaratmıştır. Antiretroviral tedavi yöntemlerinin yaygınlaşmasıyla birlikte HIV enfeksiyonunun yaşam süresi ve kalitesine etkisi kontrol altına alınabilir hale gelmiş; hastalık, AIDS evresine geçilmedikçe birçok birey için yönetilebilir kronik bir hastalığa dönüşmüştür. Buna rağmen, bulaşıcı ve tedavisi olmayan bir hastalık olmasının etkisi ile HIV ile yaşayan bireyler halen toplumsal dışlanma, damgalanma ve ayrımcılığa maruz kalmakta; bu durum iş hayatında da kendisini göstermektedir.

HIV enfeksiyonu nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde, keyfiliğin önlenmesi ve HIV ile yaşayan bireylerin anayasal düzeyde güvence altına alınan çalışma hakkının korunması ile toplumsal menfaatler ve kamusal yükümlülüklerin kesiştiği noktada dikkatli bir denge kurulmalıdır. İş sözleşmesinin sona ermesine neden olan haklı sebepler, iş hukukunun en hassas ve tartışmalı alanlarından birini oluşturmaktadır. Zira haklı nedenle fesih, işveren açısından sözleşmeyi derhal sona erdirme imkânı sağlarken, işçiyi ciddi biçimde iş güvencesinden yoksun bırakma potansiyeline sahiptir. Bu bağlamda, çalışmanın temel amacı, HIV pozitif işçinin iş sözleşmesinin bildirimsiz feshi bakımından geçerli olan hukuki sınırları ortaya koymak ve bu çerçevede işverenin bildirimsiz fesih hakkını ne ölçüde kullanabileceğini irdelemektir. Konu, yalnızca İş Kanunu'nun pozitif normları üzerinden değil; aynı zamanda kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliği, çalışma hakkı, işyerinde sağlık ve güvenliğin sağlanması ve ceza hukuku gibi disiplinler arası bir yaklaşımla ele alınacaktır.

Çalışma kapsamında ilk olarak HIV enfeksiyonunun tıbbi boyutu, bulaşma yolları ve tedavi olanakları açıklanarak, hastalığa yönelik bilgilendirme amaçlı genel bir çerçeve çizilecektir. Ardından, HIV enfeksiyonuna dayalı bildirimsiz fesih halleri, hastalığın niteliğinden ve hasta işçinin davranışlarından doğan fesih sebepleri sistematığı ile ele alınacaktır. Hastalığın niteliğinden doğan fesih sebebi özellikle İş Kanunu 25/I-b kapsamında "tedavi edilemez hastalık" kavramının içeriği ve sağlık kurulu raporu

zorunluluğu yönünden irdelenecektir. HIV enfeksiyonunun işçinin işyerinde çalışması bakımından sakınca doğurup doğurmayacağı ele alınacaktır.

Hasta işçinin davranışlarından doğan bildirimsiz fesih sebebi olarak, işçinin kusurlu ve kusursuz şekilde HIV enfeksiyonuna yakalanması nedeniyle devamsızlık yapması değerlendirilecektir. Ayrıca, işçinin HIV statüsünü açıklamakla yükümlü olup olmadığı ve bunun iş sözleşmesinin bildirimsiz feshi ile ilişkisi, işyeri hekiminin rolü ve etik sınırlar, kişisel verilerin korunması bağlamında detaylandırılacaktır. Son olarak HIV virüsünün bilerek veya ihmalle başkasına bulaştırılması durumunda işverenin fesih hakkını ceza hukuku ile iş hukuku arasındaki kesişim noktasında nasıl kullanabileceği de ele alınacaktır.

I. HIV ENFEKSİYONU

A. Genel Olarak

HIV enfeksiyonu, seksenli yıllardan beri varlığını sürdüren bir pandemi olarak dünya genelinde seksen beş milyon insanı etkileyen ve yaklaşık kırk milyon insanın ölümüne sebep olan önemli bir hastalıktır¹. Ülkemizde yayılımı az olsa da HIV tanısı alan kişi sayısının giderek arttığı da bir gerçektir².

İnsan bağışıklık yetmezliği virüsü anlamına gelen HIV, bağışıklık sistemi hücrelerini enfekte ederek vücudun diğer hastalıklarla savaşmasını zorlaştırır. Bağışıklık sisteminin CD4 hücreleri adı verilen beyaz kan hücrelerini enfekte eder. CD4 hücrelerini yok ederek beyaz kan hücresi sayısının düşmesine neden olur. Bu durum, bağışıklık

¹ Ferhat Gürkan Aslan ve Mustafa Altındış, 'HIV'in Güncel Tanı Algoritmi ve Gelişen Korunma Yöntemleri' (2017) 47 (2) Türk Mikrobiyoloji Cemiyeti Dergisi 47, 47. Günümüzde 39 milyon kişinin HIV taşıyıcısı olduğu, her yıl 1.3 milyon yeni HIV vakası ortaya çıktığı ve 650 bin kişinin ölümüne sebebiyet verdiği tahmin edilmektedir. Bkz. Lorena de la Mora, Josep Mallolas and Juan Ambrosioni, 'Epidemiology, treatment and prognosis of HIV infection in 2024: A practical review' (2024) (162) Medicina Clínica, 535, 536.

² Fehmi Tabak, 'HIV/AIDS'de Neler Oluyor?' (2023) 31 (6) Actual Medicine 5, 5. HIV'in ülkemizde ilk kez görüldüğü 1985 yılından 7 Kasım 2024 tarihine kadar HIV pozitif olarak tespit edilerek bildirimi yapılan kişi sayısı 45.835 ve toplam AIDS vakası 2438'dir. HIV tanısı alan sayısı özellikle son on yılda dramatik şekilde artmıştır. 2020 yılında 3137, 2021 yılında 4202, 2022 yılında 5914 ve 2023 yılında ise 6185 yeni HIV tanısı bildirilmiştir. Bkz. T.C. Sağlık Bakanlığı, Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü HIV-AIDS İstatistikleri. https://hsgm.saglik.gov.tr/depo/birimler/bulasici-hastaliklar-ve-erken-uyari-db/Dokumanlar/Istatistikler/Ek_HIV-AIDS_Istatistikleri.pdf.

sisteminin normal şartlarda kişiyi hasta etmeyecek enfeksiyonlara karşı direncinin azalmasına sebep olur³.

HIV ile enfekte olunması sonrasında virüs belli aşamalar ile vücuda etki eder. Bulaşma sonrasında kişi yaklaşık on gün içinde “*HIV Pozitif*” hale gelir. İlk aşamada grip semptomlarına benzeyen rahatsızlıkların ortaya çıkması mümkündür. Bu aşamaya, “*Primer HIV Enfeksiyonu*” adı verilir. Yaklaşık bir ay devam eden bu süreç sonrasında “*Sessiz Dönem*” (Latent Dönem) denilen aşamaya geçilir. Yaklaşık on yıl süren bu dönemde kişi hiçbir belirti göstermese dahi vücudundaki bağışıklık sistemi hücreleri azalmaktadır. Hücre sayısının kritik düzeye gelmesiyle birlikte son aşama olan “*AIDS Dönemi*” başlamış olur⁴. Bu aşamada bağışıklık hücre sayısı azalmış, virüs yükü ise artmıştır. Böylece kişide fırsatçı enfeksiyonların ve birtakım kanserlerin oluşma ihtimali oldukça fazlalaşmaktadır⁵.

HIV ve AIDS iki farklı hastalık değildir. AIDS, bağışıklık sistemi ciddi şekilde zayıfladığında HIV enfeksiyonunun bir sonucu olarak son aşamada ortaya çıkan bir durumdur⁶. HIV ile enfekte olmayan kişinin AIDS olması mümkün değildir. Ancak son yıllardaki tıbbi gelişmeler ışığında virüsün etkilerinin yavaşlatılması ile HIV virüsü taşıyan kişiler bazı durumlarda AIDS aşamasına ilerlemeden hayatını devam ettirebilmektedir⁷.

Tanı konulması için laboratuvar testlerinin yapılması gerekir. Toplum sağlığı için önemi de düşünülerek, bu testlere ulaşım kolaylaştırılmıştır. Günümüzde HIV taşıyan her

³ Bongi D. D. Radipati, ‘HIV/AIDS and employment law: a comparative synopsis Comparative and International Law Journal of Southern Africa’ (1993) 26 (3) 396, 396; Aslan ve Altındış (n 1) 47.

⁴ Mıhrıcan Zorlu ve Selda İldan Çalıml, ‘İşyerinde Damgalama ve Ayrımcılık Faktörü Olarak HIV/AIDS’ (2012) 4 (35) Çalışma ve Toplum Dergisi 165, 167; Tabak (n 2) 6; Radipati (n 3) 397.

⁵ Nam Su Ku, ‘The Epidemiology Of HIV/AIDS And The Use Of Antiretroviral Therapy in Korea: A Narrative Review’ (2024) 47 (3) Ewha Medical Journal 1,4; Zorlu ve Çalıml (n 4) 167.

⁶ Sağlıklı bir bireyde CD4 lenfosit sayısının 800 ile 1200 arasında değişebildiği, bu sayının 200’ün altına düşmesi halinde, bu aşamadan sonra kişinin AIDS tanısı alacağı yönünde bkz. Tabak (n 2) 5.

⁷ Radipati (n 3) 397; Tabak (n 2) 6.

yedi kişiden biri bu durumdan habersiz olduğundan, rutin sağlık taramalarının bir parçası olarak herkesin en az bir kere bu taramadan geçmesi önerilmektedir⁸.

B. Bulaşıcı Olması

HIV hızlı bulaşma gücüne sahip olsa da, bulaşma yöntemleri oldukça sınırlıdır. Temel olarak; kan, meni, vajinal salgılar ve anne sütü gibi vücut sıvıları yoluyla bulaşır. Korunmasız her türlü cinsel birliktelik (vajinal, anal, oral) en yaygın bulaşma şeklidir⁹. Kan nakli veya kontamine iğne ve şırıngaların paylaşılması, bilerek veya bilmeyerek yeniden kullanılması da bulaşmaya neden olur. Hamilelik döneminde, doğum sırasında ve doğum sonrasında emzirme döneminde anneden çocuğa HIV geçebilmektedir¹⁰.

HIV, yalnızca sınırlı koşullarda hayatta kalabilen kırılğan bir virüstür. Vücuda ağız veya vajina gibi mukoza zarlarından girebilir. Deri bütünlüğünün olduğu durumlarda HIV, deriye temas yoluyla bulaşmaz. Ancak açık bir yaradan bulaşmanın gerçekleşmesi mümkündür¹¹.

Günlük hayatta gerçekleşen, el sıkma, sarılma, öpüşme gibi sıradan temaslar bulaşma nedeni değildir. Öksürme ve hapşırma sonucu ortaya çıkan partiküller, ter, gözyaşı, idrar yahut dışkı ile HIV geçmediği bilinmektedir. Virüs taşıyan kişiler ile aynı ortamların (havuz, banyo, tuvalet vb.) ve malzemelerin (bardak, tabak, çatal, bardak, giysi, yiyecek, içecek vb.) ortak kullanımı da bulaşmaya neden olmaz¹².

⁸ Amerika Hastalık Kontrol ve Önleme Merkezi, 'The Centers for Disease Control and Prevention' (CDC), 13 ila 64 yaş arasındaki herkesin rutin sağlık bakımının bir parçası olarak en az bir kez HIV testi yaptırmasını önermektedir. Bkz. <https://www.cdc.gov/stophivtogether/hiv-testing/index.html>; Nam Su Ku (n 5) 6.

⁹ Özer Akgül, Reyhan Çalışkan ve Yaşar Ali Öner, 'HIV/AIDS: Güncel Yaklaşımlar' (2018) 1(1) Tıp Fakültesi Klinikleri, 19, 21; Radipati (n 3) 397. Ülkemizde bulaşma yolu bildirilen olaylar içinde cinsel yolla bulaşma yüzde doksandört olarak belirlenmiştir. Bkz. T.C. Sağlık Bakanlığı, Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü HIV-AIDS İstatistikleri.

¹⁰ ILO, HIV and AIDS and Labour Rights; A Handbook for Judges and Legal Professionals (First Published, 2013) 9; Tabak (n 2) 6; Zorlu ve Çalım (n 4) 168.

¹¹ Zorlu ve Çalım (n 4) 168; ILO, 2013 (n 10) 9.

¹² Tabak (n 2) 6.

C. Tedavi Yöntemi

HIV enfeksiyonunun kesin bir tedavisi (çaresi) yoktur. Virüsün vücutta çoğalmasını durduran antiretroviral ilaçlarla tedavi uygulanmaktadır. “*Antiretroviral Tedavi*” (ART), HIV enfeksiyonunu iyileştirmez ancak kişinin vücudundaki virüs yükünü azaltarak bağışıklık sisteminin güçlenmesini sağlar. Bu, diğer enfeksiyonlarla savaşılmasına yardımcı olur¹³.

Günümüzde ART'nin kişinin geri kalan yaşamı boyunca her gün uygulanması gerekmektedir. ART'nin amacı, kandaki HIV miktarını (viral yük) HIV testleriyle tespit edilemeyecek bir seviyeye düşürmek ve HIV'in bağışıklık sistemini zayıflatma hızını yavaşlatmaktır. Yapılan çalışmalar ART uygulanan HIV taşıyıcısı kişilerin yaşam beklentisinin genel nüfustan çok da farklı olmadığını ortaya koymaktadır¹⁴. Değerlendirme yapılırken virüsün tespit edildiği aşama ve tedaviye başlama zamanı önem teşkil etmektedir. Erken teşhis edilen ve hemen ART uygulanan kişi açısından HIV tedavi edilebilir kronik bir hastalık olarak kabul edilmektedir¹⁵. Yaşam beklentisi, HIV negatif bireylerden farklı olmasa da, HIV, taşıyıcı kişilerin yaşam kalitelerini olumsuz etkileyebilmektedir¹⁶.

ART uygulamasının enfeksiyonu kontrol altına alması kadar önemli olan bir diğer husus, tedavinin bulaşmayı önlemede de etkili olmasıdır. Kandaki virüs miktarının belirlenemez seviyeye çekilmesi, bulaşıcılığın ortadan kalkması anlamına gelir¹⁷. Ancak ART uygulanmayan HIV pozitif kişilerin yaklaşık sekiz ila on yıl aralığında AIDS

¹³ Robert W. Eisinger, Carl W. Dieffenbach and Anthony S. Fauci, ‘HIV Viral Load and Transmissibility of HIV Infection Undetectable Equals Untransmittable’ (2019) 321 (5) JAMA 451, 451; Nam Su Ku (n 5) 1; ILO, 2013 (n 10) 8.

¹⁴ Tabak (n 2) 6; Mora, Mallolas and Ambrosioni (n 1) 537.

¹⁵ Aslan ve Altındış (n 1) 56; Tabak (n 2) 6; Zorlu ve Çalım (n 4) 168; Mora, Mallolas and Ambrosioni (n 1) 537.

¹⁶ K. H. Basavaraj, M. A. Navya and R. Rashmi, ‘Quality of life in HIV/AIDS’ (2010) 31 (2) Indian Journal of Sexually Transmitted Diseases and AIDS, 75, 78. ART uygulanan kişilerin normal yaşam kalitesine ulaştığı yönünde bkz. Akgül, Çalışkan ve Öner (n 9) 27.

¹⁷ Aslan ve Altındış (n 1) 56; Tabak (n 2) 6. 2017 yılında (CDC), Belirlenemeyen=Bulaşmayan (B=B); Undetectable=Untransmittable (U=U) sloganı ile ART uygulanan ve tespit edilemeyen viral yüke sahip kişilerde HIV’in cinsel yolla bulaştırıcılığının kalmadığını açıklamıştır. Bu durum Dünya Sağlık Örgütü ve Birleşmiş Milletler HIV/AIDS ortak Programı olan UNAIDS tarafından da kabul edilmiştir. Bkz. Eisinger, Dieffenbach and Fauci (n 13) 451.

aşamasına geçtikleri belirtilmektedir. Bu aşamadan sonra kişinin yaşam beklentisinin düşük ve virüsün öldürücülüğünün fazla olduğu söylenmelidir¹⁸. Günümüzde çalışmalar devam etmekle beraber, virüsü tamamen ortadan kaldıran yahut bulaşmasını önleyen bir aşı ya da ilaç geliştirilmiş değildir¹⁹.

II. İŞVEREN AÇISINDAN FESHE İLİŞKİN HAKLI SEBEP OLARAK İŞÇİNİN HIV ENFEKSİYONU

A. Hastalığın Niteliğinden Doğan Feshe İlişkin Haklı Sebep

1.Genel Olarak

İşverene iş sözleşmesini bildirimsiz feshetme imkânı veren sağlık sebepleri 4857 sayılı İş Kanunu'nda²⁰ olduğu gibi 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nda da düzenlenmiştir. Hastalığın niteliği dikkate alınarak düzenlenmiş olan fesih sebebi her iki kanunda farklı şekilde ortaya çıkmıştır. 1475 sayılı Kanun işçinin bulaşıcı yahut işi ile bağdaşmayan tiksinti verici bir hastalığa tutulduğunun anlaşılması halini, işveren açısından bildirimsiz fesih sebebi olarak hükme bağlamıştı (1475 İşK. 17/1-b). Onur kırıcı bir ifade olması bir yana subjektif bir değerlendirme ile işçinin aleyhine durum ortaya çıkarma ihtimali olan bu ifade tarzından 4857 sayılı İş Kanunu ile vazgeçilmiştir.

4857 İş Kanununa göre, işveren feshi bakımından hastalığın niteliğinden doğan fesih sebebi olarak, hastalığın tedavi edilemez olması gerekir. Olası subjektif değerlendirmelerin tamamen önüne geçmek isteyen kanun koyucu, hem hastalığın tedavi edilemez niteliğinin hem de bunun işçinin işyerinde çalışmasında sakınca doğuracağının sağlık kurulunca saptanmasını aramaktadır. Kümülatif olarak kaleme alınan hüküm gereği bildirimsiz fesih için bu üç koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekir (İşK. 25/I-b)²¹.

¹⁸ ART'ye başladıktan bir yıl sonra düşük CD4 hücre sayısı (<49/mm³) devam eden kişilerin yaşam beklentisi genel popülasyondan 30 yıla kadar daha az olduğu yönünde bkz. Mora, Mallolas and Ambrosioni (n 1) 539. Hücre sayısının (<49/mm³) altına düşmesi halinde ART uygulanmayan hastaların ortalama yaşam süresinin 12 – 18 ay arasında olduğu yönünde Akgül, Çalışkan ve Öner (n 9) 24.

¹⁹ Zorlu ve Çalım (n 4) 168.

²⁰ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134

²¹ Serhat Kartal, *Türk Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebepleriyle Sona Ermesi* (1. Baskı, Onikilevha Yayınevi 2020) 131; Cuma Arif Demir, *Hastalığın İş İlişkisine Etkisi* (1. Baskı, Filiz Kitabevi 2021)

1475 sayılı Kanundaki eksik ve yanlışları düzeltme gayesi taşısa da, mevcut hükmün bazı tartışmalara neden olduğu söylenebilir. İşçinin korunması ilkesi gereği, sağlık sebebi ile bildirimsiz fesihle teknik olarak uzmanlığı çerçevesinde hekimlere inisiyatif vermek mantıklıdır. Ancak işverenin fesih hakkına müdahalelerin ölçülülük ilkesine uygunluğu ve hükmün uygulanabilir olması da bir o kadar önemlidir. Bu bakımdan söz konusu koşulların ayrı ayrı incelenmesi faydalı olacaktır.

2. İş Kanunu'nun 25/I-b Hükmü Kapsamında Feshin Koşulları

a. İşçide Tedavi Edilemeyecek Nitelikte Bir Hastalığın Bulunması

İşverenin bildirimsiz fesih hakkının doğumu için aranan ilk koşul işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemez nitelikte olmasıdır. Hastalığın işyerinin yahut işçinin gördüğü işin niteliğinden doğması gerekmez²². İşçinin hastalığa yakalanmasında kusurunun olup olmaması da önemli değildir²³. Ancak fesih tarihi itibarıyla işçinin bu nitelikte bir hastalığı olması şarttır²⁴.

Tedavi edilemez nitelikteki hastalık kavramından ne anlaşılması gerektiği ise açık değildir. Doktrinde bu konuda farklı görüşlere yer verilmiştir. Tıp bilimi tarafından kesin çaresinin bulunmadığı bazı kanser türlerinin ve HIV/AIDS hastalığının, şizofreni gibi ruhsal birtakım hastalıkların bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁵. Bulaşıcı hastalıkların da, işçinin işyerinde çalışması bakımından sakınca doğurması halinde bu hüküm kapsamında işverene fesih imkânı vereceği

198; Sarper Süzek ve Süleyman Başterzi, *İş Hukuku* (24. Baskı, Beta Yayınevi 2024) 722; Ercan Akyiğit, *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi* (3. Baskı, Seçkin Yayınevi 2008) 1132.

²² Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları* (8. Baskı, Seçkin Yayınevi 2024) 440; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku* (6. Baskı, Onikilevha Yayınevi 2024) 818.

²³ Hediye Ergin, *Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2009) 117; Akyiğit (n 21) 1132; Seda Arslan, *İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı* (1. Baskı, Onikilevha Yayınevi 2012) 42.

²⁴ Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (7. Baskı, Lykeion Yayınevi 2022) 856; Haluk Hadi Sümer, 'İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri İle Feshi' (2007) 2 (8) Sicil İHD, 66, 68; Hediye Ergin, 'İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı' (2017) (38), Sicil İHD 54, 56; Demir (n 21) 199; Arslan (n 23) 44.

²⁵ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 856; Demir (n 21) 199; Arslan (n 23) 42; Sümer, Uygulama (n 22) 440; Ekmekçi ve Yiğit (n 22) 818.

belirtilmektedir²⁶. Tedavisinin mümkün ancak uzun süreye yayıldığı ve iyileşme ihtimalinin düşük olduğu kronik hale gelmiş hastalıklar bakımından da hükmün uygulanması mümkün olabilir²⁷.

Tedavisi mümkün olmayan hastalık, teknik ve zaman içinde değişime uğrama ihtimali olan bir kavramdır. Bu kapsamda tıp bilimindeki güncel gelişmeler ışığında bir değerlendirme yapılmalı ve hastalığın tedavisi varsa bu hüküm uygulanmamalıdır. Kaldı ki, hastalığın tedavisi yoksa dahi, işçinin işyerinde çalışması sakınca doğurmayacaksa, işveren bildirimsiz fesih hakkına sahip olmayacaktır.

Hükümde işverene bildirimsiz fesih imkânı vermesi bakımından sadece hastalığın niteliği dikkate alınmıştır. İşçinin hastalığı nedeniyle belirli bir süre iş görememesi bir koşul olarak belirtilmemiştir. Kümülatif olarak düzenlenen koşulların oluşması halinde işverenin mutlak bir bildirimsiz fesih hakkına sahip olacağı kabul edilmelidir²⁸. Ancak Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarda, İş Kanunu 25/I-b alt bendinde yer alan işçinin kıdemine bağlı bildirim sürelerini altı hafta aşan bekleme süresini, tedavisi imkânsız hastalıkların feshi bakımından da aramaktadır²⁹.

²⁶ Sümer, Sağlık Sebepleri (n 24) 68; Ergin, Tedavisi Olanaksız (n 24) 56.

²⁷ Şahin Çil, *İş Kanunu Şerhi C.2* (2. Baskı Turhan Kitabevi 2007) 1828. İyileşme ihtimalinin yüksek olması halinde dahi, tedavi süresinin işverenin katlanması beklenemeyecek uzunlukta olması halinde bu hüküm kapsamında feshe imkân tanınması yönünde bkz. Kartal (n 21) 132.

²⁸ Ergin, Tedavisi Olanaksız (n 24) 61; Sümer, Sağlık Sebepleri (n 24) 69. İşçinin yakalandığı tedavisi imkânsız hastalık işçinin işyerinin herhangi bir biriminde çalışmasına imkân sağlıyorsa bu hükmün uygulanmayacağı belirtilmiştir. Nuri Çelik, Nurşen Caniklioglu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (36.Baskı, Beta Yayınevi 2023) 648.

²⁹ “4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesi uyarınca “işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması kaydı ile hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkının; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğacağı” kurala bağlanmıştır. Anılan maddeye göre davacının rahatsızlığı nedeni ile devamsızlığının ihbar süresine ilaveten altı hafta aralıksız devam etmesi halinde, işverenin bildirimsiz fesih hakkı doğmaktadır. Bu fesih nedeni, sağlık nedenlerinden kaynaklanan haklı nedendir.”. Yargıtay 22 HD, 485/1014, 26.01.2017. Aynı yönde bkz. Yargıtay 7 HD, 36349/2630, 10.02.2016; Yargıtay 7 HD, 20742/21407, 04.11.2015; Yargıtay 9 HD, 5239/10629, 01.04.2013. Aynı yönde bkz. Akyiğit (n 21) 1132. Devamsızlık koşulunun aranmayacağı yönünde bkz. Sümer, Sağlık Sebepleri (n 24) 69; Ergin (n 23) 121; Kartal (n 21) 132; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 856.

Yargıtay, İş Kanunu 25/I-b hükmü uyarınca yapılacak fesihlerde, işverenin feshin son çare olması ilkesine uygun hareket etmesi gerektiğini kabul etmektedir³⁰. Bildirimsiz fesih hakkının kullanılması bakımından feshin son çare olması ilkesinin uygulanması tartışmaya açıktır. Bildirimsiz fesih kavramı ve sebeplerinin doğası gereği son çare sözleşmenin derhal feshedilmesidir. Özellikle başta Kanunda düzenlenenler olmak üzere, lehine bildirimsiz fesih sebepleri ortaya çıkan işverenin, fesih yerine başka bir çare araması gerekmez³¹.

Yüksek Mahkeme kararlarının çoğunda hastalığın tedavi edilip edilemeyeceğine ilişkin bir değerlendirmeye yer verilmemektedir. İşçinin hastalığının tedavi edilebilir nitelikte olması halinde hüküm uygulama alanı bulmayacaktır. Kararlarda esas alınan sağlık kurulu raporları da bu yönde tespitler yerine işçinin söz konusu işyerinde çalışmasında sakınca olup olmadığına odaklanmaktadır³². Dolayısıyla ilgili hükmün

³⁰ “Tüm bu olaylar üzerine davacının iş akdi davalı işveren tarafından 7.8.2014 tarihinde iş sözleşmesi fesih bildirimi ile İş Kanunun 25/1-b maddesi gereğince işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun Sağlık Kurulunca saptanması sebebine dayalı olarak feshedilmiştir. Somut olayda davalı işyerinde çalışan davacının sağlık durumunun kötüleşmesi üzerine iş akdinin işverence feshedildiği ve işverenin beyanlarından davalı işyerinde davacının mevcut durumuna göre çalışabileceği başka bir pozisyon bulunmadığının belirtildiği anlaşıldığından mahkemece öncelikle bu hususlar değerlendirilerek davalı işyerinde insan kaynaklarında uzman bilirkişi, uzman doktor ve hukukçu bilirkişiden oluşan 3 kişilik bilirkişi heyetiyle keşif yapılarak davacının sağlık ve çalışma şartları itibarıyla işyerinde çalışabileceği bir pozisyon bulunup bulunmadığı tespit edildikten sonra işverence yapılan feshin haklı ya da geçerli olup olmadığı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturularak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozma nedenidir.”. Yargıtay 7 HD, 19111/22023, 10.11.2015. Benzer yönde bkz. Yargıtay 7 HD, 20742/21407, 04.11.2015; Yargıtay 7 HD, 36349/2630, 10.02.2016; Yargıtay 22 HD, 30004/380, 22.01.2013. “Anılan Sağlık Kurulu Raporunda davacının ağır işler dışındaki işlerde çalışabileceği belirtilmiştir. Kuşkusuz işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesi uyarınca iş sözleşmesini feshi kural olarak geçerli nedene dayanır. Ancak, bu halde dahi feshin son çare olması gerekir. İşyerinde davacının yapabileceği iş olup olmadığı araştırılmamıştır.”. Yargıtay 9 HD, 3213/5521, 06.03.2006. Benzer yönde bkz. Yargıtay 9 HD, 27663/5296, 17.03.2008.

³¹ Mevcut düzenleme ışığında feshin son çare olması ilkesine göre bir denetime gidilmesinin zor olduğu yolunda bkz. Mustafa Alp, ‘Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi’ (2009) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Toplantısı, Ankara, 133, 163.

³² “Davacı işçinin davalı işyerinde ağır yük kaldıracığı ve ayakta kalacağı işlerde çalışmaya devam etmesinin sağlığı açısından sakıncalı olduğuna dair verilen sağlık kurulu raporu üzerine davacının iş akdi İş Kanununun 25/1-b maddesi gereğince savunması alınmaksızın feshedilmiş olup mahkemece sırf savunma alınmamasının feshi geçersiz hale getirdiği belirtilmişse de davacının iş akdi 4857 Sayılı İş Kanununun 25/1-b maddesi gereği feshedilmiş olup...”. Yargıtay 9 HD, 34341/20208, 12.11.2018; Yargıtay 7 HD, 19111/22023, 10.11.2015.

düzenleme amacı dışında bir kullanımının olduğu söylenebilir. Bildirim sürelerini altı hafta aşan devamsızlığın ek koşul olarak aranması yahut feshin son çare olması ilkesine başvurulmasının beklenmesinin bu sebeple olduğu kanaatindeyim³³. Örneğin, AIDS hastalığının son evresindeki bir işçinin iş sözleşmesinin feshinde, diğer enfeksiyonlara açık olduğu ve kendisinin korunması gerektiği hallerde devamsızlık koşuluna ve feshin son çare olması ilkesine uyulmasının gerekli olmayacağı açıktır.

b. İşçinin İşyerinde Çalışmasının Sakıncalı Olması

İş Kanunu 25/I-b kapsamında sağlık nedeniyle feshin söz konusu olması için aranan bir diğer koşul işçinin işyerinde çalışmasının sakıncalı olmasıdır. Bu koşulun açık olmadığı ve farklı yorumlara sebep olduğu söylenmelidir. İşçinin işyerinde çalışmasındaki sakıncanın işçinin şahsına mı yahut işyerine mi ilişkin olduğu belirli değildir. Hükmün işçinin şahsını esas aldığı ve tıbbi gerekçelerle hastalığının ağırlaşmasının önlenmesi açısından onu korumaya yönelik düzenlendiği kabul edilebilir. Yine işçinin hastalığının, işyerinde iş güvenliğini tehlikeye düşürür nitelikte (ör. bulaşıcı) olması nedeniyle, işyerindeki işverenin, diğer işçilerin yahut müşteri gibi üçüncü kişilerin korunması amacı taşıdığı da söylenebilir. Kanaatimce hükmün, iki yorum açısından da uygulanabilmesi mümkündür³⁴.

İşçinin hastalığına dayalı olarak işveren feshi, İşK. 18 ve İşK. 25/I-b ile benzer şekilde düzenlemiştir. Hükmün gerekçesi incelendiğinde, İşK. 18 kapsamında yapılacak fesihlerde, hastalığın işçiyi çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını engellemesi aranmıştır. Bu bakımdan haklı neden olarak İşK. 25/I-b hükmünde yer alan tedavi edilemez hastalığın işçiyi çalışamaz duruma getiren nitelikte olması gerektiği şeklinde bir yorum yapılabilir. Ancak tedavi edilemez nitelikte olan bir hastalığın, işçiyi çalışamaz duruma getirmesi gerektiği şeklindeki kabul her somut olay

³³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, İşK. 25/I-b hükmüne dayanan fesihlerde işçiden savunma alınmasına gerek olmadığına hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay İBGK, 9/10, 19.10.2018.

³⁴ Değerlendirme için bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 856; Kartal (n 21) 133; Demir (n 21) 200-201; Arslan (n 23) 43; Ergin, Tedavisi Olanaksız (n 24) 58.

bakımından geçerli olmayacaktır³⁵. Örneğin, işçiyi çalışamaz duruma getirmeyen fakat tedavisi olmayan yahut çok uzun süreye yayılan bir bulaşıcı hastalık da İşK. 25/I-b kapsamında fesih sebebi olarak kabul edilebilecektir. Hüküm hem hasta işçiyi hem de işverenin diğer işçilerini ve toplumu koruma amacı taşır niteliktedir.

Fesih türleri arasındaki usul ve sonuç farklılıkları da yorum yapmaya imkân sağlar. İşK. 18 uyarınca hastalık nedeniyle yapılacak fesihlerde işveren, işçiye bildirim süresi tanınmalı, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmeli, işçinin savunmasını almalı ve feshi yazılı olarak yapmalıdır. Oysa İşK. 25/I-b uyarınca yapılan fesihlerde sözleşme derhal sona ermekte ve bildirim süresi söz konusu olmamaktadır. Her iki halde de işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı düşünüldüğünde, aradaki en temel farkın işçiye bildirim süresi tanınması bakımından ortaya çıktığı söylenmelidir. Böylece İşK. 25/I-b kapsamında yapılacak fesihlerde, tedavi edilemez hastalığın işçiyi çalışamaz duruma getirmese de, bildirim süresinde dahi işyerinde çalışmasına imkân tanımayacak nitelikte ve ağırlıkta olması gerekir³⁶.

c. Hastalığın ve Sakıncalı Durumun Sağlık Kurulunca Tespit Edilmesi

Sözleşmenin İş Kanunu 25/I-b hükmüne göre feshedilebilmesi için son koşul, işçinin tedavi edilemeyecek nitelikteki ve işyerinde çalışmasında sakınca doğuran hastalığının sağlık kurulu tarafından tespit edilmesidir. Açık düzenleme gereği “sağlık kurulu” dışında bir rapora dayanmak suretiyle iş sözleşmesi feshedilemez³⁷. Ancak sağlık kurulu raporunun devlet veya özel hastaneler tarafından düzenlenmiş olması fark yaratmamalıdır³⁸. Bu koşul bakımından tartışılması gereken iki önemli konu vardır.

³⁵ İş Kanunu 25/I-b hükmünün kullanılabilmesi için işçinin çalışamamasının değil tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olması ve bunun sakınca doğurması gerektiği yönünde bkz. Ekmekçi ve Yiğit (n 22) 818.

³⁶ İki hüküm ile hasta işçiler arasında ihbar tazminatı ve savunma hakkı bakımından ayırım yapıldığı ve eleştiriye açık olduğu yönünde bkz. Ergin (n 23) 120. Tedavi edilemez hastalığın tüm işyerleri için çalışmada sakınca doğurması başka bir ifade ile işçinin iş hayatının bitmesi anlamına geleceği yönünde bkz. Arslan (n 23) 43. Söz konusu işyerinde başka bir işte çalışmasının imkânsız olması gerektiği yönünde bkz. Çelik ve diğerleri (n 28) 648.

³⁷ Ergin, Tedavisi Olanaksız (n 24) 59; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 856; Ergin (n 23) 120; Sümer (n 13) 68; Demir (n 21) 204; Sümer, Uygulama (n 22) 440.

³⁸ Akyiğit (n 21) 1132; Kartal (n 21) 132. İtiraz sonucunda oluşan uyuşmazlıklarda son kararın Adli Tıp Kurumunda olacağı yönünde bkz. Demir (n 21) 204; Arslan (n 23) 44.

Birincisi, işçinin sağlık kurulu önüne çıkmaktan imtina etmesidir. Bu durumda nasıl bir yol izleneceği kanunda düzenlenmemiştir. İkincisi ise, hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğunu tespit eden kurulun, aynı zamanda işçinin işyerinde çalışmasının sakıncalı olup olmadığı bakımından da bir karar vermesidir³⁹. Tıbbi yönden hastalığın niteliğinin belirlenmesi ile işyerinde o hastalığın sakınca doğurması farklı teknik değerlendirmeler gerektirir.

İşçinin işverenin talebi ile yahut kendi inisiyatifi ile sağlık kuruluna başvurması halinde, kurul tarafından düzenlenen rapora göre hareket edilir. Kurul raporu olmaksızın iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği, işçinin sağlık kontrolünden geçmesinin kendi iradesine bağlı olduğu, işverenin bu konuda zorlayıcı bir yetkisinin olmadığı düşünüldüğünde hükmün uygulama alanının oldukça daraldığı haklı olarak ifade edilmiştir⁴⁰. Gerçekten iş sözleşmesinin feshedileceği bir durumda işçinin sağlık raporu almaktan kaçınması mümkündür. Doktrinde böyle bir halde işçiden sağlık kurulu raporu getirmesinin istenebileceği, makul bir süre tanınan işçinin raporu getirmemesi halinde sözleşmesinin İşK. 25/II uyarınca bildirimsiz feshedilebileceği ifade edilmiştir⁴¹.

Tartışılması gereken bir diğer konu, işçinin hastalığının tedavi edilemez nitelikte olduğunu tespit eden sağlık kurulunun aynı zamanda bu hastalık nedeniyle işyerinde çalışmasının da sakınca doğurup doğurmayacağını belirleyecek olmasıdır. Sağlık kurulunun hastalığın niteliğine ilişkin tespitinin yerindeliği tartışma dışıdır. Ancak hastalığa sahip işçinin işyerinde çalışmasının sakınca doğurup doğurmayacağı konusundaki değerlendirmenin sağlık kurulu tarafından yapılması tartışılması gereken bir konudur. Hastalığın, işçinin sadece somut olaydaki işyerinde değil de objektif olarak hiçbir işyerinde çalışmasına imkân vermeyecek nitelikte olması halinde sağlık kurulunun bu yönde rapor düzenlemesi mümkün görülmelidir. Ancak işyerinin niteliğinin de dikkate

³⁹ “İşçinin tutulduğu hastalığın tedavisinin bulunmaması yanında, işyerinde çalışmasının sakıncalı olması da sağlık kurulunca belirlenmelidir. Kanun'un 25/I-b maddesindeki bu düzenlemeye göre her iki şartın da bir arada bulunması gerekir.”. Yargıtay 9 HD, 34608/17263, 02.11.2017; Yargıtay 7 HD, 19392/13320, 30.06.2015; Yargıtay 22 HD, 6928/9773 25.04.2014; Yargıtay 9HD, 5816/30572, 10.11.2008.

⁴⁰ Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları* (9. Baskı, Beta Yayınevi 2018) 227. Aksi yönde değerlendirme için bkz. Kartal (n 21) 135-136

⁴¹ Demir (n 21) 204.

alındığı hallerde bu yöndeki teknik değerlendirmenin sağlık kurulunda yer alan hekimler yerine iş sağlığı ve güvenliği profesyonelleri tarafından yapılmasının daha uygun olup olmadığı irdelenmelidir.

Bu hususların 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu⁴² ile birlikte değerlendirilmesi uygun olacaktır. Yürürlük tarihi 4857 sayılı İş Kanunu sonrası olan 6331 sayılı Kanun, işyerinde sağlık ve güvenliğin sağlanması amacıyla işveren için birçok kapsamlı yükümlülük getirmiştir. Söz konusu yükümlülüklerden biri de işverenin sağlık gözetimidir. İşveren, tehlike sınıfına bakılmaksızın tüm çalışanlarının başta işe girişlerinde olmak üzere belirli durumlarda ve aralıklarla sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır⁴³. Bu yükümlülüğe uyulmamasının yaptırımı olarak idari para cezası düzenlenmiştir. Ayrıca iş kazası ve meslek hastalığının gerçekleşmesi halinde, sağlık gözetimi yükümlülüğüne uyulmaması işverenin sorumluluğu belirlenirken dikkate alınacaktır⁴⁴. 6331 sayılı Kanun kapsamında alınacak sağlık raporları işyeri hekiminden alınacaktır. İşyeri hekimi tarafından verilen rapora itiraz Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen hakem hastanelere yapılır ve verilen kararlar kesindir (İSGK. 15/3).

Doktrinde sonradan yürürlüğe giren 6331 sayılı Kanunun, İş Kanunu 25/I-b hükmünde yer alan sağlık kurulu raporu alınması şartını zımnen ortadan kaldırdığı ileri sürülmektedir. Buna göre, işyeri hekiminin işçinin işyerinde çalışmasında sakınca olduğu yönündeki raporu, işverenin İşK. 25/I-b uyarınca sözleşmeyi feshedebilmesi için yeterli görülmelidir. Kanunda yapılacak değişiklik ile işçinin tedavi edilemez nitelikte hastalığa tutulduğunun ve işyerinde çalışmasının sakıncalı olduğunun, işyeri hekimi yahut sağlık kurulunca saptanması halinde işverenin bildirimsiz fesih hakkına sahip olacağı belirtilmelidir⁴⁵. Kısmen katıldığımız bu görüşe, tedavi edilemez nitelikte hastalığın,

⁴² İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Kanun Numarası: 6331, Kabul Tarihi: 20.06.2012, RG 30.06.2012/28339.

⁴³ Bu kapsamda işveren çalışanlarının işe girişinde, iş değişikliğinde, iş kazası ve meslek hastalığı yahut sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri halinde ve işin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla çalışanlarına sağlık muayenesi yaptırmak zorundadır (İSGK.15/1).

⁴⁴ Haluk Hadi Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (7. Baskı, Seçkin Yayınevi 2024) 191.

⁴⁵ Ergin, Tedavisi Olanaksız (n 24) 60. Kanundaki açık ifade karşısında bu yönde bir yorum yapılamayacağı ve işverenin işyeri hekiminin raporuna dayanarak fesih hakkına sahip olamayacağı

tespit ve tetkiki için birden çok tıp uzmanlığı içeren daha kapsamlı bir incelemenin gerekmesi nedeniyle, işyeri hekimlerine bu yönde bir yetki tanınmayacağı eleştirisi getirilebilir. Ancak tıp etiği gereğince işyeri hekiminin uzmanlığını aşan yahut ek tahlil ve tektik gerektiren hastalıklar bakımından işçinin uygun hastanelere sevkini sağlamak zorunda olduğu açıktır. Buna ek olarak hastalığın niteliğine ilişkin değerlendirmenin sağlık kurulunca yapılması makul olsa da, hastalığın işçinin işyerinde çalışmasında yarattığı riskler ve sakıncalar bakımından bu konuda özel olarak eğitim alan işyeri hekimlerinin daha yetkin olduğunun kabulü gerekir. Özellikle tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri açısından bu değerlendirmenin işyeri hekimleri tarafından yapılması daha uygundur. Tıp biliminin diğer uzmanlık alanlarında olduğu gibi işyeri hekimliği de belirli bir eğitim gerektiren ayrı teknik değerlendirmeler yapılmasını zorunlu kılan bir alandır. Kanaatimce, tedavi edilemeyecek nitelikte hastalığa tutulan işçinin işyerinde çalışmasında sakınca olduğunu belirten işyeri hekimi raporu, işverenin sözleşmeyi İşK. 25/I-b hükmü uyarınca bildirimsiz feshi için yeterli ve gerekli olmalıdır.

İşyeri hekimi tarafından verilecek raporun, feshe dayanak teşkil edebilmesinin bir diğer olumlu sonucu da, işçinin sağlık kurulu raporu almaktan imtina etmesi hali için söz konusu olacaktır. Sağlık muayenesi işin devamı süresince çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre periyodik olarak tekrarlanır. İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik⁴⁶, işyeri hekiminin görevlerini düzenlediği 9. maddesinde işyeri tehlike sınıfına göre, periyodik muayenelerin en geç hangi sürelerle tekrarlanacağını belirtmiştir. Muayenelerin tekrarlanması bakımından çalışanların kişisel durum ve özellikleri dikkate alınacaktır⁴⁷. Dolayısıyla işyeri hekiminin gerekmesi halinde işçinin tedavi edilemez hastalığı olup olmadığı yönünde bir sağlık muayenesi yapması her zaman mümkün olmalıdır. Ek tahlil ve tetkik gerekmesi yahut bir uzmanlığa başvurulması gereken hallerde ise, işyeri hekiminin sağlık kuruluşuna sevk işlemine işçinin uyması ve rapor alması zorunlu

yönünde bkz. Serkan Odaman, 'İş Sözleşmesinin Sağlık Nedenleriyle İşveren Tarafından Derhal Feshinde Savunmanın Gerekmemesi (Karar İncelemesi)' (2019) (42) Sicil İHD 223 dn.26.

⁴⁶ İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik, RG.20.07.2013/28713.

⁴⁷ Sümer, İş Sağlığı (n 44) 190.

olacaktır. Bu yükümlülüğe uymayan işçinin sözleşmesinin İşK. 25/II uyarınca feshedilebileceği kabul edilmelidir⁴⁸.

3. İş Kanunu 25/1-b Hükmünün HIV Enfeksiyonu için Uygulanabilirliği

İş Kanunu 25/I-b hükmüne dayanarak yapılacak fesihlerde HIV pozitif işçi ile enfeksiyonun son aşaması olan AIDS hastalığı bakımından ayrı değerlendirme yapılması gerekir. HIV enfeksiyonu son yıllardaki gelişmelerle birlikte tedavisi olan bir hastalık olarak kabul edilmektedir. ART uygulanan kişiler, HIV negatif kişilerle benzer yaşam sürelerine sahip olmaktadır. Ancak, enfeksiyonun tespit edildiği aşama, tedaviye başlama zamanı gibi etkenler başarı oranını etkilemektedir⁴⁹. ART uygulanan kişilerde vücuttaki virüs yükünün azalması ile birlikte bulaştırma riski de ortadan kalkabilmektedir. Bu durumdaki HIV pozitif bir işçinin iş sözleşmesinin İşK. 25/I-b hükmüne dayanarak feshedilmesi mümkün olmamalıdır.

Antiretroviral tedavi uygulanan HIV pozitif kişilerde, tedavinin ömür boyu sürdüğü ve hastalığın kronik bir rahatsızlık olarak kabul edildiği söylenmelidir. Yine vücudun tedaviye verdiği cevapla ilişkili olarak bulaşıcılığın belirli bir süre devam edebilmesi mümkündür. Nitekim, kronik rahatsızlıklar ve bulaşıcı hastalıkların da, tedavi edilemez nitelikte olduğu kabul edilebilir.

İşçinin işyerinde çalışmasındaki sakınca, işçinin şahsına ya da işyerine ilişkin olabilir. Kanaatimce işyerine ilişkin yapılacak değerlendirmede HIV enfeksiyonu çalışma bakımından sakınca yaratacak bir hastalık olarak değil, iş sağlığı ve güvenliği riski olarak ele alınmalıdır. İşyerinde görülen işin niteliği, işyerinin özellikleri gibi kriterler, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin türünü ve ağırlığını belirleyecektir. Tüm önlemler alınsa dahi bulaşma imkanının ortadan kaldırılamadığı iş/işyeri için aksi yönde bir yorum yapılabilecekse de, böyle bir iş/işyeri veya meslek kolundan bahsetmek pek mümkün

⁴⁸ İşçinin haklı mazereti olmaksızın periyodik muayeneden kaçınması halinde zorla muayene yaptırılması gibi bir durumun söz konusu olamayacağı ancak İşK. 25/II e, h ve i bentleri kapsamında işverenin bildirimsiz fesih hakkı olacağı yönünde bkz. Hediye Ergin, 'Periyodik Sağlık Kontrolünden Kaçınan İşçinin İş Sözleşmesinin Derhal Feshi' (2019) (42) Sicil İHD 173, 183.

⁴⁹ Mora, Mallolas and Ambrosioni (n 1) 539.

değildir⁵⁰. Fazlaca örnek verilmeleri yönüyle⁵¹ tıp sektöründe çalışanları ele almak gerekirse, bir dişçinin, cerrahın veya hemşirenin⁵² HIV taşıyıcısı bir kişiye sağlık hizmeti vermekten kaçınması/çekilmesi ahlaki ve etik ilkeler açısından uygun değildir. Sağlık hizmeti sunmaları beklenen kimselerin kendilerinin HIV enfeksiyonuna yakalanmalarının, yaptıkları işin niteliği gereği çalışmasında sakınca yaratacağından

⁵⁰ Portekiz’de bir davada Mahkeme, haksız işten çıkarma iddialarını incelemiştir. Şikâyetçi, dört yıldızlı bir otelin restoranında aşçı olarak birkaç yıl boyunca istihdam edilmiştir. HIV testi pozitif çıkınca işten çıkarılmıştır. Mahkeme şikâyetçinin artık mutfakta çalışamayacağını, iş arkadaşları veya otelin müşterileri için tehlike oluşturabileceği sonucuna varmıştır. Mahkeme, işten çıkarmanın ayrımcılık teşkil etmediğine, feshin iş sözleşmesinin ifasının imkansızlığı nedeniyle haklı olduğuna karar vermiştir. Supreme Court of Justice/ Supremo Tribunal de Justiça, Mário Pereira v. Sociedade Hoteleira de BB, SA, Case No. SJ20080924037934, Judgment of 2 September 2008. Bkz. ILO, 2013 (n 10) 112. İşverenin HIV pozitif olduğunu işçinin sözleşmesini derhal feshettiği bir uyuşmazlıkta Güney Afrika İş Mahkemesi işçinin HIV statüsü nedeniyle ayrımcılığa uğradığına ve sözleşmenin haksız feshedildiğine hükmetmiştir. South African Labour Court, Gary Shane Allpass v. Mooikloof Estates (Pty) Ltd, Case No. JS178/09, Judgment of 16 February 2011. Bkz. ILO, 2013 (n 10) 67. İşçinin HIV statüsünün ortaya çıkması ile birlikte işverenin işçinin ücretini ödediği ancak işçiyi işyeri dışında tuttuğu ve işçinin sözleşmeyi feshederek manevi tazminat ve ayrımcılık tazminatı talep ettiği bir uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesi ayrımcılık tazminatının kabulüne karar vermiştir. Kararın temiz edilmesi ile birlikte Yargıtay, “ ... Yerel mahkemenin kabulünde olduğu üzere iş sözleşmesi işçinin istifasıyla sonlanmış olup, yerel mahkemece dosyadaki mevcut doktor raporlarında davacının mevcut rahatsızlığının ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasına engel oluşturmayacağı ve sağlık durumunun çalışmasına engel olmadığı halde işyeri dışında tutulmasının ayrımcılık niteliği taşıdığı kabul edilmiş ise de, davacının mevcut hastalığının bulaşıcı olduğu gözönüne alındığında bu hastalığının işçinin çalışmasına engel olmadığı keyfiyeti ile çalıştırılması halinde diğer işçiler için sakınca oluşturabileceği hususu birlikte değerlendirildiğinde, işverenin diğer çalışanlarını korumak saiki ile davrandığı anlaşılmaktadır. İşverenin bu eyleminin ayrımcılık olarak nitelendirilmesi yerinde olmadığı.” gerekçesi ile hükmü bozmuştur. Bkz. Yargıtay 9 HD, 28499/24767, 01.10.2013. İlk derece mahkemesi bozma kararına uymuştur. Uyuşmazlıkla ilgili Anayasa Mahkemesine başvuru neticesinde, Mahkeme “kesici aletlerin kullanıldığı, az da olsa iş kazaları ve yaralanmaların meydana gelebileceği işyerinde HIV hastalığının bulaşma riskinin -küçük bir ihtimal de olsaciddiye alınması gereken bir risk oluşturduğu kuşkusuzdur. Bu bakımdan işverenin şirketindeki diğer çalışanları korumak konusunda endişe duyarak hareket ettiği, bunun da meşru bir amaç olduğu” kabul etmiştir (para.96). Ancak, “başvurucunun haksız olarak işten ayrılmaya zorlandığı yönündeki esaslı iddiasının Derece Mahkemesi kararlarında hiç incelenmemiş olması, ikinci olarak iş yerinde alternatif iş imkanlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmaması nedenleriyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve özel hayata saygı hakları bakımından kamu makamlarının pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedikleri kanaatine” varmıştır (para.100). Bkz. Anayasa Mahkemesi, 2014/19081 01.02.2017.

⁵¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. II, B.

⁵² Davalının, davacının HIV durumunun hastane personeli ve hastaları için risk teşkil etmesi nedeniyle feshin haklı olduğunu savunduğu bir davada, Mahkeme, yardımcı hemşire olarak şikâyetçinin ne hastane personeli ne de hastalar için bir risk teşkil etmediğini tespit ederek bu argümanı reddetmiştir. High Court of Lagos State, Georgina Ahamefule v. Imperial Medical Centre and Dr. Alex K. Molokwu, Case No. ID/1627/2000, Judgment of 27 September 2012 Nigeria. Bkz. ILO, 2013 (n 10) 76.

bahisle haklı fesih sebebi olarak kabul edilmesi de, başta çalışma özgürlüğü olmak üzere temel insan haklarına ve ahlaka aykırı olacaktır⁵³.

İşçinin işyerinde çalışmasındaki sakıncanın işçinin şahsına ilişkin olduğu durumlarda ise farklı bir yorum yapmak gerekir. AIDS, HIV pozitif kişilerin tedavi almadıkları, geç kaldıkları yahut tedaviye cevap alamadıkları durumlarda gelişen⁵⁴, kişinin yaşam süresini oldukça azaltan ve yaşam kalitesini düşürebilen bir hastalıktır⁵⁵. AIDS hastalığına sahip kişinin çalışma gücünde zamanla azalma meydana gelmesi çok muhtemeldir. Süreç içerisinde vücudun bağışıklık sistemi zayıfladığından, kişi diğer mikrop, virüs vb. etkenlerden zarar görmeye daha açıktır. Bu durumdaki işçinin kendisinin korunması açısından, işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu yönünde bir rapor düzenlenmesi ve işverenin sözleşmeyi fesih yetkisine sahip olma olasılığı vardır. Yine fiziksel güç gerektiren işler bakımından bu işçilerin çalışmasında sakınca görülebilir. HIV enfeksiyonunun işçinin şahsı bakımından yarattığı sakınca sağlık kurulu raporu ile teyit edilmiş ise, işçinin sağlığının korunması amacıyla İşK. 25/I-b uyarınca fesih söz konusu olabilecektir.

B. Hasta İşçinin Davranışından Doğan Fesih Sebebi

1. İşçinin Hastalık Nedeniyle Devamsızlığı

a. Kusurlu Davranışı Nedeniyle Hastalığa Yakalanması

İş Kanunu 25/I-a hükmünde “İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş

⁵³ “Gerçek veya varsayılan HIV durumu, kişinin işine son vermenin gerekçesi yapılmamalıdır. HIV/AIDS’le ilgili hastalık veya bir hastaya bakma sorumluluğu nedeniyle geçici olarak işe gelememe, 1982 tarihli İşe Son Verme Sözleşmesi de dikkate alınarak, başka sağlık nedenleriyle işe gelememe durumlarında geçerli uygulamalar neyse aynı çerçevede ele alınmalıdır.”. ILO, HIV ve AIDS Tavsiye Kararı No.200, para.11. Bkz. https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:2551501.

⁵⁴ Tedavi başarı oranına ilişkin değerlendirme için bkz. Eisinger, Dieffenbach and Fauci (n 13) 451; Mora, Mallolas and Ambrosioni (n 1) 539.

⁵⁵ Basavaraj, Navya and Rashmi (n 16) 77-78.

günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi” işveren bakımından haklı neden olarak düzenlenmiştir.

İşçinin hastalığa yakalanmasına neden olan kasta varmayan hafif yahut ağır kusurları hükmün uygulanmasına imkân vermeyecektir⁵⁶. HIV enfeksiyonuna sahip işçinin hastalığa kasten yakalanması gibi bir durum çok istisnai ve ekstrem bir örnek olarak ele alınmalıdır. Doktrinde kişinin gerekli önlemleri almaksızın HIV enfeksiyonu taşıdığını bildiği eşiyile yahut başka bir kişi ile cinsel münasebette bulunmasının bu kapsamda değerlendirilebileceği ifade edilmiştir⁵⁷.

“İşçinin derli toplu olmayan yaşayışı” ifadesi kanunda tanımlanmış değildir. Kural olarak işçinin özel hayatındaki yaşayışı iş ilişkisini etkilememelidir⁵⁸. Ancak kişinin gece hayatına, farklı biçimleri ile eğlenceye, kumara aşırı zaafı ve düşkünlüğü hastalığa neden olarak iş ilişkisini etkilediği oranda fesih sebebi olabilir⁵⁹. Hükümde içkiye düşkünlük ayrıca düzenlenmiş olsa da, içki ve uyuşturucunun fazlaca kullanımı da derli toplu olmayan yaşayışa sebep olmaktadır⁶⁰. Kişinin bu yaşam biçimi içinde uyuşturucu ve alkol etkisinde cinsel münasebette bulunduğu kişilere dikkat etmemesi ve ihmali hareketleri ile HIV enfeksiyonuna yakalanması söz konusu olabilir. Aşırı cinsel istek sonucu normalin çok üstünde ve kontrolsüz ilişki yaşama sonucunda HIV ile enfekte olunması da örnek verilmiştir⁶¹. Yine enjektör paylaşılması yoluyla uyuşturucu kullanımı HIV bulaşma sebepleri bakımından ciddi bir yere sahiptir⁶².

⁵⁶ Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I* (5. Baskı, Beta Yayınevi 2014) 437; Ergin (n 23) 107; Kartal (n 21) 109; Demir (n 21) 189; Arslan (n 23) 28; Çelik ve diğerleri (n 28) 647; Süzek ve Başterzi (n 21) 720; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 854; Akyiğit (n 21) 1129.

⁵⁷ Şükran Ertürk, ‘İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları’ (2002) 4 (2) DEÜHFD 1, 21.

⁵⁸ Nurşen Caniklioğlu, *Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi* (1. Baskı, Beta Yayınevi 2002) 240; Ergin (n 23) 109; Kartal (n 21) 110.

⁵⁹ Demir, (n 21) 191; Caniklioğlu (n 58) 241; Ergin (n 23) 109; Kartal (n 11) 111; Süzek ve Başterzi (n 21) 721.

⁶⁰ Ergin (n 23) 111; Kartal (n 21) 112; Demir (n 21) 192; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 855.

⁶¹ Arslan (n 23) 29.

⁶² Ertürk (n 57) 21.

Sonuç olarak işçi kasten veya derli toplu olmayan yaşayışa sahip olması nedeniyle kusuruyla HIV enfeksiyonuna yakalanabilir. Ancak hükmün uygulanabilmesi için işçinin enfeksiyona yakalanması yeterli olmayıp ardı ardına üç iş günü veya bir ayda⁶³ beş iş gününden fazla süren devamsızlığının olması gerekir⁶⁴. HIV enfeksiyonu ilk aşamada grip benzeri semptomlar göstererek devamsızlığa neden olabileceksin de, işçinin bilgi vermesi hariç olmak üzere işverenin fesih sebebini ispat etmesi neredeyse imkansızdır. AIDS aşamasında ise devamsızlık yapması ihtimali yüksek olmakla beraber aradan geçen uzun zaman nedeniyle hastalığa yakalanma şeklinin dikkate alınması olanağı düşüktür⁶⁵. Bu sebeplerle HIV enfeksiyonu bakımından ilgili hükme dayanarak bildirimsiz fesih imkânı teorik olarak mümkün, pratik olarak ise yok denilecek kadar azdır.

b. Kusuru Dışında Hastalığa Yakalanması

İş Kanunu 25/I,b-2 hükmüne göre, “(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar.”. Doktrinde⁶⁶ belirtildiği şekilde işçinin kusuruna dayanan ve dayanmayan hastalık nedeniyle devamsızlık ayırımını kullansak da, İşK. 25/I-a hükmünde sayılan üç durum dışında kalan ve işçinin kasta varmayan kusurunun bulunduğu hallerde de bu hükmün uygulanacağı söylenmelidir⁶⁷. Hastalığın işverene fesih imkânı vermesi devamsızlığın İşK. 17’de yer

⁶³ “Ay” ifadesi ile kastedilen takvim ayı değil, son devamsızlıktan geriye doğru hesaplanacak bir aylık süredir. Bkz. Sümer, Uygulama (n 22) 439; Tunçomağ ve Centel (n 40) 226. “Maddede geçen “bir ay” takvim ayı olmayıp, işçinin kusura dayanan hastalık veya sakatlık ya da derli toplu olmayan yaşantısı sebebiyle işe gidemediği ilk günü takip eden bir aylık süredir.”. Yargıtay 9 HD, 8297/17695, 08.10.2018. Aynı yönde bkz. Kartal (n 21) 114; Demir (n 21) 197; Arslan (n 23) 32; Çelik ve diğerleri (n 28) 647; Süzek ve Başterzi (n 21) 721.

⁶⁴ Ulusal bayram ve genel tatil günleri ile sözleşmesel tatil günlerinin hesaba dahil olmadığı yönünde bkz. Kartal (n 21) 114; Caniklioğlu (n 58) 114; Demir (n 21) 197; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 855. Devamsızlığın beş iş gününden fazla sürmesi arandığı için en az altı günlük sürenin geçmesi gerektiği yönünde bkz. Arslan (n 23) 32.

⁶⁵ Genel olarak bir hastalığın işçinin özel hayatından kaynaklandığının tespiti ve ispat açısından zorluklar nedeniyle hükmün uygulama alanının dar olacağı yönünde bkz. Ergin (n 23) 110; Demir (n 21) 191.

⁶⁶ Akyiğit (n 21) 1128; Kartal (n 21) 106 vd; Caniklioğlu (n 58) 234 vd.; Ekmekçi ve Yiğit (n 22) 817 vd; Demir (n 21) 204; Narmanlioğlu (n 56) 436.

⁶⁷ Odaman, Sağlık Nedeni (n 45) 224; Çelik ve diğerleri (n 28) 648; Sümer, Uygulama (n 22) 442; Kartal (n 21) 117; Demir (n 21) 207; Süzek ve Başterzi (n 21) 721.

alan ihbar sürelerini altı hafta aşmasına koşuluna bağlanmıştır⁶⁸. Bu sürenin bitmesinden itibaren doğan fesih hakkı, işçi hastalık nedeniyle işe dönmediği sürece devam edecektir⁶⁹. Bekleme/zorunlu askı süresine ilişkin hükmün nisbi emredici niteliği gereği, hem ihbar süresi hem de ilave edilen altı haftalık süre iş veya toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilir ancak azaltılamayacaktır. Bu durumda fesih hakkının kullanılması için artırılan süreler dikkate alınmalıdır⁷⁰. Yargıtay da bu yönde karar vermektedir⁷¹.

İşverenin fesih hakkını kullanabilmesi için bekleme süresinin kesintisiz geçmesi ve devamsızlığın fiili olması gerekir⁷². Yoksa işçinin bekleme süresini aşan bir rapor alması tek başına fesih sebebi oluşturmaz⁷³. Tek rapora dayanarak yapılan devamsızlık gibi fasıla olmaksızın birbiri ardına alınan raporların da feshe dayanak teşkil edebileceği kabul edilmelidir⁷⁴.

Diğer hastalıklar gibi HIV enfeksiyonu bakımından da hükmün uygulanabilir olduğu söylenmelidir. Çoğu durumda HIV enfeksiyonu, işçiye “*kanunun düzenlediği şekliyle*” kusuru olmaksızın bulaşmaktadır. İşçinin güvendiği ve HIV pozitif olduğunu bilmediği (çoğu zaman bu kişinin de hastalığını farkında olmadığı) partneri ile yaşadığı cinsel ilişki sonucunda hastalığa yakalanmasında durum böyledir. Kan veya organ nakli esnasında

⁶⁸ Belirli süreli iş sözleşmesinde bildirim sürelerinin söz konusu olmaması hükmün uygulanması bakımından bir yanılgıya neden olmamalıdır. Belirli süreli iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçinin kıdemi esas alınarak bekleme süresi belirlenmelidir. Bkz. Kartal (n 21) 121; Arslan (n 23) 34. Bekleme süresi, ilk devamsızlıktan itibaren hesaplanacaktır. Bkz. Caniklioğlu (n 58) 249; Ekmekçi ve Yiğit (n 22) 820.

⁶⁹ Demir (n 21) 210; Ekmekçi ve Yiğit (n 22) 820.

⁷⁰ Tunçomağ ve Centel (n 40) 227; Arslan (n 23) 36; Demir (n 21) 210; Kartal (n 21) 121; Ergin (n 23) 124; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 857. İhbar süresinin artırılması halinde, bekleme süresinin Kanunda öngörülen süreye göre hesaplanması gerektiği yönünde bkz. Caniklioğlu (n 58) 248.

⁷¹ “Davalı işveren İş Kanunu'nun 25/1. maddesine dayalı fesih gerçekleştirmiş olup bu fesih bakımından fesih tarihinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesi 59. maddesine göre rapor süresi 18 ay ve daha fazlası olmalıdır. Oysa ki feshe esas teşkil eden son rapor 60 gün süreli olup değinilen madde hükmü karşısında işverenin haklı fesih hakkı doğmadan gerçekleştirdiği anlaşılmakla...”. Yargıtay 9 HD, 25426/19221, 24.10.2018.

⁷² Kartal (n 21); Demir (n 21) 211; Ekmekçi ve Yiğit (n 22) 820; Sümer, Uygulama (n 22) 442.

⁷³ Caniklioğlu (n 58) 250. İşçinin rapor süresinde iyileşme ihtimalinin olmaması halinde işverenin süreyi beklemesine gerek olmadığı yönünde bkz. Kartal (n 21) 123.

⁷⁴ “Somut uyuşmazlıkta, dosya içeriğine göre davacının 16.02.2011-22.06.2011 tarihleri arasında birbiri ardına toplam 126 gün süreyle istirahatli olduğu anlaşılmakla ihbar öneli ile 6 haftalık süreyi aşan 28 gün için kıdem tazminatı hesabı yapılmamalıdır.”. Yargıtay 9 HD, 18182/6283, 24.06.2020.

gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi ile kişinin hiçbir kusuru olmaksızın HIV enfeksiyonu kapması mümkündür⁷⁵. Yahut ekstrem bir örnek olarak işçi HIV enfeksiyonu bulaştırma suçunun mağduru olabilecektir. Başka bir ifade ile İşK. 25/I-a hükmünde yer alan hastalığa yakalanma sebepleri (işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak) dışındaki tüm haller bu kapsamda değerlendirilmelidir.

HIV enfeksiyonunun safhaları düşünüldüğünde bu derecede devamsızlığa yol açacağı dönemin AIDS safhası olması beklenebilir. Bu dönemde işçinin sağlığı ciddi anlamda bozulmakta, işgöremezlik artmaktadır. Ancak diğer koşulların da varlığı halinde işverenin İşK. 25/I-b hükmüne dayanan fesih iradesinde bulunması daha olası görünmektedir. Ancak sağlık kurulunun işçinin çalışmasında sakınca olduğuna ilişkin raporu yoksa, bildirim sürelerini altı hafta aşan rapora dayanarak yapılan devamsızlık halinde işverenin sözleşmeyi haklı nedenle feshi mümkün olacaktır.

2. İşçinin Bilgilendirme Yükümlülüğüne Aykırı Davranışı

İşçinin iş ilişkisinin kurulmasında ve devamında HIV statüsü ile ilgili işverene bilgi vermek zorunda olup olmadığı ve bilgi vermemesinin işverene sözleşmeyi bildirimsiz fesih imkânı tanıyıp tanımadığı tartışılması gereken bir diğer konudur. HIV enfeksiyonu, sebep olduğu sağlık sorunları dışında birçok disiplin bakımından farklı etik ikilemlerin merkezinde yer almaya devam etmektedir. Bu disiplinlerden biri de çalışma hayatında yer alan HIV pozitif işçiler açısından iş hukuku olmaktadır. Mahremiyet hakkı ile toplumun korunması ve işyerinde sağlık ve güvenliğin sağlanması, hastalığın bildirim zorunluluğu ve kişisel verilerin korunması arasındaki çıkar çatışmaları bunlara örnek olarak verilebilir. Dolayısıyla değerlendirmenin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu⁷⁶ ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümleri ile birlikte yapılması gerekmektedir. Söz konusu etik ikilemler işçinin HIV statüsünü açıklaması açısından farklı görüşleri kabul etmeyi mümkün kılmaktadır.

⁷⁵ Ertürk (n 57) 20-21.

⁷⁶ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kanun Numarası: 6698, Kabul Tarihi: 24.03.2016, RG 07.04.2016/29677.

Ağırlıklı olarak kabul gören yaklaşım HIV pozitif işçinin işe girişinde ve devamında HIV statüsüne ilişkin bilgi vermek zorunda olmadığı yönündedir⁷⁷. Hastalığa yakalanmış kişilerin çoğu zaman, bu bilgiye sahip kişilerce sosyal olarak dışlandıkları, ayrımcılık ve damgalamaya maruz kaldıkları bilinmektedir. Çalışma hayatında da aynı zorluklarla mücadele ettikleri söylenmelidir⁷⁸. HIV pozitif olduğunu açıklayan bir kişinin işe alınmaması yahut işe devam ediyorsa sözleşmesinin feshedilmesi, işyerindeki diğer işçilerin aynı işyerinde bulunmak istememesi olasılığı maalesef yüksek olmaktadır. HIV enfeksiyonu da diğer sağlık problemleri gibi ele alınmalıdır. HIV ile ilişkili potansiyel işyeri sorunlarının çoğu, virüsün nasıl bulaştığına dair bir anlayış ve bilgi eksikliğinden kaynaklanmaktadır. HIV ile yaşayan bir kişiyle normal sosyal veya iş temasında risk bulunmaz. Ancak bu durum, hastalığın işyerlerinde hiçbir tehlike yahut riske sebebiyet vermediği anlamına da gelmeyecektir. Bu yaklaşımda olanların dahi büyük çoğunluğu işin veya işyerinin niteliklerinin gerekli kıldığı durumlarda işçinin HIV statüsünü açıklaması gerektiğini ifade etmektedir⁷⁹.

HIV pozitif işçi adayının yahut sözleşmenin devamında işçinin, hastalığını açıklamakla yükümlü olması için, yapılacak iş, bulaşma riski barındırmalıdır. Doktrinde verilen örneklerin çoğunun sağlık sektörünü ilgilendiren, doktorlar, hemşireler, hasta bakıcılar, ebeler, diş hekimleri, laborantlar, ilk yardım görevlileri vb. oldukları görülmektedir⁸⁰. Hastalığın kanla ve vücut sıvıları ile bulaşma riski düşünüldüğünde bunu doğal karşılamak gerekir. Örneğin, Kızılay'da kan almakla görevli bir hemşirenin HIV

⁷⁷ Ertürk (n 57) 9; Canan Ünal, 'İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler' içinde Tankut Centel (edt), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III* (1. Baskı, Onikilevha Yayınevi 2018) 278; Eda Manav, 'İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması' (2015) 19 (2) GÜHFD, 95, 118; Fatma Koç, *İş İlişkisinde Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi* (1. Baskı, Onikilevha Yayınevi 2022) 253. "Hiçbir işçi HIV testi yaptırmaya ve HIV durumunu açıklamaya zorlanmamalıdır.". ILO, Tavsiye Kararı (n53) para.3/i.

⁷⁸ HIV enfeksiyonuna yakalanan kişilerin çalışma hayatında yaşadığı ayrımcılık ve damgalamaya yönelik geniş bilgi için bkz. Zorlu ve Çalım (n 4) 174 vd; Radipati (n 3) 401-402; Akgül, Çalışkan ve Öner (n 9) 28.

⁷⁹ Nazlı Elbir, *Kişiliğinin Korunması Bağlamında İşçiye Ait Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, Yetkin Yayınevi 2020) 276; Ertürk (n 57) 9; Ünal (n 77) 279; Manav (n 77) 118; Koç (n 77) 254.

⁸⁰ K. Ahmet Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları* (1. Baskı, Legal Yayınevi 2006) 173; Koç (n 77) 254; Ertürk (n 57) 10. İngiltere'de HIV enfeksiyonu olan doktor, hemşire ve diş hekimlerinin çalışmasını yasaklayan düzenlemenin 2013 yılında kaldırıldığı ve bu durumda olan 110 kişinin mesleklerine geri dönebileceği yönünde bkz. Zorlu ve Çalım (n 4) 177; <https://www.theguardian.com/society/2013/aug/15/hiv-restrictions-health-workers-lifted>.

statüsü ile ilgili işverene sorulmadan açıklama yapmakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir. Bulaşma riskinin neredeyse hiç olmadığı bir işte, AIDS hastalığının ilerleyen safhalarında olan bir işçi adayının, fiziksel güç gerektiren bir işe başvururken yine hastalığını açıklamakla yükümlü olduğu söylenebilecektir.

İşçinin HIV statüsünü açıklamak zorunda olmadığı kabul edilmesi halinde, işverenin bu konuda soru sormasının ve bazı tıbbi testleri istemesinin de mümkün olup olmadığı ayrıca tartışılmalıdır. İş görüşmelerinde işverenin soru sorma hakkının sınırlarını Türk Medeni Kanunu⁸¹ 2/1 uyarınca dürüstlük kuralı belirler. İşverenin soru sorma hakkı ve işçinin kişilik hakkı arasındaki çıkar çatışması söz konusudur. İşverenin haklı ve korunmaya değer üstün bir yararının olması halinde, soru sorma hakkı kabul edilebilir⁸². Hastalık, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle kişinin işgücü kabiliyetlerini sınırlyorsa, işveren bu konuda soru sorabilecektir⁸³. İşçinin bulaşıcı hastalığı olup olmadığına ilişkin bir soruya da cevap vermesinin gerekli olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki, İşK. 24/I-b hükmü gereğince işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması bildirimsiz fesih sebebi olarak düzenlenmiştir. İşverenin diğer işçilerinin bu hükme dayanarak sözleşmelerini feshetme ihtimali karşısında, aday işçinin kural olarak HIV statüsünü açıklaması beklenebilir⁸⁴. Ancak doktrinde, HIV enfeksiyonunun bulaşma yöntemlerinin sınırlılığı düşüldüğünde, sadece enfeksiyona yakalanmış olmasının ilgili soruya cevap vermek için yeterli olmadığı, aynı zamanda işin ve işyerinin niteliğinden doğan bir zorunluluğun bulunması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁵.

⁸¹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

⁸² Manav (n 77) 114; Ertürk (n 57) 9.

⁸³ Yiğitcan Çankaya, *İş İlişkisinde İşçinin Özel Yaşamının Gizliliği* (1. Baskı, Beta Yayınevi 2021) 155; Erbil Beytar, *İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması* (2. Baskı, Onikilevha Yayınevi 2018) 172; Ünal (n 77) 279.

⁸⁴ İlke Gürsel, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2016) 301. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin işverenin bilgi istemesini mümkün ve geçerli olduğu ancak HIV enfeksiyonunun bulaşıcı olmasına rağmen farklı değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Ertürk (n 57) 10. Benzer yönde bkz. Sevimli, Özel Yaşam (n 80) 154.

⁸⁵ Esra Yiğit, *İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunması* (2. Baskı, Onikilevha Yayınevi 2023) 80; Gürsel (n 84) 302; Beytar (n 83) 180; Elbir (n 79) 276. Doğrudan HIV enfeksiyonu taşıyıp taşımadığına yönelik sorular yerine genel soruların tercih edilmesinin ölçülülük ilkesine uygun olacağı yönünde bkz. Ünal (n 77) 279. İşçinin HIV/AIDS olup olmadığına ilişkin soruya doğru cevap vermesi gerektiği yönünde

İşverenin aday işçi yahut işçiden HIV testi istemesinin hukuken mümkün olup olmadığı da doktrinde tartışılmıştır. Enfeksiyonun bulaşma yöntemlerinin sınırlılığı karşısında HIV testlerinin kural olarak hukuka uygun olmadığı ancak bulaşma riskinin yüksek olduğu belirli meslek grupları ile sınırlı olarak uygulanabileceği ifade edilmektedir⁸⁶. Bu durumda bile işçi test yaptırmaya zorlanmamalı ve açık rızası olmalıdır⁸⁷. Aksi durum işçinin kişiliğinin korunmasına ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil eder⁸⁸. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca yapılacak sağlık gözetimlerinde HIV testi rutin bir işlem olarak ele alınmamalıdır. Haklı şüpheleri ve risk faktörünün yüksek olduğu durumlar haricinde, işyeri hekiminin işe giriş muayenesi ve sağlık gözetimi için rutin HIV testi istemesi de etik ilkeler uyarınca mümkün olmamalıdır.

İşçinin HIV statüsünün iş sağlığı ve güvenliği perspektifinden bir işyeri sorunu olarak ele alınması gereklidir⁸⁹. İşçilerin işyerinde sağlık ve güvenliklerinin sağlanması bakımından asli sorumlu işverendir. İşverenler, 6331 sayılı Kanun ve ilgili yönetmeliklerinde belirtilenler başta olmak üzere bilimin ve teknolojinin gerekli kıldığı tüm önlemleri almakla yükümlüdür⁹⁰. Alınacak önlemlerin belirlenmesinde, işyerindeki

Caniklioğlu (n 58) 269; Manav (n 77) 118. İşin ve işyerinin gerektiği hallerde dahi işçinin bu yöndeki soruya doğru yanıt verme zorunluluğu olmadığı yönünde bkz. Çankaya (n 83) 157.

⁸⁶ Betül Erkanlı, *Tarafların İş Sözleşmesi Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2015) 88; Radipati (n 3), 405; Ünal (n 77) 296; Koç (n 77) 270; Elbir (n 79) 277. Daha önce saydıklarımız (dn.74) haricinde; asker, polis, itfaiyeci, pilot ve yiyecek-içecek sektöründeki kişiler bakımından da test uygulamaları öngörüldüğü yönünde bkz. Gürsel (n 84) 334-335. Yalnızca sağlık sektöründe uygulanabileceği yönünde bkz. Çankaya (n 83) 171. Hastalarla doğrudan görüşecek olan doktor asistanı için istenen HIV testinin ayrımcılık oluşturduğu yönünde karar için bkz. Supreme Court of Costa Rica/La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, XX v. Centro Nacional de Rehabilitación (CENARE), Case No. 09-007890-0007-CO, Judgment of 29 January 2010. Bkz. ILO, 2013 (n 10) 78.

⁸⁷ Erkanlı (n 86) 88; Çankaya (n 83) 170; Elbir (n 79) 277. ILO, Tavsiye Kararı (n 53) para. 24,25,26.

⁸⁸ Koç (n 77) 269; Ünal (n 77) 296. HIV enfeksiyonu ve AIDS bakımından ayrı değerlendirme yapılması yönünde bkz. Sevimli, Özel Yaşam (n 80) 181; Beytar (n 83) 180.

⁸⁹ “Çalışma ortamları, işyerlerinde HIV bulaşmasını önlemek için güvenli ve sağlıklı tutulmalıdır. ... Çalışanların çalışmaları sırasında HIV’a maruz kalmalarının önlenmesine yönelik güvenlik ve sağlık önlemleri, evrensel geçerlilik taşıyan tedbirleri, kaza ve tehlike önleme tedbirlerini içermelidir. Bunların arasında, organizasyonel önlemler, mühendislik ve iş pratiği denetimleri, yerine göre kişisel koruyucu donanım, çevre denetim önlemleri, maruz kalma sonrası profilaksi ve sağlık sektörü başta olmak üzere en fazla risk taşıyan mesleklerde HIV ve tüberküloz riskini asgariye indirecek diğer güvenlik önlemleri yer almaktadır.”. ILO, Tavsiye Kararı (n 53) para. 30, 31.

⁹⁰ “... işveren sadece anılan yazılı kurallara değil, yazılı olmayan ve teknolojinin gerekli kıldığı önlemlere aykırı davrandığında da kusurlu görülerek oluşan zararı karşılamalıdır.”. Yargıtay 21 HD, 13176/5695, 26.06.2018. Sümer, İş Sağlığı (n 44) 122-123.

tehlike ve risklerin tespit edilmesi bakımından işverenin risk değerlendirilmesi yapma/yaptırma yükümlülüğü büyük önem taşır. Her işyeri ve iş, bir yönüyle tehlike taşır. Kanun'da işyeri sınıflandırmasının, “az tehlikeli”, “tehlikeli” ve “çok tehlike” olarak yapılması bunun göstergesidir. HIV ve AIDS bütün işyerleri bakımından az ya da çok risk oluşturabilecek nitelikte bir enfeksiyon olarak risk değerlendirmesinde dikkate alınmalıdır. Bu bakımdan aday işçi veya işçinin HIV statüsünü açıklamak zorunda olduğu kabul edilmelidir.

HIV statüsünden bağımsız olarak, işverenin çalışanların sağlık ve güvenliğine yönelik riski belirlemek için genel bir risk değerlendirmesi yapması yahut yaptırması ve çalışanları HIV gibi kan yoluyla bulaşan virüsler de dahil olmak üzere belirlenen risklerden korumak için gerekli önlemleri alması gerektiği düşünülebilir. İşverenlerin, evrensel önlemleri⁹¹ ve o işin niteliğine özgü standart enfeksiyon kontrol prosedürlerini uygulamasının, işçinin HIV statüsünü açıklamasına bağlanamayacağı da söylenebilir⁹². Ancak işyerinde bir tehlikenin mevcut olması ile muhtemel olması arasında fark vardır. Riskin oluşma olasılığı, alınacak önlemlerin zamanlamasını veya niteliğini etkileyebilir.

⁹¹ Evrensel önlemler (standart önlemler), HIV ve diğer bulaşıcı hastalıkları bulaştırma riskini azaltmak için kullanılan teknik önlemlerden oluşur. Evrensel önlemlerin bilimsel temeli, bireylerin herhangi bir kan veya vücut sıvısını HIV, hepatit veya başka bir bulaşıcı ajan içeriyormuş gibi ele almaları gerektiğidir. İlk olarak ABD Hastalık Kontrol ve Önleme Merkezleri (CDC) tarafından 1990'lı yıllarda geliştirilen bu yönelimin temelinde, büyük ölçüde, HIV/AIDS salgını ve hastanelerde çalışan personeli kanla geçen enfeksiyonlardan koruyacak yeni stratejiler geliştirme gereksinimi yatmaktaydı. Evrensel önlemler için bkz. ILO, HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamıyla İlgili ILO Uygulama ve Davranış Kuralları, 2001, Ek-II.

⁹² Radipati (n 3), 404. 6331 sayılı Kanuna dayanarak çıkarılan Biyolojik Etkenlere Maruziyet Risklerinin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik'te (RG.15.06.2013, S.28678), Biyolojik etkenler; herhangi bir enfeksiyona, alerjiye veya zehirlenmeye neden olabilen, genetik olarak değiştirilmiş olanlar da dâhil mikroorganizmaları, hücre kültürlerini ve insan endoparazitler olarak belirtilmiş ve HIV enfeksiyonu da bu kapsamda değerlendirilmiştir. Çalışanların yaptıkları işlerden dolayı biyolojik etkenlere maruz kaldıkları veya maruz kalabilecekleri işler yanında biyolojik etkenle doğrudan çalışılmayan veya biyolojik etkenin kullanılmadığı ancak, çalışanların biyolojik etkene maruziyetine neden olabilecek işler yönetmeliğin ekinde yer almıştır. Başlığının “*Biyolojik Etkenlere Maruziyetin Olabileceği Bazı İşler Listesi*” olması, maruziyet riski taşıyan tüm işlerin listelenmediği ancak maruziyet olasılığı yüksek işlerin dikkate alındığı izlenimi vermektedir. Bu işler şu şekildedir: 1-Gıda üretilen fabrikalarda çalışma 2-Tarımda çalışma 3-Hayvanlarla ve/veya hayvan kaynaklı ürünlerle çalışma 4-Sağlık hizmetlerinin verildiği yerlerde, karantina dahil morglarda çalışma 5-Mikrobiyolojik teşhis laboratuvarları dışındaki klinik, veterinerlik ve teşhis laboratuvarlarındaki çalışma 6-Atıkları yok eden fabrikalarda çalışma 7-Kanalizasyon, arıtma tesislerindeki çalışma. İşyerlerinde biyolojik etkenlere maruziyet bakımından bu işlerin öncelenmesi gerektiği ifade edilebilir.

Daha da önemlisi bu bakış açısı, işyerindeki diğer işçiler kadar gözetilmesi gereken HIV pozitif işçiyi korumada yetersiz kalmaktadır.

İşverenlerin tüm çalışanlarına karşı bir gözetme yükümlülüğü vardır. Tüm çalışanlara, işe ve çalışma ortamına yönelik proaktif bir sağlık ve güvenlik yaklaşımı olmalıdır⁹³. Bulaşıcı enfeksiyonlarda sağlık ve güvenlik prosedürleri çoğunlukla işyerindeki diğer çalışanların bulaşmadan korunması için getirilmiş olsa da, HIV taşıyıcısı kişilerin de hastalıklarının niteliği gereği farklı riskler altında oldukları kabul edilmelidir. ART uygulamaları sayesinde artık daha az endişe verici olsa da, bu kişiler hasarlı bir bağışıklık sistemine sahip oldukları için bazı hastalıklarla çok iyi mücadele edemezler ve başka enfeksiyonlar taşıyan herhangi biriyle temas yoluyla riske girebilirler. Risk değerlendirmesi yapılması ve alınacak önlemlerin belirlenmesinde, HIV pozitif işçinin durumunun, kendisinin korunması bakımından bilinmesi gereklidir. Her işyeri ve iş için, işveren tarafından benimsenmesi gereken sağlık ve güvenlik prosedürlerinin ayrıntıları önemli ölçüde farklılık gösterebilecek ve HIV pozitif işçi ek tavsiye ve rehberliğe ihtiyaç duyabilecektir. Ayrımcılık, dışlanma ve damgalanma korkusuyla, sözleşme yapılmayacağı yahut sözleşmesinin feshedileceği düşüncesinde olan işçinin hastalığını gizlemesi halinde, tedavisi için işyerinden izin almakta yahut işyerinde ilaçlarını kullanmakta sıkıntı yaşaması ve tedavisinin sekteye uğraması tehlikesi de vardır. Bir çalışanın kendi sağlığının ve güvenliğinin sağlanması hakkından feragat etmesi gibi bir durum da söz konusu olamaz⁹⁴.

İşçinin hastalığına yönelik soruları cevaplaması hatta soru olmasa dahi kendisinin açıklamasını, işin ve işyerinin niteliklerinin zorunlu kılması şartına bağlayan görüşe de katılmıyoruz. İşin ve işyerinin niteliklerinin zorunlu kılması hali, sağlık sektörü bakımından tespiti kolay olarak nitelendirilerek işçinin bu yönde bir değerlendirme yapabileceği kabul edilebilir. Ancak bazı işyerleri ve işler bakımından bu tespit teknik bir

⁹³ Sümer, İş Sağlığı (n 44) 5.

⁹⁴ İşçinin HIV/AIDS ile ilgili verilerini iş ilişkisinde aleyhine sonuç doğurma ihtimali nedeniyle paylaşmak istememesinin doğal olduğu, sağlık risklerini paylaşmayan işçinin bu durum nedeniyle zarar görmesinden işverenin sorumlu tutulamayacağı yönünde farklı yönde görüş için bkz. Mustafa Alp ve İlke Gürsel, 'Covid-19 Pandemisinde İşçilere Ait Sağlık Verilerinin İşlenmesi' (2020) (44) Sicil İHD 11, 27-28.

konudur ve işçiye bırakılması makul karşılanamaz. Örneğin doktrinde, dikimevinde çalışan bir işçinin dikiş makinasında çalışacağı ve makinenin iğnesinin ele batma ihtimalinin yüksek olduğu, kan bulaşmış iğnenin değiştirilmeden makinanın başka bir işçi tarafından kullanılması halinde bulaşma tehlikesinin olduğu, dolayısıyla bu işyerinde çalışacak işçi açısından hastalığını bildirme yükümlülüğü olduğu haklı olarak ifade edilmiştir⁹⁵. Ancak HIV pozitif bir işçinin ne kadar iyiniyetli ve donanımlı olursa olsun bunu öngörmemesi, tehlikeli olmayacağını düşünmesi mümkündür. Böyle bir ihtimalde, işyerindeki başka bir işçiye HIV bulaşması halinde, işçinin doğacak maddi ve manevi zararlarına ilişkin hukuki sorumluluğun işverenin üzerinde olacak olması da değerlendirmenin ayrı bir boyutudur⁹⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nda⁹⁷ iş ilişkilerinde kişisel verilerin kullanılması⁹⁸ m.419 ile düzenlenmiştir. İşçiye ait kişisel veriler ancak işçinin işe yatkınlığı ile ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanılabilecektir (f.1)⁹⁹. Özel kanun hükümleri saklı tutulmuştur (f.2). Düzenleme tüm iş ilişkilerinde kişisel verilerin işlenmesine uygulanacak özel hükümdür¹⁰⁰. TBK. 419/1 ile öngörülen koşullara göre, veri işleme faaliyeti işle ilgili, sözleşmenin kurulması yahut ifası bakımından gerekli olmalıdır. İşçinin işe uygunluğunu belirlemeye yönelmelidir. TBK. 419/2 uyarınca işçinin kişisel verilerinin işlenmesinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, İş Kanunu ve İş

⁹⁵ Ertürk (n 57) 10.

⁹⁶ Uluslararası Çalışma Örgütü'ne göre, işyerinde gerçekleşen HIV enfeksiyonu meslek hastalığı veya iş kazası olarak kabul edilmelidir. "Bir meslekle enfeksiyon riski arasında doğrudan bağlantı kurulabildiği durumlarda, AIDS ve HIV enfeksiyonu ülkedeki tanımlar ve usuller çerçevesinde, 2002 tarihli Mesleki Hastalıklar Tavsiye Kararı'nda yer alan listeye ve ilgili Uluslararası Çalışma Örgütü belgelerine göre bir mesleki hastalık veya kaza olarak tanınmalıdır." ILO, Tavsiye Kararı (n 53) para. 23.

⁹⁷ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836

⁹⁸ Kullanılması ifadesinin "işlenmesi" olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Ahmet K. Sevimli, 'Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419' (2011) (24) Sicil İHD, 122, 134; Gürsel (n 84) 172; Koç (n 77) 89; Yiğit (n 85) 23.

⁹⁹ İşe yatkınlıkla kastedilenin işçinin işe uygunluğu, yetenek, beceri ve yeterliliği olduğu yönünde benzer yorumlar için bkz. Sevimli, Madde 419 (n 98) 133; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 712; Gürsel (n 84) 171. İşçinin rızası olsa da hükümde yer alan iki kategori içinde yer almayan bir kişisel verinin işlenemeyeceği yönünde bkz. Yiğit (n 85) 26.

¹⁰⁰ Çelik ve diğerleri (n 28) 382; Sevimli, Madde 419 (n 98) 133; Ünal (n 77) 266; Manav (n 77) 104-105.

Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ilgili maddeleri bakımından özel kanun olarak dikkate alınmalıdır¹⁰¹.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na göre kişinin sağlık verileri özel nitelikli veri kategorisinde yer alır. Buna bir çalışanın HIV durumuyla ilgili bilgiler de dahildir. Özel nitelikli kişisel verilerin kural olarak işlenmesi yasaktır. Ancak Kanun'da bu tür kişisel verilerin işlenmesine imkân sağlayan birtakım istisnalar bulunmaktadır. İlgili kişinin açık rızasının olması halinde işçinin HIV enfeksiyonuna ilişkin sağlık verileri işlenebilecektir (KVKK. 6/3-a). Aksi halde, özel kategori verilerini yasal olarak işlemek (talep etmek, depolamak veya paylaşmak vb.) için, işverenlerin Kanunun 6. maddesi uyarınca bu uygulamayı bir koşula bağlamaları gerekir. İstihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması halinde, HIV dahil sağlık verilerinin işlenmesi mümkündür (KVKK. 6/3-f). Böylece işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü altında olan işveren, işçinin sağlık verileri kapsamında HIV ile ilgili bilgilerini talep edebilmelidir¹⁰².

Etik değerlere, temel insan haklarına saygılı olunan, görev, sorumluluk ve yükümlülükler bakımından dürüstlük kuralına uygun olarak hareket edilen “ideal bir çalışma hayatında”, işçiler sağlık sorunları ve engelleri hakkında açık olabilmeli ve kendilerini uygun şekilde korumaya teşvik edilmelidir. İşçinin HIV statüsü hakkında bilgi sahibi olan işveren tarafından gizlilik gözetilmeli, konu damgalanma ve ayrımcılığı önlemek için hassas bir şekilde ele alınmalıdır. Hasta işçinin, işyerindeki diğer işçilerin ve toplumun korunması bakımından riskler tespit edilmeli ve uygulanacak önlemler belirlenmelidir. Ancak, HIV pozitif işçilerin bu bilgiyi paylaşmaları halinde çalışma hayatında yer almaları oldukça zordur¹⁰³. Dolayısıyla HIV ile yaşayan işçilerin de, işverenlerini hastalıkları hakkında bilgilendirmelerinin beklenmesi pek olası değildir.

¹⁰¹ Koç (n 77) 90; Gürsel (n 84) 172; Ünal (n 77) 269; Sevimli, Madde 419 (n 98) 135.

¹⁰² İlgili hükmün sağlık verilerini işverenin mi yoksa sadece işyeri hekiminin mi işleyebileceği tartışmasına son verdiği yönünde bkz. Ekmekçi ve Yiğit (n 22) 447-448. Hükümde değişiklik olmadan önceki tartışmalar için bkz. Yiğit (n 85) 140-141.

¹⁰³ Basavaraj, Navya and Rashmi (n 16) 78. Yapılan bazı çalışmalarda HIV enfeksiyonu olan kişilerde işsizlik oranının %45 ila %65 arasında değiştiğine yönelik bkz. Zorlu ve Çalım (n 4) 176.

Toplumda bilinç düzeyi artana kadar¹⁰⁴, HIV ile yaşayan işçilerin mahremiyet ve çalışma hakkı ile işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması yükümlülüğü arasındaki çıkar çatışmasında bir şekilde denge kurulmalıdır.

Kural olarak işçinin HIV enfeksiyonuna ilişkin işverenini bilgilendirmesi şarttır. Belirttiğimiz çekincelere sahip bir işçinin, işyeri hekimine yapmış olduğu bildirimde de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Bahsettiğimiz dengenin sağlanması açısından işyeri hekiminin işçinin hastalığı hakkında bilgi sahibi olması yeterli görülebilir. Eğer işçinin işyerinde çalışması iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasını imkânsız hale getirecek ise bunun tespiti işyeri hekimi tarafından yapılacaktır. Çok istisnai işlerde ve işyerlerinde karşılaşılabilecek bu durum dışında, HIV enfeksiyonunun gerekli kıldığı önlemler alınarak, hasta işçiyi de kapsayacak şekilde işyerinde sağlık ve güvenliğin sağlanması mümkün olacaktır. İşyeri hekiminin işçinin HIV enfeksiyonuna ilişkin bilgileri işverenle paylaşmak zorunda olup olmadığı ise ayrı bir tartışma konusudur.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre, sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulacaktır (m.15/5). İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik'te yine işyeri hekiminin çalışanın kişisel sağlık dosyasındaki bilgileri gizli tutmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir (m.11/1).

İşyeri hekimi, sağlık gözetimi yoluyla işçinin sağlık verilerini elde etmektedir. Bu verilerin işverenle paylaşılması ise bir veri işleme faaliyetidir¹⁰⁵. TBK. m.419 gereği, veri paylaşımı işçinin işe uygunluğu ile sınırlı olmalı ve tahlil, muayene ve teşhis edilen hastalık gibi ayrıntıları içermemelidir¹⁰⁶. Aday işçi ya da işçinin işe uygun olmadığının belirtilmesi yeterlidir¹⁰⁷. Bu aynı zamanda hekimin sır saklama yükümlülüğünün de bir

¹⁰⁴ HIV enfeksiyonu konusunda bilinç düzeyleri en yüksek olması gereken grupta yer alan hekim ve hemşireler özelinde yapılan bir saha çalışmasında ortaya çıkan sonuçlar, sağlık çalışanlarında dahi bilgi eksikliği ve önyargının yüksek olduğunu ortaya koymuştur. Bkz. Burcu Bayrak, Seda Keten ve Muzaffer Fincancı, 'Sağlık Çalışanlarının HIV/AIDS Olgularına Yaklaşımları' (2014) 27 (3) Klimik Dergisi, 103, 107-108.

¹⁰⁵ Ünal (n 77) 272; Koç (n 77) 206.

¹⁰⁶ Gürsel (n 84) 305; Alp ve Gürsel (n 94) 27.

¹⁰⁷ Caniklioğlu (n 58) 269; Sevimli, Özel Yaşam (n 80) 180; Gürsel (n 84) 30.

sonucudur¹⁰⁸. İşyeri hekimi ile işvereni arasında iş sözleşmesinden doğan sadakat borcu karşısında, hekimin önceliği mesleki etik ilkeler uyarınca hastaları olmaktadır.

Türk Tabipleri Birliği tarafından yayınlanan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nda, hekimin hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamayacağı, hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla hekimin bu sırrı saklamakla yükümlü olmadığı belirtilmiştir (m.9). Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirleyecektir (m.26). Yine Türk Tabipleri Birliği, Çalışan Sağlığı Bildirgesi'ne göre, işyeri hekimi yasaya uygun yargı kararları, halk sağlığı açısından bildirim zorunlu durumlar¹⁰⁹ ya da çalışanın kendi isteği olmadıkça tüm bireysel sağlık bilgilerini gizli tutmalı, sadece işe uygunluk konusundaki tıbbi kanaatini paylaşmalıdır (m.I/4).

Sonuç olarak, işyeri hekiminin işçinin HIV enfeksiyonuna ilişkin hastalığı tanımlayıcı verileri işverene paylaşmaması gerektiği kanaatindeyim. HIV enfeksiyonunun, işçinin işyerinde iş görmesi imkanını ortadan kaldırdığı hallerde sadece sözleşmenin ifa edilemez olduğu verisi paylaşılmalı ve hastalığın niteliğine ilişkin teşhis belirtilmemelidir. Çoğu zaman HIV işçinin işyerinde çalışmasını engellemeyeceğinden, işyeri hekiminin bu bilgiyi işverene ve işyerindeki diğer işçilere karşı korurken, bulaşmayı önleyecek ve hasta işçiyi koruyacak tedbirlerin alınmasını sağlaması ve konuyla ilgili eğitimleri vermesi gerekecektir.

Bu açıklamalar ışığında, işe girişte yahut hastalığın daha sonra ortaya çıkması halinde sözleşmenin devamında işverene ya da sağlık gözetimi esnasında işyeri hekimine HIV enfeksiyonuna ilişkin bilgi vermeyen işçinin sözleşmesinin İşK. 25/II uyarınca ahlak

¹⁰⁸ Sevimli, Madde 419 (n 98) 128.

¹⁰⁹ Hekimler, Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 57. maddesi uyarınca, aynı hükümde sayılan bildirim zorunlu hastalıkları teşhis ettiği veya şüphelendiği vakaları bildirmekle yükümlüdür. HIV enfeksiyonu ve AIDS hükümde yer almamakla birlikte, Kanunun 64. maddesindeki yetkiye dayanılarak 1985 yılında bildirim zorunlu hastalıklar arasına alınmıştır. Bu bildirim dahi kodlama yoluyla, "anonim" yani isimsiz bir şekilde yapılmakta ve böylece sır saklama ilkesine uyulmaktadır. Kanuni bildirim yükümlülüğü kapsamında verilerin paylaşılacağı tek yer Sağlık Bakanlığı'dır. İşyeri hekiminin işverene veya üçüncü kişilerle hukuka aykırı olarak verileri paylaşması hukuki ve cezai sorumluluğunu gündeme getirecektir.

ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayanarak feshedilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir¹¹⁰. Bu durumda işveren, İşK. 25/II-1 uyarınca “İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi” sebebine dayanabilir. Hükme göre feshin gerçekleşebilmesi için bir zararın ortaya çıkması zorunlu değildir¹¹¹. İşçinin kusuruyla iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi yeterlidir¹¹². Böylece herhangi bir bulaşma olmasa dahi işverenin fesih imkanına sahip olduğu söylenmelidir¹¹³.

3. İşçinin Başkasına HIV Enfeksiyonu Bulaştırması

Ayrımcılık ve kötü muameleye maruz kalan HIV taşıyıcısı kişilerin bazı psikolojik rahatsızlıkların da etkisiyle, virüsü kan yoluyla kasten bulaştırma eylemine başvurusu marjinal bir örnek olarak karşımıza çıkabilir¹¹⁴. Yine cinsel münasebet yoluyla kasten HIV virüsü bulaştırılması söz konusu olabilmektedir¹¹⁵. HIV bulaştırılması hususu ceza hukukunda da incelenmiş ve cezai sorumluluk boyutuyla farklı tartışmalara konu olmuştur¹¹⁶. Çalışmamızın niteliği ve kapsamı nedeniyle bu eylemin cezalandırılabilirliği kısaca ortaya konulacak ve bunun iş hukuku bakımından sonuçları tartışılacaktır.

¹¹⁰ İşçinin bilgi vermemesinin bildirimsiz feshe olanak sağlayacağına ilişkin benzer yorum için bkz. Manav (n 77) 118-119.

¹¹¹ Akyiğit (n 21) 1292. Zararın ortaya çıkması değil objektif olarak tehlikenin/riskin doğmasının aranacağı yönünde bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 878; Ekmekçi ve Yiğit (n 22) 847; Süzek ve Başterzi (n 21) 733; Narmanlıoğlu (n 56) 461.

¹¹² İşçinin kusur derecesinin fesih hakkının doğumu bakımından fark yaratmayacağı yönünde bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 878; Süzek ve Başterzi (n 21) 734; Narmanlıoğlu (n 56) 461. Hafif ihmalin feshe olanak sağlamasının haksız uygulamalara yol açabileceği yönünde bkz. Tunçomağ ve Centel (n 40) 233.

¹¹³ Covid-19 hastalığı özelinde bulaşıcı hastalığa sahip işçinin işyerine gelmesi bakımından benzer yorum için bkz. Çelik ve diğerleri (n 28) 668.

¹¹⁴ İsviçre’de kendisini akapunktur uzmanı olarak tanıtan kişinin 16 kişiye kasten HIV bulaştırması sonucu 12 yıl hapse mahkum olduğuna ilişkin bkz. <https://www.haberpodium.ch/aids-bulastiricisina-12-yil-9-ay-hapis/>. Olayda failin kendisinin HIV taşıyıcısı olmadığı, virüsü hasta kimselerden edindiği ve bulaştırma için akapunktur iğnelerini kullandığı belirtilmelidir.

¹¹⁵ Otuz kadına kasıtlı olarak cinsel yolla HIV bulaştıran kişinin otuz yıl hapse mahkum olduğuna ilişkin bkz. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-54612748>.

¹¹⁶ Geniş bilgi için bkz. Ozan Ercan Taşkın, ‘Korunma Tedbiri Alınmaksızın Gerçekleşen Cinsel İlişki Yoluyla HIV Virüsünün Bulaştırılmasında Manevi Unsurun Belirlenmesi Sorunu’ (2008) (79) TBB Dergisi, 61, 61 vd.; Mustafa Ruhan Erdem, ‘Cinsel ilişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu’ (2004) 8 (1-2) AÜEHFD 73, 73 vd. Ayrıca bkz. Yargıtay 1 CD, 3171/3584, 15.10.2002.

HIV enfeksiyonu taşıyan kişinin hastalığı kasten başkasına bulaştırmasının “sağlığı bozma” sayılacağı belirtilmiştir. TCK. m. 86 hükmüne göre, kasten başkasının sağlığının bozulmasına neden olunması halinde kasten yaralama suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekecektir. Suçun oluşumu için enfeksiyonun bulaşması yeterli sayılacak ve ayrıca bağışıklık sisteminde bozulmaya yol açması yahut AIDS aşamasına geçilmiş olması aranmayacaktır¹¹⁷. HIV enfeksiyonu bulaştırılması halinde konu neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun düzenlendiği TCK. 87 hükmü kapsamında değerlendirilmelidir. Somut olaya göre, 87/I-d “*mağdurun yaşamını tehlikeye sokan bir duruma*”, 87/II-a “*mağdurun iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine*” neden olunmasından dolayı sorumluluk doğacaktır. Yine bulaştırılan HIV enfeksiyonu sonucunda ölüm meydana gelirse 87/IV hükmünün uygulama alanı bulması mümkündür¹¹⁸. HIV bulaştırma suçunun taksirli şekilde işlenebileceği de söylenmelidir (TCK. 89/II-e; 89/III-a)¹¹⁹. Böylece HIV bulaştırma eyleminde bulunan işçinin gözaltına alınması, tutuklanması yahut hapis cezasına hükmedilmesi söz konusu olabilecektir. Ancak işçinin HIV enfeksiyonu taşıdığını bilmediği yahut bildiğinin ispat edilemediği ve HIV taşıyıcısı olduğunu öngöremediği durumlarda cezai sorumluluk doğmayacaktır¹²⁰.

İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanmasının İş Kanunu 17’de düzenlenen bildirim sürelerini aşması hali, işverenin feshi bakımından haklı neden olarak düzenlenmiştir (İŞK. 25/IV). Bu süreler içinde sözleşme askıda olmakla birlikte, sürenin aşılması halinde fesih gerçekleştirilmez ise tutukluluk devam ettiği sürece askı hali ve fesih imkanı devam eder¹²¹. Gözaltı ve tutukluluğa sebep olan HIV bulaştırma eyleminin işyeri içinde veya dışında gerçekleşmesi, işçinin haklı/haksız, kusurlu/kusursuz olması

¹¹⁷ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (21. Baskı Seçkin Yayınevi 2023) 205; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (9. Baskı Adalet Yayınevi 2023) 246.

¹¹⁸ Virüsün AIDS aşamasına gelmesi neticesinde ölüme yol açması teorik olarak kasten öldürme olarak değerlendirilebilir ise de, ölümün uzun yıllar sonra gerçekleşmesinin illiyet bağı ve isnad edilebilirliği ispatın zorlaşacağı yönünde bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 59) 205; Koca ve Üzülmöz (n 59) 246; Taşkın (n 116) 63.

¹¹⁹ Erdem (n 116) 90; Taşkın (n 116) 71.

¹²⁰ Taşkın (n 116) 70.

¹²¹ Ekmekçi ve Yiğit (n 22) 851; Akyiğit (n 21) 1326.

veya yargılama halinde davanın mahkumiyetle sonuçlanıp sonuçlanmaması fark yaratmayacaktır¹²². İş sözleşmeleri yahut toplu iş sözleşmeleri ile bildirim sürelerinin artırılması halinde, gözaltı veya tutuklulukta geçen süreler buna göre hesaplanmalıdır¹²³.

İşçinin, işyerinde yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi, işveren bakımından haklı neden olarak düzenlenmiştir (İşK. 25/II-f). Hükme göre, işçi tarafında işlenen HIV bulaştırma suçunun taksirle veya kasten olması arasında bir ayrım olmayacaktır¹²⁴. İşçinin işyerinde yedi günden fazla hapis ile cezalandırıldığı bir suç olmalıdır. Ceza ile kastedilenin, fiil için mahkeme tarafından hükmedilen kesinleşmiş ceza olduğu söylenmelidir¹²⁵. Yargılama neticesinde para cezası verilmesi, hapis cezasının para cezasına çevrilmesi, cezanın ertelenmesi halinde bu hüküm kapsamında fesih söz konusu olmayacaktır¹²⁶.

Ceza soruşturma ve kovuşturmasının sonuçları haricinde, kasten HIV bulaştırma, İşK. 25/II-d “işçinin, işverenin başka işçisine sataşması” kapsamında haklı neden olarak değerlendirilebilir¹²⁷. Kanunda “sataşma” kavramının tanımı ve kapsamına yer verilmemiştir. Doktrin ve Yargıtay, sataşma eyleminin sözlü ve fiili davranış ile gerçekleşebileceğini, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü zedeleyen tutumların bu kapsamda olacağını belirtmiştir¹²⁸. Hükümde sataşmanın yeri ve zamanı bakımından bir

¹²² Narmanlıoğlu (n 56) 467; Akyiğit (n 21) 1326; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 892; Süzek ve Başterzi (n 21) 736.

¹²³ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 891; Süzek ve Başterzi (n 21) 736.

¹²⁴ Serkan Odaman, *İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı* (1. Baskı, Kamu-İş 2003) 154; Akyiğit (n 21) 1227.

¹²⁵ Narmanlıoğlu (n 56) 451; Akyiğit (n 21) 1228.

¹²⁶ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 870; Odaman, Ahlak (n 124) 155.

¹²⁷ Sataşmanın aynı zamanda ceza davasına konu olması halinde, iş mahkemesinin ceza mahkemesinin tespit ettiği maddi olaylar ve hukuka aykırılığa ilişkin tespitlerle bağlı olacağı yönünde bkz. Ekmekçi ve Yiğit (n 22) 832. İstanbul BAM 32HD, 2665/1313, 13.09.2023.

¹²⁸ Akyiğit (n 21) 1155; Süzek ve Başterzi (n 21) 727; Narmanlıoğlu (n 56) 443. Müessir fiillerin de bu kapsamda değerlendirileceği yönünde bkz. Odaman, Ahlak (n 124) 117. Kişilik ihlali sayılabilecek söz ve davranışlar olduğu yönünde bkz. Çelik ve diğerleri (n 28) 653. “...işçinin işverenin veya ailesine ya da işverenin diğer bir işçisine sözle veya eylemle yapılan sataşma (tecavüz) işverene hizmet sözleşmesini haklı ve tazminatsız fesih hakkı verir”. Yargıtay 9 HD, 17725/34508, 23.11.1995. Isırma eylemini sataşma olarak değerlendiren karar için bkz. Yargıtay 9 HD, 5685/6355, 23.05.2022. İşçinin dedikodu yaymasını sataşma olarak değerlendiren karar için bkz. Yargıtay 9 HD, 8615/13502, 27.10.2022.

sınırlamaya gidilmediğinden, işyeri düzen ve disiplinini bozduğu durumlarda, işyeri ve çalışma saatleri dışındaki sataşma halinde de fesih imkânı olduğu kabul edilmelidir¹²⁹. Örneğin, işçinin işyerindeki başka bir işçi ile gönül ilişkisi olduğu durumda, HIV taşıyıcısı olduğunu saklayarak cinsel münasebet yoluyla HIV bulaşmasına sebep olması halinde sözleşmesi “sataşma” gerekçesiyle feshedilebilecektir.

SONUÇ

HIV enfeksiyonuna sahip işçilerin sözleşmelerinin bildirimsiz feshi, işverenin sağlık ve güvenlik yükümlülükleriyle hassas bir denge içinde değerlendirilmelidir. HIV enfeksiyonu halen kesin tedavisi (çaresi) olmayan ve bulaşıcı bir hastalıktır. Mevcut bilimsel veriler ışığında, antiretroviral tedavi gören HIV pozitif bireylerin çalışmasında genel olarak tıbbi bir sakınca bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu kişilerin HIV statüsüne dayanılarak İş Kanunu 25/I-b kapsamında iş sözleşmelerinin bildirimsiz feshi, ancak hastalığın işçinin işyerinde çalışmasında somut ve ciddi sakınca yarattığı, bu durumun sağlık kurulu (veya uygun yorumla işyeri hekimi) raporuyla ortaya konduğu hallerde mümkün olabilecektir. İşçinin işyerinde çalışmasındaki sakınca, işçinin şahsına ya da işyerine ilişkin olabilir. Kanaatimce işyerine ilişkin yapılacak değerlendirmede HIV enfeksiyonu çalışma bakımından sakınca yaratacak bir hastalık olarak değil, iş sağlığı ve güvenliği riski olarak ele alınmalıdır. İşyerinde görülen işin niteliği, işyerinin özellikleri gibi kriterler, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin türünü ve ağırlığını belirleyecektir. İşçinin işyerinde çalışmasındaki sakıncanın işçinin şahsına ilişkin olduğu durumlarda ise işçinin kendisinin korunması açısından, bu yönde bir rapor düzenlenmesi ve işverenin sözleşmeyi fesih yetkisine sahip olması ihtimal dahilindedir.

İş Kanunu 25/I-a hükmünde belirtildiği şekliyle işçinin kusurlu olarak HIV enfeksiyonuna yakalanması ekstrem örnekler olarak karşımıza çıkabilir. Ancak hükmün uygulanabilmesi için işçinin enfeksiyona yakalanması yeterli olmayıp ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla süren devamsızlığının olması gerekir. İspat açısından zorluklar düşünüldüğünde HIV enfeksiyonu bakımından ilgili hükme dayanarak bildirimsiz fesih imkanı teoride mümkün olmakla beraber uygulanabilme

¹²⁹ Akyiğit (n 21) 1156; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 24) 863; Süzek ve Başterzi (n 21) 725.

ihtimali çok düşüktür. İşçinin hastalığa kusuru dışında yakalanması halinde ise, diğer hastalıklar gibi HIV enfeksiyonu bakımından da İş Kanunu 25/I, b-2 hükmünün uygulanabilir olduğu söylenmelidir.

HIV pozitif işçinin işe girişinde ve devamında HIV statüsüne ilişkin bilgi vermek zorunda olduğu kabul edilmelidir. HIV enfeksiyonu iş sağlığı ve güvenliği perspektifinden bir işyeri sorunu olarak ele alınmalıdır. HIV ve AIDS bütün işyerleri bakımından az ya da çok risk oluşturabilecek nitelikte bir enfeksiyon olarak risk değerlendirmesinde dikkate alınmalıdır. İşe girişte yahut hastalığın daha sonra ortaya çıkması halinde sözleşmenin devamında işverene ya da sağlık gözetimi esnasında işyeri hekimine HIV enfeksiyonuna ilişkin bilgi vermeyen işçinin iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğü kabul edilmeli ve sözleşmesinin İşK. 25/II-ı uyarınca feshi mümkün görülmelidir. İşveren/işçi örgütleri, devlet ve diğer ilgili sosyal taraflarla işbirliği içinde, HIV ile ilgili damgalanma ve ayrımcılığı azaltmaya, toplumu bilinçlendirmeye yönelik çabalara öncelik verilmelidir. Aksi takdirde, HIV enfeksiyonundan etkilenen kişilerin maruz kaldığı ayrımcılık kapsamında işe alınmama yahut işini kaybetme tehdidi, kişinin durumunu gizlemesine neden olarak kendisinin ve diğer çalışanların HIV'e karşı savunmasızlığını artıracaktır.

HIV taşıyıcısı kişilerin virüsü kan yahut cinsel münasebet yoluyla kasten bulaştırma eyleminde bulunması cezai sorumluluk açısından bilimsel çalışmalara ve yargı kararlarına konu olmuştur. Eylemde bulunan kişi işçi ise, gözaltına alınması veya tutuklanması yahut yargılama neticesinde mahkumiyetine karar verilmesinde, diğer koşulların da olması şartıyla İşK. 25/IV ve İşK. 25/II-f uyarınca sözleşmenin feshi mümkün olacaktır. Ayrıca ceza soruşturma ve kovuşturmasının sonuçlarından bağımsız olarak, kasten HIV bulaştırma, İşK. 25/II-d “işçinin, işverene veya işverenin başka işçisine sataşması” kapsamında haklı neden olarak değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

- Akgül Ö, Çalışkan R ve ÖnerY A, ‘HIV/AIDS: Güncel Yaklaşımlar’ (2018) 1(1) Tıp Fakültesi Klinikleri, 19-31.
- Akyiğit E, *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi* (3. Baskı, Seçkin Yayınevi 2008).
- Alp M ve Gürsel İ, ‘Covid-19 Pandemisinde İşçilere Ait Sağlık Verilerinin İşlenmesi’ (2020) (44) Sicil İHD 11-32.
- Alp M, ‘Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi’ (2009) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Toplantısı, Ankara, 133-177.
- Arsan S, *İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı* (1. Baskı, Onikilevha Yayınevi 2012).
- Aslan F G ve Altındış M, ‘HIV’in Güncel Tanı Algoritmi ve Gelişen Korunma Yöntemleri’ (2017) 47 (2) Türk Mikrobiyoloji Cemiyeti Dergisi 47-60.
- Basavaraj K H, Navya M A and Rashmi R, ‘Quality of life in HIV/AIDS’ (2010) 31 (2) Indian Journal of Sexually Transmitted Diseases and AIDS, 75-81.
- Bayrak B, Keten S ve Fincancı M, ‘Sağlık Çalışanlarının HIV/AIDS Olgularına Yaklaşımları’ (2014) 27 (3) Klimik Dergisi, 103-108.
- Beytar E, *İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması* (2. Baskı, Onikilevha Yayınevi 2018).
- Caniklioğlu N, *Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi* (1. Baskı, Beta Yayınevi 2002).
- Çankaya Y, *İş İlişkisinde İşçinin Özel Yaşamının Gizliliği* (1. Baskı, Beta Yayınevi 2021).
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (36.Baskı, Beta Yayınevi 2023).
- Çil Ş, *İş Kanunu Şerhi C.2* (2. Baskı Turhan Kitabevi 2007).
- Demir C A, *Hastalığın İş İlişkisine Etkisi* (1. Baskı, Filiz Kitabevi 2021).

Eisinger R W, Dieffenbach C W and Fauci A S, ‘HIV Viral Load and Transmissibility of HIV Infection Undetectable Equals Untransmittable’ (2019) 321 (5) JAMA 451-452.

Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku* (6. Baskı Onikilevha Yayınevi 2024).

Elbir N, *Kişiliğinin Korunması Bağlamında İşçiye Ait Kişisel Verilerin Korunması* (1.Baskı, Yetkin Yayınevi 2020).

Erdem M R, ‘Cinsel ilişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu’ (2004) 8 (1-2) AÜEHFD 73-91.

Ergin H, ‘İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı’ (2017) (38), Sicil İHD 54-64. (Tedavisi Olanaksız).

Ergin H, ‘Periyodik Sağlık Kontrolünden Kaçınan İşçinin İş Sözleşmesinin Derhal Feshi’ (2019) (42) Sicil İHD 173-183.

Ergin H., *Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2009).

Erkanlı B, *Tarafların İş Sözleşmesi Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2015).

Ertürk Ş, ‘İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları’ (2002) 4 (2) DEÜHFD 1-26.

Gürsel İ, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2016).

ILO, HIV and AIDS and Labour Rights; A Handbook for Judges and Legal Professionals (First Published, 2013). (ILO, 2013).

ILO, HIV ve AIDS Tavsiye Kararı No.200, para.11. Bkz. https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTUMENT_ID:2551501. (Tavsiye Kararı).

Kartal S, *Türk Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebepleriyle Sona Ermesi* (1. Baskı, Onikilevha Yayınevi 2020).

Koca M. ve Üzülmüş İ., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (9. Baskı Adalet Yayınevi 2023).

- Koç F, *İş İlişkisinde Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi* (1. Baskı, Onikilevha Yayınevi 2022).
- Manav E, 'İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması' (2015) 19 (2) GÜHFD, 95-136.
- Mollamahmutoglu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku* (7. Baskı, Lykeion Yayınevi 2022).
- Mora L, Mallolas J and Ambrosioni J, 'Epidemiology, treatment and prognosis of HIV infection in 2024: A practical review' (2024) (162) Medicina Clínica, 535-541.
- Nam Su Ku, 'The Epidemiology Of HIV/AIDS And The Use Of Antiretroviral Therapy in Korea: A Narrative Review' (2024) 47 (3) Ewha Medical Journal 1-11.
- Narmanlıoğlu Ü, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I* (5. Baskı, Beta Yayınevi 2014)
- Odaman S, 'İş Sözleşmesinin Sağlık Nedenleriyle İşveren Tarafından Derhal Feshinde Savunmanın Gerekmemesi (Karar İncelemesi)' (2019) (42) Sicil İHD 195-227. (Sağlık Nedeni).
- Odaman S, *İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı* (1. Baskı, Kamu-İş 2003). (Ahlak).
- Radipati B D D, 'HIV/AIDS and employment law: a comparative synopsis Comparative and International Law Journal of Southern Africa' (1993) 26 (3) 396-409.
- Sevimli K A, 'Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419' (2011) (24) Sicil İHD, 122-144. (Madde 419).
- Sevimli K A, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları* (1. Baskı, Legal Yayınevi 2006) (Özel Yaşam).
- Sümer H H, 'İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri İle Feshi' (2007) 2 (8) Sicil İHD 66-73. (Sağlık Sebepleri).
- Sümer H H, *İş Hukuku Uygulamaları* (8. Baskı, Seçkin Yayınevi 2024). (Uygulama).
- Sümer H H, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (7. Baskı, Seçkin Yayınevi 2024) (İş Sağlığı).
- Süzek S ve Başterzi S, *İş Hukuku* (24. Baskı, Beta Yayınevi 2024).

Tabak F, ‘HIV/AIDS’de Neler Oluyor?’ (2023) 31 (6) Actual Medicine 5-6.

Taşkın O E, ‘Korunma Tedbiri Alınmaksızın Gerçekleşen Cinsel İlişki Yoluyla HIV Virüsünün Bulaştırılmasında Manevi Unsurun Belirlenmesi Sorunu’ (2008) (79) TBB Dergisi, 61-72.

Tezcan D., Erdem M.R. ve Önok M., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (21. Baskı Seçkin Yayınevi 2023).

Tunçomağ K ve Centel T, *İş Hukukunun Esasları* (9. Baskı, Beta Yayınevi 2018).

Ünal C, ‘İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler’ içinde Tankut Centel (edt), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III* (1. Baskı, Onikilevha Yayınevi 2018) 261-318.

Zorlu M ve Çalım S İ, ‘İşyerinde Damgalama ve Ayrımcılık Faktörü Olarak HIV/AIDS’ (2012) 4 (35) Çalışma ve Toplum Dergisi 165-188.