

**İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN  
HASTALIK VE ÖZELLİKLE AIDS HASTALIĞI SEBEBİYLE  
FESHEDİLMESİ VE SONUÇLARI**

*Yrd.Doç.Dr. Şükran ERTÜRK\**

**GİRİŞ**

İş Kanunu'nun 17/I maddesinde işverenin, işçinin hastalık sebebiyle iş sözleşmesini feshedebileceği durumlar "sağlık sebepleri" başlığı altında düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunların bir kısmı sağlık sebepleri altında düzenlenmiş olsa bile, hastalık sebebiyle işçinin belli süre işe devam edememesi neticesinde, devamsızlığının yarattığı fesih hallerini ilgilendirirken, diğer bir kısmı işçinin işi ile bağdaşmayan tiksinti veren veya bulaşıcı bir hastalığa yakalanması sonucunda iş sözleşmesinin feshine ilişkin bulunmaktadır.

Günümüzün vebası olarak nitelendirilen AIDS (Acquired Immune Deficiency Syndrome-Edinilmiş Bağışıklık Sendromu) hastalığının, bireyin günlük ve sosyal yaşantısı kadar, çalışma yaşamına da birtakım etkileri bulunmaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri ve Batı Avrupa ülkelerinde hem hastalığın tıbbi yönü, hem de hasta hakları açısından büyük ilerlemeler kaydedilmiş ve hastalık değişik şekillerde yargı kararlarına konu olmuştur.

Türk hukukunda, konu fazlası ile incelenmemiştir. Bu durum, hastaların kendilerini gizli tutmak konusundaki iradeleri ile gerçek Aids'li hasta sayısının ülkemizde tam olarak bilinmemesinden kaynaklanmaktadır. Hatta çoğu kez kendilerinin taşıyıcı olduğunun farkında olmayanlar, hastalığı başkalarına da bulaştırmaktadırlar.

Bu hastalığa yakalanan veya sadece taşıyıcısı durumunda olanların işe girerken yaşadıkları sorunlar, sakat kabul edilip edilemeyecekleri bu

---

\* DEÜ Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

çalışmanın kapsamı dışında kalıp<sup>1</sup>, çalışmamızda hastalığın çalışma hakkını etkileyen bir sebep olarak işveren tarafından fesih sebebi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve sonuçlarının ne olacağı üzerinde durulacaktır. Bu nedenle öncelikle İş Kanununun 17 maddesinde işverenin genel olarak hastalık nedeniyle fesih hakkının nasıl düzenlendiği üzerinde durulacaktır. Türk hukukunda konu ile ilgili düzenlemelerden başka, zaman zaman özellikle Alman hukukunda konuya bakış açısı ve özellikle Aids hastalığının işverenin fesih hakkını nasıl etkilediği üzerinde de durulacaktır.

## **I. İŞ KANUNU 17/I MADDESİNDE DÜZENLENMİŞ BULUNAN SAĞLIK SEBEBİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN FESHİ**

### **1. İşçinin Kusuru İle Hastalık veya Sakatlığa Uğramasına Dayanan Devamsızlığı (İş K.m.17/I a)**

İş Kanunu 17 I a maddesi, işçinin kendi kasdından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç işgünü veya bir ayda beş işgününden fazla sürmesi halinde, işverene sözleşmeyi bildirimiz feshetme hakkı tanımış bulunmaktadır.

Maddede sözü geçen kusur, hukuka uygun olmayan, hukuk düzeninin kınadığı ve hoş görmediği davranış şeklidir. Hukuka aykırı sonucu isteyen veya hukuka aykırı sonucun ortaya çıkmasını engellemek için gerekli iradeyi göstermeyen kimse kusurludur<sup>2</sup>. Ancak İş Kanunu 17 I a maddesi anlamında fesih hakkının kullanılabilmesi için kusurlu davranışın aşağıda belirtilen şekillerde gerçekleşmesi aranmaktadır:

#### **A. İŞÇİNİN KASTI**

İşçinin kastından anlaşılması gereken, onun hastalık veya sakatlığa bilerek ve isteyerek yakalanması veya sebebiyet vermesidir. Madde, sadece kasıttan söz ettiğinden, kasıt dışında ihmal gibi bir kusurun varlığı, bu madde anlamında fesih hakkının kullanılmasına engel olucu niteliktedir. Aksi halde

<sup>1</sup> Konu bu yönü ile hukukumuzda **Arıcı** tarafından incelenmiş bulunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Arıcı**, K., Aids ve İş Hukuku, GÜİİDBD 1990, C.6, S.2, s.176-197.

<sup>2</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B.7, İstanbul 1993, s.492

kanun koyucu İş Kanunu 17/I son maddesinde, olduğu gibi açıkça kusur kelimesini kullanma yolunu tercih ederdi<sup>3</sup>.

### **B. İŞÇİNİN DERLİ TOPLU OLMAYAN YAŞAYIŞI**

İşçinin derli toplu olmayan yaşayışı, derbeder, başıboş bir hayat sürerek, normal ölçünün dışında, safahata düşkünlüğü ifade etmektedir<sup>4</sup>. Derli toplu olmayan yaşayış kavramına, günün ihtiyaçlarına uygun şekilde anlam kazandırmak gerekli bulunmaktadır. Bu nedenle, sadece aşırı derecede alkol kullanma değil, aşırı derecede uyuşturucu kullanma kadar, aşırı cinsel istekte bulunma da madde kapsamına dahil edilmelidir<sup>5</sup>. İşçinin bu tür uyuşturucu madde kullanma alışkanlığı veya aşırı cinsel ilişkide bulunma neticesinde Aids gibi önemli bir hastalığa yakalanması bu anlamda işverene bildirimsiz fesihte bulunma hakkı kazandıracaktır.

### **C. İŞÇİNİN İÇKİYE DÜŞKÜNLÜĞÜ**

Her ne kadar yukarıda sözü geçen derli toplu olmayan yaşayış kavramı içerisine, işçinin alkol düşkünlüğü giriyorsa da kanun koyucu ayrıca içkiye düşkünlüğün bir bildirimsiz fesih sebebi oluşturacağını düzenlemiş bulunmaktadır. Burada içkiye düşkünlükten anlaşılması gereken ise, arasıra alkol kullanımı değil, aksine alkollü içki kullanmayı alışkanlık haline getirmektir<sup>6</sup>.

Ancak kanun koyucunun fesih bakımından bu fıkra da benimsediği anlayış, hastalığın veya sakatlığın türünün önemli olmadığını ortaya koymaktadır. Önemli olan hastalık veya sakatlık neticesinde işçinin işe belirli bir süre devam edememesidir<sup>7</sup>. Bu belirli süre de Kanun tarafından

<sup>3</sup> **Narmanhoğlu**, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, s.352; **Kaplan**, E.T., İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987, s.132-133; **Akyiğit**, E., İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanununun Şerhi, Ankara 2001, s.747; Buna karşılık doktrinde **Oğuzman**, ağır kusurun kasıtlı bir tutulabileceğini savunurken (**Oğuzman**, K., Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.93), **Atabek**, ağır ihmal ve dikkatsizlik durumlarının da kıyas yoluyla bu hükmün uygulama alanına dahil edilmesi gerektiğini savunmaktadır (**Atabek**, R., İş Akdinin Feshi, İstanbul 1938, s.127)

<sup>4</sup> **Narmanhoğlu**, s.352; **Kaplan**, s.133; **Akyiğit**, s.747

<sup>5</sup> **Akyiğit**, s.747; **Çenberci**, M., İş Kanunu Şerhi, B.3, Ankara 1976, s.382.

<sup>6</sup> **Akyiğit**, s.747

<sup>7</sup> İşçi kendi kastı neticesinde sakatlığa uğramış olsa bile, bu durum iş kazasının varlığını kabul etmeye engel olmamakla birlikte, işverenin buna rağmen fesih yetkisi bulunmaktadır (**Ekonomi**, M., İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul 1984, s.203). Buna karşılık

belirlenmiş bulunmaktadır. Devamsızlık ardı ardına üç işgünü veya bir ayda beş işgününden fazla sürmüş olmalıdır.Önemli olan devamsızlığın hesaplanmasında, “işgünü” nün dikkate alınmasıdır. Bu nedenle çalışılmayan tatil günleri, sürenin hesabında göz önünde tutulmayacaktır. Buna karşılık maddedeki bir aylık sürenin hesabında, doktrindeki bir görüşe göre, işgünü dikkate alınmayıp, BK’nun 76/1b maddesinde belirtilen şekilde hesaplamının yapılması zorunludur<sup>8</sup>. Bir başka görüş ise, buradaki bir aylık sürenin takvim ayına işaret ettiğini ve işçinin işe gelmediği günden geriye doğru bir hesaplamının yapılması gerektiğini savunmaktadır<sup>9</sup>. Başka bir görüş ise burada takvim esasının değil, işçinin hastalık veya sakatlık sebebiyle işe devam edemediği günden itibaren geçecek bir aylık sürenin dikkate alındığını savunmaktadır<sup>10</sup>.

## 2. İşçinin Kusuru Dışında Hastalık veya Sakatlığa Uğraması

İşçinin kusuru dışında hastalık veya sakatlığa uğraması ya da kadın işçinin doğumu veya gebeliği de, işveren bakımından haklı sebeple bildirimsiz fesih hakkını ortaya çıkarmaktadır. Ancak İş Kanunu 17/I a maddesi kapsamında sayılan fesih sebepleri bunlardan ibaret değildir.Maddede “ ... gibi haller” ifadesi kullanıldığı için, maddede sayılanlar dışındaki benzer durumlar da fesih hakkının doğumu için yeterli olabilecektir. Aslında bu sebeplerin bulunması fesih bakımından yeterli kabul edilmemekte, bunlar yüzünden işçinin işine belli bir süre devam edememiş olması fesih hakkını kazandırmaktadır<sup>11</sup>.

Hastalık halinde devamsızlık süresi, işçinin işyerindeki çalışma süresine göre İş Kanunu’nun 13 maddesindeki bildirim sürelerine altı haftalık bir sürenin eklenmesiyle bulunmaktadır. İşi altı haftadan az sürmüş işçi için sekiz

iş kazası işverenin kusuru ile meydana gelmişse, işverenin bildirimsiz fesih yetkisi bulunmamaktadır (Yarg. 9. HD, 14.5.1985, 2150/15223, **Narmanhoğlu**, s.352)

<sup>8</sup> **Narmanhoğlu**, s.353

<sup>9</sup> **Tunçomağ**, K., Türk İş Hukuku, C.I, B.4, İstanbul 1986, s.492; Aynı görüşte **Çenberci**, s.381

<sup>10</sup> **Ekonomi**, s.209; **Çelik**, N., İş Hukuku Dersleri, B.15, İstanbul 2000, s.206; **Erkul**, İ., Türk İş Hukuku Dersleri, Ankara 1970, s.149. Buna karşılık doktrinin bir kısmı, bir ayın hesaplanmasında, devamsızlığın ilk gününden başlamak üzere, 30 günün hesaplanması gerektiğini savunmaktadır (Bunlar için bkz. **Akyiğit**, s.748; **Günay**, C.İ., Şerhli İş Kanunu, C.2, B.2, Ankara 2001, s.1570; **Centel**, T., İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, B.2, İstanbul 1994, s.177)

<sup>11</sup> **Narmanhoğlu**, s.353; **Akyiğit**, s.749

hafta; işi altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş işçi için on hafta, işi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş işçi için oniki, işi üç yıldan fazla sürmüş olan işçi için ondört haftalık devamsızlık, sözleşmeyi bildirimsiz fesih yetkisi kazandıracaktır<sup>12</sup>.

Kadın işçilerin İş Kanunu 70/1 maddesi uyarınca doğumdan önceki ve sonraki altı haftalık sürelerde çalıştırılması yasaklanmıştır. Bu nedenle kadın işçilerin gebelik ve doğum hallerinde sözleşmelerinin işveren tarafından feshi, ancak çalışmanın yasaklandığı sürenin bitiminden itibaren hesaplanacak altı haftalık sürenin eklenmesinden sonra mümkün olabilecektir. Yani gebelik ve doğum hallerinde, işverenin fesih hakkı, İş K. 70. m.'de düzenlenen sürelerle ek olarak bildirim sürelerine altı haftanın eklenmesi suretiyle bulunacak sürenin sonunda doğar.

### **3. İşçinin Bulaşıcı veya İşle Bağdaşmayacak Derecede Tiksinti Verici Bir Hastalığa Tutulduğunun Anlaşılması**

Yukarıda işçinin kendi kasdı veya kusuru dışında bir hastalığa yakalanması ya da sakatlığa uğraması hallerinin, işveren bakımından bildirimsiz fesih yetkisi yaratması için, işçinin bu sebeplerle belli süre işine devam edememiş olması aranırken, işçinin bulaşıcı veya işiyle bağdaşmayacak derecede tiksinti verici bir hastalığa tutulması hallerinde, belli bir süre işe devam edememiş olma şartı aranmamaktadır. Sadece, hastalığın işçi işe alınırken mevcut olması ve işveren tarafından bilinmesi, işveren bakımından sözleşmeyi haklı sebebe dayanarak bildirimsiz fesih yetkisi vermez<sup>13</sup>.

#### **A. HASTALIĞIN İŞÇİNİN GÖRDÜĞÜ İŞLE BAĞDAŞMAYACAK DERECEDE TİKSİNTİ VERİCİ OLMASI**

Hastalığın işçinin gördüğü işle bağdaşmayacak derecede tiksinti verici olması halinde, hastalığın bulaşıcılığı söz konusu değildir. Ancak hastalığın tiksinti verici olması yeterli olmayıp, işçinin yaptığı işle bağdaşmaması da gerekir. Örneğin, egzama, çıban veya değişik sebeplerle meydana gelmiş vücut anormallikleri, işçinin işi ile bağdaşmayan bir nitelik taşıyabilirler<sup>14</sup>. Ancak hastalığın işçinin işiyle bağdaşıp bağdaşmadığı, her somut durumda

<sup>12</sup> Bildirim sürelerinin taraflarca arttırılması söz konusu ise, arttırılan bu süreler dikkate alınmak suretiyle hesaplamanın yapılması gerekir (Narmanhoğlu, s.353)

<sup>13</sup> Narmanhoğlu, s.350

<sup>14</sup> Narmanhoğlu, s.351; Akyiğit, s.750. Tiksinti verici olup olmamada, hastalık karşısında, makul, orta zekalı kişilerin değerlendirmeleri esas alınmalıdır (Kaplan, s.133).

ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu nedenle bu konuda bir sınırın çizilmesi doğru olmaz<sup>15</sup>.

Tiksinti verici hastalığın devam süresi, fesih bakımından önemsiz olmakla birlikte, işveren tiksinti verici hastalığa yakalanan işçinin sözleşmesini bu sebebe dayanarak feshetmese bile, bundan etkilenecek olan diğer işçilerin bu sebebe dayanarak sözleşmeyi bildirimsiz olarak feshetmeleri mümkün bulunmaktadır<sup>16</sup>.

İşçinin hastalığa yakalanmasında kusurunun bulunup bulunmadığı noktası ise fesih bakımından önemsizdir. Maddenin konuluş amacı, işyerinde çalışan işçilerin sağlık haklarının korunması olduğundan, işçi hastalığa yakalanma konusunda kusursuz da olsa, işveren bildirimsiz olarak sözleşmeyi feshetme yetkisine sahip bulunmaktadır<sup>17</sup>.

### **B. İŞÇİNİN BULAŞICI BİR HASTALIĞA YAKALANMASI**

Hastalığın bulaşıcı olması, başka kimselere geçmesi ihtimali bulunmasını ifade eder. Ancak her bulaşıcı hastalık, gerek 16/I b uyarınca işçi, gerekse 17/I b anlamında işveren bakımından fesih sebebi oluşturmaz. Bulaşıcı hastalığın önemli nitelik taşıması gerekir. Örneğin verem ve zührevi hastalıklar, deri hastalıkları, uyuz ve cüzzam gibi bulaşıcı hastalıklar, önemli nitelikte bulaşıcı hastalıklar olarak kabul edilirken, nezle de bulaşıcı olmakla birlikte önemsiz olduğu için fesih sebebi oluşturmaz<sup>18</sup>.

Tıbbi anlamda önemli hastalık, uzun süren ve sık sık tekrarlanarak tedavisi de uzun süren veya mümkün olmayan, aynı zamanda yaşamı tehdit eden hastalıktır. **Bu nedenle, kanımızca bulaşıcı hastalığın, önemli nitelikte**

<sup>15</sup> Deride döküntülere yol açan bir hastalığın, lokantada veya otelde garsonluk yapan işçi bakımından işiyle bağdaşmadığını söylemek mümkünse de, aynı hastalık inşaat veya madende çalışan işçiler bakımından bu maddeye dayanarak bildirimsiz fesih yetkisi veren durum olarak değerlendirilememelidir (**Tunçomağ**, İş Hukuku, s.381; **Tunçomağ**, K., 931 sayılı İş Kanunu Açısından Hizmet (İş) Sözleşmesinin Feshi İhbarı ve Feshi, İmren Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s.231; **Tunçomağ**, K/Centel, T., İş Hukukunun Esasları, B.2, İstanbul 1999, s.197; **Narmanhoğlu**, s.115; **Demir**, F., İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2001, s.115)

<sup>16</sup> **Saymen**, F., Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.576; **Narmanhoğlu**, s.351; **Akyiğit**, s.750; **Tunçomağ** ise bu nitelikteki bir hastalığın belli bir süre devam ettikten sonra, işveren tarafından fesih sebebi olmasının daha uygun olacağı görüşündedir (**Tunçomağ**, Fesih, s.231).

<sup>17</sup> **Narmanhoğlu**, s.351; **Akyiğit**, s.750

<sup>18</sup> **Tunçomağ**, s.372; **Narmanhoğlu**, s.332; **Çenberci**, s.400; **Akyiğit**, s.664; **Günay**, s.1443

**olması fesih bakımından yeterli olmamalı, bulaşıcılığın işle bağdaşıp bağdaşmadığı ve işçinin ya da işverenin sağlığı bakımından tehlike arz edip etmediğine bakılmalıdır.** Çünkü her bulaşıcı hastalık, işçinin işini görmesini doğrudan doğruya etkilemediği gibi, diğer işçilerin veya işverenin sağlığı veya yaşayışı açısından tehlike de arz etmeyebilir. Bu anlamda AIDS hastalığı ile bu hastalığa yakalanmış bir işçinin bulunması halinde, işverenin fesih yetkisini nasıl etkileceğinin incelenmesi yararlı olacaktır.

#### **a. Aids Hastalığı**

Aids hastalığı hakkında kısa bilgi vermeden önce, bu hastalıkla ilgili gerek tıp gerekse diğer bilim alanlarında kullanılan terimlerle ilgili bilgi aktarmak yararlı olacaktır.

AIDS- sonradan kazanılmış bağışıklık eksikliği sendromu (Acquired Immune Deficiency Syndrome)

HIV- Aids virüsünün adı (Human Immune Deficiency Virüs)

HIV testi- Aids hastası veya HIV+ kişinin kan serumunda HIV bağışıklık maddesinin arandığı test. Kişide bağışık maddenin bulunması, mikrobun taşıyıcısı olması anlamına gelmektedir.

HIV+- Kendisinde Aids virüsü olup, hastalık belirtisi göstermeyen kişidir (Taşıyıcı). Henüz ne zaman Aids hastası olacağı belli değildir.

AIDS HASTASI- hastalık belirtileri gösteren HIV enfekte kişidir ve hastalığın sonucu ölümdür<sup>19</sup>.

Ama daha da önemlisi Aids'in bulaşıcı hastalık olması nedeniyle, bulaşma yollarının bilinmesidir. Çünkü özellikle bulaşma yolları açısından, Aids ile diğer bulaşıcı hastalıklar arasında önemli farklar bulunmaktadır. Aids havadan, besinlerden ya da normal temaslarla bulaşmaz. Yani el sıkışmak ya da kucaklaşmak ile HIV virüsü geçmez<sup>20</sup>. Aids üç önemli yolla bulaşabilmektedir. Bunlardan birincisi, Aids hastası veya virüsü taşıyan kişi ile cinsel ilişkiye girmektir. İkincisi, enfekte kişinin kan veya kan ürünlerinin verilmesi, organ veya sperm naklidir. Bu anlamda enfekte kişilerle ortak enjektör kullanımı yanında, kanla bulaşık diğer aletlerin kullanılması da, kan yoluyla hastalığın bulaşmasında etkili birer yol olarak ortaya çıkmaktadır. Üçüncü olarak, Aids'li anneden bebeğe, hamilelik sırasında plasenta yoluyla,

<sup>19</sup> Aids ve Diğer Cinsel İlişki ile Geçen Hastalıklar (CİGH), Aids ile Mücadele Derneği, Eğitim Broşürü, s.2

<sup>20</sup> HIV Infektion and AIDS, MD Consult-Patient Education Handout İnternet Sayfasından

doğum sırasında, vaginal sıvılarla ve doğumdan sonra anne sütüyle bulaşması örnek gösterilebilir<sup>21</sup>.

Buna karşılık tükrük ve gözyaşında çok az virüs bulunduğu, bunlarla bulaşmanın gerçekleşmeyeceği belirtilmektedir. HIV virüsünde yeterli miktarda Inokulum (mikroorganizmalardan oluşan küçük bir birlik)<sup>22</sup>, kanda, sperm sıvısında, vaginal sekrette ve anne sütünde bulunmaktadır. En büyük enfeksiyon tehlikesi kan yoluyla ortaya çıkmaktadır.

Kan muayenesi ile vücudun virüse karşı oluşturduğu, bağışık maddeler aranır. Kanda bağışık maddenin bulunması, virüsün varlığına işaret eder. Ancak kuşkulu bir cinsel ilişki veya kan bulaşmasından en az iki ay geçmeden yapılan test sonuç vermez<sup>23</sup>. Bu nedenle 3.ve 6.aylarda kan testi sonucu HIV yönünden olumsuz ise, virüsün %95 oranında bulaşmadığı kabul edilmektedir. Testin %100 sonuç verememesinin en önemli nedenlerinden birisi, HIV'in vücuda girmesinden sonra değişik evrelerin oluşmasıdır. Kuluçka dönemi, virüsün vücuda girmesinden sonra, belirtilerin ortaya çıkmasına kadar geçen ortalama 4-5 yıllık süredir. Pencere dönemi ise, virüsün kana ulaşmasından sonra, üreyip, kendisine yetecek bağışık madde salgılanıncaya kadar geçen süredir ve ortalama olarak 1-4 aydır. Bu dönemde kanda virüs çok yüksek düzeyde olmasına rağmen, test negatif çıkmaktadır. Ancak kanda bağışık madde oluşup yüksek seviyeye ulaştığı zaman, test de pozitif çıkmaktadır<sup>24</sup>.

### ***b. İş Yaşamında Aids Hastalığı***

Yapılan kamuoyu araştırmalarından bilindiği üzere, insanlar HIV taşıyıcıları ya da AIDS hastaları ile aynı işyerinde çalışma konusunda tereddütlere sahiptirler. Aslında bu yaklaşım, HIV'in normal sosyal ilişkiler içinde bulaşma olasılığının çok düşük ve büyük olasılıkla sıfır olması nedeniyle, yerinde değildir. Hatta diğer pek çok bulaşıcı hastalığın AIDS'ten bulaşma anlamında daha tehlikeli olduğunu söylemek mümkündür. Bu çeşit pek çok hastalığı saymak mümkünse de, biz en sık karşılaşılan olmaları nedeniyle grip ve soğuk algınlığını vurgulamak istiyoruz. Soğuk algınlığı ve grip, ölümcül hastalıklar olmamalarına rağmen, kişileri belli bir süre güçten düşürdükleri ve çok sık rastlandıkları için önemli işgünü kayıplarına yol

<sup>21</sup> Eğitim Broşürü, s.4

<sup>22</sup> **Pschrembel**, W., Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, Aufl.257, Berlin 1994

<sup>23</sup> Aids: Risk Factors and Prevention of Transmission, MD Consult-Patient Education Handout İnternet sitesinden

<sup>24</sup> Eğitim Broşürü, s.6



açmaktadırlar. Buna karşılık, Aids ve HIV virüsünün bulaşma yollarının sınırlı olduklarını yukarıda belirtmiş bulunuyoruz. Buna rağmen, işverenin işçiyi işe alırken Aids hastalığının bulunup bulunmadığını veya bu konuda bir testin yapılmasını isteyip istemeyeceği sorulabilecektir.

Hukukumuzda işverenin soru sorma hakkının kaynağı ve sınırı MK m.2/1 da yer alan doğruluk ve güven ilkesi çerçevesinde, sözleşme görüşmelerindeki bağımsız davranış yükümlerinde yer almaktadır. Bu çerçevede işverenin soru sorma hakkı, iş ilişkisinin kurulması bakımından haklı ve korunmaya değer yararının bulunması halinde, kabul edilebilir. Ancak işverenin bu yararı, objektif açıdan o derece güçlü olmalıdır ki, işçinin kişilik haklarının korunmasından üstün olmalıdır. Bu nedenle, herhangi bir hastalığın, çalışma yeri ve işin niteliği açısından aday işçinin çalışma yeteneğini sınırlandırması söz konusu ise, buna ilişkin soruların sorulması mümkün ve geçerlidir<sup>25</sup>. Hatta işgörmeye borcunu etkilemese bile, diğer işçilere bulaşması mümkün olan mevcut bulaşıcı hastalığın, adaya soru sorulmaksızın kendiliğinden açıklanması gerekir. Çünkü iş ilişkisi kurulduğunda, aday işçi ile sürekli olarak yakından ve doğrudan doğruya buluşup görüştüğü başka işçilerin, bulaşıcı hastalığa yakalandıklarında, İş K.16/I b maddesine göre sözleşmeyi feshetme yetkileri bulunmaktadır. Ancak burada Aids hastalığı bulaşıcı bir hastalık olmakla birlikte bir ayırım yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü yukarıda açıklandığı üzere, virüsün vücuda alınması ile etkilerinin ortaya çıkması arasında çok uzun yıllar geçmektedir. Ve bu devrede virüsün kişinin çalışma hayatını olumsuz etkilemesi de söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle HIV taşıyıcısı olan bir kişinin” Başvuruda bulunduğunuz işi yapmaya engel bir hastalığınız var mı? Varsa hastalığın türü nedir? Sorularını işin niteliği gerektirmediği sürece, olumsuz yanıtlayabileceği düşüncesindeyiz. Doğrudan doğruya bulaşıcı bir hastalığın bulunup bulunmadığına ilişkin soruya da, yine işin niteliğinden kaynaklanan bir zorunluluk bulunmadığı sürece, doğru yanıt verme zorunluluğu bulunmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle, bu konuda doğru bilgi verilmemesinin İş K. M.17/II a anamında bir fesih sebebi yaratmadığı da kabul edilmelidir. Aksi takdirde, HIV virüsü taşıyan kimselerin çalışma yaşamında aktif olarak yer almaları mümkün olmaz.

Buna karşılık, yapılan işin niteliği, HIV virüsünün bulaşma yollarından biri ile bulaşmasına olanak yaratacak nitelikte ise, örneğin bir dikim

<sup>25</sup> **Schaub**, G., Arbeitsrechthandbuch, Aufl.6., München 1987, s.104-105; **Rehbinder**, M., IÜHFM, s.754; **Staudinger/Richardi**, Kommentar zum Bürgerlichengesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Aufl.12, Berlin 1989, § 611 Rd.93-94.

atölyesinde dikiş makinasında çalışacak bir işçinin eline iğne batması olasılığı çok yüksektir. Kan iğneye bulaşmış olmasına rağmen, iğneyi değiştirmeksizin çalışmaya devam edilmesi, aynı makinada çalışacak diğer işçilere virüsün bulaşması tehlikesini yaratacaktır. Bu durumda, aday işçinin hastalığını kendiliğinden bildirme yükümlülüğü bulunduğu söylenebilecektir.

Sağlık kuruluşlarında çalışıp, tehlikelerle en çok yüz yüze olan hemşireler, hastabakıcılar, laboratuvar görevlileri, diş hekimi yardımcıları, hekimler, ilk yardım görevlileri, aletlerin sterilizasyonunu ve dezenfeksiyonunda görevlendirilenler, virüs bulaşmış vücut salgıları ile temasa girebilirler. Bu nedenle bunların da Aids hastalığını kendiliğinden bildirme yükümlülükleri olduğu söylenebilecektir.

Oysa hastalığın ilerleyen safhalarında, yani etkilerinin görülmeye başlandığı ve işçinin çalışma yeteneğini sınırlandırdığı hallerde, sözleşmede öngörülen kapsamda bir iş görme borcunun ifasını olanaksız kılan veya önemli ölçüde aksatan olguların bulunmasından söz edileceğinden, aday işçi bu konuda kendiliğinden bilgi verme yükümlülüğündedir.

Aids testi yapılmasının işveren tarafından istenip istenemeyeceği konusuna gelince: Bazı işyerleri yasal zorunluluk bulunmasa bile<sup>26</sup>, işe alınacak aday işçinin işyeri hekimi veya anlaşmalı diğer bir doktor tarafından tıbbi muayeneye tabi tutulmasını ve belli testlerin gerçekleştirilmesini istemektedirler. Ancak bunun için aday işçinin buna izin vermesi gerekir. Yapılan muayene veya test neticesinde, doktorun düzenleyeceği rapor, aday işçinin işin niteliğine uygun olup olmadığını bildirmekle sınırlı olmalıdır. İşle ilgili olmayan başka bir rahatsızlığın veya hastalığın belirlenmesi halinde, doktorun sır saklama yükümlülüğü bulunduğundan, raporda bu hususun açıklanmaması gerekir<sup>27</sup>. Doktor, rapor sonucu olarak, sadece aday işçinin başvurduğu işi yapmaya engel bir durumunun olup olmadığını ve bunu

<sup>26</sup> İş Kanunu m.79/1 de “ağır ve tehlikeli işlerde çalışacak işçilerin işe girişlerinde veya işin devamı süresince bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı oldukları; işyeri hekimi, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırası ile en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, sağlık ocağı, Hükümet veya belediye doktorları tarafından verilmiş muayene raporları olmadıkça, bu gibilerin işe alınmaları veya işte çalıştırılmaları yasaktır”. İş Kanununun m.80/1 de de “13-18 yaşına kadar olan çocukların herhangi bir işe alınmalarından önce, işin niteliğine ve şartlarına vücut yapılarının dayanıklı olduğunun raporla belgelendirilmesi gerekir”.

<sup>27</sup> Schaub, s.96; Heitkamp, Rechtsfragen der Bewerbung, Diss.Zürich 1986, s.134.

belirtmekle yükümlü ve yetkilidir. Bu nedenle işverenin, aday işçiden Aids testi yaptırmasını isteyemeyeceği kanaatindeyiz<sup>28</sup>.

**c. HIV Virüsü Taşıyan veya Aids Hastalığına Yakalandığı Anlaşılan İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi**

Aday işçinin HIV virüsü taşımasına rağmen, işe alınmış ve belli bir süre çalıştıktan sonra virüs taşıyıcısı veya Aids hastası olduğunun anlaşılması halinde, iş sözleşmesinin işveren tarafından İş Kanununun m.17/1 b ye dayanarak feshedilebileceğini söylemek mümkün müdür?

İş Kanunu'ndaki düzenlemenin lafzına bakılması durumunda, soruya olumlu yanıt vermek mümkündür<sup>29</sup>. Gerçi doktrinde her bulaşıcı hastalığın, haklı sebep sayılmayacağı kabul edilerek, grip ve nezle gibi hastalıklar, haklı sebep yaratmayan hastalıklara örnek gösterilmektedir. Haklı sebep yaratan bulaşıcı hastalığın fesih sebebi olabilmesi için önemli olması da aranmaktadır<sup>30</sup>.

Bu konudaki görüşümüzü açıklamadan önce, Alman hukukunda konu ile ilgili düzenlemeyi ve yargı kararları ile doktrinin görüşünü aktarmayı uygun bulmaktayız.

**aa. Alman Hukukunda Genel Olarak İşçinin Hastalığı Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi**

Hastalık sebebine dayanılarak iş sözleşmesinin feshedilmesi Alman hukukunda, işçinin şahsından kaynaklanan fesih sebepleri arasında kabul edilmektedir<sup>31</sup>. Aslında hastalık, iş sözleşmesinin feshi açısından geçerli bir

<sup>28</sup> Ertürk, Ş., İş İlişkisinde Temel Haklar, s.70-73; Ayrıca bkz. Aydın, U., İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002, s.177 vd.

<sup>29</sup> Nitekim Akyiğit, bu bent anlamında fesih sebebi yaratan durumların "hastalığın bulaşıcı" ya da "işçinin işiyle bağdaşmayacak derecede tiksinti verici" nitelikte olması gerektiğinden bahisle, vereme yakalanmış bir işçinin bulaşıcı hastalığa yakalandığı açık olduğuna göre, akdin feshi için artık işi ile bağdaşmaz özellikte olmasına gerek olmadığını belirtmektedir (Akyiğit, Şerh, s.750).

<sup>30</sup> Narmanhoğlu, s.332; Ekonomi, s.198; Ancak burada bir kısım yazarlar, her ne kadar hastalığın önemli olması gerektiğini kabul etmekteyseler de, "bulaşıcı hastalık" deyiminin her olayın özelliğine uygun olarak değerlendirilmesi gerektiğini de vurgulamaktadırlar. Bunun için bkz. Tunçomağ/Centel, s.193

<sup>31</sup> Schaub, Arbeitsrechthandbuch, Aufl.6, München 1987, s.888 vd; Dieterich, T./Hanau, P./Schaub, G., Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, München 1998, s.2077 vd.; Buna karşılık İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında

sebeb olarak kabul edilmemektedir. İşveren hastalanan işçinin yerine başkasını çalıştırmak suretiyle, ortaya çıkan boşluğu doldurmak durumundadır. Aynı şekilde işçi de hastalanması sebebiyle özel bir fesih korumasından yararlanmamaktadır<sup>32</sup>. Hastalık nedeniyle fesih durumunda, her iki tarafın yararlarının denkleştirilmesi zorunlu bulunmaktadır. Bu nedenle işçinin şahsından kaynaklanan bir fesih sebebi olarak hastalık, ancak işletme açısından giderilemeyecek zararların ortaya çıkması halinde, geçerli kabul edilmektedir<sup>33</sup>.

Hastalık nedeniyle fesihte üç grup sebebi birbirinden ayırmak gerekmektedir. Birincisi, uzun süreli hastalık nedeniyle sözleşmenin feshi. İkinci olarak, kısa süreli ama sık sık tekrarlanan hastalıklar nedeniyle sözleşmenin feshi. Üçüncü olarak, hastalığa bağlı nedenlerle işgörmeye gücünde azalma sebebiyle sözleşmenin feshi.

#### *aaa. Uzun Süreli Hastalık Nedeniyle İşçinin İş Görememesi*

İşçi uzun süren bir hastalık nedeniyle, iş sözleşmesi gereği yüklendiği edimi yerine getiremiyorsa, işverenin bu nedene dayanarak yapacağı bildirimli fesih sosyal açıdan haklı kabul edilmektedir<sup>34</sup>. Ancak feshin sosyal açıdan haklı olması için bundan başka:

- Feshin yapıldığı anda, işçi iş edimini yerine getiremeyecek kadar hasta olmalı ve gelecekte de iş edimini yerine getiremeyeceği hesaba katmalıdır (olumsuz prognoz),

- Prognoza dayanan iş görememe nedeniyle işyerinin önemli zararlara uğraması söz konusu olmalı,

---

Kanunu'nun (4773 sayılı ve 9.8.2002 tarihli) 2.maddesi ile 1475 sayılı İş Kanunu 13 maddesini değiştiren ve bu maddeden sonra gelmek üzere eklenen 13 A maddesi, "...belirsiz süreli hizmet akdini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır" şeklinde bir düzenleme içermektedir. İşçinin şahsından yerine, işçinin yeterliliğinden bahsedilmiş olması, kanımızca yeterlilik kavramının içeriği konusunda tartışmalar yaratacak bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır

<sup>32</sup> Halbuki yeni eklenen 13A maddesi f fıkrasında "Hastalık veya kaza nedeniyle 17nci maddenin I numaralı bendinin b fıkrasında öngörülen bekleme süresinde işe geçici olarak devam etmemek" halinin geçerli fesih sebebi sayılamayacağı açıkça belirtilmiş bulunmaktadır.

<sup>33</sup> BAG AP Nr.6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG AP Nr.25 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG AP Nr.30 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit

<sup>34</sup> BAG 25.11.1982 AP Nr.7 zu § 1 KSchG Krankheit 1969; BAG 15.8.1984 AP Nr. 16 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 28.2.1990 AP Nr.25 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 21.5.1992 AP Nr.30 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit

- Sözleşme taraflarının yararlarının denkleştirilmesinde, başka önlemlerin alınması söz konusu olamamalıdır.

Uzun süreli hastalık nedeniyle yapılan fesihte, feshin nedeni gelecekteki uzun süreli iş görememenin işyerinde yarattığı sonuçlardır<sup>35</sup>. Ancak işçinin sadece hastalanmış olması feshin uygulanması için yeterli değildir. Çünkü hastalık hali, Fesihten Koruma Yasası'nın § 1 maddesinde yer alan "sosyal" açıdan özel korumayı gerektirmektedir. Bu nedenle haklı olarak, işverenin feshe ne zaman başvurabileceği sorusu sorulmaktadır. Yani işveren fesih bildiriminde bulunabilmek için, hastalıktan itibaren ne kadar sürenin geçmesini beklemek zorundadır?

Yasa bu konuda bir düzenlemeyi içermemektedir. Ancak hastalık durumunda ücret ödemeye devam edilmesine ilişkin § 3 EFGZ (Hastalık, Tatil ve Bayram Günlerinde Ücret Ödenmesine İlişkin Yasa), hukuk düzeninin hastalık durumlarından bazılarını belirli çerçevede kabul etmesine olanak tanımaktadır. Yasa'nın § 1 II de yer alan düzenlemeye göre, hastalığın devam ettiği altı haftalık süre içerisinde ücret ödeme yükümlülüğü yer almaktadır. Buna göre, uzun süren hastalık nedeniyle işverenin fesih hakkının altı haftalık sürenin geçmesinden sonra ortaya çıkacağı kabul edilmektedir. Feshin yapıldığı anda, objektif koşullar altında işçinin iş görememe durumunun ne kadar süreceği belli olmamalı ve bu belirsizlik işyerinde kabul edilemez ekonomik zararlara yol açmalıdır. Beklenecek olan sürenin belirsizliği, işyerinde meydana gelecek zarar arttırabileceği için, bu nokta tarafların yararlarının denkleştirilmesi bakımından önem taşımaktadır<sup>36</sup>.

Uzun süren hastalık sonucu, işçinin beklenen iş görememe durumu işyerinde önemli zararların ortaya çıkması tehlikesini yaratmışsa, işçinin şahsından kaynaklanan nedenlerle yapılan bir fesih söz konusudur. Ancak bu fesih daha önceleri Federal İş Mahkemesi'nin belirttiği gibi § 626 BGB de düzenlenen "kabul eilemez" kavramı ile aynı anlamı taşımamaktadır<sup>37</sup>. İşyerinin zarara uğraması daha çok, iş görememe durumunun tahmini süresine ve iyileşmenin ne zaman gerçekleşeceğinin bilinmemesine bağlı bulunmaktadır. İşçinin yokluğunun, başka yardımcı işçi aracılığı veya başka yollarla

<sup>35</sup> Hueck/v.Hoyningen Huene, Kündigungsschutzgesetzes, Aufl.12, 1997, RdNr.243

<sup>36</sup> Hueck/v.Hoyningen Huene, RdNr.245

<sup>37</sup> BAG 22.2.1980 AP Nr.6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 25.11.1982 AP Nr.7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit

doldurulup doldurulamayacağı da önem taşımaktadır<sup>38</sup>. İşçi uzun süreden beri iş göremez durumda ise (örneğin bir buçuk yıldan beri) ve fesih sırasında işçinin ne zaman iş görebilir duruma geleceği bilinmiyorsa, bu belirsizlik, mevcut uzun süreli bir iş görememe durumu gibi, işletmenin önemli zararlara uğramasına yol açabilir<sup>39</sup>.

Belirli bir bekleme süresinin bulunmaması nedeniyle, ücret ödeme yükümlülüğünün devam ettiği altı haftalık sürenin fesih bakımından da geçerli olması gerektiği eleştirildiği gibi<sup>40</sup>, bildirimli fesih bakımından geçerli olan fesih bildirim sürelerinin uygulanması gerektiğine ilişkin görüş de eleştirilmektedir<sup>41</sup>.

Bu nedenle, her somut durumda, özellikle geçici bir engelin bulunması durumunda, geçici önlemlerin alınıp alınmayacağına bakılmalıdır: Bu geçici önlemler arasında, yardımcı bir işçinin çalıştırılması, fazla çalışma yaptırılması, personele ilişkin yeni organizasyon sayılabilir. Ancak bunların mümkün olmaması veya bu önlemlerin alınması halinde bile, yararlarının olmayacağını anlaşıldığı durumlarda, işveren fesih hakkını kullanabilecek durumdadır<sup>42</sup>.

Ancak geçici önlemler bakımından ölçülü davranma ilkesine dikkat etmek gereklidir. Uzun süreden beri işyerinde çalışan bir işçinin uzun süreli hastalığının varlığı halinde, işveren geçici önlemlerin alınması için daha uzun süre beklemek zorundadır<sup>43</sup>. Geçici önlemlerin alınmasının mümkün olup olmadığını belirleme konusunda, işçinin işyerindeki pozisyonu önemli rol oynamaktadır. Uzmanlaşmış bir işçinin yerininin doldurulması, basit bir işçiye oranla her zaman daha güçtür.

Bundan başka, işçinin şahsına dayanan bildirimli fesih hakkının uzun süreli hastalık nedenine dayalı olarak kullanılabilmesi için, tarafların karşılıklı yarar durumlarının da dikkate alınması gerekir<sup>44</sup>. İşveren açısından katlanmak

<sup>38</sup> BAG 22.2.1980 AP Nr.6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 25.11.1982 AP Nr.7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit

<sup>39</sup> BAG 21.5.1992 AP Nr.30 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit

<sup>40</sup> Karş.LEPKE, s.38

<sup>41</sup> Neumann, D., Kündigung bei Krankheit, NJW 1978, s.1838,1840

<sup>42</sup> BAG 22.2.1980 AP Nr.6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 25.11.1982 AP Nr.7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit

<sup>43</sup> BAG 22.2.1980 AP Nr.6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit;

<sup>44</sup> BAG 25.11.1982 AP Nr.7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 15.8.1984 AP Nr.16 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit

zorunda olduğu sürekli yükler önemlidir. İşçi açısından ise, yaşı ve işyerinde çalıştığı süre önem taşımaktadır. Diğer taraftan, hastalığın sebebi de bu konuda önemli rol oynamaktadır. Hastalığın sebebi işyerinden kaynaklanıyor (örneğin iş kazası) ve bunda işçinin herhangi bir kusuru bulunmuyorsa, işveren işçinin işyerine dönebileceği zamana kadar beklemek zorundadır<sup>45</sup>.

**bbb. Kısa Süreli Ama Sık Sık Tekrarlanan Hastalık Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi**

“Sık Sık Tekrarlanan Kısa Süreli Hastalık” kavramı altında, kısa süren ama sık sık tekrarlanan ve ne zaman meydana geleceği önceden öngörülemeyen hastalıklar anlaşılmalıdır. Bu anlamda hastalık nedeniyle işçinin bir günlük yokluğunun tekrarlanması durumu da bu kategori içerisine girer<sup>46</sup>. Ancak sık sık tekrarlanan kısa süreli hastalığın sosyal açıdan haklı sebeple feshe yol açıp açmadığı, işverenin maruz kaldığı yük ile işçinin işini korumasında bulunan yararı, karşılıklı denkleştirilmek suretiyle belirlenmektedir.

Yargısal içtihat üç basamaklı bir değerlendirmeden hareket etmektedir. Bu belirleme yasal bir temele dayanmadığı için, buna uyma zorunluluğu bulunmamaktadır. Belirleyici olan somut durumun kendisidir.

Yargı kararlarına göre<sup>47</sup> feshin sosyal açıdan haklılığının değerlendirilmesinde şu koşulların varlığı aranmaktadır:

- Yeni hastalıkların ortaya çıkacağına ilişkin objektif esaslar bulunmalıdır (olumsuz prognosis)
- Prognosa bağlı kısa süreli hastalıklar işyerinin varlığı ve işveren açısından giderilemeyecek ekonomik zararlara yol açmalıdır
- Sözleşme taraflarının yararları bakımından denkleştirme yoluna gidilmelidir.

Prognosa bağlı olarak, gerçekleşen işe devam edememe durumunun, işçinin şahsına bağlı olarak hastalık nedeniyle feshe yol açabilmesi için, işyerinin varlığı veya ekonomik geleceği tehdiye uğramış olmalıdır<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Dieterich/Hanau/Schaub, s.2082

<sup>46</sup> BAG 23.9.1992, 2 AZR 63/92

<sup>47</sup> BAG 19.8.1976 AP Nr.2 tarih ve numaralı karardan bu yana, karşı. BAG 16.2.1989 AP Nr.20; BAG 5.7.1990 AP Nr.26 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 21.5.1992 AP Nr.30 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit

<sup>48</sup> Hueck/V.Hoynigen-Huene, Kündigungsschutzgesetz, Aufl.12, München 1997, RdNr.231.

İşverenin genel olarak ekonomik çıkarları bu konuda belirleyici etkide bulunmazlar<sup>49</sup>. Bu şekilde işyerinin varlığı ve ekonomik geleceğini etkileyen bir tehdit, işçinin hastalığı nedeniyle üretimin etkilenmesi, kaçınılmaz olarak yardımcı bir işçinin çalıştırılması zorunluluğunun doğduğu hallerde kabul edilmektedir. İşyeri barışının tekrarlanan bir şekilde işe gelmeyen işçinin yerine başkasının çalıştırılması zorunluluğunun doğması nedeniyle bozulması, müşterilerin sözleşme konusu malların zamanında teslim edilmediği veya yerine getirilmemesi nedeniyle şikayette bulunmaları da, işyerinin varlığını tehdit eden bir durum olarak kabul edilebilir<sup>50</sup>.

Federal İş Mahkemesi işyerinin ekonomik açıdan sık sık tekrarlanan hastalıklar nedeniyle, baskı altında olup olmadığının belirlenmesinde, hastalık durumunda işçiye ödenen ücretleri de hesaba katmaktadır<sup>51</sup>. Bu şekilde bir hesabın yapılmasına karşı çıkanlar ise, hastalık halinde ücret ödeme yükümlülüğünden hareket edilmesini yanlış bulmaktadırlar. Çünkü ücret ödenmeye devam edilmesini düzenleyen Yasa, iş ilişkisinin karşılıklı (synelagma) karakterini şahıslar lehine değiştirmektedir. Bu nedenle doğru olan çıkış noktası, işçinin hastalığı nedeniyle üretimin etkilenmesi sonucu işverenin ortaya çıkabilecek kaybıdır. Bu anlamda karşılıklılığın ne kadar bozulduğuna bakılır. İşveren açısından sadece hastalık durumunda işçiye ödediği ücret değil, işçinin yokluğundan kaynaklanan üretim azalması ve buna bağlı olarak uğradığı kar kayıpları da önem taşımaktadır. Bu nedenle işletmenin kaybının belirlenmesinde, doğrudan doğruya işletmenin uğradığı zarara veya bu zararı önlemek için işverenin yaptığı harcamalara bakmak gerekir.

Bu konuda yargı içtihatları, geçerli bir feshin söz konusu olabilmesi için, iki yıllık bir sürenin üzerindeki zaman dilimi içinde, her yıl için altı haftadan fazla bir süre için ücret ödeme yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmektedirler<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Löwisch, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, Aufl.7, Heidelberg 1997, RdNr.187

<sup>50</sup> BAG 16.2.1989 AP Nr.20 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 10.5.1990 AP Nr.31 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit

<sup>51</sup> Karş.23ç6.1983 AP Nr.10 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 16.2.1989 AP Nr.20 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 19.7.1993 AP Nr.27 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit. Doktrinin bir kısmı da bu görüşe katılmış bulunmaktadır. Bunlar için bkz. **Dieterich/Hanau/Schaub**, KSchG 430, RdNr.246

<sup>52</sup> BAG 16.2.1989 AP Nr.20 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 19.7.1993 AP Nr.27 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit



Ancak işyerinin varlığı veya ekonomik geleceği tehlikede ise, altı haftadan daha kısa bir sürede de fesih hakkı kullanılabilir<sup>53</sup>.

Ancak yukarıda uzun süreli hastalık nedeniyle fesih hakkının kullanılmasında yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, burada da fesih hakkının kullanılmasından önce, tarafların yararları arasında bir denkleştirmeye gidilmesi gerekir.

#### *ccc. Sürekli İşgörmezlik Durumu*

Bu durumda işçi kalıcı bir şekilde sözleşme ile yükümlendiği edimi yerine getiremeyecek durumdadır. Bu da işverene, işçinin şahsından kaynaklanan bir nedenle bildirimli fesih hakkını kullanmasına olanak tanımaktadır<sup>54</sup>.

İş görememe fiziki nedenlerden kaynaklanabileceği gibi, psikolojik nedenlerden de kaynaklanabilir. Alkolik olan bir işçinin yapılan bütün tedavilere rağmen, bundan kurtarılamaması durumu sürekli işgörmezlik durumu olarak kabul edildiği gibi<sup>55</sup>, işçinin meslekte kazanma gücünü kaybetmesi de sürekli işgörmezlik durumu olarak kabul edilmiş bulunmaktadır<sup>56</sup>.

Ancak işgörmedeki azalmanın boyutu, işçinin malûliyetine yol açacak nitelikte ise, bu durumda özel fesih koruması gündeme gelmektedir. Eğer işverenin işçiyi başka bir bölümde çalıştırma olanağı varsa, bu sebeple yapılan fesih de geçersiz sayılır.

#### *bb. Alman Hukukunda AIDS Hastalığı Sebebiyle Yapılan Fesih*

Son zamanlarda işçinin şahsından kaynaklanan fesih başlığı altında “Aids Sebebiyle Fesih” tartışması daha sıklıkla yapılır olmuştur. Kural olarak Aids-Enfeksiyonu bir fesih sebebi oluşturmamaktadır. Ancak bu konuda bir ayırımın yapılması zorunlu bulunmaktadır: İşçi gerçekten **Aids hastası** ise, fesih konusundaki değerlendirmeler işçinin hastalığı nedeniyle iş sözleşmesinin feshi kriterlerine tabi olmalıdır.

Diğer sorunlar ise, kural olarak hasta işçinin hasta veya taşıyıcı olması fark etmeksizin, Aids’in bulaştırılması sonucunun ölüme yol açmasıdır. Bu nedenle virüsün bulaştırılması ile sadece niteliksel tehlikeye işaret edilmekte,

<sup>53</sup> BAG 6.9.1989 AP Nr.23 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit

<sup>54</sup> BAG 28.2.1990 AP Nr.25 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 21.5.1992 AP Nr.30 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit

<sup>55</sup> BAG 13.12.1990- 2 AZR 336/90

<sup>56</sup> **Dieterich/Hanau/Schaub**, KSchG 430, RdNr.227

ama nicelik açısından tehlikenin büyüklüğü, yani hastalığı bulaştırma olasılığının mevcut koşullarda ne olduğu da büyük önem taşımaktadır.

Normal koşullar altında, işyerinde nicelik olarak ortaya çıkan hastalığı bulaştırma tehlikesi sıfır olduğu için<sup>57</sup>, bu sebebe dayanarak sözleşmeyi feshetmek mümkün olmamalıdır. Bu durumda işveren, işçiyi gözetme borcuna bağlı olarak diğer işçilere karşı, bu işçinin sözleşmesini feshetmek zorunda olmadığı gibi, bu konuda bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Ancak hijyenin gerektirdiği bütün önlemler alınmasına rağmen, hastalığı üçüncü kişilere bulaştırma ihtimali bulunuyorsa, işverenin işçiyi başka bir yerde çalıştırma olanağının bulunmadığı durumlarda, istisnai olarak fesih yetkisinden söz edilebilir. Bundan başka hastalık Akut aşamasına erişir, negatif prognozlara bağlı olarak, somut durumda işyerinde fesih için aranan, belirli süre işyerinde bulunmamaya yol açarsa, sözleşmenin feshi geçerli kabul edilmelidir<sup>58</sup>.

Yargı kararlarında, Aids'li bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, feshin ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olup olmayacağı ve Fesihden Koruma Yasası'nın kapsamı dışında olup olmadığı, açıklığa kavuşturulmuş değildir<sup>59</sup>.

Ancak işyerinde çalışan işçilerin bir kısmı veya büyük çoğunluğu, Aids'li işçi ile çalışmayı reddederek, işçinin işveren tarafından sözleşmesinin feshedilmesi konusunda baskıda bulunurlarsa (baskı feshi) sorunun çözümü daha büyük önem kazanmaktadır. Burada baskı feshinin geçerli olması için gerekli genel prensiplerin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır<sup>60</sup>. Ancak bu durumda genellikle, Aids Enfeksiyonunun bulunması fesih hukuku açısından önemsiz bulunmakta ve baskı feshi için aranan objektif açıdan kabul görmüş motiv tanımlamasına uymadığı için, baskı feshinin yapılması da mümkün bulunmamaktadır.

Bir fesih söz konusu olmadan önce, işveren uygun bir önlem olarak, baskıyı ortadan kaldırmak için, işçi topluluğuna hastalık ve bulaşma riskleri konusunda mümkün olduğunca açıklayıcı bilgiler vermeli, hasta ya da taşıyıcı

<sup>57</sup> **Eich**, R.A, Aids und Arbeitsrecht, NZA 1987, Beilage 2, s.10,13; **Klak**, Aids und Folgen für Arbeitsrecht, BB 1987, s.1382

<sup>58</sup> **Däubler**, s.547

<sup>59</sup> BAG 16.2.1989 AP nr.462 § 138 BGB, NZA 1989, s.962

<sup>60</sup> Bunun için bkz. **Ertürk**, Ş., İş Arkadaşlarının Baskısı Sonucu İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin Talep Hakları ve Hukuki Dayanakları, Prof.Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s.62-63

olan işçinin çalışma yerinin değiştirilmesi veya personel açısından reorganizasyona gidilmesine başvurulmalıdır<sup>61</sup>.

*cc. Hukukumuz Açısından Aids'in İşveren Bakımından Fesih Sebebi Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği Konusundaki Grüşümüz*

*aaa. İş Güvencesi Yasası Kapsamında Aids'in Geçerli Sebep Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği*

9.8.2002 tarihinde kabul edilen 4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13 maddesinde önemli değişiklikler gerçekleştirilmiş ve bu maddeden sonra gelmek üzere yeni maddeler eklenmiş bulunmaktadır. Bunlardan birisi de, 13A maddesinin getirdiği yeniliktir ki, buna göre “*on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili niteliğinde olmayan bir işçinin belirsiz süreli hizmet akdini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır*”. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, işveren tarafından yapılabilecek fesih bildiriminin hüküm ifade edebilmesi için, geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu bulunmaktadır.

Bu Yasa'nın getirdiği değişikliklerin büyük kısmı, 158 sayılı “Hizmet Akdinin İşveren Tarafından Feshi Hakkındaki Sözleşme”de<sup>62</sup> yer alan hükümler ile Alman hukukundaki düzenlemeler esas alınarak getirilmiş bulunmaktadır. Sözleşme’de, hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesini haklı gösteren nedenler arasında, “*işçinin kapasitesi veya davranışı*”, “*işyerinin ya da işletmenin işleyişi ya da hizmetin yürütümü ile ilgili gerekler*” den söz edilmişse de, ölçütlerin kesin şekilde somutlaştırılması yoluna gidilmemiştir. Halbuki yukarıda belirttiğimiz gibi, Alman hukukunda iş sözleşmesinin geçerli bir şekilde feshinden söz edebilmek için, feshin üç somut nedene dayanması gerekir. Bunlar: İşçinin şahsından, davranışlarından ve son olarak işyeri veya işletmenin gereklerinden kaynaklanan nedenlerdir.

Kanun koyucu, bizde geçerli sebep olarak kabul edilebilecek sebepleri somut olarak, işçinin yeterliliği, davranışları ve işyerinin ya da işletmenin gerekleri olarak belirlemiş bulunmaktadır. İşçinin şahsından kaynaklanan sebepler, işçinin yeterliliğinden kaynaklanan sebepler kavramından kanımızca

<sup>61</sup> **Richardi, R./Wlotzke, O.**, Münchener Handbuch, Arbeitsrecht, B.2, Individualarbeitsrecht II, München 1993, s.340.

<sup>62</sup> 158 sayılı Sözleşme'nin onaylanması 9.6.1994 tarih ve 3999 sayılı Yasa ile uygun bulunmuş ve 10.8.1994 tarihinde onaylanmıştır (RG 12.10.1994, S.2079)

daha geniş olmasına rağmen, hastalık halinin bu sebepler arasında kabul edilmesine aykırı bir yön olmayacağı düşüncesindeyiz.13/A f maddesinde, “*hastalık veya kaza nedeniyle 17.maddenin I numaralı bendinin b fıkrasında öngörülen bekleme süresinde işe geçici olarak devam etmeme*” halinin geçerli sebep oluşturmayacağı açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Yani fesih bildirim süresine tekabül eden bir zaman zarfında, işçinin kusuru dışında yakalandığı hastalık veya uğradığı kaza neticesinde işe devam edememesi geçerli sebep kabul edilmeyecektir.

Buna karşılık İş K. 17/I a uyarınca, işçinin kasdı veya kusuru ile bir hastalığa yakalanması ve bunun neticesinde, fıkrada düzenlenen ardı ardına üç işgünü veya bir ayda beş işgününden fazla bir devamsızlığın olmaması halinde, devamsızlığı bu sürelerle ulaşmayan işçinin hastalığı fesih bakımından geçerli sebep kabul edilebilecek midir?

Bu soruya ilk anda olumlu yanıt verilebileceği düşünülebilirse de, biz farklı düşüncedeyiz. Çünkü her ne kadar hastalık nedeniyle devamsızlık süresi Yasa'nın haklı sebeple fesih için aradığı miktara ulaşmamışsa da, fesih sebebi hastalık veya sakatlığa yol açan işçinin kasdı veya kusurlu davranışdır. Bir kimse kendi kusuruna dayanarak hak iddiasında bulunamayacağına göre, kusuru ile bir hastalığa yakalanan işçinin iş sözleşmesini işveren geçerli sebebe dayanarak feshedebilecektir. Ancak burada sorun, haklı sebeple fesih hakkının kullanılması için Yasa'da aranan sürelerle ulaşmayan bir devamsızlığın geçerli sebep oluşturup oluşturamayacağıdır. Kanımızca, belli sürelerde devamsızlığa yol açmayan hastalık haklı sebeple fesih sebebi olarak kullanılmadığına göre, bu sürelerle ulaşmayan hastalık hali geçerli bir fesih sebebi de oluşturamamalıdır. Meğer ki, hastalık nedeniyle İş Güvencesi Yasası'nda söz edildiği gibi, işçinin yeterliliği (verimliliği) etkilenmiş bulunsun. Hastalık nedeniyle işçi, yüklendiği edimi artık gereği gibi yerine getiremiyorsa, bu geçerli fesih sebebi olarak kabul edilmelidir. Ancak bu durumda da İş Güvencesi Yasası m.13 B/2. maddesinde belirtilen şekilde, işçinin belirsiz süreli sözleşmesi feshedilecekse ve işçinin davranışı veya verimi fesih sebebi olarak gösterilmişse, iddialara karşı savunması alınmadan önce fesih yoluna gidilemez.

**bbb. İş Kanunu'nun 17 Maddesi Kapsamında Aids Hastalığının Haklı Sebep Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği**

**i. İşçinin Kusuru İle Aids Hastalığına Yakalanması**

İş K.m.17/I a da düzenlenen işçinin kusurlu davranışları işçinin kasdı, derli toplu olmayan yaşayışı ve içkiye düşkünlüğü olarak düzenlenmiş

bulunmaktadır. İşçinin kastından anlaşılması gereken, yukarıda da belirtildiği üzere, onun bilerek ve isteyerek hastalığa yakalanmasıdır. Bunun için HIV+ veya Aids hastası bir işçinin, kasıtlı olarak bu hastalığa yakalanmış olması gerekir. Böylesi bir ihtimal ise çok uç bir örnek olarak karşımıza çıkabilir. Örneğin, gerekli sağlık önlemlerini almaksızın bir işçinin Aids hastası olduğunu bildiği bir genelev kadını ile veya daha önce bu hastalığa yakalanmış eşi ile cinsel ilişkiye girmesi.

Derli toplu olmayan yaşayış tarzı içerisinde alkol kullanımı kadar, uyuşturucu kullanımı da girmektedir. HIV virüsünün en sık görülen bulaşma gruplarından birisi, uyuşturucu kullananlardır. HIV+ veya Aids hastası olan bir uyuşturucu bağımlısının kullandığı şırıngayla, uyuşturucu alan bir başka bağımlı virüsü alabilir. Bundan başka sürdürdüğü derbeder yaşantı nedeniyle, yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi, işçi cinsel ilişki kurduğu insanlara dikkat etmez ve bu ihmali neticesinde virüsün kendisine bulaşmasına neden olabilir.

Ancak açıkladığımız şekilde, virüsün kusurlu bir davranış neticesinde vücuda girmiş olması yeterli değildir. Bu şekilde virüsü almış veya hastalığa yakalanmış kişinin belirtilen şekilde işe devam etmemiş olması da aranmaktadır. Bu da, ardı ardına üç işgünü veya bir ayda beş işgününden fazla bir süreye tekabül eden devamsızlık şeklindedir.

#### *ii. İşçinin Kusuru Dışında Aids Hastalığına Yakalanması*

İşçi bütün özen ve dikkatine rağmen, kusuru olmaksızın da Aids hastalığına yakalanmış olabilir. Kendisine kan verilmesi veya organ nakli yapılması zorunlu olan durumlarda, verilen kanın veya organın gerekli inceleme ve araştırmaların yapılmaması ya da gerektiği gibi yapılmaması nedeniyle, Aids taşıyıcısı veya hastası olan bir kimsenin kanının verilmesi veya organın nakledilmesi neticesinde, hiçbir kusuru olmaksızın virüsün kendisine bulaştırılması söz konusu olabilir<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> 21.6.2000 tarihinde, sekiz yıl süren davadan sonra, üç HIV bulaşmış hemofili hastası, Kanada Kızıl Haç Derneği ve Federal Hükümete karşı açtıkları davayı kazanmışlardır. Ontario Mahkemesi, davacılara HIV virüsünün bulaşmasına yol açtığı için, Kızıl Haç ve Federal Hükümeti, kan ürünlerini ısıtma işlemini yerine getirmede ihmalkar davranmaktan dolayı suçlu bulmuştur.

1984 sonbaharından itibaren, Kızıl Haç HIV'in kanla taşınan bir virüs olduğunu ve kan ve kan ürünleriyle bulaştığını, bu ürünleri kullanan hemofili hastalarının HIV virüsünü alma ve AIDS hastalığını geliştirme riskini taşıdıklarını biliyordu. Ayrıca, yine bu zamanda ısı işleminin virüsü etkisiz hale getirdiği de bilinmekteydi.

Ancak işverenin bildirimsiz fesih hakkında bulunabilmesi için, hastalık, işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 13.maddedeki bildirim önellerini en az altı hafta aşmış olmalıdır.

*iii. İşçinin Bulaşıcı Hastalık Olan Aids'e Yakalanmış Olması Nedeniyle Feshi*

Esasen konumuz bakımından önem taşıyan husus, işçinin bir bulaşıcı hastalık olan Aids'e yakalanmış olmasıdır. Çünkü bu fıkra bakımından (İş K. M.17/I b) işverenin bildirimsiz fesih hakkını kullanabilmesi için, işçinin salt hastalığa yakalanmış olması yeterli olup, yakalanmada kusurunun bulunup bulunmadığı gibi, belirli bir süre işe devam edememiş olmak koşulu da aranmamaktadır.

Hernekadar yukarıda belirttiğimiz gibi, bulaşıcı hastalığın bildirimsiz fesih sebebi olabilmesi için önemli olması ölçütü getirilmiş ise de, bu ölçüt uygun değildir. Çünkü önemsiz ve bulaşıcı olan grip ve nezle gibi hastalıklar, önemli hastalıklardan daha çok işgücü kayıplarına yol açabilirler. Buna

---

Federal Hükümet Sağlık Departmanı Kasım 1984 de Kızıl Haç'a bir direktif göndererek, ısı işlemine tabi tutulmamış ürünlerin kullanılmasını artık kabul etmeyeceğini bildirmiştir. Hükümet, Kızıl Haç'tan derhal kan ürünleri için ısı işlemini kullanmasını istemiştir. Ancak Kızıl Haç en azından Temmuz 1985 kadar ısı işlemi yapılmamış kan ürünlerini kullanmaya devam etmiştir. Her üç davacı da bu dönemde kan almışlardır.

Mahkeme, Kanada Kızıl Haç Derneğinin (CRCS) davalılara yüksek kalitede tedavi sağlaması gerektiğini bildirmiştir. Buna göre, Kanada hemofili hastaları, CRCS'ye bağımlı halledirler. Hayatta kalmaları için, kan nakline gerek duymaktadırlar ve CRCS, Kanada'da kan ürünlerini sağlamada tek konumdur.

İkinci olarak, Kızıl Haç, özel bilgilere sahip, uzman bir kurumdur. Bir Kan Bankası olarak CRCS, pratisyen hekimler yerine yüksek kalitede tedavi olanağı sağlayan uzmanları barındırmalıdır.

Üçüncü olarak, direktifin 16.Kasım 1984 tarihinde uygulanmasından çok daha önceleri HIV'in kan ile taşınan bir virüs olduğu ve hemofili hastalarının yüksek risk taşıyan bir grup olduğu bilinmekteydi. Ayrıca, ısı işleminin bu virüsü etkisiz hale getirdiği de kabul edilmekteydi. Bu yüzden CRS'nin daha yüksek standartlarda hizmet vermesi gerekmektedir. CRCS bu işlemi yapabilecek düzenlemeleri en kısa zamanda gerçekleştirmeliydi. Bu yüzden Mahkeme CRCS'nin sorumluluğunu yerine getirmediğine karar vermiştir.

Mahkeme Federal Hükümeti de, ısı işleminin uygulanmasına ilişkin düzenlemeleri hızlandırmadığı için sorumlu tutmuştur (**Elliot, R.**, Red Cross and Federal Coverment Held Liable for Hemophiliacs' HIV Infection, Canadian HIV/AIDS Policy & Law Review 2000, Volume 5, Number 4, s.5-7)

Bu kararın Türk Kızılay'ı ve yasa koyucu açısından örnek teşkil etmesi en büyük dileğimizdir.

karşılık önemli ve bulaşıcı olup, işçinin çalışma gücünü etkilemeyen hastalıkların bulunması da mümkündür. Aids bu sonuncu türde hastalıklara örnek oluşturabilir. Önemlidir, çünkü hastalığın sonucu ölümdür. Ancak virüsün vücuda alınması ile hastalığın ortaya çıktığı dönem arasında çok uzun zaman geçebileceği gibi, bu süre içerisinde virüsü alan kişinin, virüsü aldığı farkında olmaması dahi mümkündür.

Hastalığın değişik evreleri bulunduğunu yukarıda belirtmiştik<sup>64</sup>. Üçüncü ve altıncı aylarda kan testi sonucu HIV yönünden olumsuz ise %95 oranında virüsün bulaşmadığı kabul edildiği için, hastalığın anlaşılması veya ortaya çıkması halinde derhal fesih yetkisinin kullanılabilmesine ilişkin görüşlere katılma olanağı bulamıyoruz<sup>65</sup>.

Aids'e yakalanmada kusuru bulunmayan ve devamsızlığı hizmet süresine göre bildirim süresini aşmayan işçinin sözleşmesi, sadece hastalığın bulaşıcı olmasına dayanarak feshedilememelidir.

Ancak işin niteliği, hastalığın ilerleyen safhalarında, ağır ve yoğun temponun işçi tarafından kaldırılmaması neticesini yaratıyor, verimdeki düşüşe neden oluyorsa, artık bu durumda, işverenin bildirmsiz fesih hakkını kullanabileceğini kabul etmek gerekir. Özellikle Aids'in ilerlemiş safhalarında, vücut direncinin zayıflamasından dolayı, kişi başka hastalık riskleri ile karşı karşıya kalmakta ve hastalıklara yakalanması çok daha çabuk ve kolay olmaktadır. İşçi sık sık hastalandığı için tedavi veya istirahat nedeniyle izin alıyor ve işin aksamasına yol açıyorsa, bu durum işveren bakımından haklı sebep oluşturabilir.

<sup>64</sup> Bunun için bkz. yuk. 3B b

<sup>65</sup> Bu görüşler için bkz. **Narmanhoğlu**, s.351; **Akyiğit**, Şerh, s.750.

## SONUÇ

Çağımızın vebası olarak nitelendirilen Aids hastalığının, kişinin günlük yaşantısı kadar, sosyal ve çalışma yaşamına yönelik birtakım etkileri bulunduğu bilinmektedir.

Ancak bilinen başka bir gerçek, HIV enfeksiyonu veya Aids hastalığının oldukça değişken bir seyre sahip olmasıdır. Genellikle virüsün bulaşması ile hastalığın ilk belirtilerinin görülmesi arasında on yılı aşkın bir süre bulunmaktadır. Bugün hala bütün virüs bulaşanların Aids'e yakalanıp yakalanmayacakları kesin olarak bilinmemektedir. Hastalığın bazı belirtiler ortaya koyması, daima kişinin çalışamaz duruma düşmesi anlamını taşımamaktadır. Bazen kişinin çalışmadığı, hastane bakımına ihtiyaç duyduğu dönemler de görülebilir. Bu dönemde, hastalanan kişilerin hastalanış nedenlerinin işyerinde öğrenilmesini arzu etmedikleri bilinmektedir. Bu arzu, diğer bazı kronik hastalıklarda veya kanserde olduğu gibi, anlayışla karşılanmalıdır. Çalıştırdığı kişilerden birinin HIV+ ya da Aids hastası olduğunu öğrenen bir işveren, bu bilgiyi gizli tutmak zorundadır. HIV veya Aids hastası olan kişinin yaşamını dengede tutma çabası dıştan olumsuz etkilenmemelidir. Çünkü psikolojik baskılar kişinin direnç sistemini zarara uğratabilecektir.

İşverenler ve işçiler HIV enfeksiyonu taşıyan kişilerin aralarında çalışmasına ve yaşamasına olanak tanımalıdır. Bu toplumsal bir görevdir.

HIV+ olan bir işçi, enfeksiyonu taşıdığına ait belirtiler göstermeyebileceğinden, işyerinde kimin bu durumda olduğunun ayırt edilmesi pek mümkün değildir. Bu kişiler, birçok yerde önyargılarla reddedildikleri için, enfeksiyonlarını gizlemeyi yeğlemektedirler. Bu nedenle HIV+ olan bir kişi, bu enfeksiyonu işe girerken işverene bildirmekle yükümlü değildir. Ancak yapacağı işin niteliği, enfeksiyonu bulaştırma riskini önemli ölçüde artırıyorsa veya hastalığın ileri dönemlerinde işgörüme ediminin gerektiği gibi yerine getirilememesi söz konusu ise, işçi işverene kendiliğinden bilgi vermek zorundadır.

Ancak HIV+ olan kişi, kural olarak işyerinde bir tehlike oluşturmaz. Bu nedenle HIV antikor testi işe alınmada talep edilen tıbbi muayenenin bir parçası kabul edilemez.

Hukukumuzda İş K. 17/I maddesinde sağlık sebepleri ile iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirimsiz feshi düzenlenmiş bulunmaktadır. Aids hastalığının durumu bu madde kapsamında incelendiği zaman, şu sonuçlara ulaşmak mümkün olmaktadır: İşçinin kastı, veya sürdürdüğü düzensiz yaşam



ve alkol tutkusu nedeni ile Aids'e yakalanması durumunda, iş sözleşmesinin bildirimsiz feshedilebilmesi için, işçinin bu sebeple doğacak devamsızlığının ardı ardına üç işgünü veya bir ayda beş işgününden fazla sürmüş olması gerekir.

İşçinin Aids'e kusuru dışında yakalanması durumunda ise, işverenin iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı İş K.13.maddede düzenlenen bildirim sürelerine eklenecek altı haftanın dolmasından sonra ortaya çıkar.

Buna karşılık işçinin bulaşıcı hastalık olan Aids'e yakalanmasından dolayı, başka bir şart aramadan, sırf hastalığa yakalanmış olmasını gerekçe göstererek, işverenin bildirimsiz fesih yetkisini kullanamayacağı kanaatindeyiz. Diğer taraftan, hastalığın gelişme seyri kişiden kişiye değiştiği gibi, etkilerinin ortaya çıkması çok uzun zaman alabilmektedir. Bu nedenle, yapılan işin niteliği ve hastalığa yakalanan işçinin sağlık durumu, artık işçinin işgörme edimini gerektiği gibi yerine getirmesini engelliyorsa, işverenin derhal bildirimsiz fesih yetkisini kullanabileceği kabul edilmelidir.

İşçinin hastalığa yakalanmada kusurunun bulunmadığı durumlarda, hizmet süresine göre belirlenecek fesih bildirim süresine altı haftanın eklenmesiyle bulunacak toplam süre kadar işe devam edememiş olmasının İş Güvencesi Yasası anlamında geçerli sebep kabul edilmeyeceği belirtilmelidir. Buna karşılık işçinin kastı veya kusuru ile bir hastalığa yakalanması durumunda, hastalık nedeniyle devamsızlık süresi İş Kanunu'nda haklı sebeple fesih hakkının kullanılabilmesi için aranan süreleri ulaşmamışsa, hastalık geçerli fesih sebebi olarak da kabul edilememelidir. Çünkü haklı sebeple bildirimsiz fesih yetkisinin kullanılmadığı durumlarda, bildirim sürelerine uyararak geçerli bir sebebe dayanarak fesih yetkisinin varlığından söz edilemeyeceği düşüncesindeyiz. Ancak hastalık işçinin verimliliğini etkiliyorsa, savunması alınmak suretiyle, geçerli sebebe dayanarak sözleşmenin feshedilebileceği kabul edilmelidir.

Son olarak, Aids konusunda söylenmesi gereken en önemli şey: "İnsanlarla mücadele etmenin, Aids'le mücadele etmekten çok daha zor" olduğudur.

