TEKSTİL İŞVEREN

SAYI: 435 • MART-NİSAN 2018

TÜRKİYE TEKSTİL SANAYİİ İŞVERENLERİ SENDİKASI AYLIK DERGİSİ

HUKUK 119

UZUN SÜRELİ HASTALIK NEDENİYLE İŞ AKDİNİN FESHİNDE DE SAVUNMA ALMA ZORUNLULUĞU

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

(Karar incelemesi)

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi
Esas No: 2016/2983
Karar No: 2017/510
Tarihi: 23.01.2017

Karar Özeti:
Davacı hastalığı nedeniyle raporlu olduğu günler çalışma süresine göre ihbar önelini altı hafta aşmış durumdadır. Ancak olaydan davacı işçinin fesih öncesi savunması alınmadan; iş verimsizliğinden (raporlu olması) kaynaklanan nedenle iş akdinin feshedildiği anlaşılmaktadır.
Davranış ve verimliliğe dayalı fesihte savunma alınmaması feshi geçersiz kılacağından Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi hatalıdır.

İlgili Mevzuat:
4857 Sayılı İş K. Md. 18 - 21 - 23

Yargıtay Kararı:
Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.
Yerel Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.
Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:
Davacı vekili, davacının davalı şirket bünyesinde 17.05.1999 tarihinden itibaren çalışmaya başladığını, Müdür olarak çalışmakta iken 30.12.2014 tarihinde İş Kanunu'nun 25. Maddesi'nin 1. Bendi gerekçe gösterilerek iş akdinin feshedildiğini, müvekkilinin davalı şirkette belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığını, davalı işveren ile 30'dan fazla işçi çalıştığını, fesih beyanında her ne kadar işveren haklı nedenle, derhal fesih hakkını kullanarak iş akdini sona erdirmiş ise de İş Kanunu'nun sağlık sebepleri ile feshe ilişkin düzenlemelerde aranan yasal şartlara uyulmaksızın fesih yapıldığından bahisle feshin haksız veya geçersiz olduğunun tespiti ile davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:
Davalı vekili, davacının şirkette Yatırım Danışmanlığı Bölümü'nde Müdür Yardımcısı olarak görev yapmaktayken ciddi sağlık problemleri yaşadığını, iş sözleşmesinin haklı nedenler doğrultusunda ve feshin son çare uygulanması prensibi esas alınarak müvekkil şirket tarafından haklı ve zorunlu olarak İş Kanunu'nun 25/1. Maddesi uyarınca feshedildiğini, davacının taleplerinin hukuki dayanaktan yoksun olduğundan bahisle davanın reddinin gerekliliğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:
Mahkemece, davalı işverenin davacı işçiyle yaptığı iş sözleşmesini, İş Kanunu 25/1 Maddesi b bendi gereğince usulüne uygun feshettiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:
Kararı davacı vekili yasal süresi içinde temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:
4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25'inci Maddesi'nin (I) numaralı bendinin (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerinde işverenin iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17'nci Madde'deki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar.

İşverenin İş Kanunu'nun 25. Maddesi'nin (a) ve (B) bentleri yönünden feshi haklı fesih olmayıp, işveren kıdem tazminatı ödemekle yükümlüdür. Ancak, Yasa işverene derhal fesih hakkı tanıdığından, işverenin bildirim sürelerine uyma ve ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.
Somut uyuşmazlıkta; davacının hastalığı nedeniyle raporlu olduğu günler çalışma süresine göre ihbar önelini altı hafta aşmış durumdadır. Ancak davacının verimsizliğinden (raporlu olması) kaynaklanan nedenle iş akdinin feshedilmesine rağmen davacı işçinin fesih öncesi savunmasının alınmadığı anlaşılmaktadır.
Davranış ve verimliliğe dayalı fesihte savunma alınmaması feshi geçersiz kılacağından, Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi hatalıdır.
4857 Sayılı İş Yasası'nın 20/3 Maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

Hüküm:
Yukarda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,
2. Feshin GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının İŞE İADESİNE,
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 6 aylık brüt ücreti tutarında BELİRLENMESİNE,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin GEREKTİĞİNE,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yaptığı 204,50 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 1.980,00 TL vekâlet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, Kesin olarak 23.01.2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Kararın İncelenmesi:
Bilindiği gibi İş Kanun'un 19. Maddesi'nin 2'nci Fıkrası'nda 158 Sayılı ILO Sözleşmesi'nin 7. Maddesi'ne uygun olarak getirilen hüküm uyarınca "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci Madde'nin II Numaralı Bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Hemen belirtelim ki feshin geçerli sebebe dayandırılmasına ilişkin 18. Madde'de işçinin "verimi" değil "yeterliliğinden" söz edilmiş olması fesih için geçerli neden kavramının belirlenmesinde bir duraksamaya yol açmamalı İş K. Md. 19/2'de yer alan işçinin verimi sözcüğünün de işçinin yeterliliği olarak anlaşılması gerektiği öğretide de haklı olarak belirtilmektedir (S. Süzek, İş Hukuku, 14 Baskı, 626; T. Centel, İş Güvencesi, İstanbul 2012, 127). Öte yandan iş akdinin feshinde İş Kanunu'nun 19. Maddesi'nin 2. Fıkrası'nda işçinin savunmasının alınması zorunluluğu feshin işçinin davranışına ve verimine dayandırılan fesihler için getirilmiş buna karşılık, feshin işletme veya işin gereklerine dayandırılması halinde böyle bir yükümlülük öngörülmemiştir. Gerçekten de işçiden kaynaklanmayan, onunla bir ilgisi bulunmayan işletme gereği fesihlerde işçinin savunmasının alınması anlamsız olurdu.
İnceleme konumuz karara konu olan olayda karar metninden anlaşıldığı üzere, davacının hastalığı sebebiyle raporlu olduğu günler çalışma süresine göre ihbar öneli süresini altı hafta aşmıştır, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'ne göre; iş akdinin feshedilmesi davacının verimsizliği halinden kaynaklansa dahi davacı işçinin fesih öncesi savunmasının alınmaması feshi geçersiz kılar.
Yüksek Mahkeme'nin inceleme konumuz kararındaki görüşünü tespit edebildiğimiz kadarıyla 2015 yılından günümüze kadar istikrarlı bir şekilde sürdürmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 24.11.2015 tarih ve 23385/33398 Sayılı inceleme konumuz kararındaki görüşü çok daha açık bir şekilde ortaya koymuştu, söz konusu karara göre; "... 4857 Sayılı Kanun'un 19'uncu Maddesi'ne göre, hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimliliği ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak işverenin 25'inci Madde'nin II Numaralı Bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır. Bu hükümle, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir. Maddenin açık düzenlemesi gereği, işçinin savunmasının aranmadığı tek durum, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/II Maddesi'nde işveren feshi olarak düzenlenen nedenlerdir. O halde işverenin 25/I Maddesi'nde sağlık nedenleri olarak belirtilen fesihten dolayı verimi ile ilgili olduğu için savunmasının alınması gerekir. Dosya içeriğine göre 28.06.2013 ile 10.01.2014 tarihleri arasında istirahat raporu kullanan ve bu nedenle işe gelmeyen davacı işçinin kullandığı rapor süresi ihbar süresine ilâveten altı haftadan fazladır. İşveren açısından 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/Ib Maddesi uyarınca haklı fesih nedeni oluşmuştur. Ancak işveren davacının verimliliğine dayanan feshinden dolayı 4857 Sayılı Kanun'un 19. Maddesi uyarınca savunmasını almamıştır. Savunmasını almaması feshi geçersiz kılar..." Görüldüğü

gibi Yargıtay 9. Hukuk Dairesi inceleme konumuz kararında tekrarladığı görüşünü bu kararda çok daha açık bir şekilde ortaya koymuştu. (Bu kararın ayrıntılı incelemesi için bakınız E. Gülver, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, Cilt: I, 396 vd; M. Astarlı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Kararlarının Değerlendirilmesi, 2015, 252 vd.)

Kararda belirtilen somut olayda savunma alma zorunluluğu olup olmadığına ilişkin değerlendirmeye geçmeden önce Yüksek Mahkeme'nin inceleme konumuz karardaki "İşverenin İş Kanunu'nun 25. Maddesi'nin (a) ve (b) bentleri yönünden feshi haklı fesih olmayıp kıdem tazminatı ödemekle yükümlüdür" sözleriyle haklı feshi; sadece maddenin tazminatsız fesih sonucu doğuran 25'inci Madde'nin "Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlıklı II. Bendi'ndeki fesih halleriyle sınırlıymış gibi bir algıya yol açmaktadır. 25'inci Madde'nin başlığı "işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı" olup madde içeriğinde yer alan II'nci Bent dışındaki tüm hallere göre yapılan işveren fesihleri de haklı nedenle yapılmış bir fesihtir. Dolayısıyla sözkonusu maddeye dayanılarak yapılan fesihlerin iş güvencesi açısından yazılı yapılması, fesih bildiriminde sebebin açık ve kesin bildirilmesi, savunma alınması gibi bir zorunluluk 25'inci Madde'ye göre yapılmış tüm fesihlerde aranmayacaktır. Esasen 25/son'daki haklı nedenle feshe karşı işçinin yargı yoluna başvurabileceğine ilişkin hükümde kanunun 18, 20 ve 21'inci Maddeleri'nden başka 19'uncu Madde'nin belirtilmemiş olması da bu durumun açık bir nedenidir. Kararda belirtilenin aksine; feshin haklı nedenle fesih olduğunun belirlenmesinde, feshe muhatap olan işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmaması feshin haklı nedenle fesih olup olmadığını niteleme açısından bir önemi yoktur. Kanun koyucu menfaatler dengesini gözeterek işverenin haklı nedenle feshin hallerini düzenleyen 25'inci Maddesi'nin I, II ve IV Bentleri'nde işçiye kıdem tazminatı ödenmesini öngörmüş iken; II. Bende dayanarak yapılan fesihleri tazminatsız fesih olarak düzenlenmiştir (1475 Sayılı İş K. Md. 14).

İnceleme konumuz kararda da belirtilen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin İş Kanunu'nun 25/IIb Maddesi'nde belirtilen sürelerle raporlu olan işçinin iş akdinin feshinde de savunmasının alınmamış olması feshi geçersiz sayan bir durumdur. Bu nedenle işe iadeye karar verilmesi gerektiğine ilişkin görüşüne gelince; öncelikle belirtelim ki öğretide de isabetle belirtildiği gibi iş güvencesinde fesihten önce savunma alınması gerektiğine ilişkin düzenlemenin temel gerekçesi, işçinin davranışları veya veriminin düşmesi sebebine dayanılarak yapılacak geçerli fesihlerde, iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilebilmesine imkân sağlayan işçi davranışlarının yahut verimdeki düşüşün geri plânındaki sebeplerin işverence öğrenilebilmesi ve savunmayla elde edilen bilgiler değerlendirilerek fesih işleminin yapılıp yapılmayacağına karar verilmesi amacı taşır. Nitekim işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde, savunma alma zorunluluğu öngörülmemiş olması da bu nedenledir. Zira söz konusu sebepler tümüyle işverenin hâkimiyet alanında gerçekleşmiş olmakla birlikte bu sebeplerin oluşumunda işçinin bir katkısı ya da rolü bulunmamaktadır (E. Gülver, 409).

Yüksek Mahkeme'nin inceleme konumuz kararda da belirttiği Kanun'un 25/IIb'de belirtilen ihbar önellerine altı hafta eklenerek bulunacak sürede işçinin raporlu olmasının verimsizliğinden kaynaklanan bir sebep olarak değerlendirmesini de paylaşmak mümkün değildir. Söz konusu düzenlemeyle yasa koyucu matematiksel bir ölçü koymuş, rapor süresinin hangi sağlık nedeninden kaynaklanırsa kaynaklansın (iş kazası, herhangi bir kaza veya hastalık) söz konusu süre sonunda işverene haklı nedenle fesih hakkı tanınmıştır. Aynı durum 25'inci Madde'nin II Bendi hariç diğer bentleri için de (I, III, IV) söz konusudur. Söz konusu durumlarda fesih için savunma alınması için bu durumları işçinin verimsizliği ya da davranışları ile irtibatlandırmak isabetli bir yaklaşım değildir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin inceleme konumuz karardaki sonuca varmasının bir gerekçesi de 19. Madde'deki fesih için savunma alma yükümlülüğü öngören düzenlemede, 25/II'ye göre yapılacak fesihlerde, savunma alma yükümlülüğünün öngörülmemiş olmasıdır. Yüksek Mahkeme her ne kadar inceleme konumuz kararda bu gerekçeye yer vermemiş ise de, yukarıda belirttiğimiz ve aynı sonuca varan 24.11.2015 tarihli kararında söz konusu hükmü kararında gerekçe olarak kullanmıştır. Yüksek Mahkeme bu sonuca ulaşırken İş K. 19/II ve İş K. 25/son arasındaki ilişkiyi farklı şekilde değerlendirmektedir. Oysa İş K. 25/II son'da iş akdinin haklı nedenle feshinde 25'inci Madde'de belirtilen I, II, III ve IV Bentler arasında bir ayırım yapılmaksızın kanunun iş güvencesine ilişkin 18, 20 ve 21'inci Maddeleri'ne yollama yapılmış, ancak 25'inci Madde'nin tüm bentlerine göre yapılacak fesihlerde 19'uncu Madde'ye yer verilmemesi nedeniyle İş K. 25/II gibi 25/I, 25/III ve 25/IV Bentlerine dayanılarak yapılacak işten çıkarmalarda savunma alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Her ne kadar İş K. 19/2'de sadece İş K. Md. 25/II savunma alınmasını gerektirmeyen hal olarak belirtilmiş ise de yasakoyucu İş K. 25/I, 25/II ve 25/IV'te yer alan sebeplerde esasen savunma alınmasını gerektiren bir durum olmadığı için İş K. 19/2'de sadece İş K. Md. 25/II'yi zikretmiştir (E. Gülver, 407; S. Süzek, 14. Bası, 729; M. Astarlı, 253).

Sonuç

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, İş K. Md.25/IIb'ye göre sağlık sebeplerine dayanılarak yapılan fesihlerde, işçinin savunmasının alınmamış olmasının feshi geçersiz kılan bir neden olarak kabul eden 24.11.2015 tarihli kararla başlayan ve inceleme konumuz kararla da sürdürülen görüşü tarafımızdan da paylaşılmamıştır. Hemen belirtelim ki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bu kararları aynı konuya ilişkin daha önceki yıllarda verdiği kararlarından (örnek 01.06.2009 - 2008/34018-2009/14968) farklı bir içtihat değişikliğidir.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi
Esas No: 2015/14502
Karar No: 2017/95
Tarihi: 16/01/2017

Karar Özeti: Davacı tanık tarafından da beyan edildiği üzere davalının, davacının dini inancı gereği başını örtmesine ve uzun kollu giysi giymesine itirazı bulunmamaktadır. İtiraz noktası mağazada çalışan diğer personelin şirkete ait markanın yazılı olduğu tişörtü giymesine rağmen davacının bunu giymemesidir. Gerçekten tüm personel söz konusu iş kıyafetini giyerken davacının bunu giymemesi, müşteriler açısından davacının mağaza çalışanı mı müşteri mi olduğu noktasında duraksamaya yol açabileceği gibi, diğer personel bunu yerine getirirken davacının buna aykırı hareket etmesi çalışanlar arasında uyumsuzluğa, çalışma barışının bozulmasına da yol açabilecektir.

Davacının söz konusu davranışının işyerinde olumsuzluğa yol açtığı işyeri uygulaması haline gelen kıyafet giyme zorunluluğuna uyulmadığı açık olup fesih geçerli nedene dayanmaktadır. Her ne kadar davalı taraf haklı feshe dayanmışsa da, davacının söz konusu işyeri kıyafetini giymesi asli görev kapsamında değerlendirilemeyeceğinden fesih haklı fesih ağırlığında olmamakla birlikte geçerli nedene dayanmaktadır. Davanın bu nedenle reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalıdır.

İlgili Mevzuat:

4857 Sayılı İş K. Md. 18 - 21

Yargıtay Kararı

Davacı, feshin geçersizliğine, işe iadesine ve yasal sonuçlarına hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin 09.05.2013 tarihinden itibaren iş sözleşmesinin haksız, bildirimsiz ve hukuka aykırı şekilde davalı işveren tarafından feshedildiği, davacının 30.03.2015 tarihine kadar davalıya ait mağazada kasiyer olarak çalıştığını, davalının iş akdini feshederken iş yasasının aradığı usul ve şekil şartlarına uymadığını, işverence haklı ve geçerli bir neden olmaksızın sözleşmenin feshedildiğini iddia ederek feshin geçersizliğinin tespiti ile müvekkilinin işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili; davacının 09.05.2013 tarihinde müvekkil şirkette kasiyer olarak çalışmaya başladığı, davacının aynı zamanda işyerine ait kıyafeti giymediği ve bu konuda mağaza çalışanlarının da imzalarını içeren tutanaklar düzenlendiği, son olarak çalıştığı mağazaya sürekli olarak şahsi kıyafetleri ile gelen ve bu halde çalışmaya devam ederek tahammül ve iyiniyet sınırlarını zorlayan davacının iş akdinin müvekkil şirket tarafından 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/II-h Maddesi uyarınca haklı nedenle bildirimsiz olarak feshedilmek zorunda kalındığını, feshin haklı nedene dayandığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davacının davalı şirkete ait markalı tişörtü işe girdikten sonra kapanıp başörtüsü takması nedeniyle giymek istemediğinden, davacının inancı gereği giymek istemediği tişört yüzünden iş sözleşmesinin feshinin işveren açısından haklı ve geçerli bir neden olamayacağı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. Maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranılmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. Maddesi'nde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlenip, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir, işçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin, yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir, işçinin kusurlu olarak (kasten veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Gösterilmesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek yapılan ihmali davranış sözleşmenin ihlali için yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene "işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme" hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

Yan yükümlülüklere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir, işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25 II- (h) Bendi'nde, işçinin hatırlatıldığı halde görevlerini yapmamakta ısrar etmesi durumunda işverenin haklı fesih imkânının bulunduğu hükme bağlanmıştır.

İş görme edimi, işçi tarafından işverenin verdiği talimatlara uygun olarak yerine getirilmelidir. Bu noktada işverenin hatırlatmasının ardından sadece bir kez görevi yapmama yeterli sayılmamalıdır. İşçinin görevi yapmama eylemi, hatırlatmanın ardından da devamlılık arz etmelidir. Devamlılık gösteren görevi yapmama fesih için haklı neden kabul edilmeli, ancak devamlılık göstermeyen görevi yapmama, işyerinde olumsuzluklara yol açmış ise, iş sözleşmesinin feshi geçerli neden sayılmalıdır (Dairemizin 05.05.2008 gün ve 2007/32507 Esas, 2008/11105 Karar Sayılı ilamı).

Somut uyuşmazlıkta davalıya ait mağazada kasiyer olarak çalışan davacının iş sözleşmesi kapsamında görevi ifa ederken şirkete ait markanın yazılı bulunduğu yazlık ve kışlık kıyafetleri iş kıyafeti olarak giymenin zorunlu olduğu, inancı gereği başını kapattığı gerekçesiyle zorunlu olan bu işyeri talimatını yerine getirmemesi, mevcut kıyafetinin veya başını kapatmasının işyeri kıyafeti giymesine engel olmadığının kendisine defalarca söylenmesi üzerine davacının buna rağmen işyeri kıyafetini giymediği ve böylece asli görevlerinden biri olan işyeri kıyafetini giymemekte ısrar ettiği, görevini yapmamakta direndiği gerekçesiyle 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/II-h Maddesi uyarınca sözleşmesi feshedilmiştir.

Yargılama sırasında davacı tanığı "Ben davalı iş yerine 2014 yılı mayıs ayında satış danışmanı olarak işe girdim. Ve aralık ayında kendi isteğim ile iş yerinden ayrıldım. Benim işverene açtığım davam yoktur. Davacıyı tanırım. Davacı 2013 yılından beri davalı iş yerinde kasiyer olarak çalışıyordu. Davacı bana mart ayında işten çıkartıldığını söyledi. Ancak neden çıkartıldığını söylemedi. Ben de bilmiyorum. Davacının iş yerinde performansı yeterli idi. Tezgâhtarlık dışında depo işlerinde de çalışıyordu. Davacı vekilinin sorusu üzerine tanık; davacı iş yerinde personel kıyafetlerine uygun bir şekilde giyiniyordu. Colins tişörtü vardı. Kıyafetten kastettiğim buydu. Davacı da bunu giyiyordu. Davacı sonradan kapandı. Ve bununla ilgili şirket kendisine onay verdi. Kapandıktan sonra bu tişörtü giymedi. Kendisine kapanması ile ilgili onay geldiği için giymedi, iş yerine bölge müdüründen gelen mail'de 'davacıya kapanabilir' diye söylenildi. Davalı vekilinin sorusu üzerine; davacı ile Marmara Park mağazasında yaklaşık 6-7 ay beraber çalıştık. Merkezden davacının kapanabileceğine dair bir onay geldi. Tişört giyemeyeceğine dair bir onay gelmedi. Davacı kapandığı için tişörtü giymek istemedi." şeklinde beyanda bulunmuştur.

Dosya kapsamına göre davacının 09.05.2013 tarihinde işe başladığı, davacı tanığınca beyan edildiği üzere davacının işe başladığında başının açık olduğu ve işyeri kıyafeti olan şirkete ait markanın yazılı olduğu tişörtü giydiği, ancak daha sonra dini inancı gereği kapandığı ve tişörtü giymediği, söz konusu kıyafeti giymesi konusunda işverence tutanaklar tutulup uyarılar yapıldığı ancak davacının tişörtü giymeyi reddettiği anlaşılmaktadır. Davacının vücudunu örten bir kıyafet giydikten sonra davalı şirkete ait markanın yazılı bulunduğu tişörtü giydiği, işverenin buna rağmen itirazda bulunduğu yönünde bir iddia ileri sürülmemiş ve bu konuda delil sunulmamıştır. Nitekim de davalı tanığı davacıya kısa kollu tişörtün altına uzun tişört giyebileceğini söylediklerini ancak davacının giymek istemediğini beyan etmiştir.

Davacı tanığınca da beyan edildiği üzere davalının, davacının dini inancı gereği başını örtmesine, uzun kollu giysi giymesine itirazı bulunmamaktadır. İtiraz noktası, mağazada çalışan diğer personelin şirkete ait markanın yazılı olduğu tişörtü giymesine rağmen davacının bunu giymemesidir. Gerçekten tüm personel söz konusu iş kıyafetini giyerken davacının bunu giymemesi, müşteriler açısından davacının mağaza çalışanı mı müşteri mi olduğu noktasında duraksamaya yol açabileceği gibi, diğer personel bunu yerine getirirken davacının buna aykırı hareket etmesi çalışanlar arasında uyumsuzluğa, çalışma barışının bozulmasına da yol açabilecektir.

Davacının söz konusu davranışının işyerinde olumsuzluğa yol açtığı işyeri uygulaması haline gelen kıyafet giyme zorunluluğuna uyulmadığı açık olup fesih geçerli nedene dayanmaktadır. Her ne kadar davalı taraf haklı feshe dayanmışsa da, davacının söz konusu işyeri kıyafetini giymesi asli görev kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, fesih haklı fesih ağırlığında olmamakla birlikte geçerli nedene dayanmaktadır. Davanın bu nedenle reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalıdır. 4857 Sayılı İş Yasası'nın 20/3 Maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

Hüküm:

Yukarda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,

2. Davanın REDDİNE,

3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4. Davacının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 120.00 TL. yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre belirlenen 1.980,00 TL. ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine,

Kesin olarak 02.03.2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2015/9628

Karar No: 2017/1010

Tarihi: 31.01.2017

Karar Özeti: Davacı 2 gün gündüz, 2 gün gece ve 2 gün dinlenme şeklinde çalışmakta olup, haftalık 45 saati aşan bir çalışması bulunmasa da gece çalışması yaptığı günlerde 7,5 saati geçen sürelerde fazla mesai ücretine hak kazandığı dikkate alınarak; hesap pusulası sunulmayan dönemler ile sunulup da fazla mesai ücreti tahakkuku olamayan dönemlerde buna göre hesaplama yapılarak alacak hüküm altına alınmalıdır.

İlgili Mevzuat:

4857 Sayılı İş K. Md. 41 ,69

Yargıtay Kararı

Taraflar arasındaki, kıdem tazminatı ile maaş, genel tatil ücreti, yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti alacaklarının ödetilmesi davasının yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesinin davalılar avukatlarınca istenilmesi, davalılardan ...'nin avukatı tarafından duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 31/01/2017 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı ... adına Avukat ... geldi. Karşı taraf adına; kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin, 16/01/2008 tarihinden itibaren asıl işveren ... Gayrimenkul Yatırım A.Ş. ve alt işveren ... Savunma ve Güvenlik Sistemleri San. A.Ş.'de vardiya amiri olarak çalışmaya başladığını, aylık net ücretinin 1.400,00 TL olduğunu, 310,00 TL yemek ve yol yardımı aldığını, ... AVM Yönetimi'nce elden ödenen 100,00 TL olmak üzere ücretinin toplam 1.810,00 TL olduğunu, sigorta primlerinin eksik bildirildiğini, çalışma saatlerinin iki gece, iki gündüz ve iki off olarak 12 saat üzerinden 5 gün çalışıldığını, diğer güvenlik görevlilerinin durumuna göre bazen 6, bazen 7 gün çalıştığını, davacının yıllık izinde ve raporlu olduğu dönemlerde ücretlerinin kesildiğini, 2014 Şubat ayında davacı ve arkadaşlarına ... ile sözleşmenin sona ereceğini bu nedenle istifa etmelerinin gerektiğini aksi halde uzak yerlerde görevlendirileceklerini, maaşlarının düşeceğini, yol ve yemek yardımlarının kesileceğinin bildirildiğini bu nedenle müvekkilinin iş akdini 27/02/2014 tarihinde haklı nedenle feshettiğini ileri sürerek; kıdem tazminatı, ücret, genel tatil yıllık izin ve fazla çalışma ücretlerinin davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalılar Vekilleri Cevap Özeti:

Davalı ...'nin vekili cevap dilekçesinde özetle; davacının alacaklarının zamanaşımı def-i nedeniyle reddinin gerektiğini, müvekkili şirketin asıl işverenlik vasfının

28/02/2014 tarihinde sona erdiğini, müvekkili şirketin davada taraf olmadığını, davacı ile müvekkili şirket arasında iş sözleşmesinin var olmadığını, davacının yeni projede görevlendirildiğini ancak davacının kabul etmediğini, hakkında iş yerine gitmediğinden bahisle tutanak tutulduğunu, ayrılırken davacıya tüm alacaklarının ödendiğini savunmuştur.
Davalı ... vekili cevap dilekçesinde özet ile; davacının alacaklarına yönelik zamanaşımı definde bulunduklarını, davacının davalı işyerinde ... AVM ... projesinde 16/01/2008-28/02/2014 tarihleri arasında güvenlik görevlisi, vardiya amiri olarak çalıştığını, davacıya hak ettiği tüm işçilik alacaklarının ödendiğini, ... AVM ... projesinin sonlanması nedeniyle davacının özlük hakları saklı kalmak şartı ile yeni projede görevlendirildiğini ve davacının bu projeyi kabul ettiğini, davacının 09, 10, 11/03/2014 tarihlerinde mazeretsiz olarak işe gelmediğini, bu nedenle davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağını, işyerinde fazla mesai yaptırılmadığını, tüm alacaklarının ödendiğini savunarak; davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:
Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:
Karar süresinde davalı vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:
1. Dosyadaki yazılara, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalıların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.
2. Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır. Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispat ile yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.
Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle, işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gitmesi gerekir. Bunun dışında işçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğu da dikkate alınarak fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.
İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması hâlinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazı kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazı kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Somut uyuşmazlıkta tanık anlatımları dikkate alınarak, davacının fazla çalışma yaptığı ve ücretinin de bu çalışmalar sonucu ödenmediğinin kabulü ile alacak hüküm altına alınmıştır.
Dosya içerisinde davacı işçiye ait ücret hesap pusulaları bulunmakta olup, bu hesap pusulaları incelendiğinde fazla mesai ücreti tahakkukların yapıldığı saptanmıştır. Hesap pusulalarında davacının imzasının bulunmadığı dikkate alındığında, davacı işçinin maaşını aldığı bankaya müzekkere yazılarak banka hesap hareketlerinin celbi ile hesap pusulalarındaki miktarların davacıya ödenip ödenmediği araştırılmalıdır. Ödeme yapıldığının tespiti halinde, ödeme yapılan bu dönemlerde davacının daha fazla sürelerde çalışma yapıldığını yazılı delil ile ispatlayamadığı da gözetilerek, bu dönemlerin dışlanması gerekmektedir.
Davalı ... Şirketi tarafından dosyaya sunulan hesap pusulaları incelendiğinde; 2011, 2012 ve 2013 yıllarına ait Şubat, Nisan, Haziran, Eylül, Ekim ve Aralık ayları ile 2010 yılı Aralık aylarına ait hesap pusulalarının bulunmadığı, 2009 yılı Nisan ayı ile 2010 yılı Temmuz aylarına ait hesap pusulalarında da fazla mesai ücreti tahakkukunun olmadığı saptanmıştır.
Davacı 2 gün gündüz, 2 gün gece ve 2 gün dinlenme şeklinde çalışmakta olup, haftalık 45 saati aşan bir çalışmada bulunmasa da, gece çalışması yaptığı günlerde 7,5 saati geçen sürelerde fazla mesai ücretine hak kazandığı dikkate alınarak; buna ilişkin hesap pusulası sunulmayan dönemler ile sunulup da fazla mesai ücreti tahakkuku olmayan dönemlerde buna göre hesaplama yapılarak alacak miktarı hüküm altına alınmalıdır.
Eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi hatalıdır.
3. Ayrıca hükme esas alınan bilirkişi raporunda, genel tatil ve fazla çalışma ücreti alacakları hesaplanırken; buna ek olarak çıplak brüt ücret yerine, giydirilmiş brüt ücret üzerinden hesaplamaların yapılması da hatalı olup, ayrı bir bozma nedenidir.

Sonuç:
Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden dolayı BOZULMASINA, davalı ...'nin yararına takdir edilen 1.450,00 TL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 31.01.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.