

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	'2015/3531	<u>İlgili Kanun / Madde</u>
Karar No.	2015/8561	4857 S. İŞK. /18-21
Tarihi:	02.03.2015	6356 S. STSK/25

- **SENDİKAL FESİH İDİDASI**
- **SIK RAPOR ALMA**
- **GEÇERLİ FESİH**

ÖZETİ İş Kanunu'nun gerekçesinde hangi hallerin işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih hakkı bahşedeceği örnek kabilinden sayılmış olup bunlardan biri de sık sık hastalanarak rapor almadır. Sık sık rapor alma halinde, işveren aralıklı da olsa işçinin iş görme ediminden faydalanamayacaktır. Sık sık hastalanan ve rapor alan işçinin, bu nedenle devamsızlığının işyerinde olumsuzluklara yol açacağı açık bir olgudur. İş Kanunu'nun gerekçesinde sık sık hastalanmanın yeterlilikten kaynaklanan neden olarak örnek kabilinden sayılması, işyerinde olumsuzluklara yol açığının kabul edilmesindendir.

Somut olayda, davalı iş yerinde forklift operatörü olarak çalışan davacının iş sözleşmesi, sık sık rapor alması ve iş akışını sekteye uğratması gerekçesi ile feshedilmiştir.

DAVA :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 Hakimi G.D.Çamur tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı işyerinde forklift operatörü olarak çalıştığını, müvekkilinin ve arkadaşlarının 2013 yılı başlarında davalı işyerinde sendikal örgütlenmeye gittiklerini, bir süre sonra ağaç iş sendikasına üye olduklarını, sendika üyesi davacı ve arkadaşlarının işyerinde işlerini aksatmadıklarını, işverenin bu süreçte sendikaya üye olan davacı ve arkadaşlarını hoş karşılamadığını, davacının 15.3.2013 tarihinde idareye çağrılarak sık sık rapor alması, performans düşüklüğü sebepleri ile iş akdinin fesh edildiğini, iş akdinin feshinin asıl amacının sendikal örgütlenmeyi kırmak olduğunu iddia ederek feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının Ocak 2012 - 15.3.2013 tarihleri arasında 43 iş günü, son olarak da 2013/Şubat ayında 9 iş günü hastalık nedeniyle işe gelmediğini, davacının sık sık rapor almasının iş verimliliğini düşürdüğünü, bu nedenle 4857 sayılı yasanın 18. maddesi gereğince iş akdinin fesih edildiğini, davacının sendikal sebeplerle iş akdinin fesih edildiği yönündeki iddiasının doğru olmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlara dayanılarak, davalı işverenin, davacının performans düşüklüğüne ilişkin herhangi bir veri sunmadığı, performans düşüklüğünün tespitine yönelik bilirkişi incelemesini kabul etmediği, davacının rahatsızlıklarının işi etkilediğine dair delil sunmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı ve davacının iş akdinin sendikal nedenle fesh edildiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu geçerli sebepler İş Kanunu'nun 25.maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir.

İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabilirler. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebeplere dayandığı kabul edilmelidir.

İş Kanunu'nun gerekçesinde hangi hallerin işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih hakkı bahsedeceği örnek kabilinden sayılmış olup bunlardan biri de sık sık hastalanarak rapor almaktır. Sık sık rapor alma halinde, işveren aralıklı da olsa işçinin iş görme ediminden faydalanamayacaktır. Sık sık hastalanan ve rapor alan işçinin, bu nedenle devamsızlığının işyerinde olumsuzluklara yol açacağı açık bir olgudur. İş Kanunu'nun gerekçesinde sık sık hastalanmanın yeterlilikten kaynaklanan neden olarak örnek kabilinden sayılması, işyerinde olumsuzluklara yol açığının kabul edilmesindendir.

Somut olayda, davalı iş yerinde forklift operatörü olarak çalışan davacının iş sözleşmesi, sık sık rapor alması ve iş akışını sekteye uğratması gerekçesi ile feshedilmiştir.

Dosya kapsamından davacının, 2012/1. ay ile 2013/3. ay arasında farklı farklı branşlardan toplam 43 gün rapor kullandığı ve böylece davacının iş yerinde iş akışını olumsuz etkilediği, davalı

işverenliğin davacıyla çalışma ilişkisini devam ettirmesinin beklenemeyeceği, işverence gerçekleştirilen feshin geçerli nedene dayandığı anlaşılmakla davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasasının 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 230.00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
 5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarife göre 1.500 TL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
 6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine,
- Kesin olarak 02.03.2015 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Uyuşmazlık, feshin geçersizliği ve işe iade davasında davalının geçerli nedenle fesih savunması üzerine, iş sözleşmesini sendikal nedenle feshedildiğini iddia eden işçinin, sendikal neden kanıtlanmasına rağmen, geçerli fesih savunmasına değeri verilip verilmeyeceği noktasındadır.

Dosya içeriğine göre sık sık rapor alan davacı işçinin iş sözleşmesi sendikaya üye olması üzerine davalı işveren tarafından bu davranışı nedeni ile feshedilmiştir. Ancak davacı işçi sendikal nedeni kanıtladığından, mahkemece feshin sendikal nedene dayandığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar verilmiş, kararın temyizi üzerine ise Yüksek Dairece çoğunluk görüşü ile davacının sık sık rapor aldığı ve işveren feshinin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile yerle mahkeme kararının bozulmasına ve davanın reddine karar verilmiştir.

Yerel mahkemenin sendikal nedeni üstün tutmasına rağmen, çoğunluk görüşü ile Yüksek Daire geçerli nedene üstünlük tanımıştır. Ancak bu gerekçe uluslararası sözleşmelere, Anayasa'daki düzenlemeye, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25 ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. Maddesindeki kurallara aykırıdır.

Zira Genişletilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 5. Maddesine göre "Akit Taraflar, çalışanların ve çalıştıranların ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için, yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma ve bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya geliştirmek amacıyla ulusal mevzuatın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi taahhüt ederler".

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 87 sayılı Sendika Özgürlüğüne Ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 11. Maddesinde de benzer düzenleme yapılmış ve örgütlenme hakkının korunacağı belirtilmiştir. Keza 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi'nin 1. Maddesine göre:

"İşçiler çalışma hususunda sendika hürriyetine hâlel getirmeye matuf her türlü fark gözetici harekete karşı tam bir himayeden faydalanacaktır. Böyle bir himaye bilhassa,

Bir işçinin çalıştırılmasını, bir sendikaya girmemesi veya bir sendikadan çıkması şartına tabi kılmak;

Bir sendikaya üye olması yahut çalışma saatleri dışında veya işverenin muvafakati ile çalışma saatlerinde sendika faaliyetlerine iştirak etmesinden dolayı bir işçiyi işinden çıkarmak veya başka suretle onu izrar etmek; maksatları güden hareketlere müteallik hususlarda uygulanacaktır”.

Diğer taraftan Anayasanın 90. Maddesi gereği usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ulusal hukukun üstündedir. Kanunlar bu sözleşmelere aykırı olamaz.

Sendika özgürlüğü Anayasaca güvence altına alınan sosyal ve klasik temel haktır. Anayasa madde ikideki ifadesini bulan “sosyal devlet” ilkesinin gerçekleşmesine aracı olur.

Anayasanın 51. maddesinin incelenmesinden de sendika özgürlüğünün klasik ve en önemlisi sosyal bir temel hak olduğu ortaya çıkmaktadır. Anılan maddenin içeriğinden sendika özgürlüğünün bireysel ve toplu sendika özgürlüğünü kapsayan çifte temel hak özelliği anlaşılmaktadır. İşçinin sendika kurma sendikaya üye olma özgürlüğüne pozitif sendika özgürlüğü denir. İşçiler önceden izin almadan sendikalar ve üst kuruluşlar kurma hakkına sahip oldukları gibi, sendikalar serbestçe üye olabilecekler, üyelikten çekilebileceklerdir. Öte yandan 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 17. maddeye göre sendikaya üye olma serbest olup, hiç kimse sendikaya üye olmaya veya üye olmamaya zorlanamaz. Uluslararası sözleşmelerden 87, 98, 151 sayılı sözleşmeler, sendikal özgürlükleri koruyucu hükümler getirilmiştir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 25. Maddesine göre ise;

(1) İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.

(2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

(3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.

(4) İşverenin yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.

(5) Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21 inci Madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci Maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci Maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.

(6) İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.

(7) Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.

(8) Yukarıdaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir.

(9) İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır”.

Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18/3.a maddesinde açıkça “Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmanın” fesih için geçerli neden olamayacağı açıklanmıştır.

Bireysel sendika özgürlüğü, kolektif sendika özgürlüğünün temelidir ve bu ikisi bir bütünü oluşturur. Çalışanların örgütlenmesi önündeki tüm engeller, toplu sözleşme düzeninin varlığını tehdit eder. Sendikal nedenle yapılan fesih, bu engellerden biridir. Feshin ilk bakışta iş sözleşmesi ve işçi üzerinde etkisini göstermesi yanıltıcıdır. Bu haksız fiil, temelde sendikaya ve nihayet toplu sözleşme düzenine yönelmektedir. Farklı ifadeyle, işveren işçiyi işe alırken ve çalıştırırken sendikal nedenle ayırım yapıyorsa ya da bu nedenle işçiyi işten çıkarıyorsa, aslında sendikayı işyerinden çıkarmak ya da toplu sözleşme düzenini etkisiz kılmak istemektedir. Haksız fiilin sebebi ve hakkın özü bakımından yapılan bu tespit, devletin yükümünün, hak sahibinin yetkilerinin ve ilgili hukuk kuralının barındıracağı yaptırımın belirlenmesinde temel dayanak olmalıdır. Yaptırım belirlenirken, sendikal nedenle yapılan feshin, ilk bakışta iş sözleşmesi ve işçi üzerinde etkisini gösteren fakat temelde sendikaya ve nihayet toplu sözleşme düzenine yönelik bir haksız fiil olduğunu gözden kaçırmamak gerekir.

Somut uyuşmazlıkta davacı sendikal nedeni kanıtladığında, artık davalı işverenin geçerli neden savunmasına değer verilemez. Zira anılan düzenlemeler değerlendirildiğinde sendikal nedene üstünlük tanındığı sabittir. Sendikal nedene kanıtlandığında, bu doğrudan feshi geçersiz kılar. Davalı işverenin geçerli fesih savunması dinlenmemelidir.

Yerel mahkemenin kararı isabetli olduğundan, kararının onanması gerekirken bozulması doğru değildir. Çoğunluk görüşünde açıklanan gerekçe ile katılınmamıştır. 02/03/2015