

İŞVERENİN GÖREVİNİ YAPMAYAN İŞÇİSİNİN HİZMET AKDİNİ DERHAL VE TAZMİNATSIZ SONLANDIRMASI:

GİRİŞ

İşçinin yapmakla ödevli olduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi, 4857 sayılı İş Kanununun 25 inci maddesinde düzenlenmiştir. Uyarıya rağmen görevinin gereğini yerine getirmeyen işçinin hizmet akdini, işveren derhal ve tazminatsız bir şekilde sona erdirmeye hakkına sahiptir.

İşverene tanınan bu fesih hakkı 1475 sayılı İş Kanununda da yer almıştı. Ancak, 1475 sayılı İş Kanununda aynı bent "hatırlatıldığı halde yapmaması" şeklinde biterken, 4857 sayılı İş Kanununda "hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi" şeklindeki ifadeyle son bulmaktadır. Kısaca yeni düzenlemede "ısrar" sözcüğü eklenmiştir.

Kanunun gerekçesinde[1] de bu durum vurgulanarak, "maddenin (h) alt bendinde, işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmaması bir derhal fesih nedeni iken, yeni metinde işçinin görevini yapmamakta ısrar etmesi durumunda sözleşmesinin feshedilebileceği öngörülmüştür" ifadelerine yer verilmiştir.

Konunun detayına geçmeden önce haklı fesih ile geçerli fesih arasındaki ayrıma değinmek istiyorum.

HAKLI FESİH GEÇERLİ FESİH AYRIMI

İşverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara işçi uymak zorundadır. İşçinin talimatlara uymaması, işverene duruma göre iş sözleşmesini haklı ya da geçerli fesih hakkı verir. İş Kanununun 25/II-h bendi, işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri, kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesini, bir haklı fesih nedeni olarak kabul etmektedir. İş Kanunu'nun gerekçesine göre, işçinin "işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi" geçerli fesih nedenidir. **İşçi görevini uyarıya rağmen hiç yerine getirmezse işveren haklı nedenle derhal, eksik, kötü, yetersiz bir biçimde yerine getirirse süreli, geçerli fesih hakkını kullanabilecektir.**

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu nedenle, işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiğinin ve işçinin hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin tespit edilmesi gerekir. Öte yandan, işçinin isteseydi yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınılabilmektedir kaçınmayacağı da belirlenmelidir. Eğer işçinin yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınma olanağına sahip olduğu tespit edilirse, fesihten önce işçiye ihtar verilip verilmediği, ihtara rağmen davranışını tekrar etmesi halinde İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca savunması alınarak iş sözleşmesinin feshedilip edilmediğine bakılacaktır. Ancak, ağır yükümlülük ihlalleri nedeni ile işverenin iş sözleşmesine devam etmesinin beklenemeyeceği hallerde işçiye davranışından dolayı ihtar verilmesine gerek olmayacaktır. **Başka bir anlatımla, işçinin sözleşmeyi ihlal eden davranışının türü ve ağırlığı itibariyle, onun gelecekte sözleşmeye uygun davranması şartıyla işverenden iş ilişkisine devam etmesinin haklı olarak beklenebileceği durumlarda ihtar gerekli ve zorunlu olmalı; aksi takdirde işveren ihtar vermeksizin iş sözleşmesini feshedebilmelidir. Buna göre, işverene süresiz fesih hakkı verilen İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen hallerden dolayı kural olarak, işçiye önceden ihtar verilmesine gerek olmadığı kabul edilmelidir.**

İş sözleşmesinin işçinin davranışı nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, işçinin kendisine verilen ihtardan sonra bir defa daha yükümlülüğünü ihlal teşkil eden davranışta bulunması gerekir. İşçiye verilen ihtardan sonra yeni bir yükümlülük ihlali meydana gelmemişse, sırf ihtara konu olan davranışa dayanılarak iş sözleşmesi geçerli bir şekilde feshedilemez. Çünkü ihtarın verilmesiyle işveren, ihtara konu olan davranış nedeniyle iş sözleşmesini feshetme hakkından örtülü olarak feragat etmiş bulunmaktadır.

Davranış nedeniyle fesih, ancak, sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çare söz konusu olmadığında gerekli olur. Ölçülülük ilkesinin ihtardan başka diğer bir aracı da çalışma yerinin değiştirilmesidir. Çalışma yerinin değiştirilmesi feshe oranla daha hafif çare olarak gündeme gelen

bir araçtır. Ancak bu tedbirin uygulanabilmesi, işveren açısından mümkün olması ve kendisinden haklı olarak beklenebilmesi koşuluna bağlıdır. İşçinin başka bir çalışma yerinde çalıştırılması imkanı söz konusu değilse, ölçülülük ilkesi ve ultima ratio prensibi uyarınca İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik feshi düşünülmelidir[2].

Kısaca, her haklı fesih geçerli nedene dayanır, ancak her geçerli fesih, haklı fesih değildir[3].

İŞÇİNİN ÖDEVLİ BULUNDUĞU GÖREVLERİ

İşverenle yaptığı hizmet akdi gereği işçi, bir takım yükümlülükler altına girmektedir. İşçi bu yükümlülüklerine aykırı tutum ve davranış içine girdiğinde sözleşmede üstlendiği borca aykırı davranmış olacaktır. İşte bu durum 4857 sayılı İş Kanununun 25/II-h bendinde "**işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevlerin kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi**" şeklinde düzenlenmiştir.

İşçinin görevleri dar olarak yorumlanmamaktadır. Bu konuda yalnız iş mevzuatı, işyeri iç yönetmelikleri, iş sözleşmeleri değil, iş hayatına ilişkin gelenekler ve özellikle objektif iyiniyet kuralları da göz önünde tutulmaktadır. Örneğin, verimli ve özenle çalışmak, yangın su baskını gibi durumlarda yardıma koşmak, vaktinde işbaşı yapmak işçinin görevleri arasında yer alır[4].

Her somut olaya bakarak işçinin yapmak zorunda olduğu görevler irdelenmelidir.

Yargıtay, bir bekçinin uyumasını[5], işbaşında olmayan uzun aramalara rağmen nerede olduğu bilinmeyen[6] işçinin görevini hatırlatıldığı halde yapmaması olarak değerlendirmiştir.

Haklı feshi konu olan iş, işçinin görevleri arasında olmalıdır. Makineci olan işçinin boya işi yapmaması karşısında iş sözleşmesinin feshedilmesini Yargıtay haklı görmemiştir[7]. Bununla birlikte, işçiden yapılması için uyarıya neden olan iş, "mutad iş" tanımına girse bile, işçinin sağlığını, vücut bütünlüğünü, huzurunu, güvenliğini tehlikeye sokucu sonuçlar doğuruyorsa, işçi mutad olan işini yapmayı da reddedebilir ve işverenin bu tür bir işin yapılması yolundaki ikazı sonrasında işin yine de yapılmaması üzerine yöneleceği fesih, bir "haksız fesih" teşkil edecektir[8].

Yargıtay, ücretlerini az bulup, artırılmasını talep eden olumlu bir cevap alamayınca oturma eylemi yapan işçinin bu davranışını görevini hatırlatıldığı halde yapmaması olarak değerlendirmiş, ihbarsız ve tazminatsız feshi onaylamıştır[9].

Şunu da belirtelim ki İş Kanunu'nun 34 üncü maddesine göre, ücreti ödenmeyen bir işçi, çalışmayabilir. İşçinin bu nedenden dolayı çalışmaması hizmet akdinin sonlandırılmasına neden olmaz.

İHTAR

Bildirimsiz fesih nedeni, işçinin görevini yapmaması değil, hatırlatıldığı halde yapmamış olmasıdır.

Hatırlatma belli bir biçime bağlı tutulmamıştır. Sözlü de yapılabilir. Ancak, yazılı yapılması işverenin ispatını kolaylaştıracaktır. İşçiye uyarıyı işveren de işverenin vekili de hatta ustabaşı da yapabilir. Kanaatimizce hatırlatmada, görevini yapmaması halinde hizmet akdinin bildirimsiz fesih yoluyla sonlandırılacağı vurgusu olmalıdır. Kanunda ifade edilen "**görevleri kendisine hatırlatıldığı halde**" ifadesinden uyarının birden fazla yapılması gerektiği açıktır.

Şüphesiz, işçinin hatırlatıldığı halde ödevini yapmamış olması, kabul edilebilir bir nedene dayanmaktaysa, bu durumda, bildirimsiz fesih hakkı doğmaz[10].

GEÇMİŞTE UYARI YAPILMAMASI

İşçinin ihlal ettiği, aksattığı bir şeyi eskiden beri yapmadığını düşünürsek ne olacaktır. Örneğin şoför olarak çalışan işçinin araç sürmekten kaçınması davranışını ilk dönemler önemsemeyen bir işveren sonradan bu davranıştan dolayı hizmet akdini bildirimsiz feshedebilir mi? İşverenin bu tarz davranışı, iş ilişkisinin zedelenmemiş olduğu hükmüne varılmasına sebep olmaktadır[11], şeklinde

farklı görüş olsa da kanaatimizce iş yaşamının dinamikleri karşısında önceleri rahatsız etmeyen bir davranışın sonradan önemsenmesi, iş ilişkisinin sürdürülmesine engel olması pekala mümkündür.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde işi yapmamak, işin hiç yapılmamasını ve gereği gibi yapılmamasını kapsar şekilde yorumlanıyordu. Bu durumda, işçi mesleki yönden kendisinden beklenen çalışmayı gösteremiyorsa, "mesleki yetersizlik", 1475 sayılı kanun md.17/II-g'ye dayanarak fesih için haklı sebep teşkil edebiliyordu[12]. Mesleki yetersizlik konusunda 4857 sayılı yeni İş Kanununda 18 inci madde düzenlendiği için artık bu maddenin kullanılmasına gerek kalmamıştır. Kısaca görevin gereği şekilde yapılmaması artık haklı değil geçerli sebep olarak değerlendirilmektedir.

Yargıtay, işçinin sık sık rapor alarak işe devamsızlığını haklı fesih nedeni olarak değerlendirmemiştir. İşçinin sık sık rapor alması ve bu olgunun devam etmesi karşısında, iş görme ediminden davalı işverenin yararlanmadığı ve sonuç olarak işyerinde olumsuzluklar yaşandığı sabittir. 4857 sayılı Yasanın 18. maddesi uyarınca davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler mevcuttur. İş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından beklenemez hal almıştır[13].

FESİH ALTI İŞGÜNÜ İÇİNDE YAPILMALIDIR

Fesih yetkisi olan tarafın haklı feshe konu davranışı öğrendiği tarihten itibaren altı işgünü içinde fesih hakkını kullanması gerekir. Karşı tarafın bu süre içinde raporlu olması, diğer tarafın fesih hakkını kullanmasına engel değildir[14].

İSPAT YÜKÜ

İş hukuku yargılamasında, iş sözleşmesinin işverence haksız olarak feshedildiğinin ileri sürülmesi halinde, feshin haklı olarak yapıldığının ispat yükü işverene düşmektedir[15].

BİLDİRİMSİZ FESİH

Hizmet akdinin bildirimsiz feshinde dikkate alınan nedenlerin tek başına varlığı akdi kendiliğinden sona erdirmez. Bu nedene dayalı olarak akdi sona erdirme hakkı olan tarafın, hizmet akdini sona erdirmesi gerekir. Fesih bildirimiminin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte hizmet akdi derhal sona erer.

İşçinin belirli ya da belirsiz süreli hizmet akdiyle çalışması böylesi bir fesihte bulunmayı engellemez.

İHBAR VE KIDEM TAZMİNATI

İşveren, yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlattığı halde yapmamakta ısrar eden işçisinin hizmet akdini feshederse, ihbar ve kıdem tazminatı ödemek zorunda değildir.

İŞÇİNİN DAVA AÇMASI DURUMU

İşçinin hizmet akdi, 4857 sayılı Kanunun 25 inci maddesine göre bildirimsiz ve tazminatsız biçimde feshedilirse, şartları var ise "işe iade" davası açabilecektir.

SONUÇ

İşçi yapmakla ödevli olduğu görevleri kendisine uyarı yapılmasına rağmen yapmamakta ısrar ederse, hizmet akdi işveren tarafından bildirimsiz ve tazminatsız feshedilebilecektir.

İşçinin görevleri dar olarak yorumlanmamakta, sadece iş mevzuatı, işyeri iç yönetmelikleri, iş sözleşmeleri değil, iş hayatına ilişkin gelenekler ve özellikle objektif iyiniyet kuralları da dikkate alınmaktadır. Ancak bu görevin yapılması işçinin sağlığını, vücut bütünlüğünü, huzurunu, güvenliğini tehlikeye sokucu olursa işin yapılması ret etme, işverene haklı fesih yetkisi tanımamaktadır.

İşçinin ödevli bulunduğu görevleri yapması konusunda uyarılması, ileride ispatı kolaylaştırmak için uyarının yazılı yapılması gerekmektedir. İşverenin haklı fesih yetkisini altı işgünü içinde kullanması yasal bir zorunluluktur.

[1] <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>.

[2] 9. HD. E:2007/27565, K:2008/5286, T.17.03.2008.

[3] 9. HD. E:2005/36747, K:2006/340, T.17.01.2006.

[4] Mustafa ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1986, s.587.

[5] 9.HD. E: 1998/10227, K: 1998/13051, T. 15.09.1998.

[6] 9.HD. E: 1995/13109, K: 1995/33633, T. 07.11.1995.

[7] 9.HD. E: 1996/6046, K: 1996/16955, T. 16.09.1996.

[8] Serkan ODAMAN, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog Dergisi, Şubat-2004, s. 135.

[9] 9.HD. E:1995/36900, K:1996/11008, T. 21.05.1996.

[10] Mustafa ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1986, s.588.

[11] E. Tuncay KAPLAN, İşverenin Fesih Hakkı. Ankara, 1987, s.159.

[12] 9. HD. E:1997/6974, K:1997/7598, T. 25.04.1997.

[13] 9. HD. E:2006/35881, K:2007/9896, T. 09.04.2007.

[14] 9. HD. E:2002/23985, K:2003/7201, T.28.04.2003.

[15] 9. HD. E:2008/13127, K:2008/11357, T.05.05.2008.