

**T.C.
YARGITAY
DOKUZUNCU HUKUK DAİRESİ**

Esas : 2016/29598
Karar : 2017/18105
Tarih : 13.11.2017

- **İŞVEREN FESİH BİLDİRİMİNDE GÖSTERDİĞİ FESİH SEBEBİ İLE BAĞLIDIR**
- **FESHİN GEÇERLİ BİR SEBEBE DAYANDIĞINI İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ İŞVERENE AİTTİR**
- **İŞE İADE**

(4857 s. İş K 17 , 18 , 19 , 20 , 25)

ÖZET

Somut uyuşmazlıkta, davacının iş akdinin performansının benzer görevdeki diğer çalışma arkadaşlarına nazaran daha düşük olması, işine tam konsantre olmayıp veriminin düşmesi, mesai saatlerine uymaması ve sık sık rapor alması nedenleriyle geçerli sebeple feshedildiği anlaşılmaktadır. İşveren, fesih bildiriminde gösterdiği fesih sebebi ile bağlıdır. İşe iade davasındaki savunmasında ilaveten başka bir sebep ileri süremeyeceği gibi bu sebepten farklı bir sebebe de dayanamaz. Somut uyuşmazlıkta, davacının iş akdinin performansının benzer görevdeki diğer çalışma arkadaşlarına nazaran daha düşük olması, işine tam konsantre olmayıp veriminin düşmesi, mesai saatlerine uymaması ve sık sık rapor alması nedenleriyle geçerli sebeple feshedildiği anlaşılmaktadır.

Yerel mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Y A R G I T A Y K A R A R I

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, 23.08.2011 tarihinde ... Kozmetik Ltd. Şti.'ne ait ... markası mağazalarında Profesyonel Makyaj Sanatçısı olarak işe başladığını, en son aldığı brüt ücretin 1.870,00 TL. olduğunu, 26.03.2015 tarihinde önceden bildirim yapılmaksızın, savunma ya da diğer araştırmalar yapılmaksızın iş akdinin fesh edildiğini, fesih gerekçesi olarak belirtilen "performansının benzer görevdeki arkadaşlarına nazaran daha düşük olduğu, veriminin düştüğü, mesai saatlerine uymadığı ve sık sık rapor aldığı" fesih nedeni/nedenlerinin hiçbirini kabul etmediğini; 2011 yılından bu yana uygulanan "...." (Satış Bağlantı Performansının) tüm personele oranla en yüksek seviyede olup, satışların en kötü olduğu dönemde dahi 2'nin altına düşmediğini, firma yetkililerinin kariyer vaadi ile tayinini ...'dan'e aldığını, Mağazası'na Temmuz 2014 tarihinde görevlendirildiğini, Temmuz 2014 - Şubat 2015 arası 8 aylık sürede normal mesainin dışında 168 saat fazla çalıştığını, firma tarafından verilen satış kotalarının %95'ini tamamladığını, Mağazası'nda firma kriterlerine göre belirlenen performansların tamamında mağaza birincisi olduğunu, Ekim 2014 döneminde dizinde aniden ortaya çıkan menüsküs ile uzun süre iş performansını etkilemeden çalıştığını, ancak ağrılar hayatını olumsuz yönde etkileyince 19.01.2015 tarihinde ameliyat olduğunu, 19.01.2015-19.02.2015 tarihleri arasında heyet raporu, Şubat ve Mart 2015 döneminde doktor raporu ile sağlık problemleri nedeniyle işe gidemediğini, 2011 Ağustos döneminden bu yana; 2011 yılında sıfır, 2012 yılında 4 gün, 2013 yılında 7 gün, 2014 yılında sıfır, 2015 yılında heyet raporlu 44 gün sağlık raporu aldığını, toplamda 2011-2015 arası 4 yılda ameliyatının dışında aldığı rapor sayısının 4 adet olduğunu, sık

sık rapor aldığı gerekçesinin haksız olduğunu, sağlık problemlerinin bittiği gün iş akdi feshinin tarafına tebliğ edildiğini, mesai saatlerine uymadığı gerekçesinin haksız olduğunu, çalıştığı süre içerisinde iş akdinin ne haklı ne de geçerli sebeple feshine sebep olabilecek herhangi bir davranışının olmadığını, çalıştığı dönem içerisinde iş akdinin feshine ilişkin işverence geçerli sebep gösterilmediği gibi tarafına herhangi bir ihtar ya da uyarı yazısı tebliğ edilmediğini, davalı işverenin "feshin son çare olması" (ultima ratio) ilkesini ihlal ettiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının müvekkil şirkette 23.08.2011 tarihinden 26.03.2015 tarihine kadar ... departmanında "Makyaj Sanatçısı" olarak çalıştığını, davacının makyaj sanatçısı olarak müvekkil şirketin ... markasının mağazası olan mağazasında çalıştığını, hizmet sözleşmesinin 26.03.2015 tarihinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17 ve 18. maddeleri gereğince kıdem ve ihbar tazminatı ödenmek suretiyle geçerli sebeple feshedildiğini, davacının disiplinsiz davranışları nedeniyle defalarca hem sözlü hem de yazılı olarak uyarıldığını, uyarılara rağmen davranışlarında herhangi bir değişim olmadığını, 13.03.2015 tarihinde ... Eğitimi'ne geç kaldığının tespit edildiğini, konu ile ilgili 13.03.2015 tarihinde davacının savunmasının talep edildiğini ancak savunma vermekten kaçındığını, 2015 Ocak ayından hizmet sözleşmesinin feshedildiği 26.03.2015 tarihine kadar sık sık rapor alarak işyerinde olumsuzluklara yol açtığını ve işveren açısından iş akdinin devamının çekilmez hale geldiğini, müvekkil şirketin Yargıtay yerleşmiş içtihatlarında da belirtildiği gibi işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerle son çare olarak davacının hizmet sözleşmesine son vermek zorunda kaldığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davacının performans düşüklüğünden önce savunmasının alındığı, feshin usuli şartlarının gerçekleştiği, her ne kadar davacının performans düşüklüğü ile ilgili çok somut delillere ulaşılamamış ise de mevcut delil durumuna göre taraflar arasındaki iş ilişkisinin devamında hukuki bir yararında kalmadığı tespit edildiğinden, yapılan feshin geçerli nedenden kaynaklandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesi uyarınca "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir". İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (04.04.2008 gün ve 2007/29752 Esas, 2008/7448 Karar sayılı ilamımız).

4857 İş Kanunu'nun 19'uncu maddesine göre: "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışını vcva vcruuu ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin (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.

İşveren, fesih bildiriminde gösterdiği fesih sebebi ile bağlıdır. İşe iade davasındaki savunmasında ilaveten başka bir sebep ileri süremeyeceği gibi bu sebepten farklı bir sebebe de dayanamaz.

Somut uyuşmazlıkta, davacının iş akdinin performansının benzer görevdeki diğer çalışma arkadaşlarına

nazaran daha düşük olması, işine tam konsantre olmayıp veriminin düşmesi, mesai saatlerine uymaması ve sık sık rapor alması nedenleriyle geçerli sebeple feshedildiği anlaşılmaktadır.

Fesih öncesi 13.03.2015 tarihli savunma talep yazısında, davacının 27 Ekim 2014 tarihinde işe geç gelmesi nedeniyle ihtar yazılmasına rağmen 13 Mart 2015 tarihinde 8:30 da başlayan eğitime 09:00 da girdiği tespit edildiğinden, bu yazılı uyarının ihtar kabul edilerek savunma vermesi istenmiştir. Davacı ise 26.03.2015 tarihli ihtar cevabı ve savunmasında, kısa süreli bir gecikme için savunma istenerek ihtar verilmesinin doğru olmadığını, iddianın aksine sadece 13 dakika geç kaldığını, eğitime katılmanın zorunlu dahi olmadığını savunmuştur.

Buna göre 13.03.2015 tarihli savunma talepli yazı tüm fesih sebeplerini içermemekte olup, 26.03.2015 tarihli fesih bildiriminde fesih sebebi yapılan performans düşüklüğü ve sık sık rapor alma iddialarına yönelik savunma istenmediği anlaşılmakla, 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.

Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,

Feshin GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının İŞE İADESİNE,

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 4 aylık brüt ücreti tutarında BELİRLENMESİNE,

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,

Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

Davacının yaptığı 55,40 TL. yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine,

Kesin olarak oybirliği ile 13/11/2017 gününde karar verildi.