

Karar İncelemesi

İşverenin Gözetim Borcunun Kapsamına İşçinin Ahlaki Değerlerinin Korunmasının Gireceğini Öngören Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi*

Dilek DULAY**

Öz: İşveren gözetme borcu gereği, işçinin yaşam ve vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, özel ve gizli hayat alanını, mesleki itibarını korumak, dürüstlük ilkelerine uygun bir çalışma ortamı sağlamak zorundadır. Kişiden kişiye değişen ve sübjektif bir nitelik gösteren bireysel ahlak ve buna göre oluşmuş olan değerler sisteminin işverenin gözetim borcu kapsamına alınması mümkün olmadığı gibi, incelememize konu olan kararda gerçekleştiği üzere işçinin ibadet hürriyetinin bu kapsamda değerlendirilerek işverene koruma yükümlülüğünün getirilmesi mümkün değildir. Anayasal temele sahip olan ibadet hürriyetinin, iş görme borcunun ifası ile karşı karşıya geldiği hallerin işçinin sadakat borcu temelinde ele alınması ve her somut olayın özellikleri göz önünde tutularak değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Abstract: Due to keeping (protection) obligation, employer must protect employee's life and physical integrity, honor and dignity, special and secret life, goodwill and must provide work environment which is proper to principle of honesty. It is not possible including personal morals which is vary from person to person and subjective and ethos composed from that personal morals to employer's keeping obligation, as so, it is not possible to consider freedom of worship in this content and impose keeping obligation to employer as in examination subject ruling. Freedom of worship which has constitutional basis when facing with carrying out service duty is required to approach on the basis of employee' duty of loyalty and every tangible event should evaluate by considering its own characteristics on a case by case basis.

* Makale Geliş Tarihi: 02.11.2015

** Araştırma Görevlisi, İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

T.C
YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2014/664
Karar No. 2014/4313
Tarihi: 12.02.2014

İŞVERENİN GÖZETİM BORCU İÇERİSİNE İŞÇİNİN AHLAKİ DEĞERLERİNİN KORUNMASININ DA GİRECEĞİ
İŞÇİNİN RAPOR ALARAK HACCA GİTMESİNİN İŞVERENE HAKLI FESİH OLANAĞI VERMEYECEĞİ

ÖZETİ: Davacı öğretmenin hacca gitme imkanını elde ettiği ve bu ibadet zamanının okulların açık olduğu döneme isabet etmesi nedeniyle iş görme edimini uzun bir süre yerine getiremeyeceği açık olup işyerinde 15 yıllık kıdemi bulunan davacıya bu ibadetini ifası için izin verilmemesi, işverenin işçiyi gözetme borcu gereği, işçinin kişiliğinin, özel yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, ahlaki değerlerinin korunmasını da içerdiği dikkate alındığında, işçinin rapor alarak hacca gitmesinin işverene haklı fesih olanağı tanıyacağının kabulü mümkün görülmemektedir. İlk derece mahkemesince davacının kıdem tazminatı talebinin kabulü gerekirken reddi hatalı olmuştur.

DAVA: Davacı, kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

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

A) Davacı İsteminin Özeti: Davacı vekili, müvekkilinin davalıya ait TED Ankara Koleji Vakfında Lise Kısmı bölümünde 01.09.1995 tarihinden iş sözleşmesinin feshi tarihine kadar kesintisiz Kimya Öğretmeni olarak çalıştığını beyanla 1.000,00 TL kıdem tazminatının akdin feshi tarihinden itibaren mevduata uygulanan en yüksek banka faizi ile, 500 TL ihbar tazminatının da davalıdan tahsiline karar verilmesini, bu talepleri kabul görmese dahi müvekkilinin 1475 sayılı kanunun 14/5 ek bendi gereği 15 yıllık sigorta süresini tamamlamış ve 3600 günlük primini ödemiş olması nedeniyle kıdem tazminatına hak kazandığından bu talebin hüküm altına alınmasını talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti: Davalı vekili, iş akdinin belirli süreli olduğunu, bu nedenle açılan işe iade davasının da reddedildiğini, davacının hastayım diyerek rapor almasına rağmen izinsiz olarak yurt dışına çıktığını ve hacca gittiğini, ayrıca yurt dışına çıkarken izin almadığını, davacı hacca gitmeye hak kazandığını sözleşme yenilenmeden öğrenmesine rağmen sözleşmeyi kötü niyetli olarak yenilediğini, davacının savunmasında sözleşmeye aykırı davrandığını kabul ettiğini beyan ederek davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti: Mahkemece, davacının davalı TED Kolejinde Kimya Öğretmeni olarak 01.09.1995 tarihinden itibaren çalışmaya başladığı, iş akdinin noter kanalı ile işverence 15.12.2009 tarihinde feshedildiği, fesih gerekçesinin yerinde olmadığı, davacının kıdem tazminatına hak kazandığı iddia edilmiş ise de davacının kendi beyanı ve dinlenen tanıkların beyanları doğrultusunda kimya öğretmeni olarak 2009 yılı eğitim öğretim yılının başladığı ve devam ettiği bir dönemde ücretsiz izin talep ettiği, yönetimce eğitim ve öğretimin aksamasına yol açacağı için ücretsiz izin verilmemesi üzerine davacının rapor olarak işe gelmediği, daha sonra raporlu olduğu dönemde hac görevini yerine getirmek üzere yurt dışına çıktığı yine orada hac görevini yerine getirirken doktor raporu olarak iş yerine gönderdiği, bu hususun davacının kendi beyanı ve kabulünde olduğu, davacının eğitmeni olarak eğitim ve öğretimin devam ettiği bir dönemde ücretsiz izin talebinin reddedilmesi üzerine rapor olarak hacca gitmesi ve oradan rapor göndermesi bunun sonucu olarak davalı işverenin davacının devamsızlığını gerekçe göstererek savunmasının istenmesine rağmen savunmada verilmeyerek iş akdini feshetmesinde hukuka aykırı bir durum görülmediği, işverence iş akdinin yasalara uygun şekilde feshedildiği dolayısı ile davacının kıdem tazminatı alacağına oluşmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz: Kararı süresi içerisinde davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe: Taraflar arasındaki uyuşmazlık, hacca gitmek için izin istemi kabul edilmeyen davacının rapor olarak gitmesi üzerine iş sözleşmesinin işverence feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı noktasındadır.

Hac ibadetinin belli bir zaman diliminde ifa edilebileceği ve Suudi Arabistan'ın ülkelere kontenjan uygulaması nedeniyle bu istekte bulunanların uzun yıllar sıra bekledikleri, ismi kontenjana dahil edilenlerin, bu haklarını kullanmamaları halinde sürecin yeniden işlemeye başladığı bilinen bir gerçektir. Davacı öğretmenin hacca gitme imkanını elde ettiği ve bu ibadet zamanının okulların açık olduğu döneme isabet etmesi nedeniyle işgörmeye edimini uzun bir süre yerine getiremeyeceği açık olup işyerinde 15 yıllık kıdemi bulunan davacıya bu ibadetini ifası için izin verilmemesi, işverenin işçiyi gözetme borcu gereği, işçinin kişiliğinin, özel yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, ahlaki değerlerinin korunmasını da içerdiği dikkate alındığında, işçinin rapor olarak hacca gitmesinin işverene haklı fesih olanağı tanıyacağının kabulü mümkün

görülmemektedir. İlk derece mahkemesince davacının kıdem tazminatı talebinin kabulü gerekirken reddi hatalı olmuştur.

F) Sonuç: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 12.02.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

I-KARARIN ÖZETİ

Yukarıda yer verilen karara konu olan olayda davacı işçi davalıya ait olan Kolejde, 01.09.1995 tarihinden iş sözleşmesinin feshedildiği tarih olan 15.12.2009 tarihine kadar kesintisiz olarak kimya öğretmeni olarak çalışmıştır. 2009 yılı eğitim ve öğretim döneminin başında işverenenden ücretsiz izne ayrılma yönünde talepte bulunmuş ve fakat işveren, bu talebin kabulünün eğitim ve öğretimi aksatacağını ileri sürerek reddetmiştir. Bunun üzerine işçi rapor olarak işe gelmemiş, raporlu olduğu dönemde hac ibadetini yerine getirmek üzere yurtdışına çıkmış ve bu esnada yine doktor raporu olarak işyerine göndermiştir. İşveren ise davacı işçinin devamsızlığını gerekçe göstererek savunmasını istemiş, savunmanın verilmemesi üzerine iş akdini haklı nedene dayalı olarak feshetmiştir. İşçi, hac ibadetini yerine getirmek üzere raporlu olarak yurtdışına çıktığını kabul etmekle birlikte, kıdem ve ihbar tazminatlarının hüküm altına alınmasını dava ve talep etmiştir. Yerel mahkeme, iş akdinin feshinde hukuka aykırı bir durum görmemiş ve dolayısıyla kıdem tazminatı alacağını oluşmayacağına hükmederek davayı reddetmiştir. Yargıtay ise davaya konu olan olayı, haklı nedenle fesih noktasında değerlendirmiş ve işyerinde 15 yıllık kıdemi bulunan işçiye hac ibadetini yerine getirmek üzere izin verilmemesini işverenin gözetme borcuna aykırı bir hal olarak kabul ederek yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yüksek Mahkeme'ye göre işveren, gözetme borcu gereği, işçinin kişiliğini, özel yaşamını, sağlığını, bedensel ve ruhsal bütünlüğünü ve ahlaki değerlerini korumakla yükümlüdür ve işçiye hac ibadetini yerine getirmek üzere izin verilmemesi bu borca aykırılık oluşturmaktadır.

II-KARARIN İNCELENMESİ

a- Genel İtibarıyla Ahlak Kavramı ve İşverenin İşçiye Gözetme Borcu ile Olan İlişkisi

Genel itibarıyla ahlak, bir toplum içinde kişilerin uymak zorunda oldukları davranış biçimleri ve kurallarıdır¹. Neyin doğru, neyin yanlış sayılması gerektiği ile ilgilenen ahlak terimi, insanların sübjektif olarak çeşitli davranışlarının doğru ya da yanlış oluşunu belirleyen bir yargı ve ilkeler sistemi için kullanılır². Her toplum bakımından farklılık gösteren ahlak kavramı ve buna bağlı olarak ortaya çıkan ahlaki değerlerin neler olup, neler olmadığı hususunda net bir sonuca ulaşmak

¹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü,

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime= AHLAK.

² Vikipedi, <https://tr.wikipedia.org/wiki/Ahlak>.

mümkün olmamakla birlikte, bireylerin doğal ihtiyaçlarına uygun olarak yaşamalarına engel olmayan, toplum içinde sosyal bağlılığı artıran, bireyleri birbirine yakınlaştıran, barış ve güvenceyi kuvvetlendiren, toplumun dağılmasına engel olan hareketlerin ahlaki olduğu söylenebilir³. İş hukuku bakımından ise ahlak kavramına atıfta bulunulan nokta, işçi ve işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen 24. ve 25. maddelerdir. Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri başlığı altında örnekleyici bir biçimde düzenlenen bu maddelerde, tarafların huzur içerisinde ve güvene dayalı bir ortamda çalışmaları amaçlanmış ve buna olanak tanıyan hususlara yer verilmiştir⁴. Anılan bu maddelerin düzenlenmesindeki temel amaç, iş sözleşmesinin taraflarının, sözleşmeden doğan borçları yerine getirirken, karşılıklı güven gereksinimini karşılamaları ve her iki tarafı akıl yolu ile kurulmuş, genelde toplumsal düzen, özeldede ise çalışma hayatı içinde bir araya çalışmaya zorlamaktır⁵. “Sosyal ahlak” olarak ta ifade edilen bu ahlaki değerler sistemi ile, çalışma ortamı gibi bir insan topluluğunda, o topluluğa dahil olan bireylerden yerine getirilmesi istenen ahlaki davranış yükümlülükleri bulunmaktadır⁶. Sosyal ahlak kuralları her zaman bir bireyin diğeri ile olan ilişkilerine daırdır ve tümüyle bireysel olan, başka insanlar için sonuç doğurmayan bireysel hareketlere karşı sosyal ahlak kayıtsızdır⁷.

TBK 417. maddede ifade edildiği üzere işveren, gözetme borcunun bir gereği olarak, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Anılan bu hükme kaynak oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu'nun, halen yürürlükte olan işverenin sorumluluğunu düzenleyen OR 328. maddesinin 1.fıkrasında, işverenin iş ilişkisinde işçinin kişiliğine değer vermek ve korumak, sağlığı için gerekli ihtimamı sarfetmek ve ahlaki değerlerin korunmasına itina göstermek zorunda olduğu ifade edilmiştir. İsviçre doktrinine göre anılan bu hüküm, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu, işçinin hayat, sağlık ve vücut bütünlüğünün korunması yanında onun şeref ve haysiyetinin, özel ve gizli hayat alanlarının, mesleki itibarının korunmasını yani işçinin kişilik haklarını da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir⁸.

³ **Odaman**, Serkan: “İş Kanunu ve Borçlar Kanunu Bakımından “Ahlak” Kavramı”, Prof.Dr.Toker Dereli'ye Armağan 2006, s.880-881.

⁴ **Odaman**, s.877.

⁵ **Keser**, Hakan/**Zengingönül**, Oğul: “ Ahlak- İşletme Ahlakı ve Sosyal Sorumluluk İlişkisi”, Kamu-İş Dergisi, Temmuz 1994, C.3, S.4, s.84.

⁶ **İzveren**, Adil; Hukuk Felsefesi, Ankara 1988, s.95.

⁷ **Odaman**, s.886.

⁸ **Schweingruber**, Edwin; Kommentar Zum Arbeitsvertrag des Schweizerischens Obligationenrechts. 2. Auflage, Bern 1976, Art. 328, N.2.

Gerek mehz İsviçre Yasası, gerekse TBK 417. maddesinin gerekçesinde ifade edilmiş olan “.. işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağlanması amaçlanmıştır. Bunun bir ölçüsü olarak işverenin işyerinde ‘ahlaka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle’ yükümlü olduğu kabul edilmiştir ..” anlatımından hareketle Türk doktrininde “dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen” ile kastedilenin “ahlaka uygun bir düzen” olduğu ileri sürülmektedir⁹. Buradaki ahlak algısı ile kastedilen ise işverenin subjektif anlayışına dayalı bir bireysel ahlak anlayışı değil, sözleşmelerin içeriğinin sınırlandırılması bakımından da geçerli olan genel ahlakıdır¹⁰. Buna göre işveren işyerinde, rahat ve huzurlu bir biçimde çalışılmasını mümkün kılan ortamı tesis etmek zorundadır. Bu yükümlülüğünün bir diğer görünümünü ise, işverenin işçilerin cinsel tacize uğramamaları için gerekli önlemleri alması oluşturmaktadır. İşveren bu amaçla, işçilerin derhâl yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurma, güvenlik personeli bulundurma gibi, cinsel tacizle karşılaşma tehlikesini ortadan kaldırmaya yönelik uygun önlemleri almakla yükümlüdür¹¹. Doktrinde **ALP** ve **SEVİMLİ** tarafından ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre “dürüstlük kurallarına uygun düzen” ifadesinin, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın Onurlu Çalışma Hakkı başlıklı 26. maddesinde ortaya konan koşullara uygun bir düzen şeklinde anlaşılması daha isabetli olacaktır¹². Anılan bu maddeye göre; “Akit Taraflar, tüm çalışanların onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak,

1- Çalışanların işyerinde ya da işle bağlantılı cinsel taciz konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunun engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı;

2- Çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan, yinelenen eylemler

⁹ **Tuncay Kaplan**, Emine: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, S.24, İstanbul 2011 s.45 ; **Centel**, Tankut; “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, S.24, İstanbul 2011, s.14; **Yavuz**, Nihat; Eski ve Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, Ankara 2011, s.1311.

¹⁰ **Aydınlı**, İbrahim; “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının İlgili Maddelerinin Değerlendirmesi”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.19, S. 6, Ankara 2005, s.26.

¹¹ **Özdemir**, Erdem: “İşyerinde Cinsel Taciz”, Çalışma ve Toplum, 2006/4, s.92.

¹² **Alp**, Mustafa: “Yeni Borçlar Kanununda Hizmet Sözleşmesinin Kuruluşu ve İfasına İlişkin Hükümler”, 17. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Haziran 2012; **Sevimli**, Ahmet: “Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Çalışma ve Toplum, 2013/1, s.121.

konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı taahhüt ederler¹³.”

b-İşçinin İbadet Hürriyetinin Sadakat Borcu Bakımından Değerlendirilmesi

Sadakat borcu aralarındaki iş ilişkisi gereğince işçinin, işverenin korunmaya değer menfaatlerini, doğruluk ve güven ilkesinin gerektirdiği şekilde ve kendisinden beklenebilecek makul ölçülerde koruması ve bu menfaatlara zarar verecek davranışlardan kaçınmasını ifade etmektedir¹⁴. TBK 396. maddede “İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır.” düzenlemesi getirilerek bu yükümlülük somutlaştırılmakla birlikte, İş Kanunu’nda özel olarak tanımlanmamıştır. Bununla beraber, “işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı” başlığı altında m. 25/II, e hükmünde, işverene haklı nedenle fesih hakkı olarak tanınan “işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışta bulunması”ndan söz ederek sadakat borcuna aykırılığın yaptırımını düzenlemiştir. Söz konusu hüküm, MK. m. 2’de yer alan “doğruluk ve güven prensibi”nin İş Kanunundaki bir görünümüdür ve doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar örnekleyici bir biçimde sayılmıştır.

Sadakat borcu gereği işçi, işverenin güvenini kötüye kullanacak, işletmenin ve işverenin menfaatlerine zarar verici nitelikte her türlü davranıştan kaçınacaktır. Bu çerçevede işçi, işverenin ve işyerinin zararına olan menfaatlerini ortaya koymamalı ve kendi şahsi menfaatlerini belirli ölçüde göz ardı etmelidir. Ancak işçinin kişisel menfaatlerinin olabildiğince az bir oranda sınırlandırılmasına dikkat edilmelidir. Zira işyerinin menfaatleri ile işçinin şahsi menfaatleri arasında bir kesişme söz konusudur. Bu noktada, işçinin kendi kişisel menfaatlerinin yasal araçlarla savunması engellenmemelidir ve gerektiği durumlarda bunları işverene karşı da ileri sürebilmelidir¹⁵. İşçi, pozisyonuna uygun bir biçimde doğruluk ve güven ilkesi gereğince, aralarındaki sözleşmeye uygun olarak kanuni görevini yerine getirmek ve kendi uygun menfaatlerini de feda etmeksizin işverenin menfaatlerini korumakla yükümlüdür¹⁶.

¹³ Sosyal şart ve içeriği için bkz. **Alp**, Mustafa, “*Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1, 2004, s.29.

¹⁴ **Arslan Ertürk**, Arzu; Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2007, s.135.

¹⁵ **Hürholz**, Hans Werner; Die Treuepflicht des Arbeitnehmers –Zugleich Ein Beitrag Zur Theorie Des Treuebegriffes-, Bad Münstereifel 1968, s.102.

¹⁶ **Oser/Schönenberg**; Züricher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, das Obligationenrecht, 2. Teil, Art. 184-418, 2. Auflage, Zürich 1936, Art 319 N.31, 32.

İş sözleşmesinin sürekli borç doğuran bir sözleşme olma özelliği ve özellikle edimlerin taraflar arasında kişisel (hukuki) bağımlılığı da gerekli kılması, işçi ve işveren arasında korunması gereken sıkı bir güven ilişkisi yaratmaktadır. Burada söz konusu olan güven, taraflardan her biri için, diğer tarafın edimini gereği gibi ve sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getireceğine dair olan güvendir. Taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranışı dolayısıyla ifanın engellenmesi ve güven ilişkisinin çökmesi halinde, artık diğer tarafın bu borç ilişkisini sürdürmesi beklenemeyecektir¹⁷. Nitekim Yargıtay, devamsızlığını gizlemek için bir başka işçiye kartını bastıran işçinin bu eylemini¹⁸, işe başlama kartını bir önceki vardiyada çalışmış gibi basmasını¹⁹, yurt dışına böbrek hastası olan kardeşine böbreğini vermek için gitmesine rağmen vermemesini²⁰, arkadaşlarının iş akdinin feshini protesto için iş başı yapmalarını²¹, raporlu olduğu dönemde bir başka işverene ait işyerinde çalışmasını²² sadakatsizlik kapsamında doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar olarak nitelendirmiş ve iş akdinin feshini haklı bulmuştur.

Sadakat borcunun sınırlarını işverenin haklı menfaatleri oluşturmakla birlikte, işçinin Anayasa'dan kaynaklanan temel hakları da bu borcun bir diğer sınırını teşkil etmektedir. Sadakat borcunun kapsam ve içeriği tayin edilirken, işçinin temel haklarının göz önünde tutulmaması bu hakları, soyut ve belirsiz bir nitelik taşıyan sadakat borcu karşısında güçsüz kılacaktır²³. İncelememize konu olan kararda olduğu gibi, işçinin ibadet hürriyetini kullanmak üzere bu fiili gerçekleştirmiş olması durumunda ne olacaktır? Anayasa'nın 24. maddesinden kaynaklanan ibadet hürriyeti ile işçinin sadakat borcunun bağdaştırılması, bu konuda irdelenmesi gereken bir hukuki mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanımızca işçinin Anayasa'dan kaynaklanan ibadet hürriyetini, iş görme borcunun ifasını engelleyecek bir biçimde kullanması mümkün değildir. İşçinin borçlanmış olduğu edimin içeriği ile inancı arasında çatışma ortaya çıkması durumunda da, Anayasa'da güvence altına alınan din ve vicdan hürriyeti ile sözleşme özgürlüğü

¹⁷ Arslan Ertürk, s.149.

¹⁸ Y. 9. HD, 4.6. 2001, E. 2001/7058, K. 2001/9237, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁹ Y. 9. HD, 31.3.1994, E. 1993/17004, K. 1994/ 5024, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası,

²⁰ Y. 9. HD, 16.5.1994, E. 1994/2324, K.1994/7374, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

²¹ Y. 9. HD, 27.1.1998, E. 1997/17597, K.1998/605, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası

²² YHGK, 29.5.1991, E. 1991/9-223, K.1991/315, İşveren Dergisi, Temmuz 1992, s. 17.

²³ Reh binder, Manfred; Arbeitsrechtliche Schranken der politischen Betätigung von Medienschaffenden, s. 137 vd; Ertürk, Şükran; İş İlişkinde Temel Haklar, Ankara 2002, s.116.

çerçevesinde yapılan iş sözleşmesi ve bu sözleşmeden kaynaklanan yönetim hakkına dayanarak işveren tarafından verilen direktiflere uygun davranma borcu karşı karşıya gelmektedir. Dengenin kurulabilmesi bakımından, sözleşmenin akdedilmesi esnasında, işçinin açık ve beklenmeyen bir durumun ortaya çıkması halinde, direktiflere uymama hakkının olabileceğini söylemek bir çözüm tarzı olarak düşünülebilir²⁴. Ancak genel olarak anayasal bir hak olan sözleşme özgürlüğünün, işverene edimin ifası konusunda bir talep hakkı verdiği ve inançlar ile bağdaşmadığı gerekçesi ile bu borçtan kurtulmanın mümkün olmadığı kabul edilmelidir²⁵.

Alman Hukuku'nda konu ifade özgürlüğü bağlamında **NIKISCH** tarafından ele alınmış ve işçinin kendi yaşam alanında ve işverenin hüküm sürdüğü alan olan işyerinde düşüncesini özgürce açıklama hakkının, onun üzerine düşen sadakat borcu ile sınırlı olacağı belirtilmiştir²⁶. Genel itibarıyla işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinden kaynaklanan ve bu hakkın kullanılmasına engel olan bir durum mevcut olmadıkça, temel hak niteliği taşıyan düşüncüyü açıklama ve yayma hakkı ortadan kaldırılamamakla birlikte; işçinin düşüncesini açıklaması çalışma barışını tehlikeye düşürecek ya da engelleyecekse veya işçinin işyerinde birlikte çalışmanın gereği olarak bu hakkını kullanmaması bir zorunluluk ise, bu kapsamda işçiden düşüncesini açıklama hakkını kullanmaması istenebilecektir²⁷. Anayasal bir temeli olan ibadet hürriyeti ile sadakat borcunun karşı karşıya geldiği durumlarda ise her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılarak, bu özgürlüğün kapsam ve sınırlarının tayin edilmesi gerekmektedir. Anayasa'da öngörülmüş olan sınırlamalar bu hakkın kullanılması bakımından da geçerli olmakla birlikte, iş görme borcunun içeriği ve niteliği, işçinin işgal ettiği statü, işveren ile aralarında ortaya çıkan güven ilişkisi, ibadet hürriyetine işveren tarafından ne ölçüde izin verildiği gibi hususların göz önünde tutulması gerekmektedir²⁸. Nitekim Yargıtay 2011 yılında vermiş

²⁴ Ertürk, s.138.

²⁵ Rűfner, Wolfgang: "Gewissenentscheidung im Arbeitverhaltnis", RdA 1992, s.4.

²⁶ Nikisch, Arthur; Arbeitsrecht, Band I, Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage, Tűbingen 1961,s.449.

²⁷ Hűrholz, s.127.

²⁸ AİHM'nin, *Kosteski / Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti* davasına konu olan bir olayda başvuru dini bir tatilde iş yerine gitmediği gerekçesiyle cezalandırılmıştır. Karara konu olan olayda Bay Kosteski, Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti mevzuatı uyarınca sadece Müslüman vatandaşlara tanınan Ramazan ve Kurban Bayramı tatillerinde (Aynı mevzuat uyarınca Hıristiyan Bayramları tüm vatandaşlar için tatildir) devamsızlık yapmıştır. Bay Kosteski'nin gerçekten Müslüman olup olmadığı ise şüphelidir. Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti'nde sadece Müslümanlara tanınmış olan; dolayısıyla "genel olarak tanınmamış bir imtiyaz veya hakla ilgili" muafiyetten yararlanmak isteyen başvuruçunun islam dinine mensup olduğu konusunda belirli "bir kanıt seviyesini" sunması gerekmektedir. Söz konusu kanıt seviyesine ulaşılmadığı için işveren tarafından uygulanan disiplin

olduğu bir kararda Cuma namazı saatlerinde işyerinde davacı işçiye izin verildiği ve bunun beş yılı aşkın bir süredir devam ederek bir iş şartı haline geldiğine ve yapılacak değişikliğin İş Kanunu 22. maddesine aykırı olacağına hükmetmiştir²⁹.

Konuya ilişkin olarak ele alınması gereken bir diğer husus, tarafların iş sözleşmesine konulacak olan bir hükümle ibadet hürriyetini sadakat borcu lehine sınırlandırmalarının mümkün olup olmadığıdır. İşverenin iş ilişkisinden kaynaklanan yetkisini kötüye kullanmak suretiyle işçiye, anayasal temeli bulunan bu haktan men etmesi yahut bu hakkın kullanımını fiilen olanaksız hale getirmesi mümkün olmamakla birlikte, yapılan işin niteliği gereği sözleşmesel sınırlamaların getirilmesi olanaklıdır. İşçinin işletme bünyesinde işgal ettiği konuma göre, özellikle işvereni dışarıda temsil etmesinin söz konusu olduğu hallerde işletme ile bütünleşmesi ve mesai saatleri dışında da işverenin ve işletmenin çıkarlarını göz önünde tutması beklenebilir. Belli bir dinsel eğilime hizmet eden bir kuruluşta çalışan işçiden bu dinsel eğilime mensup olmasının beklenmesi mümkün olmakla birlikte, Anayasa md.24/II uyarınca, bu dinsel eğilim kapsamında ibadet etmeye yahut bu dinsel eğilimin törenlerine katılmaya zorlanması mümkün değildir. İşverenin iş saatleri dışında işçinin ibadet hürriyetine müdahale etmesi genel olarak kabul edilebilir nitelikte olmamakla birlikte, iş görme borcunun ifasının bir zorunluluk olarak bunu gerektirmesi halinde, dürüstlük kuralı çerçevesinde sınırlı bir müdahale söz konusu olabilecektir. Bu nitelikte bir sınırlandırma işçinin anayasal ibadet özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğinden, tarafların iş sözleşmesi ile bunu öngörmeleri, iş görme borcunun ifası bakımından zorunluluk bulunan hallerde münhasır olmalı ve işveren bu yetkisini dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır. Bu durumda işverenin haklı menfaati ile işçinin ibadet hürriyeti arasında ölçülü davranma ilkesinin gözetilmesi gerekmektedir. Bu nitelikte bir sınırlandırma özellikle ideal ve dinsel bir amaca hizmet eden işletmeler bakımından önem kazanmaktadır.

yaptırımı hukuka aykırı bulunmamıştır. Mahkeme, "...İstihdam bağlamında, işçi ile işveren arasında özel yükümlülük ve haklar getiren sözleşmeler bulunması durumunda, Mahkeme izin veya açık bir sebep bulunmadığı hallerde işe gelmemenin işveren açısından bir disiplin meselesi teşkil etmesini makul bulmaktadır. İşçinin bu durumda belirli bir muafiyete dayanmaya çalışması halinde, bu iddianın genel olarak tanınmamış bir imtiyaz veya hakla ilgili olması halinde bu konuda belirli bir kanıt seviyesinin aranması ve bu seviyeye ulaşılamaması halinde olumsuz bir neticeye varılması vicdan özgürlüğünü baskılayan veya onunla temelden çelişen bir durum teşkil etmemektedir." hükmüne ulaşmıştır. **Murdoch**, Jim; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Çev: Serkan Cengiz, Strazburg 2012, s.20.

²⁹ Y.9.HD, 12.07.2011, E.2009/13474, K.2011/23572, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

c-Sonuç ve Değerlendirme

Yüksek Mahkeme'nin kararına konu olan olayda, öğretmen olan işçinin eğitim ve öğretim faaliyetinin devam ettiği bir dönemde ücretsiz izin talep etmesi ve bu iznin verilmemesi üzerine rapor alarak hac ibadetini yerine getirmek üzere yurtdışına çıkması kanımızca sadakat borcuna aykırılık teşkil etmektedir ve işverenin İş Kanunu 25/II-e kapsamında olmak üzere iş akdini haklı nedene dayalı olarak feshetme hakkı doğmaktadır. Yargıtay'ın feshi değerlendirirken, işçinin hac ibadetini yerine getirmesini, işverenin işçiyi gözetme borcu ve bu kapsamda ahlaki değerlerinin de işveren tarafından korunması gerekeceği temeline dayandırması isabetli değildir. Öncelikle belirtmek gerekir ki işveren, gözetme borcu gereği, işçinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünü korumak ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen oluşturmakla yükümlü olmakla birlikte, sübjektif ve bireyin iç dünyasını ilgilendiren bireysel ahlakın ve buna bağlı olarak ortaya çıkan değerlerin gözetme borcu kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Mevaz İsviçre Yasası'nda da ifade edildiği üzere işverenin gözetim borcu, işçinin sağlığı, vücut bütünlüğü, mesleki itibarı, özel ve gizli hayat alanı, şeref ve haysiyeti gibi kişilik değerlerinin korunmasını içine almaktadır ve tamamen bireyin iç dünyasına ilişkin olan bireysel ahlak ve ona göre şekillenen değerler sistemi bu korumanın dışında kalmaktadır. İşverenin gözetim borcu çerçevesinde dürüstlük ilkelerine uygun bir çalışma düzeni oluştururken ve işçilerin kişilik haklarını koruma altına alırken, her bir bireye göre farklı biçimde şekillenen sübjektif ahlaki değerler sistemini göz önünde tutması mümkün değildir.

İncelememize konu olan kararda Yüksek Mahkeme, isabetsiz bir biçimde, hac ibadetini, bireysel ahlak kapsamında değerlendirerek işverenin gözetme borcu kapsamına almış ve işverenin feshini haksız bulmuştur. Oysa ki konunun, işçinin Anayasa'dan kaynaklanan ibadet hürriyeti ile sadakat etme borcunun karşı karşıya geldiği haller bakımından değerlendirilerek, bu hürriyetin sadakat borcu karşısında ne ölçüde sınırlandırılacağı meselesinin incelenmesi gerekmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere işçinin, ibadet hürriyetini, iş görme borcunun ifasını engelleyici bir şekilde kullanması, sadakat borcuna aykırılık teşkil edecektir. Somut olayda davacı işçinin, eğitim ve öğretim yılının başladığı ve devam ettiği bir dönemde ücretsiz izin talep etmesi ve bu talebin reddi üzerine rapor alarak hac ibadetini yerine getirmek üzere yurtdışına çıkması, iş görme borcunun ifasına, diğer bir deyimle eğitim ve öğretim faaliyetinin aksamasına yol açacak niteliktedir. İşverenin somut olayda sadakat borcuna aykırı nitelikte bu davranışı gerekçe göstererek iş akdini haklı nedene dayalı olarak feshetmesi mümkündür. Tüm bu anılan gerekçelerle, Yüksek Mahkeme'nin bu kararını isabetli bulmamaktayız.

KAYNAKÇA:

- Alp**, Mustafa, “*Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1, 2004.
- Alp**, Mustafa: “Yeni Borçlar Kanununda Hizmet Sözleşmesinin Kuruluşu ve İfasına İlişkin Hükümler”, 17. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Haziran 2012.
- Arslan Ertürk**, Arzu; Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2007.
- Aydınlı**, İbrahim: “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının İlgili Maddelerinin Değerlendirmesi”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.19, S. 6, Ankara 2005.
- Centel**, Tankut: “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, S.24
- Ertürk**, Şükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002
- Hürholz**, Hans Werner; Die Treuepflicht des Arbeitnehmers –Zugleich Ein Beitrag Zur Theorie Des Treuebegriffes-, Bad Münstereifel 1968.
- İzveren**, Adil; Hukuk Felsefesi, Ankara 1988.
- Keser**, Hakan/**Zengingönül**, Oğul: “ Ahlak- İşletme Ahlakı ve Sosyal Sorumluluk İlişkisi”, Kamu-İş Dergisi, Temmuz 1994, C.3, S.4.
- Murdoch**, Jim; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Çev: Serkan Cengiz, Strazburg 2012.
- Nikisch**, Arthur; Arbeitsrecht, Band I, Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage, Tübingen 1961.
- Odaman**, Serkan: “İş Kanunu ve Borçlar Kanunu Bakımından “Ahlak” Kavramı”, Prof.Dr.Toker Dereli’ye Armağan 2006.
- Oser/Schönenberg**; Züricher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, das Obligationenrecht, 2. Teil, Art. 184-418, 2. Auflage, Zürich 1936
- Özdemir**, Erdem: “İşyerinde Cinsel Taciz”, Çalışma ve Toplum, 2006/4.
- Rehbinder**, Manfred; Arbeitsrechtliche Schranken der politischen Betätigung von Medienschaffenden.
- Rüfner**, Wolfgang: “Gewissenentscheidung im Arbeitverhältnis”, RdA 1992.
- Schweingruber**, Edwin; Kommentar Zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts. 2. Auflage, Bern 1976.
- Sevimli**, Ahmet; “Türk Borçlar Kanunu md.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Çalışma ve Toplum,
- Tuncay Kaplan**, Emine: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, S.24.
- Yavuz**, Nihat; Eski ve Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, Ankara 2011.