

Sayı: 371 • Şubat 2011

TEKSTİL İŞVEREN

TÜRKİYE TEKSTİL SANAYİİ İŞVERENLERİ SENDİKASI

Hukuk
56





ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK

Karar İncelemesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2009/3813

Karar No: 2009/30087

Tarihi: 02.11.2009

Karar Özeti:

İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ve geçerli nedene dayanan değişiklikler çalışma koşullarının esaslı değişikliği olarak nitelendirilemez. Geçerli neden işçinin verimi ile davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabilir.

İşyerinde iş şartlarında değişikliği gerektirmeyen çalıştırılma imkânı, değiştirilmiş iş şartları altında çalıştırılabileceği başka bir çalışma yerine nakilden önce uygulanması gereken tedbirdir. İşçinin iş şartlarının değiştirilmesi gerekmeden çalıştırılabileceği birden fazla çalışma yeri varsa, işveren bunlar arasında birini seçme hakkına sahiptir. İşverenin talimat verme hakkı kapsamında alternatif tedbirler arasında iş şartlarında ve sözleşme değişikliğine neden olmayacak şekilde bir tedbir olanağı var ise ve bu kapsamda bir çalışma yerinde çalıştırılabilecekse değişiklik feshine başvurulmaması gerekir.

İlgili Mevzuat: 4857 Sayılı İş K. Md. 22

Yargıtay Kararı

Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, talebin reddine karar verilmiştir. Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi M.A. Bostancı tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı vekili, davacının iş sözleşmesinin, geçerli neden olmadan, davalı işveren tarafından feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekilleri, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davacının Kocaeli'nde çalışabileceği bir iş yeri bulunmadığı ve davacının işyeri değişikliğini kabul etmesi gerektiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. Maddesi'nde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dâhil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan feshite, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverenin tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz; kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20/2 Maddesi'nde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyumsuzluğun çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia

ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ile ilgili sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihle keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi - feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. Maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 22. Maddesi uyarınca, "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedeninin bulunduğu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle, iş

sözleşmesini feshedebilir." Bu maddeye dayanılarak yapılacak değişiklik feshinde; değişiklik ve fesih bildirimlerinin yazılı yapılması ve sebeplerinin de yazılı gösterilmesi geçerlilik koşuludur (Dairemizin 02.06.2008 gün ve 2007/39341 Esas, 2008/13324 Karar Sayılı ilamı).

İşverenin vereceği talimatlarla, Anayasa ve kanunların emredici hükümleri ile toplu ve bireysel iş sözleşmeleri hükümlerine aykırı olmamak üzere, işin yürütümü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına, yönetim hakkı denir. İş koşullarında değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İş koşullarındaki değişiklikler geçerli nedene dayandığı takdirde, ayrıca iş şartlarında esaslı değişiklik yoksa veya işçi aleyhine bir durum oluşmuyor ise işverenin yönetim hakkının sınırlandırılması gerekmez. İşveren, Medeni Kanun'un 2. Maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işyeri değişikliği ile ilgili işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ve geçerli nedene dayanan değişiklikler, çalışma koşullarının esaslı değişikliği olarak nitelendirilemez. Geçerli neden işçinin verimi ile davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabilir.

İşyerinde iş şartlarında değişikliği gerektirmeyen çalıştırılma imkânı, değiştirilmiş iş şartları altında çalıştırılabileceği başka bir çalışma yerine nakilden önce uygulanması gereken tedbirdir. İşçinin iş şartlarının değiştirilmesi gerekmeden çalıştırılabileceği birden fazla çalışma yeri varsa, işveren bunlar arasından birini seçme hakkına sahiptir. İşverenin talimat verme hakkı kapsamında alternatif tedbirler arasında iş şartlarında ve sözleşme değişikliğine neden olmayacak şekilde bir tedbir olanağı var ise bu kapsamda bir çalışma yerinde çalıştırılabilecekse değişiklik feshine başvurulması gerekir (Dairemizin 18.02.2008 gün ve 2008/8543 Esas, 2008/409 Karar Sayılı ilamı).

Yerel mahkemece, değinilen gerekçe ile davanın reddine karar verilmişse de, dosya içeriğinden, davacının görev yerinin, davalı işverenin işinin bitmesinden yaklaşık iki ay önce değiştirildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, işyeri değişikliğinin nedeni, davalı tarafça kanıtlanmış sayılamaz. Davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmamaktadır. Öte yandan, davacının iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddia edilmişse de bu husus davacı tarafça kanıtlanabilmiş değildir. Mahkemece, davanın kabulü ile davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile de hükmün kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

4857 Sayılı İş Yasası'nın 20/3 Maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,

2. Feshin GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının İztemsın Temizlik Ltd. Şti.'ndeki işine İADESİNE,

3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davalılardan dayanışmalı olarak tahsili ile davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 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 davalılardan dayanışmalı olarak tahsilinin GEREKTİĞİNE,

5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6. Davacının yapmış olduğu 46.40 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine

Kesin olarak 02.12.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

Kararın İncelenmesi

İnceleme konumuz Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararı, Çalışma Koşullarında Değişikliğe İlişkin Yüksek Mahkeme'nin görüşünü ortaya koyması açısından önem taşımaktadır. İş ilişkisinin süreklilik arz eden bir borç ilişkisi olması, işverenin yönetim hakkı, çalışma yaşamının esneklik ihtiyacı, işvereni çalışma koşullarında değişiklik yapabilme gereği ile karşı karşıya bırakabilmektedir. Öte yandan çalışma koşullarında değişiklik ihtiyacı, zaman zaman işçinin iş sözleşmesinin varlığının korunması yani feshe karşı bir iş güvencesi aracı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle işverenin iş şartlarında değişiklik yapabilmesi zaman zaman feshin son çare olması ilkesinin de bir uygulanış biçimi olarak ortaya çıkmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin bu kararında İş Kanunu'nun 22'nci Maddesi'ni kanımca da isabetli bir şekilde değerlendirdiği ve daha sonra da somut olaya ilişkin çözüme gittiği görülmektedir. (Çalışma şartlarının esaslı değiştirilmesi konusunda ayrıntılar için bak; Alp İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi Ankara 2005, M. Engin Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı İHFM, Cilt LXI Sayı 1-2 2003, 324 vd. K.D. Yensey Hizmet Akdine Tek Taraflı Müdahale ve İş Şartlarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni 2001, G. Alpagut İş Sözleşmesi'nin Esaslı şartlarında Değişiklik ve Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararının değerlendirilmesi; Çimento İşveren 13 Eylül 2004, 56 vd.)

Bildiği gibi, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 22. Maddesi'nde, "işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak duru-

mu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedeninin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21'inci Madde hükümlerine göre dava açabilir". Bu düzenleme, çalışma koşullarındaki değişikliğin normatif dayanağını oluşturur. Hükmün uygulanmasında öncelikle esaslı değişikliğe konu olabilecek çalışma koşullarının ne olduğunun belirlenmesi gerekir.

1. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 25/03/2010 - 2008/22933 - 2010/7945 Sayılı bir kararında da ayrıntılı olarak belirtildiği gibi (Karar metni için bak. Legal 2010, 26-620 vd.) 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 22. Maddesi'nden de yola çıkılarak, Anayasa, yasalar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma koşulları olarak değerlendirilmelidir. İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'ne göre; işçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödemek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dâhil edilmesi de çalışma koşulları kavramına dâhildir. (Y9HD 27/10/2008 - 29715/28944)

Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklardan en önemlisi sühesiz 4857 Sayılı İş Kanunu olmaktadır. İşçinin ücretinin alt sınırının gösterildiği Md. 39, günlük ve haftalık çalışma sürelerinin belirtildiği Md. 41 ve Md. 63, hangi hallerde günlük ve haftalık iş sürelerini aşan çalışmaların yapılabileceğinin ve bu durumda ödenmesi gereken ücretlerin ve daha pek çok konunun açıklandığı İş Kanunu, çalışma koşullarının temelini oluşturur. İş ilişkisinde bu gibi emredici hükümlerin dışında ve işçi aleyhine bir uygulamaya gidilemeyeceği gibi aksine uygulama iş koşulu haline de gelmez.

Toplu iş sözleşmesi de, çalışma koşullarının belirlenmesinde önemli yeri bulunan bir hukuk kaynağıdır. Çalışma koşullarının işçi lehine olarak değiştirilebileceği ve bunun iş sözleşmesi hükmü olarak geçerli olduğu 2822 Sayılı Yasa'nın 6. Maddesi'nde öngörülmüştür. Toplu iş sözleşmesini düzenleyen taraflarca toplu iş sözleşmesi hükümlerinin değiştirilmesi mümkündür. Ancak toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında çoğunlukla "protokol" adı altında yapılan bu değişiklikler, yapıldıkları tarihten ileriye dönük olarak sonuçlarını doğurur ve bu değişikliği yapabilecek olan Toplu İş Sözleşmesi'nin taraflarıdır. Bu konu İş K. Md. 22'nin kapsamı dışındadır.

Uygulamada, yazılı olarak yapılan iş sözleşmelerinde çoğunlukla işçinin yerine getireceği iş, unvanı, ücret ve ekleri belirtilmekle birlikte, çalışma koşullarının tespitine yönelik ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemektedir. Bu durum çalışma koşullarının tespiti ve değişikliğin yapılıp yapılmadığı konularında ispat sorunlarını beraberine getirmektedir. Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olduğu konusunda ispat yükü işçidedir. Çalışma koşullarının belirlenmesinin ardından, yapılmak istenen değişiklik olup olmadığı ve bu değişikliğin işçi aleyhine olduğu işçi tarafından kanıtlanmalıdır.

İş sözleşmesinin eki sayılan personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliği gibi belgeler de çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında yerini alır. Bu nedenle işçinin açık veya örtülü onayını almış personel yönetmeliği, iş sözleşmesi hükmü niteliğindedir. İşyerinde öteden beri uygulanmakta olan personel yönetmeliğinin kural olarak işçi ile iş ilişkisinin kurulduğu anda işçiye bildirilmesi gerekir. Daha sonra yapılacak olan değişikliklerin de işçiye duyurulması, bağlayıcılık açısından gereklidir. İşveren tarafından kanuni ve sözleşmesel bir zorunluluk olmadığı halde, işverence işyerinde uygulanagelen işyeri uygulamaları da çalışma koşullarının belirlenmesinde etkindir.

İşçinin işyerinden kaynaklanan geçerli nedenlerle sürekli olarak işyerinin değiştirilmesi şeklinde bir uygulamanın varlığı halinde, başka işyerinde zaman zaman görevlendirilmesi çalışma koşulları arasındadır. Böyle bir durumda işçiye bir başka işyerinde görev verilmesi, kural olarak, çalışma koşullarında değişiklik niteliğinde sayılamaz. Örneğin işçinin çeşitli şantiyelerin proje müdürü olması halinde ve sürekli olarak değişik yerlerde kurulu bu şantiyelerde görev yapması halinde, işverence kabul edilebilir sınırlar dâhilinde aynı türdeki bir başka görevlendirmeyi reddedemez.

2. Çalışma koşullarında değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İşveren işyerinin kârlılığı, verimliliği noktasında işin yürümesi için gerekli tedbirleri alır. İş görme ediminin yerine getirilmesi şeklini ve zamanını, hizmetin niteliğini işveren belirler. İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli nedene dayanan değişiklikler, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez. Geçerli neden işçinin verimi ile davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabilir. Örneğin işçinin çalıştığı bölümde objektif olarak ortaya konulan performans kriterlerine göre verimsizliğinin saptanması ve hatta işverence bu yönde verilen eğitime rağmen sonuç alınamaması durumunda işverence işçinin başka bir işte görevlendirilmesi mümkündür.

İş ilişkisinin taraflarının iş sözleşmesinde, gerektiğinde işverence çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzen-

lemelere gitmeleri halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklinde sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. (Bu konuda daha önce yaptığımız bir inceleme için bak "Sözleşmelerde Yer Alan Çalışma Koşullarında Değişiklik Kayıtları İşverenin Yönetim Hakkı Tekstil İşveren" Şubat - Mart 2006).

İş ilişkilerinde esneklik ihtiyacı, farklı coğrafi alanlarda faaliyette bulunma, değişen sipariş durumları gibi nedenler çalışma koşullarında değişiklik ihtiyacı yaratabilir. Esasen bu yöndeki genel kayıtların geçerliliği, yasal düzenlemede, hüküm bulunsun veya bulunmasın her durumda dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilecektir.

İşverene çalışma koşullarında değişiklik yapabilme yetkisi tanıyan sözleşme kayıtlarının geçerliliği konusunda yapılacak değerlendirmelerde önemli olan nokta, sözleşmenin kurulması aşamasında fiilen irade özerkliğini kullanamayan işçinin kötü niyetli uygulamalara karşı korunmasıdır. Bu nedenle bu tür kayıtların geçerliliği konusunda yapılacak değerlendirmelerde, sınırların belirlenmesi son derece önem taşımaktadır. İşverene çalışma koşullarında değişiklik yapma yetkisi tanıyan kayıtların geçerliliği kuşkusuz öncelikle genel sınırlamalara tabidir. Emredici hukuk kurallarına, işçinin kişilik haklarına temel hak ve özgürlüklere toplu iş sözleşmesine aykırı kayıtlar geçersizdir. İşçinin kişilik haklarını (işverene her türlü işte görevlendirme yetkisi tanıyan) iş sürelerinin belirlenmesini tamamen işverene bırakan, işverene ücretten indirim yetkisi tanıyan kayıtlarda olduğu gibi ... İşverene bağlılık unsurunun ve ekonomik üstünlüğün kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecek kayıtlar geçersizdir. Buna karşılık feshin son çare olması ilkesinin bir uygulaması olarak, işçinin işte verimsizliğine bağlı olarak başka bir işe verilebileceğine, yaptığı işin ortadan kalkması nedeni ile farklı bir işte görevlendirilmesine, işverenin işletmesine bağlı farklı coğrafi alanlarda bulunan aynı nitelikteki iş yerlerinde görevlendirilmesine ilişkin kayıtların geçerli olacağı kabul edilmelidir. Kuşkusuz bu yönde yapılan her uygulamanın Medeni Kanun'un 2. Maddesi'ndeki Dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

Değişiklik yetkisini saklı tutan kayıtların geçerli olup olmadığının yargısal denetimi, söz konusu kayda dayanarak uygulama yapan işverenin bu yetkisini kullanarak yaptığı değişikliğe işçinin uymaması halinde yapılan iş akdinin feshine karşı işçinin açtığı davalar nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Söz konusu durumda işçi, iş-

verenin yaptığı feshine karşı, feshin geçerli bir nedene dayanmadığı iddiasıyla İş Kanunu'nun 17. ve 21. Maddeleri'ne dayanarak işe iade davası açabileceği gibi, feshin haklı nedene dayanmadığı iddiasıyla kıdem tazminatı davası da açılabilir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin olarak tespit edebildiğimiz kararlarının hemen hepsinde de işverenin, işçinin iş yerini değiştirebileceğine ilişkin kayıtlara dayanarak yaptığı iş yeri değişikliklerini kabul etmeyen işçinin açtığı davalar söz konusu olmuştur. Y9HD'nin 26/01/2004 tarihli kararında Toplu İş Sözleşmesi'nde yer alan işverenin işçinin iş yerinin değiştirilebileceğine ilişkin kayda dayanarak yaptığı değişikliği kabul etmeyen işçinin iş akdinin feshine karşı açtığı feshin geçersizliği ve işe iade talebini, Toplu Sözleşme Hükümü'nün İş Kanunu'nun 22. Maddesi karşısında geçersiz olduğu gerekçesiyle kabul ederek feshin geçersizliğine karar vermiştir. (Y9D, 26/01/2004-2003/23115-2004/1204 Alpagut'un eleştirisiyle birlikte Çimento İşveren Eylül 2004, 52 vd)

Buna karşılık Yüksek Mahkeme; iş yeri yönetmeliğinde işverene işçinin görev yerini değiştirme yetkisi tanıyan kayda dayanarak yaptığı iş yeri değişikliğini kabul etmeyen; aynı şekilde iş sözleşmesinde işçinin iş yerinin değiştirilebileceğine ilişkin kayda dayanarak yaptığı iş yeri değişikliğini kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesini fesheden işverenin yaptığı feshin, "geçerli bir nedene" dayandığına karar vermiştir (Y9HD, 27/12/2004-20848/29320; Y9HD 04/04/2005-9605/11820). Yüksek Mahkeme'nin bir başka kararında ise işverene işçinin iş yerini değiştirebilme yetkisi tanıyan sözleşme hükmüne dayanarak davacı işçiyi Ankara'da başka bir iş yerinde görevlendiren işverenin işçinin yeni iş yerinde çalışmayı kabul etmemesi nedeniyle iş akdini feshetmesine karşı açtığı davada kıdem tazminatına hak kazanmadığına karar vermiştir (Alpagut İş Kanunu'nun 22. Maddesi'nin Uygulama Alanı - Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2006 Sayılı 9. 62/63). Bu kararların hepsinde ortak yön işverenin iş yeri değişikliğini saklı tutan değişikliklerin Yargıtay'ca geçerli kabul edilmesi ve bu konudaki hükmün ve uygulamanın Medeni Kanun'un 2. Maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi olmuştur.

3. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 22. Maddesi'nin İkinci Fıkrası'nda çalışma koşullarının, tarafların karşılıklı uzlaşmaları ile değiştirilmesinin her zaman mümkün olduğu kurala bağlanmıştır. Çalışma koşullarında değişiklik konusunda işçinin rızasının yazılı alınması yasa gereğidir. Aynı zamanda işverence değişiklik teklifinin de yazılı olarak yapılması gerekir. İşçi çalışma koşullarında yapılmak istenen değişikliği usulüne uygun biçimde yazılı olarak ve süresi içinde kabul ettiğinde, değişiklik sözleşmesi kurulmuş olur.

Yazılı olarak bir kabul olmakla birlikte işçinin değişikliği kışkaya yer vermeyecek biçimde kabul anlamına gelen davranışlar içine girmesi halinde ise, işçinin bu davranışı, 22. Madde'nin 2. Fıkrası anlamına çalışma koşullarında anlaşma yoluyla değişiklik ola-

rak değerlendirilmelidir. İşyerinde müdür unvanını taşıyan bir işçinin daha alt bir göreve verilmesi ve işçinin bu yeni görevini benimseyerek çalışması durumu buna örnek olarak verilebilir.

İşçiye yapılan değişiklik önerisi altı işgünlük sürenin geçmesinden sonra yazılı olarak kabul edilmediği sürece işçiyi bağlamaz. İşçi çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmez ve işyerinde çalışmaya devam ediyor sayılır. Bu durumda işveren, değişiklik teklifinden vazgeçerek sözleşmenin eski şartlarda devamını isteyebilir ya da çalışma koşullarında değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak koşulu ile sözleşmeyi feshedebilir.

Yüksek Mahkeme'nin bir başka kararında da belirtildiği gibi (Y9HD 25/03/2010-2008/22933-2010 7945 Legal 2010 Sayı 26, 620 vd.), fesih bildirimini şarta bağlanamayacağı kuralının istisnasını, gerçekleşmesi muhtabın iradesine bırakılan iradi şart oluşturur. İradi şartın tipik örneğini, fesih bildirimini sonuç doğurmasının değişiklik önerisinin kabulü veya reddi şartına bağlanmasıdır. Bu anlamda, fesih bildirimini geciktirici veya bozucu şarta bağlanması mümkündür. Geciktirici şarta bağlı fesih bildiriminde, işveren, fesih bildirimini, işçinin değişiklik önerisini reddetmesi veya zamanında kabul etmemesi durumunda hüküm ve sonuçlarını doğuracağını ifade ederek, değişiklik fesih bildiriminde bulunabilir. Feshin hüküm ve sonuçları değişiklik önerisinin işçi tarafından reddi ve kabul edilmemesi durumunda doğar. Geciktirici şarta bağlı değişiklik feshinde, değişikliğin yazılı olarak kabulü için altı işgünden az süre tanımaz. Aynı zamanda değişikliğin dayanağı ile fesih için geçerli neden işverence yazılı olarak açıklanmalıdır. İşçinin değişiklik önerisini kabul etmesi halinde iş sözleşmesinin feshinin, geçersiz olacağına açıklandığı durumlarda, bozucu şarta bağlı değişiklik feshi söz konusudur. Belirtilen uygulama biçiminde, işveren işçinin sözleşmesinin bildirim süresine uygun olarak feshedildiğini bildirmekle birlikte, çalışma koşullarında değişiklik önerisini getirmekte ve değişikliğin kabul edilmesi durumunda feshin geçersiz olacağını açıklamaktadır.

4. Yüksek Mahkeme'nin yukarıda belirtilen kararında da isabetli bir şekilde belirtildiği gibi değişiklik feshinde geçerli neden denetimi iki aşamalı olarak yapılmalıdır. İlk olarak, iş sözleşmesinin muhtevasında değişikliği gerekli kılan geçerli neden bulunmalıdır. Dolayısıyla, İş Kanunu'nun 18'inci Maddesi'nde fesih için aranan geçerli nedenler, değişiklik feshinde de aynen bulunmalıdır. Bir başka anlatımla, değişiklik feshine gidebilmek için işçinin yeterliliğinden, davranışından veya işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenin bulunması gereklidir. Dolayısıyla, İş Kanunu'nun 18'inci Maddesi'nde belirtilen geçerli nedenlere ilişkin denetim burda da aynen yapılmalıdır. Yapılacak denetimde, söz konusu madde anlamında geçerli bir nedenin varlığı tespit edilmezse, ikinci aşamaya geçmeden değişiklik feshi geçersiz kabul edilmelidir.

İş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren bir geçerli nedenin varlığının tespiti halinde, ikinci aşamada, fiilen teklifi edilen sözleşme değişikliğinin kanuna ve toplu iş sözleşmesine uygun olup olmadığı; ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenebilir beklenemeyeceğinin; bir başka anlatımla, kendisine yapılan değişiklik teklifini kabullenmek zorunda olup olmadığı denetiminin yapılması gerekir. Bu bağlamda esas itibarıyla ölçülülük denetimi yapılmaktadır. Denetim, somut olayın özelliklerine göre yapılmalıdır. Buna göre, değişiklik feshi, ancak, çalışma şartlarının değiştirilmesi için uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaca göre orantılı ise, ultima-ratio olarak gündeme gelebilir. Çalışma şartlarının değiştirilmesini gerektirmeyecek veya daha hafif çalışma şartlarının önerilmesini gerektirecek ve aynı amaca aynı şekilde ulaştırılmasını mümkün kılacak organizasyona yönelik veya teknik ya da ekonomik alana ilişkin başka bir tedbirin mevcut olmaması gerekir. İşveren ayrıca, mümkünse, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin olarak daha az radikal olan bir teklifte bulunmalıdır. Değişik-

lik teklifi, iş hukukuna ilişkin eşit davranma ilkesini ihlal ediyor- sa, bu teklife işçi katlanmak zorunda olmadığından, değişiklik feshi geçersiz sayılır.

5. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 22. Maddesi'nde çalışma koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshedebileceği öngörülmemiştir. Bununla birlikte çalışma koşullarının değiştirilmesi, aynı zamanda, koşullarının uygulanması anlamına geldiğinden aynı yasanın 24/II-f bendinde belirtilen hal, işçinin haklı fesih nedenleri arasında sayılmıştır. Bu durumda işçinin ihbar tazminatı talep hakkı doğmazsa da kıdem tazminatı talep hakkı doğacaktır. Bununla birlikte, çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin incelediğimiz karara konu olan olayda olduğu gibi işverence feshi halinde; işe iade davası dışında ihbar ve kıdem tazminatlarını talep hakkı da doğar.

SONUÇ: İş K. Md. 22'yi pek çok yönüyle ele alan Yüksek Mahkeme'nin bu kararı, incelememizde yollama yapılan 25/03/2010 tarihli kararı ile birlikte yol gösterici nitelikte bir karardır.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2009/33210

Karar No: 2010/1177

Tarihi: 25/01/2010

Karar Özeti:

İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesinin koşullarından olan en az bir yıllık çalışmasının aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerinde geçmiş olması gerekir. Kural olarak aynı gruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliğe haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışına başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşınıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında "şirketler arasında organik bağ"dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzi yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi (Yargıtay 9.HD. 26.03.1999 gün 1999/18733 E, 1999/6672 K.). Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 28.11.2005 gün 2005/34442 E, 2005/37457 K.). Dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen

sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akti devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır (Yargıtay 9.HD. 22.10.2007 gün 2007/5762 E, 2007/30979 K.). Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle dairemiz önceki içtihatlarına dönmüştür. Bu yolla kıdem tazminatının hesabında organik bağ çerçevesinde sonuca ulaşma hedeflenmiştir.

1475 Sayılı Yasa'nın 17/2. Maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasıllı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirmesi için gerekli bir koşuldur.

İlgili Mevzuat: 1475 Sayılı İş K. Md. 14

Yargıtay Kararı

Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi nedeni ile ödenmeyen kıdem, ihbar tazminatları ile yıllık ücretli izin, fazla me-

sai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının davalı işveren- den tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hükümün taraf vekilleri tarafından temyizi üzerine, Mahkemece verilen ek karar ile davalı vekilinin 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. Maddesi uyarınca 8 günlük süresi içinde yapılmadığı gerekçesi ile davalı tarafın temyiz isteminin reddine karar verilmiş olup ek kararın davalı vekili tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

1. 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. Maddesi'ne göre iş mahkemesinden verilen kararlar tefhim ve tebliğ tarihinden itibaren 8 gün içinde temyiz olunabilir. 31.03.2009 tarihinde usulüne uygun olarak tefhim edilen karar, davalı vekili tarafından 8 günlük temyiz süresi geçtikten sonra 27.05.2009 tarihinde temyiz edilmiş olup, mahkemenin bu nedenle temyiz isteminin süre yönünden reddine ilişkin ek kararı usul ve yasaya uygun olduğundan, davalı vekilinin ek karara yönelik temyiz isteminin reddi ile kararın ONANMASINA,

2. Davacı vekilinin temyizine gelince;

a. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

b. Davacının kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izne esas süresinin belirlenmesi uyumsuzluk konusudur. Hükme esas bilirkişi raporunda devamsızlık nedeni ile feshedilen süre, başka işveren nezdinde geçen süreler kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınmamıştır. Davacı devamsızlık nedeni ile feshin haklı nedene dayanmadığını, ayrıca başka işyerinde geçen sürelerin davalı nezdinde geçtiğini, diğer işverenlerle davalı arasında bağlantı olduğunu, sürelerin birleştirilmesi gerektiğini iddia etmiştir.

İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesinin koşullarından olan en az bir yıllık çalışmasının aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerinde geçmiş olması gerekir. Kural olarak aynı gruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında "şirketler arasında organik bağ"dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi (Yargıtay 9.HD. 26.03.1999 gün 1999/18733 E, 1999/6672 K.): Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 28.11.2005 gün 2005/34442 E, 2005/37457 K.). Dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için

işyeri devri, hizmet akti devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır (Yargıtay 9.HD. 22.10.2007 gün 2007/5762 E, 2007/30979 K.). Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönmüştür. Bu yolla kıdem tazminatının hesabında organik bağ çerçevesinde sonuca ulaşma hedeflenmiştir.

1475 Sayılı Yasa'nın 14/2. Maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasilalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirilmesi için gerekli bir koşuldur.

Diğer taraftan, aynı yasanın 54. Maddesi'nde, yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları sürelerin birleştirilerek göz önüne alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda işçinin daha önce aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde geçen hizmetlerinin yıllık izne hak kazanma ve izin süreleri hesabı yönlerinden dikkate alınması gerekir.

Dosya içeriğine göre davacının 07/09/1985 - 16/05/1997 tarihleri arasındaki çalışması devamsızlık nedeni ile davalı işveren tarafından haklı nedene feshedildiği ve davacı işçinin fesih bildirimini tebliğ ettiği, devamsızlığı kabul ettiği anlaşıldığından, bu sürenin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaması yerindedir. Ancak kayıtlarda Aysel A. Şirketi işyerinde 20.05.1998 - 30.06.1998, Alarko Şirket işyerinde 05.03.1999 - 24.02.2000 tarihleri arasında geçen hizmet sürelerinin bu şirketler ile davalı arasında yukarıda açıklandığı üzere organik bağ olup olmadığı, hizmet akti devri bulunup bulunmadığı araştırılmadan kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaması isabetli değildir. Dava dışı Alarko ve Aysel şirketlerinin davalı şirketle bağlantısı birlikte istihdam veya organik bağ veya davacının bu şirketler ile davalı şirket arasında giriş ve çıkışlarının hizmet akti devri kapsamında değerlendirilmesi halinde, dava dışı Aysel ve Alarko Şirketi nezdinde geçen sürelerinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gerekir.

Diğer taraftan 07.09.1985 - 16.05.1997 tarihleri arası, devamsızlık nedeni ile sona eren sürenin ve kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması halinde, dava dışı Alarko ve Aysel şirketlerinde geçen sürelerin yıllık ücretli iznin süresi ve ücret alacağının hesaplanmasında dikkate alınması gerekir.

Eksik inceleme ile kıdem tazminatının kısmen kabulüne, yıllık ücretli izin alacağının reddine karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilieye iadesine, 25.01.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.