

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2016/573
Karar No.	2016/6981
Tarihi:	23.03.2016

İlgili Kanun / Madde

4857 S. İşK/18-21

- **İŞLETMESEL NEDENLERLE FESİH**
- **İŞLETMESEL NEDENLERE DAYANAN FESİHTE YARGISAL DENETİMİN ESASLARI**

• **ÖZETİ** Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme 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 fesihte 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.

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine, işe iadesine ve yasal sonuçlarına hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

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

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalıya ait kat görevlisi (temizlik işçisi) olarak 14/10/2011 tarihinden , iş akdinin işverence derhal, haksız, usulsüz, tazminatsız ve geçersiz şekilde feshedildiği 10/12/2014 tarihine kadar kesintisiz çalıştığını, davacı ile 7 arkadaşı Noterliğinin 25/09/2014 tarih ve 25303 yevmiye numaralı ihtarnamesi ile keşide ederek işverenden ödenmeyen fazla çalışma ücretlerini ödenmesini talep ettiklerini, ancak davalının ödeme yapmadığını davacının İş mahkemesine bu alacakların talebi ile dava açtıklarını, bu davaların açılması ile işverence işçiler üzerinde baskı politikası uygulanmaya , dava açan işçilere çeşitli bahanelerle belgeler imzalatılmaya ve kötü örnek oluşturan bu işçilerden kurtulma yolları aranmaya başlandığını, bu süreç devam ederken davalı işveren 17.11.2014 tarihinde, Bahçeşehir Kaymakamlığı İlçe 64254238/903.02/5118079 sayılı ve Diğer Personellerin MKBBTS Ortamına aktarılması ve çalışma izni düzenlenmesi konulu 07.11.2014 tarihli yazısını gerekçe göstererek davacı ve arkadaşlarından halihazırda yazılı iş sözleşmeleri olmasına ve çalışmalarını yıllardır da devam etmesine rağmen, 01.09.2014 tarihinden itibaren geçerli olacak' şeklinde, GEÇMİŞ TARİHLİ VE GERİYE DÖNÜK OLARAK YENİ İŞ SÖZLEŞMELERİ İMZALAMALARINI sifaen istediğini, davacı dahil diğer işçilerin ise bu talebi, hali hazırda yazılı iş sözleşmeleri bulunduğu ve bu iş sözleşmelerindeki haklarının zayi edecek hükümler içeren, mükerrer nitelikte yeni bir sözleşmeyi zorla imzalamayacaklarını belirterek aynı şekilde sifaen reddettiklerini, bir hafta boyunca işçilere baskı yapılarak bu sözleşmelerin imzalatılmaya çalışıldığını, davacının bu sözleşmeyi imzalamayacağını işverene bildirdiği, davalı işveren tarafından gerçekleştirilen tek taraflı , önelsiz, haksız , usulsüz , tazminatsız feshin yasa ve usule aykırı olduğunu, davalı tarafından davacının iş akdi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. Maddesinde düzenlenen ve 6 iş günü olan hak düşürücü süre geçtikten sonra feshedildiğini , feshin son çare ilkesine aykırı olduğunuiddia ederek davacının işe iadesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının kurumun okul olan işyerinde hizmetli olarak çalıştığını, hizmetli personel ile yapılan iş sözleşmeleri anılan yönetmelikte 05.07.2014 tarihinde yapılan değişikliğe kadar bilgi ve onayına tabi değilken bu tarihten itibaren ana hatları yönetmelikle belirlenen bir sözleşme ile bildirim mecburiyetine tabi tutulduklarını, bu durumun tarafından ilgili kurumlara yazı ile bildirilmiş ve eski hizmetliler de dahil tüm diğer personel için yönetmeliğe uygun surette yeni sözleşmelerin düzenlenmesi ve yetkili merci'e gönderilmesinin istendiğini, söz konusu sözleşmelerin eski çalışanların haklarını, kıdem dahil, koruyan bir içeriğe sahip olduğunu, ayrıca aynı yazıda, bu zorunluluğa uymayan kurumların anılan yasa ve yönetmelikte öngörülen "mevzuata aykırı işçi çalıştırma" suçunu işlemiş olacakları konusunda uyarıldıklarını, söz konusu suçun yaptırımını ilk defasında 15 gün süreli, tekrarında sürekli kapatma cezası olduğunu, tüm bunlar hakkında işçilerin gerektiği biçimde bilgilendirilmiş ve davacının da içinde bulunduğu sekiz kişilik gurup dışında hepsi kendilerine sunulan sözleşmeyi imzaladıklarını, davacının içinde bulunduğu ve daha önce müvekkiline karşı açtıkları "fazla çalışma ücreti istemini" içeren dava nedeniyle bir hukuk bürosu ile ilişkisi bulunan sekiz işçi ise anılan sözleşmeyi imzalamayı bütün ikna çabalarına ve iyi niyetli uyarılarına rağmen reddettiklerini, hem şifahen hem de yazılı bildirimlerle uyarıldıkları ve eski haklarının saklı olduğu konusunda kendilerine ayrıca yazılı olarak güvence verildiği halde bu tavır ve tutumlarında ısrar ettiklerini, ancak davacı ve arkadaşlarının çeşitli ikna çabalarından sonra haksız, mesnetsiz tavırlarında ısrar edince kendilerine 05.12.2014 tarihinde yine açıklayıcı bilgi ve notlar içeren bir bildirim yapıldığını, ve 24 saat içinde anılan sözleşmeyi imzalamadıkları takdirde iş sözleşmesinin feshedileceğinin duyurulduğunu, en geç 01.12.2014 tarihinde ilgili merci'e tevdi gerekten, ancak bir haftalık ek süre alınan bu zorunlu işlemi daha fazla geciktirmek mümkün olmadığı, aksi takdirde okulun 15 gün süre ile kapatılması gibi düşünülmesi bile tüyler ürperten bir cezanın göze alınması gerekeceği için davacı ve birlikte davranan arkadaşlarının sözleşmelerinin feshedildiğini, davacıdan imzalaması istenen sözleşmenin resmi kurumlar tarafından talep edildiğini, müvekkil kurumun böyle bir istemi de ihtiyacı da söz konusu olmadığını, imzalaması istenen sözleşme işçinin hiçbir kazanılmış hakkını ihlal etmediğini, daha önce taraflar arasında imzalanmış sözleşme ile imzadan kaçındıkları sözleşme hükümleri, davacının dilekçesi esas alınarak karşılaştırıldığı zaman hiçbir değişikliğin söz konusu olmadığı, davacının maruz kalacağı hak kayıplarının kanıtı gibi gösterilen konularda eski ve yeni sözleşmeler arasında hiçbir farklılığın bulunmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, sözleşme değişikliğinin işçinin kusurundan kaynaklanmadığı, ilk sözleşmenin aradığı yasal mevzuata uymaması nedeni ile güncellenmesi gerekçesi ile imzalanması gerektiği, davacı işçinin tarafından talep edilse dahi iş sözleşmesini imzalamamasının 4857 sayılı iş kanunu hükümleri uyarınca işverene haklı nedenle fesih imkanı vermediği, bu nedenle feshin haklı nedene dayanmadığı ancak davalının, kapatma müeyyidesi altında davacı aleyhinde sonuç doğurmayan sözleşmenin imzalanmaması nedeni ile davacı işçinin çalıştırmasının mümkün olmadığı, çalıştırılmasının davalı işverenden beklenemeyeceği gerekçesiyle feshin geçerli olduğu kabul edilerek davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında olabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, 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 işverene 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 maddesinde 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 ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme 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 fesihte 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 şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu 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 ve bu kapsamda bir çalışma yerinde çalıştırılabilecekse değişiklik feshine başvurulmaması gerekir(Dairemizin 18.02.2008 gün ve 2008/8543 Esas, 2008/409 Karar sayılı ilamı).

Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren tarafından davacıya imzalatılmak istenen yeni sözleşmede, davacının işe başlangıç tarihinin farklı düzenlenmesi, ücrete ilişkin değişikliklere yer verilmemesi, kamu düzeninden olmasına rağmen yetkili mahkeme konusunda düzenlemeye yer verilmesi gibi hususlar dikkate alındığında yapılmak istenen bu değişikliklerin yukarıdaki ilkeler ışığında esaslı değişiklik teşkil ettiği, davalı işverenin bu esaslı değişikliklerin objektif nedenlere dayandığını ispatlayan herhangi bir bilgi ve belge sunmadığı anlaşılmakla bu değişiklikler nedeniyle davacı işçinin yeni iş sözleşmesini imzalamamasının işverene fesih hakkı vermeyeceği gözetilmeden yanılığlı değerlendirme ile davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda belirtilen sebeplerle;

1-Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,

2-İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE**, davacının **İŞİNE İADESİNE**,

3-Davacının kanunî sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin 4 aylık ücreti olarak belirlenmesine,

4-Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan

ve kararın kesinleşmesine kadar doğmuş bulunan en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine,

5-Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6-Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarife göre belirlenen 1.800 TL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

7-Davacı tarafından yapılan 424.10 TL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine,

Kesin olarak 23. 03.2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi.