

HUKUK BÖLÜMÜ

Alman Federal İş Mahkemesi Kararı Yönetim Yetkisi Çalışma Süresinin Konumu Kişisel Seçim Kararı

Çeviren Arş. Gör.: Muhittin ASTARLI*

Karar Tarihi : 23.09.2004

Karar No : 6 AZR 567/03

Özet:

1. Sanayi Nizamnamesinin 106. maddesi uyarınca işveren, iş sözleşmesinde veya kollektif düzenlemelerde bu konuda bir hüküm bulunmuyorsa çalışma süresinin konumunu hakkaniyete uygun olarak esaslı bir biçimde belirleyebilir. İşveren, iş görme ediminin zamanını belirlerken yalnız kendi menfaatlerini değil işçinin bu konudaki haklı menfaatlerini de göz önünde bulundurmalıdır ki, hakkaniyet sınırları içinde kalmış olsun. Eğer işçilerden biri tarafından talep edilen çalışma süresinin dağılımı, işletme gerekleri ile diğer bir işçinin haklı menfaatlerine aykırılık oluşturmuyorsa, işveren, işçinin korunmaya değer ailevi menfaatlerine de saygı göstermek zorundadır.

2. Çalışma süresinin dağılımı, işverenin işçiler arasında yapacağı bir kişisel seçim kararını gerekli kılıyorsa, işletme gereklerine dayalı fesih kapsamında geçerli olacak sosyal seçim ilkesine ilişkin esaslar burada uygulama alanı bulmaz.

Olay:

1 Temyiz davasında taraflar arasındaki uyuşmazlık, gece nöbetinin dağıtılması konusundadır.

2 Davalı farklı bakım müesseseleri işletmektedir. Davacı 1987 yılından

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı

bu yana davalının yanında çalışmaktadır. Davacı 15 Ocak 1990'dan 31 Ocak 1997'ye kadar servis müdürlüğü yapmıştır. 1997 Şubatında ilk çocuğunun doğumundan sonra davacı kendi isteği ile gece nöbet hizmetine münhasır olarak yaşlıların bakımı işinde haftalık 35 saat ile çalıştırılmıştır. Davacı bu hizmeti CD servisindeki 39 no'lu evde yedi günlük bir çalışma düzeni içinde gerçekleştirmiştir. Davacı birbirini takip eden yedi gece çalışmasının ardından gelen yedi geceyi de serbest zaman olarak kullanmaktadır. Davacının aynı şekilde bakım hizmetleri alanında çalışan kocası ise günün gündüz döneminde çalışmakta ve geceleri işvereniyle dönüşümlü olarak yedi günlük bir çalışma düzeni içinde çağrıya hazır olma çalışması gerçekleştirmektedir.

3 3 Şubat 1997 tarihli yazılı sözleşmede, davacının gece nöbetinde çalıştırılması ve çalışma sürelerinin ne şekilde dağıtılacağı kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin 7. maddesine göre özel düzenlemeler yapılmamıştır

4 Davacı, ikinci çocuğunun doğumunun öncesinde ve sonrasında yer alan ve 10 Ekim 1998 tarihinde başlayan çalıştırma yasağından sonra 18 Kasım 2001 tarihine kadar yeniden yetiştirme izni kullanmıştır. Bu sırada finansmanı sağlayan kurumun yeni bakım düzenlemelerinden dolayı 39 no'lu evdeki yaşlıların bakımına ilişkin gece işçisi istihdamı beşten dörde indirilmiştir. Yetiştirme izninin bitiminden sonra davacı yine gece vardiyasına verilmiştir. Davacı bu işi, "D" biriminde iki günlük bir çalışma düzeni içinde gerçekleştirecektir. Bu birim, ruhsal rahatsızlığı olan ve somatik bakım ihtiyacı içinde bulunan kişilere bakım hizmeti sunmakta ve 1 Mayıs 1999'dan bu yana 7, 37 ve 39 numaralı evlerden oluşmaktadır. 37 ve 39 no'lu evlerde yedi günlük çalışma düzeni içinde bakım hizmeti yürüten altı personelden hiçbirisi iki günlük bir çalışma düzeni ile gece vardiyası yapılan 7 no'lu eve geçmek istemediklerinden ve yetiştirme izninin bitiminden sonra 7 no'lu evde ayda 70 saatlik serbest zamana sahip olacağından davacı bu işe gönderilmiştir. Kalan çalışma süresinde davacı yarı yarıya 37 ve 39 no'lu evlerde yine iki günlük bir çalışma düzeni içerisinde gece hizmetinde çalışacaktır. 7 no'lu evdeki iki günlük çalışma düzeni, ardışık yer değiştirme ve gece çalışmasının devamının maksimum 4 vardiyaya indirilmesini destekleyen İşçinin Korunması Dairesinin tavsiyesine de uygundur.

5 Davacı, davalının kendisini yetiştirme izninin öncesinde olduğu gibi gece hizmetinde yedi günlük bir çalışma düzeni içinde çalıştırması gerektiğini iddia etmektedir. Davacıya göre çalışma süresinin bu şekilde dağıtılmasını davalı ile birlikte kararlaştırmışlar, behemehal davacının iş görme borcu yedi günlük bir çalışma düzenine göre somutlaştırılmıştır. Davacı ayrıca, yetiştirme izninin başlangıcının öncesinde olduğu şekilde çalıştırılması gerektiğini, gece çalışmasının iki günlük bir çalışma düzenine göre organize edilmesinin geçerli olmadığını, bu tip bir düzenlemenin hakkaniyet sınırlarını aştığını dile getirmektedir.

6 Davacı temyiz ile

7 davalının kendisini söz konusu yedi günlük çalışma düzeni içerisinde çalıştırmakla yükümlü olduğunun tespitini talep etmektedir.

8 Davalı, davanın reddini talep etmektedir.

9 İş Mahkemesi davayı reddetmiştir. Eyalet İş Mahkemesi işçinin dava konusu tespit talebini kabul etmiş ancak işçinin geri kalan hususlardaki istinaf talebini reddetmiştir. Eyalet İş Mahkemesinin temyizi mümkün görmesi üzerine davalı, kararın ilk derece mahkemesinin görüşü doğrultusunda onanmasını talep etmiştir. Davacı temyiz talebinin reddini istemektedir.

Karar Gerekçesi:

10 Davalının temyiz talebi yerindedir. Eyalet İş Mahkemesi haksız olarak davacının tespit talebini yerinde bulmuştur. Davalının, davacıyı gece hizmetlerinde yedi günlük bir çalışma düzeni içerisinde çalıştırma yükümlülüğü yoktur.

11 I. Temyiz konusundaki kanaatin aksine işçinin İş Mahkemesi kararına karşı istinaf yoluna başvurusu, usulüne uygun gerekçelerin eksikliği nedeniyle reddedilmemeliydi. İstinaf gerekçesi kanunun gereklerine uygundur.

12 1. İş Mahkemeleri Kanununun 64. maddesi 6. fıkrası 1. cümlesine ve bununla karşılaştırmalı olarak Medeni Usul Kanununun 520. maddesi 3. fıkrası 2. bendine göre, istinaf gerekçesi durumun şartlarının izahını içermelidir ki, bundan, itirazda bulunulan karar bakımından, bir hak ihlalinin varlığı ve ihlalin ağırlığı anlaşılmaktadır. İstinaf yoluna başvuran ayrıntılı olarak, hangi gerekçelerle itiraz edilen davadaki takdiri haksız bulunduğunu açıklamak zorundadır.

13 2. İstinaf gerekçeleri yeterlidir. Davacıya göre, mahkemenin, kendisinin yedi günlük bir çalışma düzeni içerisinde yerine getirdiği gece hizmetini sözlü bir anlaşmaya dayanarak ifa ettiğine dair yorumu hatalıdır. Davacının, İş Mahkemesinin haksız olarak davalı ile gece işinde yaşlılara bakım işi ile görevli olanlar arasında yapılmış özel anlaşmaların bulunduğunu varsaymasına ve davalının davacının yerini evli ve çocuklu olmayan işçilerle doldurarak hakkaniyet kurallarını aştığı hususunu görmezden geldiğine ilişkin itirazları, İş Mahkemesi kararı ile kafi derecede bir ihtilafı oluşturmaktadır.

14 II. Eyalet İş Mahkemesi haklı olarak, davacının yedi günlük bir çalışma düzeni içerisinde çalışmasına ilişkin talebinin taraflar arasındaki söz konusu anlaşmadan kaynaklanmadığını kabul etmiştir. 3 Şubat 1997 tarihli

yazılı hizmet sözleşmesinde çalışma sürelerinin dağılımı düzenlenmiş değildir. Sözleşmenin 7. maddesi uyarınca, herhangi bir özel düzenleme de yapılmış değildir. Sözleşmesinin 8. maddesi 2. cümlesinde düzenlenen şekil şartı karşısında sözlü bir kararlaştırmanın geçerli olup olmadığına karar verilmesine gerek yoktur. Davacı böyle sözlü bir anlaşmanın varlığını tutarlı bir şekilde açıklayabilmiş de değildir. İddiasının aksine 1 Şubat 1997'den 9 Ekim 1998'e kadar yedi günlük bir düzenle gece hizmetinde çalışması bu şekilde bir dağılımın sözleşmedeki bir düzenlemeye dayandığı varsayımın kabulünü gerektirmez.

15 III. 1 Şubat 1997'den 9 Ekim 1998'e kadarki yedi günlük düzene dayalı çalışma nedeniyle çalışma süresinin dağıtılmasına ilişkin bir somutlaştırma da yapılmamıştır. Yaklaşık 20 aylık çalışma, bunun için gerekli olan süreyi gerçekleştirmiş değildir. Ayrıca davacının gelecekte de yedi günlük çalışma düzeni içerisinde çalıştırılması gereğine ilişkin özel şartlar da düzenlenmiş değildir.

16 IV. Davacı, yetiştirme izni öncesinde olduğu şekliyle çalıştırılmasını talep edemez. Davalının, gece hizmetinin iki günlük çalışma düzeni içerisinde gerçekleştirilmesine ilişkin talimatı geçerlidir. Bu durum işverenin yönetim yetkisi kapsamındadır.

17 1. Sanayi Nizamnamesi 106. maddesi 1. cümlesi gereği işveren, eğer iş sözleşmesiyle, işyeri sözleşmesi hükümleriyle, yürürlükteki bir toplu iş sözleşmesi ile veya yasal hükümlerle düzenlenmemişse, iş görme ediminin içeriğini, yerini ve zamanını hakkaniyete uygun olarak belirleyebilir. Ancak bu hüküm 1 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Federal İş Mahkemesi kararlarında da zaten, her iş sözleşmesinin belirleyici bir özelliği olarak yönetim yetkisinin işverene, iş sözleşmesinde genel çerçevesi belirlenen iş görme ediminin zamanını, biçimini ve yerini ayrıntılı olarak belirleme imkanı tanıdığı ve bu hakkın Medeni Kanununun 315 maddesi 3. fıkrası anlamında hakkaniyete uygun olarak kullanılabileceği kabul edilmişti.

18 2. Davalının gece hizmetinin iki günlük bir çalışma düzeni içinde ifa edilmesine ilişkin talimatı, Medeni Kanununun 315. maddesi 3. fıkrasındaki hakkaniyet sınırları içerisindedir.

19 a) İfanın belirlenmesinin hakkaniyete uygun olması, olayın önemli koşullarının tartılması ve tarafların karşılıklı menfaatlerinin uygun biçimde göz önünde bulundurulması halinde söz konusudur. Olayın şartlarının tartılarak değerlendirilmesi yapılırken, tarafların yönetim yetkisinin kullanıldığı andaki menfaatlerinin esas alınması gereklidir. Böyle bir tedbirin hakkaniyete uygun olup olmadığı, temyiz merciinin sınırsız kontrolüne tabidir.

20 b) Gündüz ve gece hizmetlerinin yerine getirildiği bir kurumda yaşlıların bakımıyla görevli davacının menfaati, haftalık 35 saatlik çalışma süresinin dağıtılmasının, işçinin hem mesleki hem ailevi görevlerini yerine getirebilmesini mümkün kılmasıdır. Bu nedenle işçinin menfaati, küçük yaştaki her iki çocuğunun bakım ve gözetimini eşiyle birlikte dönüşümlü olarak gerçekleştirmesine izin veren bir çalışma süresidir. Kendisi gibi bakım hizmetleri alanında çalışan eşi gündüz hizmetinde çalıştığı için, özellikle gece hizmetinde çalıştırılmasına ilişkin menfaati korunmaya değerdir. Davalı, davacının bu menfaatini yeterli derecede göz önünde bulundurmamıştır. Zira davacının çalışma süresini özellikle gece hizmetinde çalışacak şekilde belirlemiştir.

21 c) İki günlük bir çalışma düzeni şeklinde belirlendiği sürece davalının çalışma sürelerinin dağıtımının hakkaniyet ölçütünü aştığından bahsedilemez. Çalışma süresinin bu şekilde dağıtımıyla davalı İşçi Koruma Dairesinin bir tavsiyesini yerine getirmektedir. Nitekim iki günlük çalışma düzeni, eşinin geceleri çağrıya hazır olma hizmetine ayrıldığı günlerde, davacının gece hizmetinde çalıştırılmasını da dışlamamaktadır. Mamafih davacı ilk defa 20 Şubat 2003 tarihindeki Eyalet İş Mahkemesinde yapılan sözlü duruşmada kocası tarafından geceleri gerçekleştirilmesi gereken çağrıya hazır olma çalışmaları ile kendisi tarafından gerçekleştirilecek gece çalışmalarının koordinasyonunun zorlaştığını hatta imkansız olduğunu iddia etmiştir. Eyalet iş mahkemesinin davacı eşinin ifadesinden tespit ettiği kadarıyla davacının kocası, yedi günlük bir çalışma düzeni içerisinde işvereniyle dönüşümlü olarak çağrıya hazır olma çalışması gerçekleştirmekte ve işvereni, kocanın bu işinde bir değişikliğe gitme niyetinde değildir. Bununla birlikte Mahkeme yerinde olmayarak tarafların menfaatlerini son sözlü duruşma anını esas alarak değerlendirme konusu yapmıştır. Davalının yönetim yetkisini kullanması ve bunun bir sonucu olarak Kasım 2001'de davacının yetiştirme izninden dönmesinden sonra çalışma süresinin yeniden dağıtımı sırasında, davacının kocasının yerine getirmekle yükümlü olduğu çağrıya hazır olma çalışmasından haberi ve bilgisi bulunmamaktaydı. Dolayısıyla davalının bu durumu göz önünde bulundurması mümkün değildi. Davacı işverene yönelttiği 4 Ekim 2001 tarihli yazısında, üç evden oluşan D birimindeki dönüşümlü ek vardiyalar içeren faaliyetin çocukları nedeniyle kendisinden beklenemeyeceğine sadece genel olarak dayanmıştır.

22 d) Bunun yanında eğer davacının eşinin iş sözleşmesinden doğan özel çalışma biçimi davalı tarafından Kasım 2001 tarihinde bilinmiş olsaydı da davalının çalışma sürelerini dağıtımı hakkaniyete uygun olurdu.

23 aa) Buna mukabil öncelikli olarak önemli olan, davacının yetiştirme izninin bitiminden sonra finansman sağlayan kurumların direktifleri doğrultusunda 39 numaralı evdeki yedi günlük çalışma düzenine dayanan gece işinin

kaldırılması ve iki günlük bir çalışma düzenine göre gece vardiyalarının gerçekleştirildiği 7 numaralı evde ise bir kişilik personel ihtiyacı bulunmasıdır. Bu boş kadronun, kapsamlı organizasyon değişiklikleri yapılmaksızın ve diğer bakım personelinin çalışma sürelerinin olduğu gibi korunarak doldurulması, işverenin haklı menfaatlerindedir. Ayrıca, 37 veya 39 no'lu evlerde yedi günlük bir çalışma düzeni içinde çalışan diğer bakım personelinden birisi davacı ile işyerini değiştirmek ve iki günlük çalışma düzeninin yürütüldüğü 7 no'lu evde çalışmayı kabul etseydi, davalının, çalışma süresinin yeniden belirlenmesi sırasında bu teklifi de göz önünde bulundurması gerekirdi. Ancak bakım personelinden hiç birisi bu tip değişime yanaşmamıştır.

24 bb) Yönetim yetkisinin kullanılmasında işçinin korunmaya değer menfaatlerinin göz önünde bulundurulması, menfaatleri daha az korunmaya değer işçilerin iradelerinin aksine, işverenin personeli arasında bir seçim yapmasını da gerektirebilir. Bu nedenle, çalışma süresinin dağıtılmasında, ilgilinin rızası olmaksızın işveren tarafından organize edilen bir işyeri değişikliği söz konusu olabilir. Ancak bu tip bir durumda personel seçimine ilişkin kararda, işletme gereklerine dayalı fesih kapsamında uygulanan sosyal seçim ilkeleri geçerli değildir. Bu nedenle Eyalet İş Mahkemesi yerinde olmayarak, işverenin yönetim yetkisini kullanırken Feshe Karşı Koruma Yasasının 2. maddesine göre yapılan değişiklik feshinde olduğu gibi, aynı yasanın 1. maddesi 2. fıkrasının uygulanması anlamında karşılaştırılabilir. İşçiler arasında bir sosyal seçim yapmak zorunda olduğunu kabul etmiştir. İşverenin yönetim yetkisine dayanarak kullandığı ifanın belirlenmesi hakkının hakkaniyet kurallarına uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde sadece işverenin değil aynı zamanda işçinin menfaatlerinin de dikkate alınmış olması önem arz eder. Hakkaniyet ölçütünün aşılmış olup olmadığının tespitinde farklı işçilerin menfaatlerinin dengelenmiş olması önemli değildir. Yönetim yetkisinin kullanılması, işletme gereklerine dayalı fesih veya değişiklik feshinde olduğu gibi iş ilişkisinin mevcudiyetini veya içeriğini etkilemez. Bu durumda eğer işverenin talimatından etkilenen işçinin haklı menfaatleri, bu talimattan etkilenmeyen işçiye nazaran daha fazla korunmaya layık değilse, kendi kabul edilebilir menfaatleri doğrultusunda hareket eden işverenin yönetim yetkisinin kullanılmasında hakkaniyet kurallarına uygun davrandığı kabul edilir. İşletme barışına gelebilecek bir zarardan kaçınma hali de buna dahildir.

25 cc) Dolayısıyla Eyalet İş mahkemesinin kabulünün aksine davalı, davacının yedi günlük bir çalışma düzeni içerisinde gece hizmeti görebilmesini mümkün kılmak amacıyla, 1947 doğumlu olan ve Mayıs 1972'den bu yana yanında çalışan bir kadın bakım personelini, iradesine muhalif bir şekilde "D Bakım Birimindeki" gece işine tahsis etmek zorunda değildir. Davalı, hakkaniyet sınırlarını aşmaksızın, ilgili personelin seçimi ile ilgili kararda söz konusu bakım personelinin davacının aksine sadece 20 aydan bu yana değil,

aksine Ağustos 1988 tarihinden bu güne kadar yaklaşık 13 yıldan fazla bir süredir gece hizmetinde yedi günlük bir çalışma düzenine göre çalışmakta olduğunu göz önünde bulundurması gereklidir. Eğer davalı seçim kararında, diğer kadın işçinin yedi günlük bir çalışma düzeni içerisinde çalışmaya ilişkin uzun yıllara dayanan alışkanlığını ve buna bağlı yaşam planını göz önünde bulundurmuşsa, davacının 20 aydan bu yana çalıştığı şekilde iş görme borcunun yedi günlük bir çalışma düzenine göre somutlaştırılması mümkün olsa ve davalının menfaatine olmayan muhtemel bir uyumsuzluk oluşsa dahi, buna itiraz edilemez.