

31 Mayıs 2012

Av. Alper YILMAZ

FESİH SÜRECİNDE DİKKAT EDİLMESİ GEREKENLER



4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte fesih işlemine yeni bir düzenleme getirildiği herkesin malumu. Bu süreçle birlikte otuzdan fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı ay belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışanların iş sözleşmesi son derece sıkı şekil ve esas şartlarına uyulmak suretiyle feshedilebilmekte. Eğer bu şartlara uyulmadan fesih yapılırsa, açılacak bir işe iade davası neticesinde işverenin sekiz aydan on iki aya kadar ücret tutarında tazminat ödemesi yapması gündeme gelebiliyor. Elbette tazminat, çalışanın işini kaybetmesi neticesinde yaşadığı sıkıntılı dönemleri ortadan kaldırmıyor ama bunun fesih sürecinin daha objektif işletilmesini destekleyen bir süreç olduğunu düşünüyorum.

İşte tam burada uygulamada sıklıkla gördüğümüz hatalardan yola çıkarak, işveren tarafından fesih sürecinde yapılması gereken hususları bilginize sunmaya çalışacağım. Tabii bu listeyi uzatmak mümkün ama en azından belli başlı ilkelerden yola çıkarak, fesih sürecinin kanunun aradığı ve objektif şekilde yönetilmesi sağlanabilir. Bunlar:

1- Fesih bildirim yazılı ve fesih sebebinin açık olarak belirtilmesi gerekmektedir. Sebep içermeyen, sadece Kanun maddesinin tekrarı niteliğinde olan (örnek: İş sözleşmeniz İş Kanunu madde 17. uyarınca feshedilmiştir) fesihler geçersizdir

2- Fesih sebebi olarak belirtilen hususun işçinin davranışları, yetersizliği, işletmesel sebep gibi objektif bir niteliğe dayanması gerekmektedir.

3- Eğer iş sözleşmesi davranış veya yetersizlikten kaynaklanan bir nedenle feshediliyorsa, öncelikle aleyhindeki iddialara karşı işçinin savunmasının alınması gerekmektedir. İş kanununda savunma alınmasının nasıl yapılacağı hususunda bir usul belirtilmemiş ise de, öncelikle aleyhindeki iddialar çalışana tebliğ etmek ve makul bir süre vermek kaydıyla işçiden savunma vermesi istenmelidir. Çalışanın savunma talep bildirimini tebliğ almak istememesi halinde, bu durumun bir tutanakla tespiti yerinde olacaktır. İşletmesel sebeplerle (örnek: kadro iptali, organizasyon değişikliği ekonomik kriz vb) yapılacak fesihlerde savunma alma mecburiyeti yoktur. Ancak bu nedenle fesih söz konusu olsa dahi, işten çıkarılacak işçinin seçiminde davranış veya yetersizlik kriterleri esas alınmış ise, çalışanın savunmasının alınması yerinde olacağı kanaatindeyim. Davranış veya yetersizlik nedeniyle yapılacak fesihlerde savunma alınmaması, başlı başına feshin geçersizliği sonucuna doğuracaktır.

4- Çalışan tarafından verilen savunma dikkatli ve samimi bir şekilde incelenmeli, çalışanın savunmasında belirttiği konular hakkında gerekli araştırmalar yapılmalıdır. Sırf savunma almak için savunma alınmamalıdır.

5- Temel ilkenin "feshin en son çare olduğu" unutulmamalıdır. Bu ilkenin amacı istihdam ilişkisini korumak, işçinin tüm istihdam şartları gözden geçirmek suretiyle çalışmasının sağlanmasıdır. On senedir işyerinde çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin bir gün geç kaldı diye veya uyarı verilmesi gereken bir durum olmasına rağmen sözleşmenin feshi cihetine gidilmesi, işletmesel nedenlerle fesihte işçinin istihdamına yönelik yeni görev ve pozisyon teklifinde bulunulmaması bu ilkenin uygulanmadığı sonucunu

doğuracaktır. Tabii her fesih sebebini kendi içerisinde değerlendirmek gerekmele birlikte, özellikle Yargı kararlarında bu ilkeye riayet edilip edilmediği son derece sıkı bir şekilde denetlenmektedir.

6- Çalışanın haksız devamsızlık yapması, amirlerine ve diğer çalışanlara sataşması, kavga etmesi, tacizde bulunması veya işyerinde güveni suiistimal gibi İş Kanunu 25/II'de belirtilen hallerin varlığında iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal fesih gündeme gelebilecektir. Bu tür durumlarda her ne kadar savunma alma zorunluluğu bulunmasa da, yaşanan olayın açıklığı kavuşması ve herhangi bir şüpheye yer vermemek adına çalışanın savunmasının alınmasının yerinde olacağını düşünüyorum. Haklı nedenle derhal feshi gerektirecek durumların varlığı halinde, işveren konuyu ciddi bir şekilde soruşturmalı gerekirse konuya vakıf olan diğer çalışanların beyanlarına başvurmalı ve bunun neticesine göre işlem yapmalıdır. Ayrıca İş Kanunu madde 26 uyarınca yukarıda belirtilen sebeplerle yapılacak fesih hakkı işçinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu işverenin öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamayacaktır. Eğer işçi fiili neticesinde maddi menfaat elde ettiyse bu bir yıllık süre işlemeyecektir. Bu süreler geçirildikten sonra yapılacak fesihlerde kıdem ve ihbar tazminat ödemelerinin yapılması gündeme gelebilecektir.

7- Performans nedeniyle yapılacak fesihlerde, işverenin performans kriterlerini işçiye tebliğ etmesi diğer ifadeyle işçinin bu kriterlere önceden vakıf olması gerekmektedir. Performans değerlendirmesinin objektif ve anlaşılır bir şekilde yapılması büyük önem arz etmektedir. Söz konusu değerlendirmenin çalışana tebliği ve varsa değerlendirme hakkındaki yorum ve savunmasının alınması yerinde olacaktır. Yargı kararlarında sadece tek bir performans değerlendirmesi ile feshin geçerli olduğu sonucuna gidilmemekte, çalışana yetersizliklerini gidermesi konusunda süre verilmesi, hatta gerekirse bu konuda eğitime tabi tutulması eğer yine benzeri anlamda yetersizlikleri sürüyorsa bu durumda feshin yapılabileceği ilke olarak kabul edilmiştir. Buradaki temel ilke de feshin son çare olduğudur.

9- Davranıştan kaynaklı fesihlerde ise, iş ilişkisinin işveren tarafından devamının artık kendisinden beklenemeyeceği durumları dikkate almak gerekmektedir. İşçinin uyarılara rağmen sık sık işe geç gelmesi, işini gereği gibi yapmaması, çalışma arkadaşları ve amirlerine karşı agresif bir şekilde davranması bir fesih sebebi olarak nitelendirilebilir. Burada altını çizmek istediğim konu, fiil ve davranışların işyeri düzenini bozucu nitelikte olup olmadığıdır. İşyeri düzenini bozucu fiil ve davranışların birer fesih sebebi olduğu aşikardır. Ancak bu sebeplerin her birisini kendi içerisinde değerlendirmek, uyarı veya ihtar verilerek düzeltilebilecek bir fiil ise öncelikle bu yola başvurmak eğer düzelme olmuyorsa fesih cihetine gitmek kanımca doğru yol olacaktır. Yine burada da temel ilkenin "feshin en son çare olduğu" unutulmamalıdır.

10- Fesih sübjektif ve keyfi nedenlere dayanmamalıdır.

Söz konusu listeyi yukarıda da belirttiğim üzere uzatmak mümkün. Ayrıca her olayın içeriğine göre değerlendirme yapmanın da sağlıklı olacağını düşünüyorum. Unutulmaması gereken ise fesih sürecinin objektif, gerçek ve doğru temeller üzerine inşa edilmesidir. Salt işçi çıkarmak için fesih yapılması mantığı ve bilinci ortadan kalkmalı, feshi gerektiren bir durumun varlığı ciddi bir şekilde ortaya konmalıdır. Feshin geçerli nedenle yapıldığının ispatı işverene ait olduğu asla unutulmamalıdır. **Aslolanın istihdam ilişkisinin devamı, feshin son çare ve istisna olduğu tüm bu süreç içerisinde dikkatli bir şekilde irdelenmelidir. Ancak bu şekilde yürütülen bir fesih sürecinin objektif, doğru ve gerçekçi nitelikte olacağı kanaatindeyim.**