



e-ISSN: 2630-6417

International Journal Of
Social, Humanities And
Administrative Sciences
(JOSHAS JOURNAL)

Vol: 8 Issue: 52
Year: 2022 MAY
Pp: 693-699

Arrival
08 April 2022
Published
30 May 2022

Article ID
62327
Article Serial Number
7

DOI NUMBER
<http://dx.doi.org/10.29228/JOSHAS.62327>

How to Cite This Article
Eren, M.E. (2022). "4857 Sayılı İş Kanunu Temelinde İşçinin Sözleşmesinin Fesih Edilmesinde Savunmasının Alınmasının Teorisi", Journal Of Social, Humanities and Administrative Sciences, 8(52):693-699



International Journal Of Social, Humanities And Administrative Sciences is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.
This journal is an open access, peer-reviewed international journal.

4857 Sayılı İş Kanunu Temelinde İşçinin Sözleşmesinin Fesih Edilmesinde Savunmasının Alınmasının Teorisi

The Theory Of Taking The Employee's Defense In Termination Of The Contract On The Basis Of The Labor Law No. 4857

Mehmet Emre EREN

Öğretim Görevlisi Harran Üniversitesi, Şanlıurfa

ÖZET

İş hukukunda en temel yaklaşımlardan biri işveren ile iş gören var olan çalışma ilişkisinde sürdürülebilirliği sağlamak amacıyla önlemler alınmasıdır. İş sözleşmesinde sonra erme durumunda bu sona ermeden önce iş görene savunma hakkının verilmesi ise iş gören açısından kendisine yöneltilen iddiaları öğrenmesini sağlayan önemli bir argümandır. Kendisine yöneltilen ve iş sözleşmesinin fesih olmasına neden olan iddiaları öğrenen iş görenin yapacağı savunma ve bu savunmanın niteliği iş gören ve işveren arasındaki iş ilişkisi açısından çok önemlidir. İş gören yaptığı savunmayla, işvereni sözleşmeyi fesih etme amacından ve iradesinden caydırabilir. Her ne kadar işveren, iş görenin savunmasını dikkate almayarak iş sözleşmesini yine de fesih edebilse de yine de savunma yapmak, işverenin iş sözleşmesini fesih etme iradesi üzerinde etki sağlayabilecek bir durumdur. Yasal açıdan, iş ilişkilerinde iş güvencesi kapsamında, işçinin verimi ve davranışlarına bağlı olarak işverenin iş sözleşmesini fesih etme iradesi karşısında iş görene savunma hakkının verilmesi, yalnız o anki durum için değil sonraki zamanda da olabilecek uyuşmazlıklar için ve özellikle ispat hukuku çerçevesinde yazılı olması ve fesih bildiriminin tebliği öncesinde sağlanması gerekmektedir. Bu çalışmada, 4857 sayılı İş Kanunu'nun m. 19'da yer alan, işverence, iş görenin kişiliği nedeniyle fesih sebebi açısından gerçekleştirilecek olası fesih işleminde, geçerlilik koşuluna bağlı olarak düzenlenecek savunma hakkının; teorideki görüşler, Yargıtay'ın kararları ve mevzuat çerçevesinde genel bir değerlendirmesi yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İş gören, Fesih, Savunma Hakkı, İşveren

ABSTRACT

One of the most basic approaches in labor law is to take measures to ensure sustainability in the existing working relationship between the employer and the employee. Giving the right of defense to the employee before the termination of the employment contract is an important argument that enables the employee to learn about the allegations made against the employee. The defense of the employee, who learns about the allegations made against her/him and which caused the termination of the employment contract, and the quality of this defense are very important in terms of the business relationship between the employee and the employer. With her/him defense, the employee can deter the employer from the purpose and will to terminate the contract. Although the employer can still terminate the employment contract by not taking into account the defense of the employee, making a defense nevertheless is a situation that can have an effect on the will of the employer to terminate the employment contract. Legally, within the scope of job security in business relations, giving the employee the right to defend against the employer's will to terminate the employment contract depending on the efficiency and behavior of the employee, not only for the current situation, but also for the disputes that may occur in the future, especially within the framework of the law of proof and the termination notice must be provided prior to notification. In this study, article of our Labor Law No. 4857. According to Article 19, the right of defense is to be regulated by the employer, depending on the validity condition, in the event of possible termination due to the employee's personality; A general evaluation is made within the framework of theoretical views, Supreme Court decisions and legislation.

Key words: Employee, Termination, Right of Defense, Employer

1. GİRİŞ

İş hukukunda ana yaklaşımlardan biri de iş görenin, iş gördüğü çalışmaya dair ilişki kapsamında, iş sözleşmesinde devamlılığa dair olarak ve işverenin iradesine dayalı şekilde oluşan işini kaybetme sıkıntısına düşmeden iş göremeye dair edimlerini ifasının sağlanmasıdır. Kısaca, işverence gerçekleştirilecek bazı keyfi uygulamalar sonunda iş görenin işini kaybetme riskine karşı iş görenin yasal açıdan güvencelenirilmiş bir iş ortamında iş görmesidir (Güzel, 2004; Soyer, 2005). Bahse konu güvencenin kapsamı; iş görenin, işverene karşı iş sözleşmesinin devamlılığı hususunda mutlak şekilde korunması şeklinde kendisini göstermemektedir. Kapsam, işyeri ve işveren odağında, işverenin sözleşmeyi fesih etmesi durumunda, öncelikle yasada yer alan geçerli nedenler temelinde olmak üzere yargının denetimine uygunluk sağlayacak biçim ve şekilde sürecin işleyeceğinin sağlanmasının yanı sıra yasal çerçevenin zorlanması veya aşılması halinde ve bu durumun tespitinde, işverene hukuki sorumluluklar yüklenmesini sağlamaktadır (Alp, 2003; Güzel, 2004).

İşverenin iş sözleşmesini fesih etmesindeki özgürlüğü; iş güvencesi adı verilen prensiple ve sosyal devlet olmanın gereği ve sonucu olarak ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemeler sonucu sınırlandırılmıştır (Alpagut, 2008). Avrupa Konseyi bünyesinde, Konseye üye ülkelerce hazırlanan bununla birlikte Ülkemizin bazı maddelerini çekinceler ile kabul etmiş olduğu, Gözden Geçirilmiş 1996 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nın (Gülnür, 2008) 24. maddesine bakıldığında, işverenin, iş görenin iş sözleşmesini fesih etmesi durumunda geçerli bir neden aranması ve

geçerli bir nedene dayanmayan fesih durumunda işverenin, iş görene tazminat ve bazı yardımlar yapması yoluyla iş görenin korunmasını ve bu korumanın sağlanması yönünde bahse konu sözleşmeyi imza eden ülkelere bazı yükümlülükler getirilmiştir (Duman, 2020). Türkiye'nin 1994 yılında onayladığı, ILO, Uluslararası Çalışma Örgütü 158 sayılı "Hizmet İlişikisine Son Verilmesi"ne dair sözleşmesi (ILO, 2020); işin görülmesine dair sözleşmenin sonlanmasına dair usulleri ve esasları belirlemektedir. Sözleşmenin 7. maddesinde; fesih öncesinde iş görene savunma hakkı olmasına dair garantiyi düzenlemektedir. 166 sayılı Tavsiye Kararı, 158 sayılı Sözleşmeye dair tamamlayıcı niteliktedir ve işverenin, işe dair iş sözleşmesini fesih ederken bildirim şeklinin yazılı şekilde olmasını ve iş görenin fesihle dair nedenleri bilme hakkının olmasına dair ilkeyi düzenlemektedir (Aktuğ, 2009).

1982 Anayasası, 49. maddesi; herkesin ödevi ve hakkı olarak düzenlenen çalışma hakkı, devlete, çalışanları koruma çalışmayı destekleme ve çalışma barışını gözeten tedbirleri alma görev ve ödevini düzenlemektedir. 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmi Gazete'de yayımı sonrası yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi ve devamında ki maddelerinde; ILO, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesi temelinde iş güvencesine dair hükümlere yer verilmiş ve yine bu kapsamda olmak üzere iş görenin hukuki bakımdan bağlı olduğu statüye dair konumu, işe dair sözleşmenin türü, işin yapıldığı işyerinde ki çalışan iş gören sayısı, işe dair çalışmanın süresi ve işverenin vekili olmamaya dair koşullara bağlanan yasal bir çerçevenin kabul edildiği görülmektedir.

Basın İş Kanunu da dahil olmak üzere, İş Kanunu odağında, belirsiz süreli iş sözleşmesi temelinde, otuz veya daha çok iş görenin çalıştığı işyerlerinde, en az altı ay kıdemli olan iş görenlerin iş sözleşmelerinin fesih edilmesinde, işveren, Kanunda öngörülen nedenlere dayanan hüküm ve usullere uygun şekilde etmemesi halinde, bahse konu iş sözleşmesi feshinin geçersizliği ve işe iadenin yanı sıra tazminat yaptırımlarıyla karşılaşacaktır. Böylesi bir durumda belirtmek gerekir ki; işin güvencesini oluşturan hukuki güvencelerden biri de işverenin, iş sözleşmesini belirli ve geçerli nedenlerle fesih etmesinden önce, iş görene savunma yapma hakkı vermesidir. İş sözleşmesinin fesih öncesinde iş görene savunma hakkı verilmesi konusu; iş gören açısından iradi bir tasarruftur ancak işveren açısından yasal yükümlülüktür.

2. SAVUNMA HAKKINA DAİR YASAL DÜZENLEMELER

158 sayılı ILO, Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi'nin 7. maddesine bakıldığında; İLO' nun 158 sayılı Sözleşmesinin 7. maddesinde, işverenin makul ölçekte beklenemeyecek durumlar haricinde, iş görenin kendi hakkında ki iddialara yönelik olarak, kendini savunmasına olanak tanınmadan işe dair hizmet ilişkisinin, sadece iş görenin davranışları veya verimlilik nedenleriyle sona erdirilemeyeceği yer almaktadır. Sistematiği açısından İş Kanunu'na bakıldığında ve iş güvencesine dayalı olarak çalışma ilişkisi ele alındığında; işverenin iş sözleşmesini fesih etmesi durumunda, iş göreni koruyan bir başka düzenleme de m. 19/2'de yer alan iş görenin savunmasının istenmesine dair düzenlemedir. ILO, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesi temelinde hazırlanan mezkûr yasa hükmünde:

"Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. (Ek cümle: 10/9/2014-6552/2 md.) Yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz" denilmektedir.

Bahse konu bu düzenleme ve bu düzenleme öncesinde yer alan 18. maddenin sistematiği gereğince, işe dair iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması şartıyla, otuz ve daha çok iş gören barındıran işyerlerinde 1 Ay'dan fazla kıdem sahibi olan iş görenin verimlilik ve davranış nedeni iş sözleşmesi fesihlerinde, iş görenin savunmasının alınması gerekmektedir.

Maddenin gerekçesine bakıldığında belirsiz süreli bir iş sözleşmesi, iş görenin verimliliği veya davranışları nedeni olarak fesih ediliyorsa; öncelikle iş görene kendisine yöneltilen iddialara yönelik olarak savunma fırsatının verileceğini, bununla birlikte iş görenin gerek bedensel gerekse zihni açıdan yetersizliği halinde, amirleri veya diğer iş görenlerle gereksiz yere ve sıkça tartışmalara girişmesi durumlarında ise işverenden savunma istemesinin beklenemeyeceği yer almaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'muz tasarı halindeyken TBMM Genel Kurulu'nda yer alan görüşmelerde; madde 19, ikinci fıkrasının girişinde yer almakta olan "İşveren bakımından beklenemeyecek haller hariç olmak üzere" şeklinde ki ifade, sübjektif ve belirsizlik oluşturan bir hali tanımladığı ayrıca kötüye de kullanılabilmesi düşüncesini içeren bir önerge ile bahse konu maddenin metninden çıkarılmıştır (Duman, 2020).

3. BİR HAK OLARAK SAVUNMA HAKKI VE AMACI

4857 sayılı İş Kanunu, m. 18 kapsamında ki bir çalışma ilişkisinde ve belirsiz süreli iş sözleşmesinde; iş görenin kişiliğine atıflı şekilde oluşan davranışlar veya verimsizliği gerekçeleriyle, iş sözleşmesi işveren tarafından fesih edilmek istendiğinde, öncesinde iş görenin savunmasının istenmesi, fesih nedeni olarak bildirilecek hususlarda

işverenin yeni bir değerlendirmede bulunmasını sağlayarak, iş sözleşmesinin devam etmesine veya fesih gerekeceği olarak belirtilecek nedenlerin yerinde tespitinin yapılmasına katkı sağlayacaktır (Alp, 2003; Gülver, 2016; Doğan Yenisey, 2017; Dulay Yangın, 2017; Doğan Yenisey, 2018; Süzek, 2019).

İşveren; işyeri, işin gereklilikleri veya işletme haricinde, iş görenin çalışma ilişkisine konu olan ve yerinde görmediği davranış ile tutumlarının yanı sıra işgörmeye verimliliğinin düşmesinin temelinde yatan gerçek sebepleri, esas olarak iş görenin savunmasının alınması yoluyla öğrenebilecektir. İş sözleşmesinin fesihinden önce iş görenin savunmasını almak; işverenin bir sonraki süreçte yer alan fesih bildirimine konu takdirine etki etmesinin yanında iş görenin kendisine yönelen iddiaları öğrenmesine ayrıca işverenin iş verimsizliği veya davranışları nedeniyle iş görenin iş sözleşmesini fesih etmekten belki de vazgeçmesini, dolayısı ile iş ilişkisinin devam etmesine de katkı sağlayabilecektir (Uçum, 2003; Taşkent, 2003; Sarıbay, 2007; Centel, 2013; Astarlı, 2015; 2017).

İşverenin, iş görenine yönelteceği kişisel fesih nedenlerine yönelik yapılan karşı savunmada yer alacak olan nedenlere bağlı kalma zorunluluğu bulunmuyor olsa da, izlenilecek olan bu yol, işe dair iş sözleşmesinin fesih edilmesi ile sonraki yasal süreçler açısından, iş gören ile işveren arasında görüş alış-verişinde bulunulmasını temin edecektir (Doğan Yenisey, 2017; 2018). Belirtmek gerekir ki; iş görene savunma hakkı verilmesi aynı zaman da iş sözleşmesinin fesih edilmesi durumunun son çare olduğu ilkesinin gereğidir (Nazlı, 2007; Aktuğ, 2010). Öğretiye bakıldığında, Soyer'de; verimlilik veya davranış nedeniyle fesihte, hukuki açıdan iş görenin savunmasının istenmesi zorunluluğunun, hukuki açıdan dinlenilme hakkının, iş hukukunda ki yansımaları olarak değerlendirilmektedir (Soyer, 2005).

4. İŞ GÖRENDEN SAVUNMA İSTENMESİNİ GEREKTİREN FESİH SEBEPLERİ

4857 sayılı İş Kanunu'nun m. 19'da iş görenin kişiliği temelli nedenlerden dolayı işverenin iş sözleşmesini sona erdirmesinde, iş görenden savunma alınmasını düzenlemiştir. Böylesi bir düzenleme bahse konu savunmayı bir hak olarak iş görenin fesihe karşı korunması amacıyla yönelik olarak düzenlenmiştir. Burada önemli bir diğer konu ise; iş güvencesine dair hukuki düzenlemeler, emredici nispi niteliklere sahiptirler ve kapsam açısından iş gören lehine genişleme özelliğine sahiptirler (Soyer, 2005). Buradan hareketle, Yasa'da zorunlu şekilde yer verilmemiş olan fesih nedenlerine dayalı olarak şu söylenebilecektir; iş sözleşmesinin fesih öncesinde iş görenden savunma istenmesi zorunluluğu gerek bireysel gerekse toplu iş sözleşmeleriyle düzenlenmiş olabileceği gibi işyeri-işletme uygulaması biçiminde işverenin kendi iradesine bağlı şekilde de oluşabilecektir. Yargıtay Hukuk Dairesi'nin aldığı bir kararı ele aldığımızda, bahse konu kararda;

“Somut olayda davalı tarafından davacının ihmali nedeniyle zarara uğradığını iddia ettiği son olay 22.07.2009 tarihinde meydana gelmiş, takip eden günde iş akdi işverence eylemli olarak feshedilmiştir. Haklı fesih olgusunun varlığında işçinin yazılı savunmasının alınmasını gerektiren yönetmelik ya da Toplu İş Sözleşmesi bulunduğu ortaya koyulmadığından yapılacak iş işverence gerçekleştirilen eylemli feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığını tespit etmektir.”

biçiminde kurulan hüküm, savunma istenmesi hususunu iş gören lehine ele almakta ve savunma istenmesi zorunluluğunu Yasa'dan kaynaklanmayan iş sözleşmesi fesih nedenlerine de uygulanabileceğini göstermektedir (Aras, 2015).

4.1. İş görenin Davranışları

İşverenin iş sözleşmesini fesih etmesinde, iş görene savunma hakkının tanınmasının hukuki bir zorunluluk olduğu fesih nedenlerinden ilk olanı; iş görenin iş sözleşmesine yönelik aykırı davranışlarıdır. İş Kanunu m. 18'de yer aldığı üzere; iş güvencesine tabi iş ilişkisinde, işverenin belirsiz süreli iş sözleşmesinin fesih etmesi halinde geçerli neden olarak görülen iş görenin davranışı; mezkûr düzenlemenin 19/2 maddesinde iş sözleşmesinin fesih öncesi savunma istenmesini zorunlu nedenler içinde yer almaktadır.

İş görene savunma hakkının sağlanmasının zorunluluk olduğu iş görenin davranışı temelli geçerli fesih nedenleri; mezkûr kanunun 25. maddesinde yer alanların haricinde yer alan ve işyerinde, işin icra edilmesine önemli şekilde olumsuz etkileyen nedenlerdir. Farklı bir yaklaşımla; davranışlarından dolayı iş görenin iş sözleşmesinin fesih edilmesi halinde, iş görenin iş sözleşmesini ihlalini içeren kusurlu bir davranışın bulunması ve bu kusurlu davranıştan dolayı bahse konu iş ilişkisinin de bu durumdan olumsuz şekilde etkilenmesi gerekmektedir (Yargıtay, 2015; 2019a). 4857 sayılı İş Kanunu'nun m.18 gerekçesine bakıldığında; fesih geçerli nedeni kabul edilecek olan iş gören hal ve davranışları örnekleme yöntemiyle şu şekilde yer almıştır;

“...25 inci maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları bulunabilir. Bunlara örnek olarak, işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek;

arkadaşlarını işverene karşı kıskırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller verilebilir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz (İş Kanunu, 2003; 2014)”.

İş görenin davranışları nedeniyle işverenin bireysel iş sözleşmesinin fesihi süreci başlatıldığında öncelikle yapılması gereken iş görene somut bir biçimde sözleşme ile hangi yükümlülükleri olduğunun belirtilmesi ve bu belirtmenin ardından ne gibi davranışlarla bahse konu iş sözleşmesinin somut yükümlülüklerini ihlal edildiğinin tespiti gerekmektedir. Tespitin yapılması sonrasında ise iş görenin bahse konu yükümlülüklerini ihlal etmesine neden olan unsurlardan kaçınmaya dair olanağının bulunup bulunmadığına bakılmalı ve iş görenin davranışları sebebiyle işverenin, işletmesi açısından bir zararının mevcut olup olmadığına öncelikle bakılması gerekmektedir (Yargıtay, 2019b). Bu durumda iş görene savunma hakkı verilmesi, iş görenin kişiliği bağlamında gelişen davranışlarının kaynaklarının işverence gerçekçi ve sağlıklı olarak bilinmesine olanak sağlayacağından; iş sözleşmesine aykırı davranış sebebiyle iş görenin sorumluluğunu meydana çıkarmak, ihmal ve kusurların değerlendirilmesi açısından da çok önemlidir. İş görenin, iş görmeye dair edimini dürüstlük ilkesine uygun şekilde ifa etmeye dair ödevini, kasten veya özensizlikle ihlali ve iş sözleşmesinin fesihi sonrasında oluşabilecek hukuki uzlaşmazlıkta tüm bu kasıt veya özensizlik iddialarının işverence ispatı gerekeceğinden, iş görenin gerçekleştireceği savunma ve bu savunmaya bağlı olarak sözleşmenin fesih edilmesi hususu daha da bir önemli hale gelmektedir (Yargıtay, 2010).

4.2. İş görenin Yetersizliği ve/veya Verimsizliği

İş güvencesinin kapsamın da olmak üzere işverenin işe dair sözleşmeyi fesih durumunda iş görenin savunmasının alınmasına dair sorunluluk ve zorunluluğa tabi fesih nedenlerinden biride iş görenin verimi hususudur. Bu hususta İş Kanunu'muzun 19/2 maddesinde düzenlenmektedir. Hâlbuki mezkûr Kanunun m. 18'de iş görenin kişiliğine bağlı olan iş sözleşmesinin fesih nedenleri, iş görenin yetersizlik veya davranışlarına bağlı olarak düzenlenmiştir. Böylesi bir durumda öncelikle irdelenmesi gereken konu, iş ilişkisinin kapsamına göre iş güvencesine dair hükümlerin uygulama alanı bulacağı belirsiz süreli iş sözleşmesinin, işverence sonlandırılmasından önce sonlandırmaya dair fesih yöntemi belirlenmesinde, yeterlilik ile verimlilik kavramlarının aynı manada kullanılıp, kullanılmadığının belirlenmesidir.

İşyerinde, işin görülmesine konu olan ve işin icrasına olumsuz etkide bulunan, işe dair ilişkinin devamı bakımından makul ölçütler kapsamında beklenemeyecek sonuçlara sebep olan ve bu durumda dahi iş sözleşmesinin fesih edilmesini başvurulacak son yöntem kabul edilerek hareket etme şartıyla, iş görenin yetersizliği kavramı, madde 18'in gerekçesinde örnekleme yöntemiyle şu şekilde ele alınmaktadır;

“...Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir...”

İş sözleşmesinin sona erdirilmesi öncesinde iş görenin savunmasının alınmasına dair zorunluluğa dair hukuki düzenlemenin (İK md. 19/2) gerekçesine bakıldığında şu ifadeler yer almaktadır;

“...İşçinin zihinsel veya bedensel yetersizliği, arkadaşları veya amirleri ile sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmiş olması gibi durumlarda savunmasının alınması işverenden beklenemeyecektir...”

Öğretiye baktığımızda, öğretilerde ki genel kabul gören bakış açısı, 4857 sayılı İş Kanunu'muzun m. 18/1'de yer alan fesih nedenleriyle m. 19/2'de yer alan iş görenin savunmasının alınmasını gerektiren şahsi nedenin, maddenin metinlerinde birbirleriyle uyumlu şekilde düzenlenmediği görülüyor olsa da, savunmaya dair hakkın hükmi kaynağı durumunda ki ILO, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesi'nin Fransız dilinde ki metnine bakıldığında iş görenin verimi kavramı yerine “iş görenin çalışmasıyla ilgili sebepler” ifadesinin yer alması karşılığında, verim odaklı yetersizlik durumuyla diğer yetersizlik durumları açısından farklıca bir kabule dair haklı bir gerekçenin bulunmadığına dair değerlendirme yapılması, yorumlamayı geniş çerçevede ele alarak iş görenin yetersizliği durumunda kendini savunması için hak verilmesi yönündedir (Alp, 2003; Güzel, 2004; Soyer, 2005; Sarıbay, 2007; Centel, 2013; Aktay vd., 2013; Kar, 2017; Astarlı, 2017; Şahlanan, 2018; Senyen ve Tuncay, 2018; Süzek, 2019; Çelik vd., 2019; Duman, 2020).

Öğretide Ekonomi'nin ifadesine bakıldığında, savunma istenmesini gerektiren nedenler içinde iş görenin yetersizliği ifadesine yer verilmediğini, bu sebeplerde Kanunumuzun lafzı gereğince yalnızca iş görenin verim ve davranışlarıyla alakalı nedenlere bağlı şekilde savunma hakkının tanınabileceğini ifade etmektedir (Ekonomi, 2003). Benzer yönde Gülver'de, iş sözleşmesinin verimsizlik haricinde ki nedenlere dayanarak fesih gerçekleştirildiğinde iş görenin savunmasının istenmesine ihtiyaç olmadığını ifade etmektedir (Gülver, 2016). Yangın ise, savunma alınması hususunda m. 19'da yer alan ifadenin iş görenin verimini düşürmeye sebep olan verimsizlik durumlarının sınırlı şekilde yorumlanmasının icap ettiğini ifade etmektedir (Dulay-Yangın, 2017). Kılıçoğlu ve Şenocak ise iş görenin verimliliğine ne kadar etki ettiğine bakılmaksızın, işe dair iş sözleşmesinin geçerli şekilde fesih etme hakkı veren iş görenin yetersizliğine dair hallerde savunma alınmasına ihtiyaç olmayacağını ancak iş görenin sübjektif bakımdan yetersizlik durumlarında savunma alınmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedir (Kılıçoğlu ve Şenocak, 2007).

Her ne kadar öğretide, iş görenin verimsizliği ve davranışlarına bağlı fesih nedenlerinde, iş görene savunma hakkı verilmesine karşın aslında niteliksel açıdan daha önemli nedenleri barındıran iyiniyet ve ahlak ilkelerine olan aykırılık durumlarında, iş görenin savunmasının istenmesine lüzum olmadığını öngörmekte olan hukuki düzenlemeler hakkaniyetli değildir (Şahlanan, 2005; Göktaş, 2012; Aktay vd., 2013; Eyrenci vd., 2016; Astarlı, 2017; Mollamahmutoğlu vd., 2018; Süzek, 2019; Çelik vd., 2019; Günay, 2020).

İşverence iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde, Yasa'da geçerli neden şeklinde kendine yer bulan iş görenin yetersizliği konusundan ayrı şekilde fesihe dair bildirim öncesinde savunmasının istenmesini zorunlu tutan diğer neden ise iş görenin verimi olarak düzenlenmiştir. Böylesi bir durumda Yasa Koyucunun bahse konu düzenlemeyi bilinçli bir olarak bu şekilde düzenlendiği anlaşılmaktadır. İş görenin yetersizliğine dair nedene atıflı şekilde iş sözleşmesinin işverence fesih edilmesi durumunda, mezkûr Kanun'un gerekçesinde yer aldığı üzere ve örnekleme yoluyla verimsizlik haricinde de gerekçelere yer verilmiştir. Konuya bu şekilde bakıldığında, hukuki bir değişim olmadığı sürece savunma hakkının verilmesi fesih nedenlerini, iş görenin kişiliği odaklı, geniş bir kapsamda ve bütün yetersizlik durumları için olmayıp, sınırlı bir yaklaşımla iş görenin verimsizlik haline sınırlamak gerekecektir (Duman, 2020).

Yargıtay'ın 9. Hukuk Dairesi'nin, iş gören verimsizliği temelinde, geçerli fesih nedenine dair olarak kararı şu yöndedir;

"...Performans, en basit tanımıyla verimliliğin ölçülmesidir. İşçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi, işçinin performansını oluşturur. Birim zamanda işçinin harcadığı emeğin sonucu olan üretimin düzeyi ise işçinin verimliliğini gösterir. Başka bir anlatımla performans, iş sürecinde yer alan emeğin bir boyutu, verimlilik ise birim zamanda harcanan emeğin sonucudur. Buna göre performansı yüksek olan işçinin verimlilik düzeyinin de yüksek olması beklenir. İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır (Yargıtay, 2017)".

Verimlilik nedenli geçerlilik taşıyan bir sebebin varlığının ortaya konulabilmesi için bu durumun süreklilik ihtiva etmesi bu sürekliliğinde düşük ya da düşme trendinde sonuçlar vermesi gerekmektedir. Duruma göre değişiklik gösteren, sürekli şekilde oluşmayan durumlar geçerli bir sebep olarak görülmeyecek ve kabulü de söz konusu olmayabilecektir (Yargıtay, 2015).

Yetersizlik durumunun, iş sözleşmesinin geçerli fesih sonucunu doğurabilmesi için anılan verimsizliğin yalnız bu gün için değil aynı zaman da gelecekte de devamlılık göstermesi ve iş görenin, iş görmeye dair borcunu kısmen veya tamamen ifa edemeyeceği ve böylesi bir süreçte de işletme, işyeri ve işverenin işe dair ilişkisel menfaatlerinin zarara uğrayacağına öngörülmesi gerekmektedir (Yargıtay, 2016). İş görenin verimsizliği sebebi ile işe dair ilişkinin devam ettirilmesinde işverence makul ve önemli ölçütler kapsamında beklenemeyeceği hallerde ise iş sözleşmesinin fesih edilmesinin geçerli nedenlere dayandığı kabul edilebilir durumdadır (Yargıtay, 2018).

İş görenin verim düşüşünün, sözleşmeye konu iş ilişkisinin içeriği ve işin görüldüğü işyerinin koşullarının önceden tespit edilebilir kıstaslarda ve objektif şekilde ortaya konulması, iş görenden talep edilecek savunmanın içeriği hususunda da yine bu temelde, iş görenin kişisel olarak değişiklik yapabilme ve değiştirme olanağının bulunduğu hususlara dair olması gerekmektedir (Günay, 2020). Çalışmaya konu iş ilişkisi açısından, iş görene yönelik olarak objektif bir verimlilik değerlendirmesinin yapılabilmesi için, iş sözleşmesinin fesihine dayanak sağlayacak şekilde iş görenin kişisel verimsizliğinin daimi ve sürekliliğini belirlemenin yanı sıra geleceğe yönelik olumlu olmayan öngörüye dayalı ilkeleri de belirlemek odağında, işverence gerçekleştirilecek fesih bildiriminin öncesinde, iş görenin savunmasının alınması önemli bir hareket noktası olarak kendini göstermektedir.

İşverenin, işin niteliği veya işyerine dair nedenlerin gerekçelerini bilmesi mümkün bir durum olmasına rağmen, iş görenin kendi verimsizliğinin nedenlerini bilmesi her durumda ve her zaman mümkün olmaya bilecektir. İş görenin verimsizliğinin nedenine dayalı olarak bahse konu verimsizliğin kaynaklarını inerek verimsizliğe dair sorunların giderilerek iş ilişkisini sürdürmek veya daha nitelikli verilere dayanarak iş sözleşmesinin fesihini gerçekleştirmek amacıyla iş görene savunmasını yapabileceği hakkının verilmesi, fesih sürecinde, iş görenin ve işverenin birbirleriyle karşılıklı şekilde değerlendirmeler yapabilmelerine de olanak sağlayacaktır.

İşyeri veya işletme ya da işin gereğine dair gerçekleştirilecek fesih bir süreç olarak gerçekleştirilmesinde; iş görenin kişiliği nedenli bir hal bulunmadığından; işverenin, iş görenine kendini savunma amacıyla savunma hakkı vermesinin hukuki bir zorunluluğu olmadığından, iş görenin de böyle hal için kendini savunmasını beklemekte bir anlam taşımayacaktır.

5. SONUÇ ve ÖNERİLER

Otuz ya da daha çok iş gören barındıran işyerinde, en az altı ay kıdemi bulunan iş görenin, işe dair belirsiz süreli iş sözleşmesini; iş görenin davranışları ve verimsizliği sebepleriyle, işverence iş sözleşmesinin sona erdirilmesinden önce, iş görene hukuki açıdan savunma hakkı vermesi gerekmekte olup ayrıca objektif iyiniyet ilkeleri çerçevesinde iş sözleşmesinin sürdürülmesinin imkânsız bir hal alıp almadığını da değerlendirmesi gerekmektedir. İş görenin bu durumda savunma yapması aynı zamanda kendisine yöneltilen iddiaları öğrenmesini de içerdiğinden ayrıca bir önem taşımaktadır. İşverenin bahse konu değerlendirmeleri yapmaksızın ve en önemlisi iş sözleşmesinin fesih öncesi iş görene savunma hakkı vermemesi durumunda, gerçekleştirilecek fesih neticesi fesih geçersizliğini doğuracaktır.

KAYNAKÇA

- Aktay, A., Arıcı, N., Senyen-Kaplan, K., ve Tuncay, E. (2013). “İş Hukuku, Yenilenmiş 6. Baskı”, Gazi Kitabevi, Ankara 2013, s.197
- Aktuğ, S. S. (2009). “İş Güvencesinin Uluslararası Dayanakları”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, EÜHFD, XIII(1-2), 217-247. s.230.
- Aktuğ, S. S. (2009). “İş Güvencesinin Uluslararası Dayanakları”, EÜHFD, XIII(1-2), 2009.
- Aktuğ, S. S. (2010) “İş Güvencesinin Sosyal Ekonomik Hukuki Temelleri ve Türkiye Değerlendirmesi, (Kısaltılmış Adı: İş Güvencesi)”, Kamu-İş Yayınları, Ankara 2010, s.145,
- Alp, M. (2003). “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 1-40.
- Alpagut, G. (2008). “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”, Bankacılık Dergisi, 65, 89-110.
- Aras, T. (2015). “İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 119, s.454.
- Astarlı, M. (2017). “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, Seminer İstanbul 25-26 Kasım 2016, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s.256.
- Centel, T. (2013). “İş Güvencesi”, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s.126.
- Çelik, N., Caniklioğlu, N. ve Canbolat, T. (2019). “İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Baskı”, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.546
- Doğan Yenisey, K. (2017) “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Seminer Ankara 01-02 Aralık 2017.
- Doğan Yenisey, K. (2018) “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, s.455;
- Dulay Yangın, D. (2017). “İş Sözleşmesinin İş Kanununu md. 25/I, b Uyarınca Haklı Nedenle Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması Gerekli midir?”, Karar İncelemesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 19, Özel Sayı-2017, s.2052.
- Duman, B. (2020). “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1), 1-17, s.2.
- Ekonomi, M. (2003). “Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmesi”, Çimento İşveren Dergisi Eki, 7(2), Mart 2003, s.14.
- Eyrenci, Ö., Taşkent, S. ve Ulucan, D. (2016). “Bireysel İş Hukuku”, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s.202.

- Göktaş, S. (2012). “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, 15. Yıl Toplantıları, 3-4 Haziran 2011, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s.146.
- Gülnur, E. (2008). “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 77, 123-165.
- Gülver, E. (2016). “İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanılarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade”, Karar İncelemesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 74, s.407.
- Günay, C. İ. (2020). “İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Kamu-İş Yayınları, s.170, (Erişim Tarihi: <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC6.pdf> 15.11.2020);
- Güzel, A. (2004). “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, I. Oturum, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi 28-29 Mayıs 2004, 2004 yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2004, s.17.
- ILO. (2020). Uluslararası Çalışma Örgütü 158 sayılı “Hizmet İlişkisine Son Verilmesi”ne dair sözleşme. www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang--tr/index.htm (Son erişim tarihi: 15.11.2020).
- İş Kanunu. (2003). “İş Kanunu”, www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0534.pdf, (Erişim tarihi: 15.11.2020).
- Kar, B. (2017). “İş Güvencesi ve Uygulaması”, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.137.
- Kılıçoğlu, M. ve Şenocak, K. (2007). “İş Güvencesi Hukuku”, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s.338.
- Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M. ve Baysal, U. (2018) “İş Hukuku Ders Kitabı, C.1 Bireysel İş Hukuku”, Güncellenmiş 2. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018, s.293.
- Nazlı, S. (2007). “İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Nedenle Feshi”, Karar İncelemesi, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 20(4-5), Kasım 2006-Şubat 2007, 83-94. s.90.
- Sarıbay, G. (2007). Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s.92.
- Senyen, K. ve Tuncay, E. (2018). “Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı”, Gazi Kitabevi, Ankara 2018, 288; s.546.
- Soyer, P. (2005). “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, I. Oturum, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s.27.
- Süzek, S. (2019). İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s.587.
- Şahlanan, F. (2005). “4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Güvencesine İlişkin Hükümleri”, Bankacılar Dergisi, 2005, 52, s.61.
- Şahlanan, F. (2018). “Uzun Süreli Hastalık Nedeniyle İş Akdinin Feshinde de Savunma Alma Zorunluluğu”, Karar İncelemesi, S.435, Mart-Nisan 2018, s.3.
- Taşkent, S. (2003). “Türk İş Mevzuatında İş Güvencesi Sorunu ve Hazırlanan Yasa Tasarısının Esasları”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, 45, Ocak 2003, s.166.
- Uçum, M. (2003). Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003, s.153.
- Yargıtay. (2010). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11.10.2010 tarih ve 2009/27658 E., 2010/28515 K. sayılı Kararı
- Yargıtay. (2015). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 22.01.2015 tarih ve 2014/31423 E., 2015/1813 K. sayılı Kararı
- Yargıtay. (2015). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 15.01.2015 tarih ve 2014/31051 E., 2015/618 K. sayılı Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2016/1 (48), s.406.
- Yargıtay. (2016). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 28.11.2016 tarih ve 2016/417 E., 2016/20904 K. sayılı Kararı
- Yargıtay. (2017). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 14.11.2017 tarih ve 2017/398 E., 2017/18166 K. sayılı Kararı
- Yargıtay. (2018). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 26.11.2018 tarih ve 2018/2731 E., 2018/21462 K. sayılı Kararı
- Yargıtay. (2019a) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27.05.2019 tarih ve 2019/230 E., 2019/12192 K. sayılı Kararı
- Yargıtay. (2019b). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 01.07.2019 tarih ve 2019/1584 E., 2019/14662 K. sayılı Kararı