

Doç. Dr. Talat CANBOLAT

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Psiko-Teknik Muayenede Yetersiz Görülen İşçinin Şoför Olarak Çalıştırılması Doğru Olmayacağından Önceki İşyerine, Çalıştırılması Mümkün Olan İşe İadesine Karar Verilmesi Gerekir

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2007/8740

**Karar No** : 2007/18743

**Tarihi** : 12.06.2007

### DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

## YARGITAY KARARI

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesine karar verilmesini, işverence işe başlatılmaması durumunda tazminat ile boşa geçen süre ücreti ve diğer haklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı işveren işyerinde şoför olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin psiko-tekniik muayene sonucu yetersiz görülmesi üzerine geçerli nedenle feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının iş sözleşmesinin üniversite ya da eğitim hastanesinden rapor alın-

maksızın feshinin yerinde olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne dair karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden, davalı kurum bünyesinde oluşturulan psiko-teknik değerlendirme merkezinin İl Sağlık Müdürlüğü tarafından yetki belgesini haiz olduğu anlaşılmaktadır. İşyerinde toplu taşıma araç şoförü olarak çalışan davacının genel tarama testine tabi tutulduğu ve bir kısım testler sonucunda, davacının görsel süreklilik, muhakeme, görsel algı/bellek, hız mesafe tahmin testi ve trafiğe ilişkin görüş testi gibi konularda yetersiz olarak değerlendirildiği görülmektedir. Uzman psikolog ile uzman dr. psikiyatrist tarafından verilen raporda, davacının araç kullanmak için gerekli temel beceriler ve yetenekler bakımından yetersiz olduğu, çalışmasında psiko-teknik değerlendirme açısından sakınca bulunduğu belirlenmiştir. Konunun uzmanları tarafından yapılan test sonuçları ile değerlendirme raporlarına itibar edilmesi gerekir. Yine davacının son 5 yıl içinde 11 kez trafik kazasına karıştığı dosya içeriği ile sabit olmuştur.

Davacının toplu taşıma araçlarında şoför olarak çalıştığı tartışmasızdır. Genel tarama testleri sırasında ortaya çıkan sonuçlara ve davacının kaza yapma sıklığına göre işyerinde şoför olarak çalıştırılması doğru olmaz. Ne var ki davalı işveren çok sayıda işçinin çalıştığı bir kamu kurumu olup davacının eğitim durumu ve tecrübesine göre başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı araştırılmadan sonuca gidilmesi hatalı olmuştur. Davacının iş sözleşmesi, görevi-

nin gerektirdiği nitelikleri taşımaması sebebiyle feshedilmiş olmakla belirtilen fesih şekline göre feshin son çare olması ilkesinin değerlendirilmesi gerekir. Feshin gerçekleştiği dönemlerde işyerinde davacının yapabileceği başka bir iş bulunup bulunmadığı davacının başka bir birimde değerlendirilmesi imkânının olup olmadığı hususları gerekirse işyerinde keşif icra olunarak araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

Mahkemece yapılacak olan inceleme sonunda davacının başka bir işte değerlendirilmesinin mümkün olmadığı belirlendiği takdirde, işe iade isteğinin reddine dair hüküm kurulması gerekir. Davacının başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olduğunun tespiti halinde ise, davacının belirtilen işe iadesi yönünde karar verilmelidir. Gerçekten feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı belirlenmesi durumunda işe iade kararı verilmesi gerekmele birlikte, somut olayın özelliği gereği davacının şoförlük görevini ifa etmesinin mümkün olmadığı psiko-teknik değerlendirmeler sonunda belirlendiğinden, davacı işçinin eski işi yerine, çalıştırılması mümkün olan işe iadesi yönünde hüküm kurulması gerekir. Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup hükmün bu yönden bozulması gerekmiştir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.06.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## KARARIN İNCELENMESİ

### 1- ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN

#### TEMEL HUKUKİ SORUNLAR

Yargıtay'ın kararında birden fazla hukuki soruna değinilmiştir. Yargıtay kararına esas teşkil eden ilk hukuki sorun, toplu taşıma araç şoförü olarak çalışan işçinin iş sözleşmesinin feshinde, işyeri bünyesinde oluşturulan Psiko-Teknik Değerlendirme Merkezi tarafından yapılan test sonuçları ve değerlendirme raporlarına itibar edilip edilemeyeceğidir. Bunun dışında, işyerinde toplu taşıma araç

şoförü olarak çalışan işçinin, 5 yıl içinde 11 kez trafik kazasına karışmış olmasının iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden sayılıp sayılamayacağı üzerinde durulmuştur. Ayrıca, feshin son çare olması gerektiği ilkesinden hareketle, mevcut işinde çalıştırılması mümkün olmayan işçinin başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olduğunun tespiti halinde, eski işine mi, yoksa istihdamı mümkün olan işe iadesi yönünde mi hüküm kurulması gerektiği üzerinde durulmuştur. Son olarak, 20. maddedeki, "Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir" hükmüne rağmen, işe iade davalarında Yargıtay'ın bozma

kararı verip veremeyeceğine ilişkin hukuki sorun üzerinde durulmuştur.

## II- TEMEL HUKUKİ SORUNLARA İLİŞKİN YARGITAY'IN GÖRÜŞÜ

Davacı işçi, Ego Genel Müdürlüğü'nde toplu taşıma araç şoförü olarak çalışmaktadır. İşyeri bünyesinde Psiko-Teknik Değerlendirme Merkezi oluşturulmuştur. Toplu taşıma araç şoförleri bu merkezde periyodik olarak ya da kaza sonrası psiko-tekniğe tabi tutulmaktadır. Davacı işçi de bu kapsamda genel tarama testine tabi tutulmuş, bunun sonucunda görsel süreklilik, muhakeme, görsel algı/bellek, hız mesafe tahmini testi ve trafiğe ilişkin görüş testi gibi konularda yetersiz olarak değerlendirilmiştir. Davacı işçinin araç kullanmak için gerekli temel beceriler ve yetenekler bakımından yetersiz olduğu, şoför olarak çalışmasında psiko-tekniğe değerlendirme açısından sakınca bulunduğuna ilişkin rapor verilmiştir. İşveren bu rapora dayanarak işçinin iş sözleşmesini feshetmiştir.

İşçi, feshin geçerli bir nedene dayanmadığını ileri sürerek; feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadeye karar verilmesi için iş mahkemesinde dava açmıştır. Yerel mahkeme, üniversite ya da eğitim hastanesinden rapor alınmaksızın, işverenin kendi bünyesinde oluşturulan merkez tarafından verilen rapora istinaden iş sözleşmesinin feshedilmesini yerinde görmemiş, yapılan feshin geçersiz olduğuna ve işçinin işe iadesine karar vermiştir.

Yargıtay, kurum bünyesinde oluşturulan merkezin İl Sağlık Müdürlüğü tarafından verilmiş yetki belgesine sahip olduğunu, konunun uzmanlarından oluşan bu merkez tarafından verilen rapora itibar edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Ayrıca, davacının son 5 yıl içinde 11 kez trafik kazasına karıştığına dosya içeriği ile sabit olduğunu, anılan testler sonucunda ortaya çıkan sonuç ve davacının kaza yapma sıklığına göre işyerinde şoför olarak çalıştırılmasının doğru olmayacağını, ancak işverenin çok sayıda işçinin çalıştığı bir kamu kurumu olduğundan, davacının eğitim durumu ve tecrübesine göre başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığının gerekirse işyerinde keşif yapılarak araştırılması ve bunun sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğini belirterek eksik inceleme nedeniyle hükmün bozulmasına karar vermiş-

tir. Yargıtay, feshin son çare olması ilkesine uyulması gerektiğini, işçinin başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığına göre farklı hüküm kurulması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay'a göre, işçinin başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olmadığının tespiti halinde işe iade isteğinin reddine karar verilmesi gerekir. Ancak işçinin başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olduğunun tespiti halinde işe iade kararı verilmesi gerekmektedir birlikte somut olayın özelliği gereği davacının şoför olarak çalışması mümkün olmadığından, çalışması mümkün olan işe iadesine karar verilmesi gerekir.

## III- DEĞERLENDİRME

### 1. İşyeri Bünyesinde Oluşturulan Psiko-Teknik Değerlendirme Merkezi Tarafından Verilen Raporların Geçerliliği Yönünden

Davalı EGO Genel Müdürlüğü, Ankara Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisinde toplu taşıma hizmeti veren bir kuruluştur. Bu kuruluş, kendisine bağlı olarak çalışan toplu taşıma araç şoförlerinin güvenli araç kullanmasını sağlayan zihinsel ve psikomotor yetenek düzeylerini ölçmek ve değerlendirmek için Psiko-tekniğe Değerlendirme Merkezi kurmuştur. Bu merkezin vermiş olduğu raporların geçerliliği ve buna dayanarak yapılacak feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının belirlenebilmesi için merkezin kuruluşu, çalışması ve dayanağına kısaca göz atmak gerekir.

Davalı EGO Genel Müdürlüğü psikoteknik değerlendirme merkezini bir Yönetmeliğe dayanarak kurmuş ve işletmektedir. Bu Yönetmelik Büyükşehir Belediye Meclisi'nce onaylanarak Belde gazetesinde yayımlanmıştır. Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı EGO Genel Müdürlüğü sürücülerine Uygulanacak Bilgisayar Destekli Psiko-Teknik Değerlendirme ve Test İşlemlerine İlişkin Uygulama ve Esaslarla İlgili Yönetmelik adını taşıyan bu yönetmelikte ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Bu Yönetmeliğin hukuki dayanağını 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu<sup>1</sup> ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu<sup>2</sup> ile bu kanunlara dayalı olarak çıkarılan yönetmelikler oluşturmaktadır.

Trafikte araç kullanabilmek için sürücünün psiko-tekniğe yönden yeterli olması son derece önem-

lidir. Bu nedenle, gerek sürücü belgesinin verilmesi, gerekse verildikten sonra belirli aralıklarla sürücülerin bu yönden kontrole tabi tutulmaları gereklidir. Nitekim trafik mevzuatında bu yönde düzenlemeler yer almaktadır.

Psiko-teknik değerlendirme, kişinin belirli bir işteki yeterliliğinin ortaya konması amacıyla, gerekli bedensel ve zihinsel özelliklerinin testler aracılığıyla ölçülmesidir. Sürücüler yönünden ise, sürücülerin güvenli araç kullanmalarını sağlayan zihinsel özelliklerinin (hız ve mesafe algılama, dikkat, hafıza, muhakeme vb.), psikomotor yetenek ve becerilerinin (tepki hızı, göz, el, ayak koordinasyonu vb.), davranış, alışkanlık ve kişilik özelliklerinin (risk alma, saldırganlık, sorumluluk, tutarlılık, kendini kontrol vb.) ölçülmesi ve sürücülük açısından uygun ve yeterli olup olmadığı hakkında bir sonuca varılmasıdır. Psiko-teknik yönden yetersiz olan bir kişiye sürücü belgesi verilemeyeceği gibi verilmiş olan sürücü belgesi de geri alınır.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinde, uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmeleri yasaklandıktan sonra, yönetmelikte belirlenen miktarların üzerinde alkollü araç kullanan kişilerin esas ve usulleri Sağlık ve İçişleri Bakanlıklarınca çıkarılacak yönetmelikte gösterilen sürücü davranışlarını geliştirme eğitimine tabi tutulacakları, ayrıca psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesine tabi tutulacakları hükmüne yer verilmiştir. Bu değerlendirme ve muayene sonrasında uygun görülenlere, geri alma süresi sonunda sürücü belgeleri iade edilecektir. Belirtilen eğitimi başarı ile tamamlayamayanlar ile psiko-teknik yönden yetersiz görülenlerin sürücü belgeleri iade edilmeyecektir.

Karayolları Trafik Kanunu'nda yasaklanmış bazı fiilleri işleyenlerin sürücü belgelerinin alınacağı, psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanının muayenesine tabi tutulacakları, bu değerlendirme ve muayene sonucunda uygun görülenlerin geri alma süresi sonunda sürücü belgelerinin iade edileceğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlar genel olarak, uyuşturucu veya keyif verici madde almak, yönetmelikte belirtilen miktarın üzerinde alkollü araç kullanmak (m.48), hız sınırı-

nı bir yıl içinde beş defa ihlal etmek (m.51/III), bir yıl içerisinde 100 ceza puanını doldurmak (m.118/III) gibi trafik kurallarının ihlalidir. Kanun psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesinin yapılmasına dair esas ve usullerin yönetmelikte gösterileceğini hükme bağlamıştır(m.48). Psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesi Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin<sup>3</sup> 79. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Kanunun ilgili maddelerinde tanımlanan trafik suçlarını işleyen sürücülerin sürücü belgeleri geri alınacak ve bunlar psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesine tabi tutulacaktır. Muayene sonucu durumu uygun bulunan sürücülerin sürücü belgeleri Kanun'un ilgili maddesinde belirtilen sürenin sonunda iade edilecektir(m.79/I).

Yönetmelik psiko-teknik değerlendirmelerin 4 sayılı cetvelde tanımlanmış altyapı özelliklerine sahip, resmi ve özel kuruluşlar bünyesinde oluşturulan ve il sağlık müdürlüğü tarafından yetkilendirilmiş merkezlerde çalışan psikolog ünvanına sahip kişiler tarafından yapılacağını belirtmektedir (m.79/III). Ayrıca, psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayene raporlarının; il sağlık müdürlükleri tarafından söz konusu raporları düzenlemeye yetkilendirilmiş resmi ve özel kurum ve kuruluşlarda çalışan (psiko-teknik değerlendirme için) psikolog ünvanına sahip ve (psikiyatri uzmanı muayenesi için) psikiyatri uzmanları tarafından verileceği hükme bağlanmıştır (m.79/IV). Davalı EGO Genel Müdürlüğü'ne bağlı Psiko-teknik Değerlendirme Merkezi yönetmeliğe uygun olarak İl Sağlık Müdürlüğü tarafından yetkilendirilmiş bir merkezdir. Bu merkez tarafından verilen raporlar geçerli olup, buna göre işlem yapılması gerekir. Bu nedenle yerel mahkemenin kararında, bu merkez tarafından verilen rapora itibar edilmeyeceği, üniversite ya da eğitim hastanesinden rapor alınması gerektiği yönündeki görüşe katılmıyoruz. Yargıtay isabetli olarak İl Sağlık Müdürlüğü tarafından yetki belgesini haiz olan psiko-teknik değerlendirme merkezi raporuna itibar edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Psikoteknik Değerlendirme Merkezi tarafından verilen raporlar kesin olmayıp işçinin bu değerlendirme sonuçlarına ve rapora itiraz hakkı vardır. Nitekim Karayolları Trafik Yönetmeliğinin konuya ilişkin 79. maddesinde raporların bir nüshasının

sürücüye verileceği ve sürücünün buna itiraz edebileceği hususu açıkça düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, “Kişinin psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayene raporlarına itiraz hakkı vardır. Kişi itirazını, raporu düzenleyen kuruluşunun bağlı bulunduğu, il sağlık müdürlüğüne sürücü belgesi almak için başvurduğu Emniyet Teşkilatına ait kuruluş aracılığı ile yapar. İl sağlık müdürlüğü nihai karar için kişiyi, kendisine daha önce psiko-teknik değerlendirme yapılan kuruluşa gönderir. Ancak, kişiye yapılan psiko-teknik değerlendirme tekrarlanırken İl sağlık müdürlüğünden konu ile ilgili bir gözlemci bulundurulur. Kişinin psikiyatri uzmanı muayenesi yapılmak üzere, kişi il sağlık müdürlüğünce, bir önceki psikiyatri uzmanı muayenesini yapan kuruluş dikkate alınarak, referans niteliğinde olabilecek kuruluşa sevk edilir. İkinci psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayene sonucu ile bir önceki arasında farklılık var ise, ikinci raporun sonucu geçerli sayılır.

İtiraz sonucu, ikinci raporun birinci rapordan farklı olması durumunda, durum derhal her iki raporun örnekleri ile birlikte ilk başvuru yapılan ilin il sağlık müdürlüğüne bildirilir. İl sağlık müdürlüğünce valilik onayı ile her iki raporun düzenlenmesinde görev almamış ve sürücülere psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatrik muayene yapmaya yetkili merciler kamu kurum ve kuruluşlarında görevli bir psikolog ve bir psikiyatri uzmanından oluşan bir komisyon kurulur ve raporlar, gerektiğinde sürücünün muayenesi tekrarlanarak, incelenir. İnceleme sonucunda eksik veya gerçeğe uygun olmayan rapor veren kişiler hakkında bağlı oldukları mevzuat hükümlerine göre soruşturma açılır. Eksik veya gerçeğe uygun olmayan rapor veren sorumlular hakkında Türk Ceza Kanununa göre işlem yapılır. Eksik veya gerçeğe uygun rapor vermediği tespit edilen kişilerin daha sonra düzenleyeceği raporların geçersiz sayılacağı için, söz konusu kişiler bağlı oldukları il sağlık müdürlüğünce, il emniyet müdürlüğüne ve Sağlık Bakanlığımıza bildirilir. Sağlık Bakanlığı, bu kişileri belirli aralıklarla tüm il sağlık müdürlüklerine düzenleyeceği sirküler ile bildirir”.

Yargıtay'ın kararında, feshe gerekçe yapılan raporun işçiye tebliğ edilip edilmediği ve işçinin buna itiraz edip etmediği konusunda bilgi yer alma-

maktadır. Şayet rapor işçiye tebliğ edilmiş ve işçi buna itiraz etmiş olmasına rağmen yönetmeliğe uygun olarak ikinci bir teste ve muayeneye tabi tutulmadan iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilmiş ise durum farklıdır. Bu durumda, usulüne uygun olarak işçi yeniden psiko-teknik teste ve psikiyatri muayenesine tabi tutulmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. İşçinin, bu test ve muayene sonucunda sürücülük yapmasında sakınca olması halinde bu durum geçerli veya haklı neden olarak kabul edilmeli, aksi durumda feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varılmalıdır.

İşçinin psiko-teknik testler ve yapılan muayenesi sonucunda sürücü olamayacağının anlaşılması halinde bu durumun geçerli neden teşkil edeceğinden kuşku yoktur. Aşağıda değinilecek feshin son çare olması ilkesine de uyulması koşuluyla, iş sözleşmesi işveren tarafından geçerli nedene dayalı olarak feshedilebilecektir. Öte yandan belirtmek gerekir ki, bu durumda şoför olarak çalışan işçinin sürücü belgesi elinden alınacağından, işçi, kendi şahsında ortaya çıkan bir nedenle işini yapma yeteneğini tamamen kaybetmiş olacaktır. İşçiyi işyerinde çalışmaktan alıkoyan bu durum, İş Kanunu'nun 25/III hükmünde belirtilen zorlayıcı neden sayılabilecektir. Anılan hüküm, işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması halinde işverene sözleşmeyi haklı nedenle feshetme yetkisi vermektedir. Varılan bu sonuç, işçinin kusuru olmaksızın psiko-teknik değerlendirme sonucunda sürücü belgesinin geri alınması halinde geçerlidir. İşçinin kendi kusuru ile yukarıda belirtilen trafik suçlarından birini işlemesi nedeniyle, sürücü belgesinin geçici veya sürekli olarak geri alınmış olduğu durumlar ise işçiyi işyerinde çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı neden olarak kabul edilmemelidir.

## 2. Şoför Olarak Çalışan İşçinin Kaza Yapmasının Geçerli Neden Sayılıp Sayılamayacağı Yönünden

### a) Genel Olarak Geçerli Neden

Günümüzde işçinin yaptığı iş sadece nesnel açıdan ele alınmamakta, bunun yanı sıra işçinin yaşama, kişiliği, ailesi ve giderek toplum çıkarı ile yakın ilişkileri göz önünde bulundurulmaktadır. Bugün iş hukukunun en önemli konularından ve amaçlarından biri işçi ile işveren arasındaki iliş-

kisinin varlığını korumaktır. Artık iş hukuku iş sözleşmelerinin feshinde işverene tam bir serbestlik tanıyan sistemi terk etmiş, haklı nedenle yapılan fesihler dışında belirsiz süreli iş sözleşmelerinin ancak geçerli nedenlerin varlığı halinde feshedilebileceğini öngören “iş güvencesi” sistemini kabul etmiştir. Bu sistem sözleşme ile bağlı kalmayı kural, feshi istisna kabul etmektedir<sup>4</sup>. Nitekim Uluslararası Çalışma Örgütü “Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme”yi kabul etmiştir. Bu sözleşme Türkiye tarafından 1994 yılında 3999 sayılı Kanun’la<sup>5</sup> onaylanmış ve daha sonra buna uygun yasal düzenlemeler yapılmıştır. Önce 2002 yılında 4773 sayılı Kanun’la<sup>6</sup> iş güvencesine ilişkin esaslar kabul edilmiş, daha sonra 2003 yılında çıkarılan 4857 sayılı İş Kanunu’nda<sup>7</sup> bu konuya ilişkin düzenlemeler yapılmıştır<sup>8</sup>. İş Kanunu’nun feshin geçerli sebebe dayandırılması başlığını taşıyan 18. maddesine göre, “*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*”.

Nelerin geçerli sebep olacağı her olayın özelliğine göre belirlenecektir. Öğreti ve Yargıtay tarafından belirtildiği üzere, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler, sözleşmenin işveren tarafından haklı nedenle feshi için Kanun’un 25. maddesinde belirtilenler dışında kalan ve bu kadar ağır olmamakla birlikte işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir<sup>9</sup>. Yargıtay bu durumu şu şekilde ifade etmektedir; “*4857 Sayılı İş Kanunu’nun 18.maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu geçerli sebepler İş Kanunu’nun 25.maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabilirler. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler*

*iyinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebeplere dayandığı kabul edilmelidir*”<sup>10</sup>.

Dava konusu olay bakımından, şoför olarak çalışan işçi 5 yıl içerisinde 11 kez trafik kazasına karışmıştır. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, işçinin bu eyleminin sözleşmenin feshi için geçerli neden oluşturup oluşturmayacağı üzerinde durulması gerekir.

Yargıtay kararında, toplu taşıma araçlarında şoför olarak çalışan işçinin son 5 yıl içinde 11 kez trafik kazasına karışmış olduğu belirtildikten sonra, “*genel tarama testleri sırasında ortaya çıkan sonuçlara ve davacının kaza yapma sıklığına göre işyerinde şoför olarak çalıştırılması doğru olmaz*” denilmektedir. Bu ifadeden, Yargıtay’ın, genel tarama testleri sonucunda işçinin araç kullanmak için gerekli temel beceri ve yetenekler bakımından yetersiz bulunmasının yanı sıra, 5 yıl içerisinde 11 kez trafik kazasına karışmış olmasının da iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturacağı görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Ancak karardan, işçinin trafik kazasına karışma sıklığının tek başına ayrı bir geçerli neden mi, yoksa işçinin araç kullanmak için yetersiz bulunduğuna ilişkin test sonuçları ve buna ilişkin rapor nedeniyle şoför olarak istihdamının mümkün olamayacağı yönünde varılan sonucu desteklemeye yönelik ek bir gerekçe mi olduğu kesin olarak anlaşılmamaktadır. Şoför olarak çalışan işçinin kaza yapması ve kaza yapma sıklığının geçerli neden açısından irdelemesi gerekir.

Kararda işçinin 5 yıl içerisinde 11 kez trafik kazasına karıştığı belirtilemle birlikte, bu kazalarda ki kusur durumu ile meydana gelen zarar konusunda herhangi bir bilgi yoktur. Oysa işçinin karışmış olduğu trafik kazasındaki kusuru ile meydana gelen hasar miktarı iş sözleşmesinin feshinde önemli rol oynayacaktır. Zira işçinin karışmış olduğu trafik kazasında tamamen kusursuz olması onun aleyhine bir sonuç doğurmaz. Bu durum, iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden de olmaz. Buna karşılık işçinin karışmış olduğu trafik kazasında kusurunun bulunması, olayın özelliği, *kusurun ağırlığı ve meydana gelen zarar miktarına* göre iş sözleşmesinin haklı veya geçerli nedenle feshini gerektirebilir.

*b) Kusurun Ağırlığı ve Hasar Miktarına Göre Kazanın Haklı veya Geçerli Neden Olabilmesi*

İş sözleşmesinin işveren tarafından haklı ne-

denle feshi İş Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri başlığını taşıyan ikinci bendinde, işçinin, iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi ve zarar vermesi ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, *"İşçinin kendi isteği veya savaşamı yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması"* halinde işveren sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecektir. Hiç kuşkusuz, toplu taşıma araç şoförü olarak çalışan işçinin kullanmış olduğu otobüs de maddede belirtilen *"işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makine, tesisat veya başka eşya ve maddeler"* arasında sayılacaktır. Bu anlamda, işçinin işverene ait olan toplu taşıma aracını kullanırken kusurlu olarak kaza yapması ve kaza sonrası araçta otuz günlük ücretini aşan bir miktarda hasar meydana gelmesi halinde, bu durum işveren yönünden iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini gerektirebilecektir.

Madde metninde zararın işçinin kendi isteği veya savaşamı yüzünden meydana gelmesinden söz edilmiştir. Buradaki kendi isteği deyimini "kasıt", savaşma deyimini de "ihmal" olarak anlamak gerekir<sup>11</sup>. Bu nedenle, işçinin sorumluluğu için meydana gelen kazada kusurunun bulunması gerekir. Kusurun tamamının işçiye ait olmaması halinde ise işçi kendi kusuruna isabet eden zarar miktarı ile sorumlu olacaktır. Yargıtay da, konuya ilişkin olarak meydana gelen kazada işçinin kusurunun bulunup bulunmadığı ve hasar miktarı belirlenerek sonuca gidilmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir. Yargıtay'a göre, *"Öncelikle belirtmek gerekir ki davacının olayda kusurunun bulunup bulunmadığı varsa kusur oranının uzman bilirkişi marifetiyle saptanması gerekir, ayrıca araçta meydana gelen hasar miktarının da tespitinin yapılarak dosyadaki tüm delillerle birlikte bir değerlendirme tabi tutularak sonucuna göre karar verilmelidir. Yetersiz değerlendirme ile eksik incelemeye dayalı hüküm tesis edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"*<sup>12</sup>. Yargıtay bu görüşünü isabetli bir şekilde sürdürmekle birlikte, mevcut olay bakımından iddia ve savunmalar arasında somut bir kaza ve bu kaza sonucu meydana gelen hasar miktarına

dayanılmaması nedeniyle kararda bu konuya ayrıca değinilmemiştir.

Yargıtay kararında, işçinin 5 yıl içerisinde 11 kez trafik kazasına karıştığı belirtilerek şoför olarak çalıştırılmasının doğru olmayacağı, giderek bu durumun iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden oluşturacağı sonucuna varılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, işçinin 5 yıl içerisinde karışmış olduğu 11 trafik kazasındaki kusur durumu ile hasar miktarı sözleşmenin geçerli nedenle feshi yönünden belirleyici olacaktır. Bu kazaların meydana gelmesinde işçinin kusurunun bulunmaması halinde geçerli nedenin varlığından söz etme olanağı yoktur. Meydana gelen kazaların bir kısmında kusurunun bulunması halinde ise işçinin bu kazalardaki kusurunun ve hasarın ağırlığına göre karar verilecektir. Meydana gelen kazalardaki kusurun ağırlıklı bölümünün kazaya karışan üçüncü şahıslar veya aracın bakım ve onarımındaki eksiklik, aracın veya yükün trafiğe uygun olmaması gibi nedenlerle işverende olması halinde, bu durum sözleşmenin feshi için geçerli neden oluşturmayacaktır. Buna karşılık işçinin sık kaza yapması ve kazalarda ağırlıklı olarak kusurlu bulunması halinde bu durum iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturacaktır.

Meydana gelen herhangi bir kazada işçinin kusuruna isabet eden zarar miktarının otuz günlük ücretini aşması halinde, işveren iş sözleşmesini Kanununun 25/II-ı hükmüne dayanarak haklı nedenle feshedebilecektir. Hemen belirtelim ki, işçinin kusuruna isabet eden zararın otuz günlük ücret miktarını geçtiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür<sup>13</sup>.

Zarar miktarı işçinin otuz günlük ücretini aşmakla birlikte, otuz günlük ücretine çok yakın olması ya da işçinin sık sık bu şekilde kusurlu olarak kaza yapması sözleşmenin feshinde geçerli neden oluşturacaktır<sup>14</sup>. Gerçekten yukarıda açıklandığı gibi işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler, İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen nedenler kadar ağır olmamakla birlikte, işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen ve işyerinde olumsuzluklara yol açan iş ilişkisinin sürdürülmesinin işverenden dürüstlük kurallarına göre beklenemeyeceği durumlardır. Meydana gelen hasar miktarı işçinin otuz günlük ücretini geçmese dahi, işçinin kamu düzenine ilişkin trafik kurallarına riayet etmeyerek kusurlu bir şekilde sık kaza

yapması, işyerine ait aracın yanı sıra üçüncü şahısların mal ve can güvenliğini tehlikeye atması işverende daha büyük bir kaza yapma tedirginliği yaratır. Bu durumda, tedbir almakla yükümlü olan işveren geçerli nedene dayanarak iş sözleşmesini feshedebilecektir.

Bizce, kaza sonucu meydana gelen hasarın işçinin otuz günlük ücretini aşacak nitelikte olması yeterli olup ayrıca sigorta şirketi tarafından karşılanmış olması sözleşmenin haklı veya geçerli nedenle feshi açısından önemli olmayacaktır. Zira, madde metninde zararın karşılanıp karşılanmadığına ilişkin bir açıklık olmadığı gibi, “zarar” yerine “hasar” deyimini kullanılmıştır. Bu nedenle, kaza sonrası ortaya çıkan hasar miktarına bakılması gerekir. Hasara ilişkin otuz günlük ücret, sözleşmenin haklı nedenle feshini gerektirip gerektirmeyeceği açısından bir ölçü olarak alınmıştır. Kanun koyucu bu durumda işverenin sözleşmeyle bağlı kalmasının kendisinden beklenemeyeceğini kabul etmiştir. Ortaya çıkan hasara değil de, işverenin zarara uğrayıp uğramadığına bakılması halinde, kaza sonrası oluşan hasarın sigorta şirketi veya üçüncü şahıslar tarafından ödenmiş olması halinde zarardan söz edilemeyeceği için bu durumun sözleşmenin feshi açısından haklı veya geçerli neden oluşturmayacağı sonucuna varılacaktır<sup>15</sup>. Bunun sonucu olarak hasarın işçi tarafından ödenmesi durumunda da aynı sonuca varılacaktır. Burada hasar miktarı ödenmiş olsa dahi, işçinin meydana gelen kazadaki kusurlu davranışları işveren açısından yeni ve belki de daha büyük kaza tedirginliğini yaratacak nitelikte olabilir. Bizce, işveren, işçinin başka bir kaza yapmasını ve bunun sonucunda sigorta limitini aşacak ve işçi tarafından ödenmesi mümkün olmayacak nitelikte bir zararın meydana gelmesini beklemek durumunda değildir. Özellikle araçta taşınan kişi veya üçüncü şahısların mal ve can güvenliği açısından olayın özelliği ve meydana gelen kazadaki işçinin kusurlu davranışlarına göre sözleşmenin haklı veya geçerli nedenle feshinin mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. Yargıtay başka bir kararında, isabetli bir şekilde kaza sonrası hasar miktarının sigorta şirketi tarafından karşılanmış olması halinde dahi iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğinin kabulü gerektiği sonucuna varmıştır. Yargıtay bu durumu şu şekilde açıklamıştır: “Öte yandan, dosya içeriğine göre davacı-

nın iş sözleşmesinin tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu tek taraflı maddi basarlı trafik kazasına neden olduğu ve kaza sonucu zarara sebebiyet verdiği gerekçesi ile feshedildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu trafik kazası sonucu 8.022. YTL zarar meydana gelmiştir. Her ne kadar belirtilen zarar sigorta şirketi tarafından karşılanmış ise de, aracın tamir süresince çalıştırılmaması, kaza nedeniyle oluşan değer kaybı, sonraki sigorta işleminde basarsızlık indiriminden yararlanamama gibi hususlar göz önünde bulundurulurken oluşan zarar miktarı nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğinin kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekir. Yazılı gerekçe ile isteğin kabulü yönünde hüküm kurulmuş olması batahdır”<sup>16</sup>.

İş güvenliğinin tehlikeye düşmesinde ayrıca bir zararın meydana gelmesi aranmamıştır. Burada zarar koşuluna bağlı olmaksızın iş güvenliği açısından tehlike yaratılmış olması yeterli kabul edilmiştir<sup>17</sup>. Ancak hemen belirtelim ki, zarar doğmasa dahi iş güvenliğinin tehlikeye düşmesinde işçinin kusurunun bulunması gerekir<sup>18</sup>. Zira, madde metninde açıkça, işçinin kendi isteği (kasdı) veya savsaması (ihmalî) ile iş güvenliğinin tehlikeye düşmesinden söz edilmiştir. Burada yeri gelmişken belirtelim ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma” suçu ayrıca düzenlenmiştir. Burada da herhangi bir kaza veya zararın meydana gelmiş olması aranmaksızın ayrı bir tehlike suçuna yer verilmiştir. Tıpkı İş Kanunu’ndaki iş güvenliğinin tehlikeye düşürülmesinde olduğu gibi, burada da trafik güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi düzenlenmiştir. Bu konuların paralel bir şekilde ele alınması gerekir. İşçinin, kullanmış olduğu işyerine ait araçla, trafik güvenliğini tehlikeye düşürecek davranışlarda bulunması İş Kanunu’nun 25/II hükmünde belirtilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere benzer davranış olarak kabulü gerekir.

Türk Ceza Kanunu’nun 179. maddesinde bu suçun kasıtlı işlenmesi haline yer verilirken, 180. maddesinde taksirle işlenmesi düzenlenmiştir<sup>19</sup>. Kanunun 179. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre, “Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Alkol veya uyuşturucu madde et-



kisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır". Kanununun 180. maddesine göre, "Deniz, hava veya demiryolu ulaşımında, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye taksirle neden olan kimseye üç aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir". İşçinin, işyerine ait bir araçla Ceza Kanununda düzenlenmiş olan yukarıda belirtilen suç işlemiş olması halinde, olayın özelliğine göre iş güvenliği tehlikeye düşürdüğü kabul edilerek herhangi bir kaza veya hasar oluşmasa dahi iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilecektir. Burada konu, İş Kanununun 25/II-f hükmünde belirtilen "İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi" hükmünden bağımsız olarak ele alınacaktır. Bu nedenle, ceza mahkemesi mahkûmiyet hükmünü ertelemiş olsa dahi işveren iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak feshedebilecektir. İşçinin anılan suç işlemesi ve yedi günden fazla ertelenmeyen hapis cezasına mahkûm olması halinde, bu durum ayrıca 25/II-f hükmüne dayanarak da iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini gerektirecektir.

### 3. Fesihle Son Çare İlkesinin Uygulanmasında İşçinin Çalıştırılması Mümkün Olan İşe İadesi Yönünde Karar Verilmesi Gerekliği

4857 sayılı İş Kanunu'nda feshin son çare olması ilkesine açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte, konuya ilişkin 18. madde gerekçesinde bu ilke açıkça belirtilmiştir. Buna göre "Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır". Fesihle son çare ilkesi, iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir nedenin bulunmasını tek başına yeterli görmemekte, esas olarak, işverenin fesih işlemine son çare olarak başvurusunu, bu yola gitmeden önce iş sözleşmesinin devamlılığını sağlamaya ve işçinin işyerindeki işini korumaya yönelik tüm önlemleri almasını gerekli görmektedir<sup>20</sup>. Fesihle dayanılan geçerli nedenle işçinin işyerindeki işi arasında uygun illiyet bağının varlığı aranmaktadır<sup>21</sup>. Illiyet bağı, bir yandan dayanılan

geçerli nedenlerle fesih işlemi arasında öbür yandan işçinin işyerindeki işi ile geçerli neden arasında söz konusu olacaktır<sup>22</sup>. İş güvencesinin etkinliği ve giderek keyfiliğe dayalı fesihlerin önlenmesi, büyük ölçüde, belirtilen noktalardaki etkin yargı denetimine bağlı olacaktır. İşverence dayanılan geçerli neden ve buna dayalı fesih işleminin geçerli sayılması ancak işyerinde iş sözleşmesinin devamlılığını sağlama olanağının hiçbir şekilde kalmadığı durumlarda kabul edilecektir. Belirli bir fesih nedeninin gerçekliğine karşın, işçinin, işyerinde çalışma olanağının bulunduğu durumlarda, geçerli nedenle fesih işlemi arasında uygun illiyet bağı bulunmayacaktır. Bu durumda, fesih işleminin geçerli nedene dayandığı kabul edilmeyerek işe iadeye karar verilecektir. İşveren, fesihten önce, işçiyi başka işte çalıştırmak veya eğitime tabi tutarak yeni bir işe uyumunu sağlamak ve bu yollar denendikten sonra feshi son çare olarak düşünmek zorundadır<sup>23</sup>.

4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesine ek olarak getirilen iş güvencesine ilişkin düzenlemenin gerekçesinde; son çare ilkesi işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri ile sınırlı olarak belirtilmişti. Söz konusu gerekçeye göre, işyeri içi veya işyeri dışındaki nedenlerle fesih uygulamasına giderken "işverenden beklenen, fazla çalışmalarını kaldırmak, işçinin rızası ile çalışma süresinin kısaltılması ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerinin getirilmesi, işi zamana yayarak, işçileri başka işlerde çalıştırma yollarını arayarak, işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşması ve feshe son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır"<sup>24</sup>. Öğreti ve yargı kararlarında da konu daha çok işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenler yönünden ele alınmıştır. Bunların yanı sıra işçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan nedenlerin bulunduğu durumlarda da fesihle son çare ilkesinin uygulanması gerekir. Özellikle işçinin performansının düzeltilmesi, işe ve işyerine uyumu konularında fesihten önce işçiyi başka işte çalıştırma, eğitime tabi tutma, uyarıda bulunma gibi yöntemlere başvurulmalıdır<sup>25</sup>. İnceleme konusu yaptığımız Yargıtay kararında da işletmenin, işyerinin

ve işin gereklerinden kaynaklanan bir nedene dayanılmamış olmasına rağmen, isabetli bir şekilde fesihte son çare ilkesinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Yargıtay somut olay bakımından da fesihte son çare ilkesine uyulup uyulmadığının araştırılmasını istemektedir. Yargıtay kararında bu durumu şu şekilde ifade edilmiştir; “*Ne var ki davalı işveren çok sayıda işçinin çalıştığı bir kamu kurumu olup davacının eğitim durumu ve tecrübesine göre başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı araştırılmadan sonuca gidilmesi hatalı olmuştur. Davacının iş sözleşmesi, görevinin gerektirdiği nitelikleri taşımaması sebebiyle feshedilmiş olmakla belirtilen fesih şekline göre feshin son çare olması ilkesinin değerlendirilmesi gerekir. Feshin gerçekleştiği dönemlerde işyerinde davacının yapabileceği başka bir iş bulunup bulunmadığı davacının başka bir birimde değerlendirilmesi imkânının olup olmadığı hususları gerekirse iş yerinde keşif icra olunarak araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir*”. Yargıtay’ın varmış olduğu bu sonuç isabetlidir. Fesihte son çare ilkesine uyulmamış olması halinde feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilecektir. Kuşkusuz yargılama sonunda verilecek kararın iş ilişkisinin devamının sağlayacak nitelikte olması gerekir. İşyerinde şoför olarak çalışan ancak bu şekilde çalıştırılmasının mümkün olmadığı raporla sabit olan işçinin, eski işine iadesi yönünde kurulacak bir hüküm iş güvencesinin amacına hizmet etmeyecektir. Zira, işveren işçiyi bu şekilde çalıştırması mümkün olmadığından, istese dahi işe iade yerine çalıştırılmayan süreye ilişkin ücreti ile mahkemenin belirleyeceği iş güvencesi tazminatını ödemek zorunda kalacaktır. Oysa yukarıda açıklandığı gibi iş güvencesinin temel amacı işçinin işyerinde çalışmasının devamlılığını sağlamaktır. Yargıtay da, iş ilişkisinin devamını sağlayacak şekilde işçinin eski işi yerine çalıştırılması mümkün olan işe iadesi yönünde hüküm kurulması gerektiği sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkemenin kararına göre, “*Mahkemece yapılacak olan inceleme sonunda davacının başka bir işte değerlendirilmesinin mümkün olmadığı belirlendiği taktirde, işe iade isteğinin reddine dair hüküm kurulması gerekir. Davacının başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olduğunun tespiti halinde ise, davacının belirtilen işe iadesi yö-*

*nünde karar verilmelidir. Gerçekten feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı belirlenmesi durumunda işe iade kararı verilmesi gerekmele birlikte, somut olayın özelliği gereği davacının şoförlük görevini ifa etmesinin mümkün olmadığı psikoteknik değerlendirmeler sonunda belirlendiğinden, davacı işçinin eski işi yerine, çalıştırılması mümkün olan işe iadesi yönünde hüküm kurulması gerekir*”. Yargıtay’ın bu görüşünün işçinin mevcut işinde çalıştırılma olanağının kalkmış olduğu; yeniden yapılanma veya işletmesel kararlarla işçinin çalıştığı bölümün veya kadronun ortadan kalktığı ancak işçinin başka işlerde çalıştırılmasının mümkün olduğu, bu şekilde iş ilişkisinin devamının sağlanacağı diğer durumlar için de geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Esasında mahkeme kararında bu durumdan açıkça söz edilmemiş olsa dahi, işçinin önceki işte çalıştırılmasının mümkün olmadığı, ancak başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olduğu durumlarda yine aynı sonuca ulaşmak gerekecektir. İş güvencesinin temelinde, iş ilişkisinin ve bunun hukuki temeli olan “iş sözleşmesinin devamlılığını sağlama” düşüncesi yatmaktadır. Bu durum fesih işleminin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının yanı sıra, işçinin işe iadesi yönünden de göz önünde tutulması gereken temel düşünce olmalıdır. İşe iade kararlarının da buna uygun olarak yorumlanması gerekir. Yargıtayın yerleşik kararlarında hep “*İşverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine*” şeklinde hüküm kurulmaktadır. Burada sözü edilen “iş” mutlak anlamda işçinin fesihten önce çalışmakta olduğu iş olarak anlaşılmalıdır. Kesinleşen mahkeme kararı üzerine; çalışmak için işverene müracaat eden işçiye, önceki işinde çalışmasının mümkün olmaması ya da bu işin ortadan kalması nedeniyle, bununla eşdeğer düzeyde ve çalışma koşullarında esaslı tarzda değişiklik anlamına gelmeyecek yeni bir işin önerilmesi mümkündür. Uygulamada, işçinin önceki işinde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığına bakılmaksızın, çoğunlukla işverenin işçiyi önceki işine iade etmesi gerektiği, bunun mümkün olmaması halinde, çalıştırılmayan süre ve iş güvencesi tazminatının ödenmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Yargıtayın kararı uygulamadaki tereddütleri giderecek niteliktedir ve işe iade kararının amacına uygun bir şekilde infazını da kolaylaştırır-

caktır. Bu yönü itibarıyla, işçinin önceki işinde çalıştırılmasının mümkün olmadığı, ancak başka bir işte çalıştırılabileceğinin tespit edilmesi halinde, işçinin çalıştırılabileceği işler yönünden işe iadesine karar verilmesinde yarar vardır. Böylece, işveren işçiyi işe başlatma, işçi de işyerine dönme olanağına sahip olacaktır. İş güvencesi de temelde bu amaca hizmet etmektedir.

İnceleme konusu yapılan Yargıtay kararında, *“Davacının başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olduğunun tespiti halinde ise, davacının belirtilen işe iadesi yönünde karar verilmelidir”* hükmüne yer verilmiştir. Karar metninden, işçinin çalıştırılması mümkün olan belirli bir işin somut olarak belirlenmesi ve işe iade hükmünün bu iş yönünden kurulması gerekir gibi anlam çıkmaktadır. Böyle bir görüş, iş güvencesinin amacı ve işletmesel kararların işverene ait olması gerektiği gerçeği karşısında isabetli olmayacaktır. Ayrıca, yoğun iş yükü altında, işe iade davalarını Kanunun öngördüğü süre içerisinde bitiremeyen mahkeme ve Yargıtayın büyük ve karmaşık yapıya sahip işletmelerde işçinin çalıştırılabileceği işleri tespit etmek için, daha uzun bir yargılama sürecine girmesi gerekecektir. Bu sorun, mutlak anlamda bir işe iadenin olmadığı sistemimizde, işe iade kararının kesinleşmesinden sonra, işverenin çalıştırmak üzere işçiye teklif ettiği işin, usulüne göre işe başlatma anlamına gelip gelmediği ile ilgilidir. Diğer bir söyleyişle, işçinin işverenin davetine icabet ederek teklif edilen işte işe başlaması halinde sorun yoktur. İşçinin, teklif edilen işin önceki işi olmadığı, bu nedenle usulüne göre işe başlatılmadığı gerekçesi ile iş güvencesi tazminatına hak kazanıp kazanmadığı daha sonra yapılacak ayrı bir yargılamanın konusunu oluşturacaktır. Mahkeme kararında işçinin önceki işinde çalıştırılmasının mümkün olmadığı, ancak işyerinde başka işlerde çalıştırılmasının mümkün olduğu gerekçesi ile işe iadeye karar verilmiş olduğu durumlarda da aynı sonuca varılacaktır. Bu durumda, kesinleşen mahkeme kararından sonra, işverence, işçiye teklif edilen işin önceki iş olup olmadığı değil, çalıştırılabilecek nitelikte bir iş olup olmadığına bakılacaktır.

İşyerinde, işçinin çalıştırılabileceği tek bir işin bulunması halinde sorun çıkmayacaktır. Yargıç, fesihle son çare ilkesine uyulmadığını belirlerken bu işi de tespit etmiş olacaktır. Kararın hüküm fıkrasında

açıkça bu iş zikredilerek işçinin bu işe iadesine karar verilmesine gerek yoktur. Kararın gerekçe bölümünde, fesihle son çare ilkesine uyulmadığı açıklanırken genellikle işçinin çalıştırılabileceği bu işten söz edilecektir.

İşyerinde, işçinin çalıştırılabileceği birden fazla işin bulunması halinde, durum daha net olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıç bu işlerin neler olduğunu tek tek belirleyip kararında saymayacaktır. Yargıcın görevi, esas itibarıyla fesih işleminin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığını tespitten ibarettir. Mevcut işinde çalıştırılması mümkün olmayan işçinin işyerinde çalıştırılabileceği herhangi başka bir işin bulunması halinde feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilecektir. Kararın kesinleşmesi üzerine, işveren, işçiyi uygun gördüğü herhangi bir işe davet edebilecektir.

İşçinin çalıştırılabileceği iş kavramı bu çalışmanın konusunu aşmaktadır. Ancak hemen belirtelim ki, işçinin işyerinde çalıştırılabileceği tespit edilen iş, önceki işine uygun ve çalışma koşullarının esaslı tarzda değiştirilmesi anlamına gelmeyecek nitelikte olması halinde herhangi bir sorunla karşılaşmayacaktır. Bu durumda, feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilecektir. İşçinin çalıştırılabileceği işin, öncekinden farklı olması ve bu durumun çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelmesi halinde de aynı sonuca varılacak mıdır? Bu soruya verilecek cevap; işverenin, mevcut işinde çalıştırılma olanağı olmayan işçiye, fesihle önce çalışma koşullarında esaslı tarzda değişiklik anlamına gelen, başka bir iş teklif etmek zorunda olup olmadığı sorusuna verilecek cevap ile yakından ilgilidir.

Öğretide genel olarak kabul edildiği üzere; fesihle son çare ilkesinin doğal bir sonucu olarak, işveren, iş sözleşmesini geçerli nedenlerle feshetmek istediği işçiyi, başka bir işte çalıştırma olanaklarını araştırma ve bunları işçiye önermekle yükümlüdür<sup>26</sup>. Amaç öncelikle çalışma koşullarında hiçbir değişiklik olmadan iş ilişkisinin devamını sağlamaktır. Ancak bu mümkün olmadığı durumda, işveren, feshle seçenek oluşturan önlemler almalı ve işçiye gerekirse çalışma koşullarını değiştirerek iş sözleşmesini ayakta tutmayı önermelidir. Bu sonuca ulaşmanın en önemli hukuki yollarından birisi de, İş Kanununun 22. maddesinde düzenlenen değişiklik feshidir<sup>27</sup>. Değişiklik feshinde;

ilk aşamada, sözleşmenin feshi değil, iş ilişkisinin değiştirilen koşullarla devamı amaçlanır. İşveren, başlangıçta kararlaştırılmış iş koşullarında değişiklik yaparak, işyerindeki olumsuz koşullara işçinin uyumunu sağlamayı amaçlamaktadır. İşçinin çalışabileceği başka bir iş de bu kapsamdadır. İşveren bu öneriyi işçiye yapmakla yükümü olup, işçi çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelen bu öneriyi kabul etmek zorunda değildir. İşveren, fesihte son çare olarak bu yola müracaat ettikten sonra, işçinin kabul etmemesi üzerine, iş sözleşmesini geçerli nedene dayanarak feshetme hakkına sahiptir. Nitekim İş Kanununun 22. maddesinde, *“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”* hükmüne yer verilmiştir. Bu yükümlülük yerine getirilmeden yapılan fesih, geçerli bir neden mevcut olsa bile, fesihte son çare ilkesinin ihlali nedeniyle geçersiz bir fesih sayılacaktır. Bu nedenle, çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelecek nitelikte de olsa, işçinin başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olduğu durumlarda da feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmez.

Ancak hemen belirtelim ki, çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelen ve iş sözleşmesinin feshinden önce işçiye önerilmesi gereken başka bir işin, işçinin eğitim durumu, kıdemi, liyakatı ve çalıştığı işi dikkate alınarak, mevcut koşullarda işçinin çalışabileceğinin objektif ölçülere ve hakkaniyete uygun olarak kendisinden beklenebilecek nitelikte olması gereklidir. İşçinin mevcut işi dışında işyerinin başka bir bölümünde, objektif olarak kendisinden bu işte çalışması beklenemeyecek nitelikte düşük konum ve ücretteki başka bir işin mevcut olması halinde, bu iş, işçinin çalıştırılabileceği bir iş olarak kabul edilmeyecektir. Bu durumda aynı sonuca varılamayacak olup, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiği kabul edilecektir. Bütün bunlar yerel mahkemece araştırılarak varılan sonuca göre hüküm kurulacaktır.

#### 4. Yargıtay'ın İşe İade Davalarında Bozma Kararı Verip Veremeyeceği Yönünden

İş Kanununun 20. maddesinin üçüncü fıkrasının

da *“Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir”* hükmü yer almaktadır. Bundan Yargıtay'ın önüne gelen her olayda yerel mahkeme gibi işin esasına girerek mutlaka uyuşmazlığı sonuçlandırarak nitekte kesin bir karar vermesinin zorunlu olduğunun anlaşılması gerekir. İşin esası hakkında karara varılabilmesi için dosyada eksikliklerin bulunması halinde bunların tamamlanması için bozma kararı verecektir. Kanunun anılan hükmü öğretide, Yargıtay'ı ilk derece mahkemesi haline getirdiği, oysa Yargıtayın temyiz mahkemesi olduğu, bu sistemin temyiz yasa yolunun değil istinaf sisteminin bir özelliği olduğu, davaların kısa sürede sonuçlandırılması amacıyla dahi olsa Yargıtayın bu şekilde iş yürütümünün artırılmasının doğru olmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir<sup>28</sup>.

Yargıtay bir kararında İş Kanununun 20. maddesinde sözü edilen *“kesin”* olarak karar vermeden neyin anlaşılması gerektiğini şu şekilde açıklamıştır;

*“Genel Kurulun önüne gelen uyuşmazlıkta ön sorun, 4857 sayılı İş Kanununun 20/3 maddesinde yer alan “mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay ilgili Dairesinin vereceği kararın kesin olması” kuralından ne anlaşılması gerektiği noktasında toplanmaktadır.*

*Anılan düzenlemede yer alan, iş akdinin fesihinin geçersizliğine ilişkin olarak açılacak bir davanın seri yargılama usulüne göre kısa süre içerisinde sonuçlandırılması düşüncesi, işçinin emek gelirden olanaklar ölçüsünde en kısa sürede yoksun kalması ilkesinden doğmuş, bu nedenle de Yargıtay Özel Dairesince verilecek kararın kesin olması amaçlanmıştır.*

*Benzer nitelikteki düzenlemelere; 2821 sayılı Sendikalar Yasasının 4. maddesi, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 3, 12, 15 ve 60. maddelerinde de yer verilirken iş hukukuna yön veren temel ilke ve düşüncelerden hareket edildiği, Hukuk Genel Kurulu'nun 13.03.1985 gün 1984/9-834 Esas ve 1985/201 Karar sayılı kararında da, benzer bir konunun ele alındığı görülmüş ve 2822 sayılı Kanunun 15. maddesinde yer verilen “Yargıtay'ca ... kesin karara bağlanır” hükmü ile yasa koyucunun burada bozma kararına karşı direnme yolunu kapamayı amaçladığının vurgulandığına işaret edilmiştir.*

*Açıklanan nedenlerle, kesin karar verme busundan, Yargıtay Özel Daire kararının kesin olduğu, bunun için de direnmeye konu edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Yasa koyucu burada açıkça, "Yargıtay'ca kesin olarak karara bağlanır" demek suretiyle, bozma kararına karşı direnme yolunu kapamış bulunmaktadır"*<sup>29</sup>.

Yargıtayın bu kararı daha önceki kararları ile uyumlu ve isabetlidir. Yargıtay önüne gelen işe iade dosyasından, karara varabilmek için eksikliklerin olmadığı, delillerin yeterince toplandığı, dosya içeriğinin kendisini sonuca götüreceği nitelikte olduğunu gördüğü takdirde kararını kesin olarak vermektedir. Bu karar, yerel mahkeme kararının onanması ya da, ortadan kaldırarak yeni bir karar verilmesi şeklinde de olmaktadır. Ancak dosya içeriği kesin olarak karar vermeye yeterli bulunmadığı, delillerin tam olarak toplanmadığı, araştırılması gereken hususların bulunduğu durumlarda kararı bozarak, yerel mahkemeye göndermekte ve bu eksikliklerin tamamlanmasını istemektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu başka bir kararında bu durumu şu şekilde açıklamaktadır;

*"Türk Medeni Kanununun 1. maddesi uyarınca, yasanın sözünden çıkan anlam, özünden çıkan anlamla bağdaşmıyorsa kabul edilemez. Kanun hükmünün özünün araştırılması ise, onun amacının belirlenmesini zorunlu kılar. Bu itibarla yorum yapılırken doğru sonuca ulaşılabilmesi için İş Kanunu kuralının amacının (ratio legis) araştırılması gerekir. Şu hususta kuşku duyulmaması gerekmektedir; temyiz üzerine önüne gelen kararı inceleyen Özel Daire, dosya içeriğini kendisini sonuca götüreceği mahiyette gördüğü takdirde kararını kesin olarak verecektir. Ancak, Özel Daire dosya içeriğini, kesin olarak karar vermeye yeterli bulmadığında eksikliklerin giderilmesi amacıyla hükmü bozarak giderilmesini yerel mahkemeden isteyebilecektir. Başka bir anlatımla, Yargıtay Özel Dairesinin bu uyuşmazlığı nihai olarak neticelendirebilmesi için, iş akdinin feshinin bahlı bir sebebe dayanıp dayanmadığı olgusunun, dosya içeriğinden tam olarak anlaşılır olması gerekir. Madde ile kesin olarak karar vermeden amaçlanan, yerel mahkemenin dosyasının içeriğini Özel Daireyi karara götüreceği nitelikte olmasıdır. ... Ancak maddede yer alan, "Yargıtay ... kesin olarak karar verir" kuralından hareketle uyuşmazlık*

*ğın eksiklikler de içerse herhalükarda Yargıtay Özel Dairesince sonuçlandırılmasını beklemek doğru değildir"*<sup>30</sup>.

İnceleme konusu yaptığımız karar yönünden de, Yargıtay dosya içeriğinden, fesihte son çare ilkesine uyulup uyulmadığı konusunda bir kanaata varamamıştır. Zira, yerel mahkeme bu konuda herhangi bir araştırma yapmamıştır. Yerel mahkeme, davalı kurum bünyesinde oluşturulan Psiko-teknik Değerlendirme Merkezi tarafından verilen, işçinin araç kullanamayacağına ilişkin rapora istinaden yapılan fesih işleminin, bu yönde üniversite veya eğitim hastanesinden rapor alınmadığından geçersiz olduğuna karar vermiştir. Yargıtay haklı olarak bu merkez tarafından verilen raporun geçerli olduğunu belirttikten sonra, işçinin şoför olarak çalıştırılmasının doğru olmayacağı, ancak eğitim durumu ve tecrübesine göre başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olup olmadığının gerekirse işyerinde keşif yapılmak suretiyle araştırılması gerektiği kanaatine vararak hükmü bozmuştur. Zira bu hususların yerel mahkemeye araştırılması gerekir.

Sonuç olarak, Yargıtay'ın yukarıda incelediğimiz temel hukuki sorunlara ilişkin olarak varmış olduğu;

- İşyeri bünyesindeki Psiko-Teknik Değerlendirme Merkezi'nin mevzuata uygun olarak kurulmuş olduğu ve bu merkez tarafından verilen raporların geçerli sayılması gerektiği,
  - Toplu taşıma araç şoförü olarak çalışan işçinin araç kullanmak için gerekli temel beceriler ve yetenekler bakımından yetersiz olduğunun anlaşılması halinde bu durumun iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturacağı,
  - Fesih işleminin son çare olarak düşünülmesi gerektiği, işçinin eğitim durumu ve tecrübesine göre başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olup olmadığının araştırılması gerektiği,
  - İşçinin başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olmadığının tespit edilmesi halinde işe iade isteğinin reddine karar verilmesi gerektiği,
  - İşçinin, başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olduğunun tespit edilmesi halinde, çalıştırılması mümkün olan işler yönünden işe iade kararı verilmesi gerektiği,
  - Bu hususların araştırılması için hükmün bozulması gerektiği,
- yönündeki görüşlerine; yukarıda yapılan ayrın-

tılı açıklamalar çerçevesinde katılmakta ve kararı isabetli bulmaktayız.

## DİPNOTLAR

- 1 RG, 18.10.1983, 18195.
- 2 RG, 10.07.2003, 25173.
- 3 RG, 18.07.1997, 23053.
- 4 Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2007, (İş Hukuku), 209 vd.; Engin, M., İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul 2003 (İşletme Gerekleri), 15, 20, 24, 29, 32.
- 5 RG, 18.06.1994, 21964.
- 6 4773 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG, 15.08.2002, 24847.
- 7 RG, 10.06.2003, 25134.
- 8 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümleri hakkında geniş bilgi için bkz. Çelik N., İş Hukuku, 209 vd.; Süzek, S., İş Hukuku, İstanbul 2005, 436 vd.; Günay, C. İ., İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, Madde 1-32, Ankara 2005, 569 vd.; Tunçomağ, K./Centel, T., İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, 192 vd.; Taşkent S. (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), Bireysel iş Hukuku, İstanbul 2006, 163 vd.; Mollamahmutoglu, H., İş Hukuku, Ankara 2005, 548 vd.; Kılıçoğlu, M., İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, 93 vd.; Demir, F., En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Uygulaması, İzmir, 2005, 184 vd. (İş Hukuku Uygulaması); Aynı Yazar, Geçerli Sebep ile Fesih Kavramı ve Uygulama, Legal İSGHD 2006, S.10, 467 vd (Geçerli Sebep); Engin, İşletme Gerekleri, Aynı Yazar, İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirmesi, Legal İSGHD, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, Sayı.2, 537 vd. (Karar İncelemesi); Kaplan-Senayen (Aktay/Arıcı/Kaplan-Senayen), İş Hukuku, Ankara 2007, 180 vd.; Akyiğit, E., 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2006, 776 vd.; Çankaya/Günay/Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, 71 vd. 131 vd.; Ekonomi, M., İş Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, Mart 2003, C.17, S.2, 1 vd.; Ulucan, D., İş Güvencesi, 2. Baskı, 25 vd. (İş Güvencesi); Aynı Yazar, İş Güvencesinin Kapsamı ve Temel Kavramlar, İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler, İstanbul Barosu Yayını, 2003, 17 vd. (Temel Kavramlar); Taşkent, S., İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi, Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 25-29 Haziran 2003, Çeşme, 111 vd.; Alpagut, G., İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005, Bodrum, 200 vd. ; (İş Güvencesi); Şahlanan, F., İş Güvencesi Kanunu'nun Kapsamı ve Yasal Süreç, Mercek, Nisan 2003, 17 vd.; Ekmekçi, Ö., Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek, Temmuz 2003, 132 vd.; Tuncay, A. C., İşe İadeyle İlgili Karar İncelemesi, Legal İSGHD, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, S.2, 533 vd.; Narmanhoğlu, Ü., İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi, Karar İncelemesi, Legal İSGHD 2005, Sayı:5, 239 vd.; Akı, E., İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları, 30. Yıl Armağanı, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, Ankara 2006, 285 vd.; Uçum, M., Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayınları, İstanbul 2003, 127 vd.; Aynı Yazar, Yeni İş Kanunu Hükümlerine Göre İş Güvencesi, Legal Hukuk Dergisi, Haziran 2003, 1385 vd.; Alp, M., İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), DEÜ. Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/1, 1 vd.; Eyrenci, Ö., 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Değerlendirme, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2004, 31 vd.; Güzel, A., İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi-Sendikalar Yasası-Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul Barosu yayınları, 15 vd.; Kar, B., İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller, Legal İSGHD 2005, Sayı:7, 1005 vd.; Sarıbay, G., Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007, 36 vd.
- 9 Çelik, İş Hukuku, 218; Tunçomağ/Centel, 193; Süzek, İş Hukuku, 444; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 559; Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 167; Ulucan, İş Güvencesi, 37; Demir, Geçerli Sebep, 483-484; Kaplan-Senayen (Aktay/Arıcı/Kaplan-Senayen), 185; Çankaya/Günay/Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 77, 84.
- 10 Y.9.HD, 21.05.2007, E.2007/6450, K.2007/15621, Kazancı İçtihat Bankası. Aynı yönde, Y.9.HD, 24.09.2007, E.2007/14009, K.27734; 03.04.2006, E.2006/4727, K.2006/8246; 21.11.2005, E.2005/33676, K.2005/33676.
- 11 Çelik, İş Hukuku, 263; Demir, İş Hukuku Uygulaması, 83; Günay, Şerh, 808-809; Kaplan-Senayen (Aktay/Arıcı/Kaplan-Senayen), 210; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1124; Kılıçoğlu, Yorum, 295; Çankaya/Günay/Göktaş, İşe İade Davaları, 126.
- 12 Y.9.HD, 26.02.2007, E.2006/19933, K.2007/5267, Kazancı İçtihat Bankası. "Davalı işveren hizmet akdini davacının kullandığı araca hasar vermesi nedeniyle feshettiğini savunduğuna göre mahkemece bu savunma üzerinde durulmalı kusur ve zarar konusunda gerekirse araç üzerinde keşif yapılarak uzman bilirkişilerden rapor alınmalı ve sonucuna göre kıdem ve ihbar tazminat istekleri konusunda karar verilmelidir" (Y.9.HD, 29.05.2001, E.2001/6493, K.2001/9025, Kazancı İçtihat Bankası).
- 13 Çelik, İş Hukuku, 263; Y.9.HD, 22.12.1986, E.1986/10336, K.1986/11452, Çimento İşv. D, Ocak 1987, 35-36.
- 14 Ekonomi, İş Güvencesi, 7; Çankaya/Günay/Göktaş, İşe İade Davaları, 76.
- 15 Yargıtay konuya ilişkin 1475 sayılı Kanun döneminde oyçokluğu ile vermiş olduğu bir kararında şu görüşlere yer vermiştir; "Söz konusu araç finansal kiralama yolu ile temin edilmiş ve kaza yolun ıslak olması nedeni ile meydana gelmiştir. Zarar sigorta şirketi tarafından tamamen karşılanmıştır. Davalı işverenin finansal kiralama ve sigorta şirketlerine ödemek zorunda kaldığı bir zarar bulunmamaktadır. Diğer taraftan kazanın davacı işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden meydana geldiği kastlanabilmiş değildir. Zira bu gibi hallerde işçinin suç işleme kastının olması gerekir. Savsamanın lügat karşılığı ağır ihmaldir. İhmalde ise kast unsuru aranır. Taksirli suç olan her trafik kazasında savsamanın başka bir deyişle ağır ihmalin varlığından söz edilemez. Davacı işçinin sorumlu tutulabilmesi için en azından bilinçli taksirin söz konusu olması gerekir". (Y.9.HD, 17.03.2004, E.2003/16545, K.2004/4628, Kazancı İçtihat Bankası). Kararda belirtilen işçinin suç işleme kastının bulunması gerektiği, bu nedenle kusurunun ağır ihmal veya bilinçli taksir olması

halinde iş sözleşmesinin feshedilebileceğine ilişkin görüşe katılmıyoruz. Taksirin sözlük anlamı, gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savaşıklık, savsama, önem vermeme (http://tdk.gov.tr/TR/SozBul). Bu daha çok tedbirsizlik ve dikkatsizlik olarak da ifade edilmektedir. Ayrıca, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kast, taksir ve bilinçli taksir tanımlanmıştır. Kanununun 21. maddesine göre, "Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir". Kanununun 22. maddesine göre, "Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir. (3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır". Trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçu ayrıca düzenlenmiştir. Herhangi bir kaza ya da hasar meydana gelmesede dahi tehlike suçu olarak düzenlenen bu suç tipinin kasıtlı işlenmesi hali TCK'nun 179. maddesinde, taksirle işlenmesi hali de 180. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Kamu düzenine ilişkin bu suç türünde dahi sadece kast değil taksir dahi yeterli görülmüştür. Karara ilişkin karşı oy yazısı isabetlidir. Buna göre, "İş Kanununun m.17/II-h iki durumu düzenlemiştir. Bunlardan ilki işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesidir. İkincisi ise işverene ait veya malı olmayıp eli altında bulunan makinaları tesisatı işçinin on günlük ücreti tutarına varan miktarda zarara uğratmasıdır. Bu ikinci halde işçinin sorumluluktan kurtulması ancak kusuruna düşen zararın on günlük ücretin altında olması, mücbir sebep yada kaçınılmazlık hallerinde mümkündür. İşverenin zararının sigorta şirketince karşılanması işverenin fesih hakkını ortadan kaldırmaz. Hatta zararın zarar veren işçi tarafından karşılanması durumunda dahi işverenin fesih hakkı bulunmaktadır. Çağımızda can ve mal sigorta sistemi her geçen gün gelişmektedir. Halbuki 17/II'nin kenar başlığı "Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri"dir. Sigorta sistemi, işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkinin dışında kalan bir sistemdir. Aksi halde sigorta şirketin karşılayacağı her zarar için işçinin sorumluluğu ortadan kalkar ki bu durum 17. maddenin konuluş amacına aykırı olur".

- 16 Y.9.HD, 10.07.2006, E.2006/16499, K.2006/20608, Kazancı İçtihat Bankası.
- 17 Tunçomağ/Centel, 212; Süzek, İş Hukuku, 514; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1123-1124; Günay, Şerh, 808; Kılıçoğlu, Yorum, 296; Çankaya/Günay/Göktaş, İşe İade Davaları, 126. İş güvenliği tehlikeye düşmesede dahi, işçinin, işyerindeki iş güvenliği ve işçi sağlığına ilişkin kurallara uymaması sözleşmenin geçerli nedenle feshini gerektirebilir. Bkz. Demir, Geçerli Sebep, 482.
- 18 Tunçomağ/Centel, 212; Süzek, İş Hukuku, 514; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1124; Günay, Şerh, 808; Kılıçoğlu, Yorum, 296; Çankaya/Günay/Göktaş, İşe İade Davaları, 126.
- 19 Fazla bilgi için bkz. Malkoç, İ., Açıklamalı İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1.Cilt, Ankara 2007, 1178, 1207 vd.; Meran, N., Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007, 915 vd, 922 vd; Malkoç, İ., Açıklamalı İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1.Cilt, Ankara 2007, 1178, 1207 vd.
- 20 Fesihle Son Çare İlkesi (Ultima Ratio) hakkında geniş bilgi için bkz. Güzel, A., İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 57 vd (Son Çare İlkesi); Aynı Yazar, Karar İncelemesi, 172 vd; Çelik, İş Güvencesi, 28; Aynı Yazar, İş Hukuku, 222 vd; Engin, İşletme Gereklere, 90 vd;

Ulucan, İş Güvencesi, 56 vd; Süzek, İş Hukuku, 449 vd; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 579 vd; Demir, İş Hukuku 202; Çankaya/Günay/Göktaş, İşe İade Davaları, 99 vd.; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 790-791.

- 21 Güzel, Son Çare İlkesi, 61; Aynı Yazar, Karar İncelemesi, 165, Süzek, İş Hukuku, 444.
- 22 Güzel, Son Çare İlkesi, 61; Aynı Yazar, Karar İncelemesi, 165.
- 23 Çelik, İş Hukuku, 222-223; Aynı Yazar, İş Güvencesi, 28; Ulucan, İş Güvencesi, 44; Engin, İşletme Gereklere, 91; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 565. Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, 77-78; Aynı Yazar, Son Çare İlkesi, 62, 71, 84 vd; Kaplan-Seneyen (Aktay/Arıcı/Kaplan-Seneyen), 186-187.
- 24 TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, 4. Yasama Yılı, 127. Birleşim.
- 25 Çelik, İş Hukuku, 222-223; Aynı Yazar, İş Güvencesi, 28; Güzel, Son Çare İlkesi, 77, 83; Engin, İşletme Gereklere, 94; 69 vd.; Ulucan, İş Güvencesi, 56 vd.; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 579 vd; Demir, İş Güvencesi, 135.
- 26 Ulucan, İş Güvencesi, 87; Güzel, Son Çare İlkesi, 62 vd.; Aynı Yazar, Karar İncelemesi, 180-181; Alpagut, G., İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı – Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtayın Konuya İlişkin Kararları, Legal İSGHD 2006, S.9, 57 (Uygulama Alanı).
- 27 Ayrıntı için bkz. Çelik, İş Hukuku, 241 vd; Süzek, İş Hukuku, 450-451; Engin, İşyeri Gereklere, 94 vd; Aynı Yazar, Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı, İUHF Mecmuası, C.LXI, S: 1-2, 2003,322 vd; Çankaya/Günay/Göktaş, İşe İade Davaları, 58 vd; Güzel, Son Çare İlkesi, 76; Taşkent (Eyrenci-Taşkent-Ulucan), 144-145; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 565; Alpagut, Uygulama Alanı, 53 vd;
- 28 Güzel, A., İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul Barosunca Düzenlenen Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, 39 vd.; Ekmekçi, Ö., 4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Sorunlar Üzerine, MESS Mercek D. Özel Sayı, Ekim 2002, 106 vd.; Yılmaz, E., İşe İade Davalarında Yargılama Usulü ile İlgili Özellikler, Sicil D. Yıl.1, S.4, Aralık 2006, 26 vd.; Özekes, M., Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, 503 vd.
- 29 YHGK, 21.09.2005, E.2005/9-475, K.2005/511, Legal İHSGHD 2006, S.9, 233-235. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararı hukukun gelişimine katkı yapan direnme yolunu kapattığı için eleştiri konusu olmuştur. Bkz. Yılmaz, Yargının Durumu, 26 vd. Yazara göre, kanunda direnme olanağının bulunmadığı yönünde açık bir hüküm yoktur. Bu nedenle, asıl olan bir hakkın varlığı olup, bu hakkın ortadan kaldırılması ancak yasa ile mümkün olduğundan HGK kararı isabetli değildir. Bizce, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesinde açıkça iş mahkemelerinde görülen davalarda karar düzeltme yoluna gidilemeyeceği hükmü yer aldığından Yargıtayın varmış olduğu sonuç kanuna uygundur.
- 30 YHGK, 01.12.2004, E.2004/9-643, K.2004/642, Çankaya/Günay/Göktaş, 1. Basi, 725-729.