

T.C.  
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İŞÇİNİN ÖZEN BORCU  
VE  
ÖZEN BORCUNU İHLALİN HUKUKİ SONUÇLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN  
S.GÖKHAN KAZANCI

TEZ DANIŞMANI  
DOÇ. DR. MURAT ENGİN

ŞUBAT 2006

## İÇİNDEKİLER

### GİRİŞ

#### 1) BİRİNCİ BÖLÜM : İŞÇİNİN ÖZEN BORCU

##### A) İş Görme Ediminin İfasında Özen Borcu

- 1) İş görme Edimine Dayanan Hukuki İlişkiler
- 2) İş görme Ediminin İyi Surette İfası: Özen Kavramı

##### B) İş Sözleşmelerinde İşçinin Özen Borcu

- 1) İşçinin Özen Borcunun Akdi İşlevi ve Hukuki Niteliği
- 2) İş Sözleşmesinin Unsurları Çerçevesinde İşçinin Özen Borcu
  - a) İş Görme Borcu ve Hizmet Unsuru
  - b) İş Görme Borcu ve Hukuki Bağımlılık Unsuru
  - c) İşverenin Gözetim Borcu ve İşçinin Sadakat Borcu
  - d) Ücret Borcu ve Ekonomik Bağımlılık Unsuru
  - e) Kişisellik Unsuru
  - f) Süreklilik Niteliği

#### 2) İKİNCİ BÖLÜM : İŞÇİNİN ÖZEN BORCUNU İHLALİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

##### A) İşçinin Özen Borcunu İhlali ve Sorumlu Olduğu Özen Ölçüsünün Tespiti

- 1) Özen Borcunun İhlali Kavramı
- 2) Özen Ölçüsü ve Tespiti

##### B) Özen Borcunun İhhalinin Hukuki Sonuçları

- 1) Muhtemel Sonuçları
- 2) İş Sözleşmesinin Sona Ermesi İhtimali

##### C) İş Görme Borcunun İhlali Halinde İşverenin Fesih Hakkı

- 1) Genel Olarak Fesih
- 2) Özen Borcunun İhhalinin İş Güvencesi Kapsamı Dışındaki Sözleşmelerde İşlevi
- 3) Özen Borcu İhhalinin İşverene Sağladığı Haklı Sebep ve Geçerli Sebep Fesih Hakkı

- a) Özen Borcu İhlalinin Fesih Sebebi Niteliği Kazanması
- b) Haklı Sebepler
- c) İş Güvencesi, Geçerli Sebepler ve Feshin Son Çare Olması İlkesi
- d) Özen Borcunu İhlal Eden Davranışların Nitelendirilmesi ve Savunma Usulü

SONUÇ

KAYNAKÇA

## GİRİŞ

4857 sayılı Kanun ile işçiye tanınan iş güvencesi hakkı ve işverenin fesih hakkına getirilen ifa engeline dayanma zorunluluğu, Türk İş Hukuku'nda farklı bir anlayışı ve beraberinde de yeni hukuki meseleleri getirmiştir.

Hukukun temel amaçlarından biri olan hukuki ilişkilerde ve özellikle sözleşmelerde zayıf tarafın korunması işlevi, ekonomik ve sosyal boyutu ile bireyi, aileyi, toplumu, memleket ekonomisini yakından ilgilendiren hizmet ilişkilerinde daha fazla önem taşımaktadır. Özellikle iş sözleşmesinin sona ermesi ile işçinin işverene nazaran daha çok mağdur olacağı ve bundan dolayı maruz kalacağı olumsuzlukların başta kendi şahsı olmak üzere tüm topluma ve ekonomiye yansıtacağı düşünülerek öteden beri işçinin feshe karşı korunması gerektiği birçok hukukçu tarafından savunulmaktaydı. Gerçekten de bundan önce işçinin feshe karşı korunması değil, feshin işçi üzerindeki olumsuz sonuçlarının hafifletilmesine yönelik yasal tedbirler öngörülmekteydi.

İş güvencesinin tesisi ile işçi, işverenin üstün bir menfaat, yarar olmaksızın yapacağı keyfi fesihlere karşı korunmak istenmiştir. Bunun için de sözleşmeye sadakat (ahde vefa) ilkesi kuvvetlendirilmiş, fesih hakkı geçerli-haklı sebebe dayalı ve son çare olarak başvurulacak bir tedbir olarak öngörülmüştür. İşverenin tedbir niteliğinde böyle bir tasarrufta bulunabilmesi için aranacak şart ise işlem temelini çökmesi sonucu sözleşmeye devamın makul ölçüler içinde beklenilmez olmasıdır. Buna sebep olacak olgu sözleşmedeki menfaat dengesinin bozulmasına yol açan ve fesihten başka surette aşılamayan bir ifa engelinin ortaya çıkmasıdır. Bu engeller içinde işçinin edim borçlarını ifada gösterdiği zaaf, kusur, hukuka aykırılık; doğrudan işverenin sözleşmeden beklediği asli menfaati, istihdam maksadını tehdit ettiğinden üstün bir menfaat teşkil edebilir.

Kanun, haklı sebep niteliğindeki ifa engellerini örnekleme yoluyla, geçerli sebep niteliğindeki ifa engellerini sınıflandırmak suretiyle belirlemişse de bunların açık ve uygulanabilir tanımlarını, ayırımlarını yapmamış, bunu yargı ve doktrine bırakmıştır. Dolayısıyla işlem temelini çökmesi, menfaat dengesi, ifa engeli kavramlarının tanımlanması ile işverenin fesih hakkı şekillenecektir. Bunun için de iş sözleşmesinin

nitelikleri çerçevesinde tarafların hak ve borçları, sözleşmeden beklenen asli menfaatler belirlenmelidir.

Bu çalışmada, birinci bölümde işçinin özen borcu incelenmiştir. İlk olarak iş görme edimi ve iş görme edimli sözleşmeler bakımından özen borcunun tanımı ve önemi, daha sonra ise özen borcunun iş sözleşmesindeki yansıması ve işlevi incelenmiştir.

İkinci bölümde işçinin özen borcunu ihlali kavramı ve bunun hukuki sonuçlarından bahsedildikten sonra işverenin özen borcunun ihlali halinde sahip olduğu fesih hakkı ve özen borcunun fesih sebebi niteliği incelenmiştir.

## BÖLÜM I- İŞÇİNİN ÖZEN BORCU

### A) İŞ GÖRME EDİMİNİN İFASINDA İŞÇİNİN ÖZEN BORCU

#### 1) İŞGÖRME EDİMİNE DAYANAN HUKUKİ İLİŞKİLER

Fert, hem insan olarak hem de toplumun bir parçası olarak muhtelif menfaat ve ihtiyaçlara gereksinim duyar. Ferdin şahsen sahip olduğu değerler bu ihtiyaçları ve menfaatleri gereği gibi karşılamak için eksik ve yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple fertler sahip oldukları değerleri birbirleriyle paylaşmak zorunda kalmaktadırlar. Sahip olunan bir eşya, arsa, bilgi, beceri, madde, işgücü ve örneklemelerini uzatabileceğimiz başka benzeri değerler gerek ortak hareket, gerek şahsi hareket, gerekse karşılıklı mübadele yoluyla başka değerlere çevrilerek ya da çevrilmeden sahip olanın veya başka fertlerin menfaatine sunulmaktadır. Toplumdaki fertler arası bu değerler paylaşımı, sosyal tarafının yanında hak ve adalet kavramlarının bu ilişkinin en derin boyutunu oluşturması sebebiyle hukuki bir niteliğe de sahiptir.

Emek, bu değerler içinde hem paylaşımına tabi bir üst değer hem de birbirini tamamlayan fikri veya bedeni beceri, tecrübe, kuvvet gibi çeşitli değerlerden oluşmakla bir değerler sistemidir. Tüm diğer değerlerin içinde sosyal yanı en ağır basan olmasına karşın hukuki yanı ile sosyal yanı bu kadar iç içe girmiş olan bir başka değer de yoktur. Emeğin toplum yaşamında sıklıkla yer alması ve ekonomik hayattaki önemi bu hususiyetini açıklamak için yeterli değildir. Emek sadece bir ekonomik ya da sosyal değer değildir. İnsanın manevi boyutunun bir parçası, şahsiyetini oluşturan bir unsurdur. Bir başka deyişle emek kişinin sadece malvarlığının değil, aynı zamanda şahısvarlığının da bir unsurudur. Bu ise emek kullanımı ve paylaşımı ile ilgili hukuki vakıalar ve daha dar anlamda hukuki ilişkilerden doğan meselelerin, insan ile ve onun tüm boyutları ile bağlantılı olduğu anlamına gelmektedir.

Bir evin inşasında, bir yemeğin pişirilmesinde, bir vasitanın kullanılmasında, bir kitabın yazılmasında ve yapma, iş görme niteliğindeki tüm diğer fiillerde

emek söz konusudur. Bu fiiller ile, dolayısıyla emek vasıtası ile, meydana getirilen yeni değerler muhtelif menfaatlerin elde edilmesini sağlamaktadır. Ortaya çıkan değer emek sahibinin dışında bir veya birden fazla kişinin menfaatini karşıladığı, üstelik bu sağlanan menfaat karşısında emek sahibi pay ya da karşılık(ivaz) aldığı takdirde yukarıda bahsi geçen değer paylaşımı söz konusu olacaktır.

Emeğin sahibi tarafından başka kimselerin faydasına sunulması ve bundan faydalanılması muhtelif tarzlarda tezahür edebilir. Bu tarz, hukuki ilişkiye niteliğini vermekte olup ortaya çıkan meselelerin de çözümünde dikkate alınacak bir husustur.

Öyle hukuki ilişkiler söz konusu olabilir ki emekten faydalanan konumundaki için önemli olan emek neticesinde meydana gelecek olan eserdir, emek ile ilgili tüm diğer meseleler bu neticeye tesir ettiği ölçüde onu ilgilendirir ve önem taşır. Bu tür ilişkilerde emeğin insani boyutu daha arka plânda kalmaktadır.

Emek bazı durumlarda, başka hukuk kişilerinin ortaya koyduğu değerler ve hatta belki de emeklerle beraber ortak bir gayeye yönelir ve kimi zaman paylaşımına tabi bir ortak menfaat meydana koyar, kimi zaman ortak bir amacı gerçekleştirir. Bu tür hukuki ilişkiler ise niteliğini bu ortak gaye ve ortak harekette bulur.

Bazı hukuki ilişkilerde emek sahibi bir başka kişinin muayyen bir menfaatini onun yerine ve onun faydasına takip eder; kimi zaman bir sonucu taahhüt eder, kimi zaman ise sadece o kişinin menfaati doğrultusunda gayret göstermesi beklenir. Emek sahibi emeği üzerinde geniş bir tasarruf yetkisini haizdir, menfaat sahibine bağlılığı sadece hukuki ilişki konusu için takibindeki gaye ile sınırlıdır. Bu gayeye uygun davranması, gayreti, menfaate uygun ifası yeterlidir, emeğin kullanımı, üzerinde tasarruf edilmesi esasta emek sahibine aittir.

Emekten faydalanacak kişinin menfaati veya görülecek iş bakımından, emeğe duyulan ihtiyacın devamlılık arz etmesi yanında emekten faydalanacak kişinin menfaati gereği başkasının emeği üzerinde az veya çok tasarruf yetkisine sahip olması da gerek taraf iradelerinin gerek ise işin gereği olarak mümkün olabilir. Emeğin devamlı surette, ona sahip olan kişi dışında

bir başkasının tasarrufu altında ve onun hizmetinde bulunması bir hukuki ilişkiye temel niteliğini verebilir. Emek tahsisi diye özetleyebileceğimiz bu durum insanı ve onun manevi değerlerini ön plana çıkardığı gibi genel itibarıyla emek sahibinin devamlı ve temel menfaatlerini karşılamakla da beraberinde sosyal, insani ve hukuki derin meseleleri de getirmektedir<sup>1</sup>.

Fabrikada üretim bandındaki çalışandan evdeki hizmetçiye, binadaki kapıcıdan şirket şubesinin başındaki müdüre, mağazadaki tezgahlardan yük gemisindeki tayfaya, gazete muhabirinden tarladaki ırgata kadar toplumun çok geniş bir kesimi bu son tarz emek arzında bulunmaktadır. Toplumun ekonomik yapısının ağırlıklı kısmını ve en önemli temel taşı bu tarz emek arzı oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu tip emek arzına dayanan hukuki ilişkiler ile ilgili meseleler toplumun genel düzeni ve genel yapısını ilgilendirmektedir. Bu sebeple hukukun temel amaçlarından olan toplum düzeninin ve genel adaletin sağlanması bakımından bu hukuki ilişkilerden doğan mesele ve ihtilafların çözümü önem ve öncelik taşımaktadır.

Emek temelli diye adlandırdığımız tüm bu hukuki ilişkilerde ortak nokta asli borçların iş görme edimini içermesidir. İstisna akdinde asli borç niteliğindeki iş görme edimi, eserin teslimi asli ediminin gerçekleşmesi için bir vesiledir. Ortaklık akdinde taahhüt edilen sermaye emek olmadığı ya da ortak şirketi temsil etmediği takdirde iş görme ediminden bahsedemeyiz, iş görme ortaklık ilişkisi bakımından olmazsa olmaz edim değildir, ama ortak, sermaye olarak emek taahhüt etmişse veya ortaklığı temsil, sevk ve idare faaliyetinde bulunuyorsa onun borcu iş görme edimi gerektirir ve bu tarz edimin niteliklerine bağlı olarak şekillenir; bu noktada ortağın edimi somut hukuki ilişkiye göre vekalet ya da hizmet ilişkisine benzeyebilir. Vekalet akdinde iş görme edimi, asli edimi teşkil eder ve iş sahibinin (müvekkil) menfaatine en uygun tarzda ifa edilmesi esastır; bu uygunluğu teminde yetki ve sorumluluk, iş görme ediminin ifasında inisiyatif ve belirleyicilik müvekkil hesabına işi gören vekile düşer. Hizmet ilişkisinde iş görme asli edimi ile borçlu olan

---

<sup>1</sup> Bu tarz emek arzına, daha doğru ifade ile emek tahsisine dayanan hukuki ilişkiler hizmet akdi veya iş sözleşmesi diye adlandırılmaktadır. Bunlar; bir gerçek kişinin, bir gerçek veya tüzel kişi ya da kişi topluluğunun devamlı bir ihtiyacını (menfaatini) karşılamak üzere onlara karşı ve onlara bağlı olarak, onların tasarrufu ve inisiyatifi altında, muayyen veya gayri muayyen bir süre boyunca bir ücret (bedel,ıvaz) karşılığında bedeni ve/veya fikri emeğini tahsis suretiyle işgörme edimi üstlendiği sözleşme ilişkileridir.



işçinin<sup>2</sup> edim konusu, işverenin<sup>3</sup> yetki ve faydasını, sorumluluk ve zararını üstüne aldığı, inisiyatif ve riskini taşıdığı temel faaliyet içindeki bir alt faaliyetin görülmesi, o işin ifasıdır; işçi iş görme edimini emeğini temel faaliyete ve dolayısıyla işverene özgülemek suretiyle ifa eder.

Tüm farklılıklarına karşın bu hukuki ilişkilerdeki ortak unsur iş görme edimidir. İş görme edimleri yapma borçlarının yerine getirilmesidir. Belli bir davranışta, faaliyette, hizmette, üretimde bulunma fiillerine karşılık gelen yapma edimleri insan emeğine dayanır. Bu tür edimler her zaman müspet bir hareketi gerektirir. Bir davranıştan kaçınma yapma değil yapmama edimi teşkil eder. Yapmama edimleri yapma edimlerinin aksine zaman almaz, borçluyu meşgul etmez, işgücü, emek gerektirmez.

İş görme edimi, işi üstlenen kişinin fikri ve bedeni beceri, yeterlilik, güç, bilgisinden oluşan emek unsurunu kullanarak fikri ve/veya bedeni fiil, hareket, faaliyette bulunmak suretiyle iş sahibi kişinin bir ihtiyacını karşılaması olgusudur. Edim fiilinin karşıladığı ihtiyaç iş sahibinin sözleşmeden beklediği akdi menfaati teşkil eder.

## **2) İŞ GÖRME EDİMİNİN “İYİ SURETTE” İFASI : ÖZEN KAVRAMI**

İş görme ediminin ifası salt ilgili fiil, hareket, faaliyetin tekrarı, uygulanması, yapılması ile tamam olmuş sayılamaz. Edim fiilinin, ifadan beklenen menfaati tam olarak sağlaması umulur. Bunun için ise iş görenin gerekli özeni göstermesi beklenir. İş gören, “taahhüt ettiği şeyi ihtimam (özen) ile ifaya mecburdur.”. Vekalet (BK m.356), istisna (BK m.356), ortaklık (BK m.528), hizmet (BK m.321) ilişkilerinde özen ile ifa ilgili işin, faaliyetin icrası bakımından iş görene yüklenen bir borçtur.

BK m.321, hizmet sözleşmesi ve diğer hizmet (iş görme) edimli hukuki ilişkiler bakımından işçinin ve iş gören tarafın edimi ifa tarzını özen borcu olarak tespit ederken, bir taraftan da özen borcunun ihlalinin sonucunu ve iş gören tarafın sorumlu olduğu özenin derecesini hükme bağlamıştır.

<sup>2</sup> Emek insana özgü bir değer olduğu için emeğini tahsis eden işçi her zaman bir gerçek kişidir. <sup>2</sup> Emekten faydalanan konumundaki işveren gerçek kişi olabileceği gibi özel veya kamu hukuku tüzel kişisi dahi olabilir, hatta ortak menfaate sahip ve emekten ortaklaşa yararlanan fakat bir tüzel kişilik oluşturmayan kişiler topluluğu işveren niteliğine sahip olabilir.

<sup>3</sup> Emekten faydalanan konumundaki işveren gerçek kişi olabileceği gibi özel veya kamu hukuku tüzel kişisi dahi olabilir, hatta ortak menfaate sahip ve emekten ortaklaşa yararlanan fakat bir tüzel kişilik oluşturmayan kişiler topluluğu işveren niteliğine sahip olabilir

Bu madde metninde: “İşçi taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur. (f.1) Kasıt veya ihmal ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür. İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icabeden malumatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafı gözetilir.(f.2)” denmektedir.

“İşçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur” (BK m.321/f.1) hükmü alacaklı işverenin “istifa etmeye” (faydalanmaya) hakkı olan edimsel tatmini ve işçinin edimi ifada borçlu olduğu maddi ve manevi niteliği belirlemektedir. İşçinin edimi ifada gösterdiği maddi ve manevi zaaf neticesi işveren zarara uğradığı takdirde işçi her tür kusurdan sorumludur (BK m.98/f.1, m.321/f.2 c.1).

Kanaatimizce bu hüküm, “taahhüt ettiği şey” ifadesi ile öncelikle ve özellikle edim borçlarını (asli borçları) hedeflemekte, bunların gereği gibi yerine gelmiş olması için ifada aranan niteliği belirlemektedir. Aslında özen kavramı her tür akdi yükümün yerine getirilmesi sırasında ve hatta arada herhangi bir borç ilişkisi bulunmadığı hallerde genel davranış kurallarının uygulanması bakımından failin fiil ve hareketlerini nitelendiren bir üst normdur. Ancak gerek genel davranış kuralları gerek yan borçlar bakımından özen borcunun kaynağı dürüstlük kuralları iken<sup>4</sup> edim borçlarının belirlenmesinde özen yükümünün kaynağı sözleşme ilişkisidir; bu bakımdan emek tahsisi suretiyle iş görmesi sırasında “işçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur” (BK m.321/f.2). Bu sebeple gerek işçiye gerek diğer iş gören taraflara düşen yan borçlar hakkında BK m.321’deki esasların doğrudan uygulama alanı bulamayacağı, dürüstlük kurallarının dışına çıkarak iş sözleşmesine veya diğer iş görme edimli sözleşmelere özgü bir yan borç kavramı yerleştirilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz<sup>5</sup>. Bu hüküm

<sup>4</sup> “Yan borçların dayanakları sözleşmeden kaynaklanmayıp MK m.2/I hükmünde ifadesini bulan dürüstlük kuralındadır.” İnal, Borç syf.80

<sup>5</sup> BK m.321 hükmü yan borcun uygulanmasında özenin kaynağı olarak kabul edilirse hırsızlıktan sabıkalı bir eski hükümlü işçinin kendisine emanet edilen yüksek miktardaki parayı çalması ya da at yarışlarında bahis oynama alışkanlığı olduğu bilinen bir kişinin bu para ile bahis oynaması kişilikleri (istidat ve evsafı) dikkate alındığında sadakat borcunun ağır şekilde ihlalini oluşturmaz, nitekim bu kişilerin emniyeti suistimal etmesi işveren tarafından beklenebilecek bir durum olmakla sadakate uygun davranış bakımından onlardan beklenen özen subjektif olarak ortalamadan daha düşük olacaktır. Diğer yandan bu hüküm gereği koruma ve davranış yükümleri taraf iradelerine tabi olacak, buna bağlı olarak avukatın mesleki sırları ifşa edebileceğine ilişkin anlaşmalar geçerli sayılmak

sözleşme konusu asli edimin ifası bakımında işçiye düşen sorumluluğu tanımlar.

Özen (ihtimam), kavram olarak, bir işin görülmesinde, yapma fiilinin icrasında gösterilen dikkat, itina, çaba, azim, önem, ciddiyet, basiret, tedbir, incelik, düzen, doğruluk, titizlik, vazife sorumluluk hissi olarak tanımlanabilir; karşıtı olan özensiz ise üstünkörü, hatalı, düşüncesiz, umursamaz, sorumsuz, düzensiz, dikkatsiz, ihmalkar, savsaklayarak işin yapılmasını ifade eder<sup>6</sup>.

Özen kavramı, hukuki anlamında, sözleşme ilişkisi bakımından sözleşme amacını, menfaatini gerçekleştirmeye yönelik irade ile tutumu, fiili tanımlar. Özen borcu, edimin ne surette ifa edileceğini belirler, edimin doğru ifasına yardım eder<sup>7</sup>.

Özen borcu, iş görmeye ilişkin tüm edimler bakımından geçerli olup<sup>8</sup> işin ayıpsız, nitelik ve nicelik olarak sözleşmeye, sözleşme amacına uygun olarak görülmesini temin eder. Özen yükümü “doğrudan asli borcun (edim yükümünün) ifasını sağlama ve kolaylaştırmaya hizmet eden..., ifa menfaatini (edimsel tatmini) yerine getirmeye yönelik” olmakla yan yüküm niteliği göstermektedir<sup>9</sup>.

Özen, görevlerin yerine getirilmesi sırasındaki dikkat ve itina, sarf edilecek gayretten öte borçluya görevler doğuran ve yükleyen bir kaynağı ifade eder<sup>10</sup>; yapma ediminin borçlusu özen yükümlülüğünün gereği olarak gerekli tutum ve fiillerde bulunacak, tedbirleri alacak ve amaca ulaşmayı engelleyecek her tür fiilden kaçınacaktır<sup>11</sup>. Özen yerine göre dikkatli çalışmak, yerine göre gerekli tedbirleri almak anlamına gelebilir. Kimi işler bakımından işin vaktinde, çabuk, acil, hızlı, gecikmeden yapılması önem taşır. Kimi zaman özen, uygun fiil, tutum, hareketin seçilmesidir. Özen borcunun mahiyeti

---

gerekecektir. Bu durum ise hukuki güvenliğin, toplum düzeninin, borç ilişkilerine dayanan ekonomik hayatın sarsılması, kişilerin suçta, ahlaksızlığa teşvik edilmesi anlamına gelecektir ki kanun koyucunun böyle bir hukuki sonucu öngördüğü kabul edilemez.

<sup>6</sup> Ayrıntı için; Gümüş, Özen syf.47; Başpınar, Özen syf.121

<sup>7</sup> Başpınar, Özen syf.75 ve 142

<sup>8</sup> İnal, Borç syf.143

<sup>9</sup> Gümüş, Özen syf.122

<sup>10</sup> Başpınar, Özen syf.148

<sup>11</sup> Başpınar, Özen syf.157

hukuki ilişkinin niteliğine, faaliyetin (işin) niteliğine, taraf iradelerine ve özellikle sözleşme şartlarına, somut durumun gereklerine göre somutlaşır<sup>12</sup>.

Özen; bir yandan hukuka, sözleşmeye, dürüstlük kurallarına, iş görme borcuna, işe ve somut şartlara, sözleşme maksadına uygun, gereken fiil ve hareketleri, tutum ve tavrı; bir yandan da bu uygun fiil ve tutumlar için uygun bilinç ve iradeyi gerektirir. Özenin dış dünyaya yansıyan maddi unsuru dış özen, borçlunun zihni ve fikri sahasında kalan manevi unsuru iç özen diye adlandırılmaktadır<sup>13</sup>.

Dış özenin ihlali, iş görenin işini ifası sırasında yapması gerekeni gereken nitelik ve nicelikte ya da hiç yapmaması veya yapmaması gerekeni yapması ile oluşan sözleşme ilişkisine aykırı durumu, kısaca hukuka (sözleşmeye) aykırılık unsurunu ifade ederken, iç özen ihlali ise iş görenin bir maddi aykırılığa farkındalığından, bilinç ve iradesinden dolayı kınanabilirlik durumunu, kısaca kusur unsurunu ifade eder. Hukuka aykırılık ile fiil ve hareketin hukuk düzenine uygun olup olmadığı, kusur ile bu fiil ve hareketin hukuk öznesine yüklenebilirliği kastedilmektedir; dolayısıyla dış özen ihlali, hukuka aykırılık unsurunu, özen ihlalinin objektif, borçludan soyut yönünü, iç özen ihlali, kusur unsurunu, özen ihlalinin subjektif, borçlu ile alakalı yönünü teşkil eder.

Özenin mahiyeti başlı başına işçinin özen borcunu belirlemede yeterli gelmez, işçinin fiil ve iradesinin mahiyete uygunlukta yakalaması gereken seviye özen borcunun sınırlarını çizer. Özenin ölçüsü, işçinin işi ifa sırasında göstereceği gayret ve dikkatte, alacağı tedbir ve işleyeceği fiil ve hareketlerde zorlaması, ulaşması gereken noktayı, aşamayı ifade eder. Özen ölçüsü (derecesi) somut sözleşmedeki ve somut durumdaki özen borcunu belirler; özen nasıl ki iş görme borcunun içini doldurmakta, özen ölçüsü de özen borcunun içini doldurmaktadır. Dolayısıyla özen borcunun ihlali, özen ölçüsünün ihlali demektir. Özen ölçüsü bu anlamda sadece kusuru değil,

---

<sup>12</sup> “Vekilin iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için hayat deneylerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması özen borcunun konusunu teşkil eder.” Tandoğan, Özel Borç II syf.410

<sup>13</sup> Bu kavramlarla ilgili ayrıntılı bilgi için: Gümüş, Özen syf.48-52; Başpınar, Özen syf.172-177

hukuka aykırılık unsurunu da belirlemektedir<sup>14</sup>. Nitekim özen ölçüsü sözleşmenin bir parçasıdır, işçinin ifa sorumluluğunun çerçevesini çizer ve bu çerçeve içinde kalan edim fiilleri akde (hukuka) aykırılık teşkil etmez.

“İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi...” ilke olarak “akde göre tayin olunur”(BK m.321/f.2 c.2); sözleşmeyi oluşturan tüm unsurlar ve hükümler özenin derecesinde belirleyici olabilirler. Taraflar arasında hak ve borç olan tüm hususlar tarafların ortak iradesine dayanır. Sadece açıkça kararlaştırdıkları değil zımnen mutabakata vardıkları ya da kastettikleri hukuki müessesenin gereği olan hususlar da bu ortak iradede sayılır ve taraflar arasında hakim olur. Özen ölçüsünü tayinde iki temel kıstasa başvurulabilir; ilk olarak borçludan soyut olarak işin niteliğinin esas alındığı objektif kıstas ve ikinci olarak somut sözleşme bakımından borçlunun şahsının esas alındığı subjektif kıstas.

Özeni belirleyen ilk kıstasa göre, işin amaca uygun olarak görülmesi için emsal durumda, borçludan soyut olarak, standart-ortalama-vasat düzeyde herhangi bir iş görenden beklenebilecek objektif dikkat, itina ve çaba, objektif fiil, tutum ve tedbirler esas alınır. Objektif kıstas dikkate alındığında sözleşme gereği işçiye veya iş görme yükümlüsü borçluya düşen görevin, işin özelliklerinin ve niteliklerinin ve somut durumdaki maddi ve manevi koşulların gerektirdiği dürüst, makul, orta-vasat düzeyde bir kimseden beklenen tüm gayret ve itina gösterilmelidir<sup>15</sup>. Sözleşme konusu bir meslek, bir sanat ise bu mesleğin, sanatın genel kabul görmüş kuralları; meslek kuruluşlarının, devletin, o mesleğin genel kabul görmüş otoritelerinin düzenleme ve uygulamaları; yasal mevzuat; meslek etiği; müdebbir, orta bilgi ve kabiliyette bir meslek erbabının göstermesi gereken gayret ve dikkat objektif özen ölçüsünün belirlenmesinde esastır.

<sup>14</sup> Somut bir olayda, sözleşme ve çalışma şartları dışında, somut durumun arz ettiği geçici, tesadüfi şartlar da son safhada özen ölçüsünü tayinde belirleyici oluyorsa, bu takdirde kusur unsuru ön plana çıkmaktadır. Şoförlük yapan işçinin sorumlu olduğu aracın lastiğinin patlaması durumunda ya da bakımsız lastik dolayısıyla fren mesafesinin uzamasından dolayı kaza geçirmesi durumunda hukuka aykırılık oluşur, ancak lastiğin patlamasında ya da kazanın oluşumunda yol şartlarının etkili olduğu ya da lastik standartlara ve yola uygun olsa dahi kazanın gerçekleşeceği anlaşılıyorsa işçinin kusuru tartışma konusu olacaktır.

<sup>15</sup> “... uzman bilirkişi yardımı ile işyerinde keşif yapılarak yaptırılan işin standartlara uygun olup olmadığı, uygun ise davacının makul bir süreçte aynı işi yapan diğer işçilere göre bir performans düşüklüğü gösterip göstermediği ... saptanmalı...” Y. 9. HD 24.06.2004 tarih 2004/3740E. ve 15625K., Tekstil İşveren sayı 305 syf.43; bu karar ile Yüksek Mahkeme objektif kıstası iş sözleşmesine uygulamaktadır.

Özen ölçüsünü belirleyen ikinci unsur işçinin (iş görenin) sahip olduğu “malumatı derecesi ve mesleki vukufu” ile “istidat ve evsafı” (BK m.321/f.2 c2) bir başka deyişle işçinin şahsıdır<sup>16</sup>. Kanun, işçinin şahsına ilişkin, bilgisi, uzmanlığı, mesleği, tahsili, ehliyet ve ruhsatları, tecrübesi, yetenek ve becerileri, bedeni ve ruhi yapısı, mizacı, karakteri, eğilimleri, nitelikleri gibi hususların işverenin bildiği ya da bilmesi gerektiği nispette özen ölçüsünde belirleyici olabileceğini eklemektedir.

Gerçekten de iş görme edimli sözleşmelerin ve özellikle iş sözleşmesinin kuruluşunda ve şartlarının şekillenmesinde iş görenin şahsı önem taşır. İşveren bir kişiyi istihdam ederken, işinde değişiklikler yaparken veya iş sahibi işi bir kimseye tevdi ederken, ona sorumluluk, görev ve yetkiler verirken; onun mizacı, beceri, tecrübe, kabiliyeti, karakteri gibi şahsına ilişkin hususları dikkate alır. Kaldı ki, her emek başlı başına münferit, kendine özgü bir değerdir. İş görenin ve işçinin şahsı, sözleşmenin bağitlanması ile beraber tarafların ortak iradesi olur ve taraflar arasında hüküm ifade eder<sup>17</sup>. Özen yükümü, tarafların ortak iradesine (sözleşmeye) dayandığından ve borçluya (işçiye) ilişkin olduğundan onun sözleşmenin unsuru olan kişiliğine bağlı olarak şekillenir. Vasıfsız işlerde dahi işveren veya iş sahibi, işçiden veya iş görenden özel nitelikler bekleme bile onun şahsını gözeterek sözleşmeyi kurar, her halde o işi görme bakımından onun zekada, kabiliyette, şahsiyette ortalama-vasat düzeyde, objektif kıstasa uygun olduğunu varsayar. Sözleşmeden, gerek sözleşme öncesi müzakerelerden gerek ücret, işin niteliği gibi sözleşme şartlarından, işverenin, işçinin (iş görenin) özelliklerine önem vermediği anlaşılıyorsa bu takdirde objektif unsur ön plana çıkar.

Somut bir olayda ihlalin ve özen ölçüsünün tespiti bakımından her iki kıstasın da dikkate alınması gerekmektedir. Öncelikle işin niteliği bakımından asgari ve azami dış ve iç özen, daha sonra hizmetin görüldüğü maddi ve manevi koşullar göz önüne alınarak ortalama kişiye yüklenebilecek asgari ve azami ölçüler arasında kalan özen derecesi tespit edilmelidir. İkinci aşamada

<sup>16</sup> Akdi yüküm niteliğindeki özen borcunda borçlunun şahsı dikkate alınır da haksız fiiller alanında ortalama-standart vatandaş, vasat bir kişilik dikkate alınır. “Objektifleştirilmiş bir özen ölçüsünün kıstas olarak alınması, toplum hayatının belli bir standardın altına düşmesini engellemeye yaramaktadır.”; İnal, Borç syf.158.

<sup>17</sup> Alacaklı borçlunun ifa yeteneklerine güvene bildiği ölçüde toplumdaki değerler paylaşımı, hukuki ve sosyal ilişkiler sağlıklı ve toplum ve birey yararına işler; Gümüş, Özen syf.48.

dikkate alınacak işçinin (iş görenin) şahsının, sübjektif unsurun ise, belirli bir faaliyette bulunabilme iktidarı ile kişilik yapısı ve manevi değerleri ifade etmekle objektif ölçülere göre belirlenmiş özen ölçüsünü genişletip daraltabileceği gibi objektif özen ölçüsüne tesir etmeyecek olması da muhtemeldir.

## **B) İŞ SÖZLEŞMELERİNDE İŞÇİNİN ÖZEN BORCU**

### **1) İŞÇİNİN ÖZEN BORCUNUN AKDİ İŞLEVİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ**

İş görme edimi hizmet ilişkileri bakımından diğer iş görme edimli hukuki ilişkilere nazaran farklı görünümler taşır. Nitekim her bir hukuki ilişkinin konusu akdi menfaat ve iş görme ediminin bu menfaate ulaşmaktaki rolü farklılıklar arz etmektedir.

İşçi emeğini devamlı surette işverenin menfaatine sunarken işveren bunun karşılığında belli bir bedel ödeme borcu altına girmektedir. Bu ilişkiye kaynak olan ise iş sahibi için bir değer taşıyan, onun için menfaat teşkil eden, bedeni veya fikri emek gerektiren bir ihtiyaçtır. Bu ihtiyaç devamlılık arz eden hususlar olarak anlaşılmalıdır. Gelip geçici, belli olmayan zaman aralıklarıyla ortaya çıkan, tek seferlik, beklenmedik, anlık ihtiyaçlar hizmet ilişkisine kaynak teşkil edemezler. Emek gerektiren bu ihtiyacın karşılanması muayyen bir asli (nihai) menfaate yönelik bir temel faaliyetin devamını temin eder. Bu temel faaliyet alt faaliyetlerden oluşur ve bunların ayrı ayrı veya belli bir düzen, organizasyon içinde ifasıyla işler<sup>18</sup>.

Bu temel faaliyet genelde ticari olmakla ticari kazanç, kar asli menfaatini hedef alır ve şirket, işletme, teşebbüs (girişim) gibi sıfatlarla tanımlanır. Bir fabrika, market, sigorta şirketi, tamir atölyesi, özel hastane ve ticari faaliyetlerin görüldüğü ve kazanç gayesi güden benzeri örgütlenmeler yanında dernek, vakıf gibi çok çeşitli gayeleri hedef alan örgütlenmeler, apartman yönetimi, ev idaresi, özel ulaşım gibi özel ve münferit menfaatlerin karşılandığı faaliyetler, belediye, okul, sosyal sigorta kurumları gibi kamu hizmeti amaçlı kurumlar gayelerine ulaşmak için çoğu zaman gerçek kişilerin emeğine muhtaçtırlar.

<sup>18</sup> Alt faaliyetlerden hepsi hizmet ilişkisi ile yürütülüyor olabileceği gibi bir kısmı ve hatta sadece biri dahi hizmet ilişkisi ile karşılanıyor olabilir; diğer alt faaliyetler ise başka hukuki ilişkilere konu olabileceği gibi işverenin kendisi tarafından da görülebilir.

İşçi olarak adlandırılan gerçek kişilerin ihtiyaç (iş) sahibinin hizmetine sundukları emekleri sayesinde temel faaliyeti oluşturan işlerin, alt faaliyetlerin sürekliliği ve temel faaliyetin işlerliği, devamlılığı dolayısıyla bu temel faaliyetle hedeflenen nihai (asli) menfaat temin edilebilir. İşverenin, bir başka deyişle temel faaliyetin ve alt faaliyetin sahibinin sözleşmeden beklediği (akdi) menfaat için (alt faaliyetin) temel faaliyet ve nihai menfaat faydasına görülmesi, yürümesi, işlemesi, devam etmesi, sonuçlanması vb.; işin nihai menfaat doğrultusunda ifasıdır.

Hizmet ilişkisinde söz konusu temel faaliyet nihai menfaat sahibi tarafından idare edilir, yürütülür. Bu temel faaliyetin planlanması, organizasyonu, inisiyatifi, tasarrufu, riski menfaat sahibine aittir. Diğer emek temelli hukuki ilişkilerde menfaat sahibinin sözleşme konusu iş dolayısıyla öngördüğü bir temel faaliyet olsa bile taraflar arasındaki hukuki ilişki bakımından bu temel faaliyetin bir önemi olmadığı gibi emeğin yerine getirdiği sözleşme konusu faaliyetin yürütümü, hatta kimi zaman riski ve tasarrufu, esasta menfaat sahibine ait değildir. Hizmet ilişkisi dışındaki iş görme edimli sözleşme ilişkilerinde menfaat sahibi için sözleşme konusu faaliyeti yüklenen emek sahibi bu faaliyeti nasıl icra edeceğini de kanunlar, sözleşme, işin mahiyeti ve dürüstlük kuralı çerçevesinde iş sahibinin menfaatine uygun olarak esasen kendisi belirler.

İşçinin üstlendiği iş, işverenin yürüttüğü, risk ve inisiyatifini, kar ve zararını, yetki ve sorumluluklarını taşıdığı temel faaliyete tabi bir alt faaliyettir; bu faaliyet temel faaliyetin hedeflediği menfaate ulaşmak için gereken unsurlardan biri, illiyet zincirinin bir parçasıdır. İşçinin iş görmesi, alt faaliyetin temel faaliyet içindeki işlevi ve işçinin alt faaliyet içindeki işlevi çerçevesinde işverenin amacına ulaşması için bir vasıtaadır.

İşçinin borcu sonuç borcu değildir, vasıta borcudur; işverene karşı faaliyetin ya da temel faaliyetin amacına ulaşacağı veya faaliyetin işverenin beklediği sonucu ya da faydayı temin edeceği taahhüdü altına girmez. İşçinin taahhüdü, işverenin beklediği ya da beklemeye hakkı olan menfaati temin için gereken çalışmayı, gayreti, dikkati vb... göstermek, kısaca gerekli özeni sarf etmektir. İşveren, işçinin işini özenle ifa etmesi dışındaki tüm diğer sebeplerin riskini ve inisiyatifini taşımaktadır; diğer işçilerin seçimi, çalışmaları, iş ile ilgili



malzeme, araç gereç, hammadde, altyapı, çalışma ortamı, bunların amaca yönelik sevk ve idaresi sonuca etkili unsurlar olmakla işverenin hakimiyet alanında kalmaktadırlar. Tüm bu unsurların yanında işçinin çalışması ve özen yükümü, bir başka deyişle emek unsuru, işin niteliğine göre değişen nispette sonuca tesir eden kuvvetli bir sebeptir. Faaliyetin ve kimi zaman da temel faaliyetin sonucu, işçinin özen yükümüne uygun davranıp davranmadığının göstergesi olabilmektedirler; ama alt ya da temel faaliyetten beklenen menfaatten sapmalar bizatihi sözleşme ihlali kabul edilemezler.

Temel faaliyeti örgütleyen, sevk ve idare eden, gayeyi yakalamak için tüm sebeplere hakim olan işveren, sadece temel faaliyetin değil, işçinin gördüğü faaliyetin de neticesinden, menfaati temininden sorumlu ve menfaat sahibidir. Temel faaliyetin sahibi olan işverenin semere ve zararları üstlenmesi işin gereğidir; bunun aksine olarak, temel faaliyetin yükünün, sonuca varmada sadece bir amil olan işçinin üzerine yıkılması hukuken kabul edilemez. Özen yükümü hakkında, temel faaliyetin riskinin işçinin üzerine yıkılması anlamına gelebilecek taraflar arasındaki anlaşmalar geçersizdir.

Özen yükümü, iş sözleşmesinin unsurlarına bağlı olarak şekillenen, tarafların ortak iradeleri ile içi dolan bir kavramdır. Özen borcunun bir davranış yükümü (yan borç) olduğu yönünde görüşler yanında asli borcu tamamlayan bir yan yüküm ya da asli edimin yanında ama ondan bağımsız bir yan edim veya asli borçlardan biri olduğu yönünde görüşler de mevcuttur<sup>19</sup>.

Yan borç olduğunu düşünen yazarların kimisi bu kavramın temellerini taraflar arasındaki güven ilişkisine dayandırmakta muhafaza ve koruma yükümleri dahilinde, kimisi işçinin sadakat borcu kapsamında değerlendirmektedir. Özen yükümü, edim borcundan bağımsız, salt taraflar arasındaki sosyal ve ekonomik ilişkinin gereği olarak kabul edilemez. Özen, hukuki güvenliği, işverenin sosyal ve ekonomik emniyetini, genel menfaatlerini korumaktan çok onun sözleşmeden beklediği menfaatin teminatıdır. İşçinin özen ile ifa mecburiyeti işverenin menfaatlerini gözetmek, ona zarar verici hareketlerden kaçınmak yükümlerinin bir gereği olmaktan çok işin dürüstlük kurallarına ve

---

<sup>19</sup> Özenin hukuki niteliği hakkında doktrindeki teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için; Başpınar, Özen syf.147-154, Gümüş, Özen syf.130-144 ve davranış borcu olduğu yönündeki görüş için; Soyer, İşgörme syf.119-120

taahhütlere uygun biçimde görülmesinin gereğidir. İşçinin, işini özensiz (kötü) ifa ettiği takdirde işverenin zarara uğraması ya da zarar tehlikesine düşmesi mümkünse de bu genel davranış kurallarından ziyade ahde vefa ilkesinin konusudur; nitekim gerçekleşen zarar veya zarar tehlikesi akdi menfaatin teminindeki ayıptan kaynaklanmaktadır.

Bu noktada özen yükümünün bir asli ya da yan edim olduğu görüşleri ön plana çıkmaktadır. Özen, asli edim borcundan bağımsız değildir, onu tamamlar, vasıflandırır, sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına uygun kılar, ama asli edimin kendisi değildir. Özen yükümü işçiye çeşitli yan edimler yükleyebilir, ama kendisi bağımsız bir edim borcu değildir.

Uluslararası nakliyat yapan çekici operatörünün (tır şoförünün) asıl edimi, taşıma konusu malın bir ülkeden diğer bir ülkeye taşınması ve malın bildirilen yerde teslimidir; özen yükümünün gereği olarak (asli ediminin yanında ama ondan bağımsız olarak) malın zarar görmeden taşınması, teslimatta evrakların gereği gibi doldurulması akdi menfaatin tamam olması için şarttır. Bunun yanında şehir hatlarında yolcu taşımacılığı yapan şoförün yolcu taşıması işi, duraklardan yolcu alması ve duraklarda yolcu bırakması asli edimlerini gerektirir ve durakları atlaması ile (zincirleme haldeki asli edimlerden bir veya daha fazlasını ihmal ederek) özen yükümü ihlal edilmiş ve akdi menfaat o ölçüde eksik yerine gelmiş olur. Görüldüğü üzere özen yükümü edim borçlarıyla ilgilidir, ama asli ya da yan edim olması hukuki sonuçları bakımından çok da önemli değildir; nitekim her halükarda alacaklının sözleşmeden beklediği menfaatin ne ölçüde ihlal edildiği, ne ölçüde zarar gördüğü özen ihlalinin hukuki sonuçlarının belirlenmesinde değerlendirilecektir. İhlalin ve ağırlığının tespiti ise işçiye düşen özen ölçüsünün tespitine bağlıdır. Genel itibariyle işçinin özen borcunun anlaşılması ve özel olarak işçinin özen ölçüsünün tespiti, iş sözleşmesinin unsurları vasıtasıyla ve özellikle taraf iradelerinin araştırılması ile mümkün olacaktır.

## **2) İŞ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI ÇERÇEVESİNDE İŞÇİNİN ÖZEN BORCU**

### **a) İŞGÖRME BORCU VE HİZMET UNSURU**

Hizmet ilişkisi bakımından temel menfaatin teminini sağlayan asıl edimlerden biri sözleşme konusu işin görülmesidir. İşçinin yerine getirmekle yükümlü olduğu iş görme edimine konu iş; vida sıkıkmak, telefonlara cevap vermek, çöp toplamak, zemini temizlemek, araba yıkamak gibi basit yapı ve vasıf gerektirmeyen ya da cam işleme, ahşap eşya yapımı, araba tamiri, bilgisayar imal ve tamiri, hukuki işlem yapılması, dava takibi, bir ticaretgahın idaresi gibi karmaşık ve vasıf gerektiren bir faaliyet olabilir. Hatta bu faaliyet bir temsil ilişkisi içinde dahi yürütülebilir. Emeğe ve dolayısıyla vekalet, istisna gibi emek edimli sözleşmelere konu olabilecek hemen her tür faaliyet iş sözleşmesine de konu olabilir. İş sözleşmesini bu sözleşmelerden ayıran faaliyetin türü değildir.

Eser sözleşmesinde<sup>20</sup> müteahhit iş sahibinin talebine uygun olarak somut bir eser meydana getirir; taahhüdü esere, neticeye yöneliktir. Müteahhidin hedeflenen sonucun (eserin) elde edilmesi bakımından görülen işi (faaliyeti) kendisinin yürütmesi, risk ve inisiyatifini üstlenmesi esastır. İşçinin işverene gördüğü iş de bir eser meydana getirmek olabilir, ama onun eser meydana getirmeyi (esere yönelik faaliyeti) üstlenmesi eserin üstlenilmesinden farklıdır<sup>21</sup>. İşçi, eseri, neticeyi taahhüt etmez. Onun sorumluluğu hazırlıktan neticeye kadar uzanan safhalardan oluşan bir faaliyetin kısmen veya tamamen görülmesi ile sınırlıdır. Sebep yani faaliyetin görülmesi ile netice yani eser arasındaki illiyet işverence beklenen menfaatin gerçekleşmesini sağlayabilir, ancak bunun gerçekleşmediği hallerde bundan doğrudan işçi sorumlu tutulamayacaktır. Ücretin kısmen ya da tamamen işçinin sağladığı menfaate veya faaliyetin sonucuna bağlandığı parça başına, yüzde usulü, prime dayalı ücretle çalışmalarda dahi ücretlendirilen sağlanan menfaat ya da netice değil, yapılan çalışmanın niceliği ve işçinin ifa kalitesi, performansdır<sup>22</sup>; üstelik işçi asgari ücret garantisine altındadır. Diğer yandan yeterli iş verilmemesinin sorumluluğunu taşıyan işveren (BK m.324),

<sup>20</sup> Eser sözleşmesinin özellikleri hakkında; Tandoğan, Özel Borç II syf.1-35, Yavuz, Borçlar Özel syf.265-273

<sup>21</sup> Eser-İş sözleşmelerinin karşılaştırılması; Tandoğan, Özel Borç II syf.35-39

<sup>22</sup> “İş görme süreci içinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi işçinin performansını oluşturur. Birim zamanda harcadığı emeğin sonucu olarak ortaya çıkan üretim düzeyi ya da miktarı ise işçinin verimliliğini teşkil ederler. Buna göre performansı yüksek olan işçinin veriminin de yüksek olması beklenir. Ancak, performans düzeyi esas itibarı ile işçinin şahsına bağlı olduğu halde; verimlilik düzeyi tek başına belirlediği bir sonuç değildir. İşçinin performansı yüksek olsa da bu performansa uygun verimlilik sağlayacak çalışma koşulları ... gibi etkenler yetersiz ya da olumsuz ise verimlilik düşük olacaktır.” Uzun-Çelik, Seminer syf.76

gerektiğinde işçinin yeterli performansı, yeterli çalışmayı (işçinin ifada nitelik ve nicelik olarak belirli bir seviyeyi) gösteremediğini, bir başka deyişle özen borcunda gösterdiği seviyeyi ispatla yükümlüdür.

Vekalet sözleşmesinde<sup>23</sup> vekil, müvekkili menfaatine yürüttüğü bir işi görür. İşçi gördüğü işi yürütmez, işverenin yürüttüğü işi görür. Vekilin taahhüdü esasta neticeyi ihtiva etmez, ama netice taahhüt edilirse ifa neticenin gerçekleşmesi ile tamam olur. İşçinin yürüttüğü işte de işverenin beklentisi, talebi ve işçinin gayreti, taahhüdü neticeye yönelik olabilir<sup>24</sup>. Ancak neticenin gerçekleşmemesi işçi bakımından tek başına ademi ifa kabul edilemez.

Vekilden<sup>25</sup> ve müteahhitten<sup>26</sup> farklı olarak işçinin sorumluluğu, faaliyetin sonucunda belirli bir eserin meydana getirilmesi ya da faaliyetin yürütülmesi değil sözleşme konusu bu faaliyetin gereği gibi görülmesinden ibarettir. İşçi işini gereği gibi yerine getirirse bile işin ya da bağlı olduğu faaliyetin yürütümü işverene ait ve neticeye tesir edebilecek birçok unsur işçinin tasarrufu ve sorumluluğu dışında olmakla beklenen netice işçinin gördüğü işten bağımsız olarak ya da bu işin yanında işçinin sorumluluğu ve riski dışındaki başka unsurların da etkisiyle gerçekleşmemiş olabilir.

İş görme borcunun ve dolayısıyla özen borcunun konusu olan faaliyet (iş) özen borcunu belirleyen öncelikli unsurdur. İşin niteliği ve işin yapıldığı (edimin ifa edildiği) maddi ve manevi koşullar, işçinin sorumlu olduğu özen yükümünün mahiyetini ve derecesini belirleyen temel unsurlardır.

İşin vasıflı vasıfsız olması, bedeni veya fikri emek yoğun olması, uzmanlık gerektirmesi, bir meslek alanına ya da dalına ait olması, ağır ya da tehlikeli olması, özel kanunlara tabi olması ve benzeri hususlar özenin kapsamında etkili olurlar.

İşçi-işveren arasında vekalet ya da temsil ilişkisi varsa işin ve özen yükümünün kapsamında bu hukuki müesseseler etkili olur; işverene vekil olan ya da onu temsil eden işçi, işi, işverenin iradesine uygun ifa etmelidir.

---

<sup>23</sup> Vekalet sözleşmesinin özellikleri hakkında; Tandoğan, Özel Borç II syf.355-375, Yavuz, Borçlar Özel syf.350-360

<sup>24</sup> Vekalet-İş sözleşmelerinin karşılaştırılması; Tandoğan, Özel Borç II syf.375-377

<sup>25</sup> Vekilin özen borcu hakkında; Tandoğan, Özel Borç II syf.409-436, Yavuz, Borçlar Özel syf.370-372

<sup>26</sup> Müteahhidin özen borcu hakkında; Yavuz, Borçlar Özel syf.274-276, Tandoğan, Özel Borç II syf.51-70. Eser sözleşmelerinde müteahhit sonuç ve teslim borcu taşıdığından onun ağırlıklı olarak önem taşıyan borcu özenden ziyade ayıba karşı tekeffül borcudur.

İşçinin sorumlu olduğu işi düzenleyen, sınırlandıran yasal kaynaklar veya mesleki normlar varsa işin bunlara uygun görülmesi gerekir. İşçi, duruma göre kendisine verilen yetkileri kullanmalı, yerine göre inisiyatif almalıdır. İşçi yetkisini aşmadan sorumluluklarını yerine getirmelidir. İşçi, işi gereği bir üçüncü kişinin vekaletini üstlenmişse bu vekaleti müvekkile sadakat ile yürütmesi özen borcunun konusunu teşkil edecektir. Kimi işlerde işçinin hızlı çalışarak çok iş üretmesi özenin göstergesi olabileceği gibi kimi işler bakımından işçiliğin ince ve titiz olması öne çıkar.

Sözleşme konusu iş esasen özen yükümünün içeriğini belirlemekle beraber, bu işin niteliği bazı durumlarda ortalama-vasat bir kişiden beklenebilecek özeni yukarı veya aşağı çekebilir.

İş vasıflı ise esas alınacak olan herhangi bir kişinin değil bu işin gerektirdiği bilgi, beceri ve tecrübeye sahip olduğu varsayılan uzman kişinin standartlarıdır. Söz konusu olan iş bir meslek ise bu mesleğin erbabı esas alınır.

İşin taşıdığı güçlük, zorluk, önem, incelik, risk ve tehlike daha yüksek bir özen gerektirebilir, bu nitelikte işler işçiden beklenecek özen ölçüsünün yüksek olmasına sebep olur; gıda güvenliği, insan sağlığı, hava taşımacılığı, yapı denetimi gibi işleri gören işçilerden (veteriner hekim, cerrah, pilot, kontrol mühendisi gibi) daha yoğun ve daha kuvvetli gayret ve itina beklenir. İşin taşıdığı güçlükler ve işveren bakımından önemi arasındaki denge, özen ölçüsünü belirlemede dikkate alınmalıdır<sup>27</sup>. İşçinin, sabah işe gelirken uğrayabileceği bir yere başka işleri varken öğlen sıcağında gidip dönmesinin beklenmesi ölçülü değilse de aynı işin aciliyet taşınması durumunda işçinin ertesi günü beklemeden o işi yetiştirmesi gerekir.

İşin niteliği belli oranda zarar veya kusur riskini taşıyorsa, olağan şartlar altında ortalama bir işçi ne kadar özen gösterirse gösterebilir bu oran nispetinde hata işlemesi veya gördüğü iş dolayısıyla zarar doğması normaldir; bu ölçüler içinde kalan kusurlu hareketler veya verilen zararlar hukuka aykırılık teşkil etmez. Bu tür işlerin bünyesinde bulunan kusur veya zarar potansiyeli işverenin sorumluluk alanında kalmakta, işletme rizikosu

---

<sup>27</sup> İşin öneminin az olması durumunda ise özen yükümlülüğü zayıflar. Tandoğan, Özel Borç II syf.411 ve dipnot 17.

teşkil etmektedir<sup>28</sup>. Zaten, bu çerçevede seri ve tempolu üretim ve hizmet verilen kasiyerlik, tekstil dikim gibi işlerde veya kullanılan makineye, üretim şekline vb... göre zararın normal olduğu işlerde işveren temel faaliyeti bu olağan riske göre düzenlemek ve zarar veya kusurun temel faaliyete menfi tesirini azaltacak ya da ortadan kaldıracak tedbirler almak mecburiyetindedir.

Üretimde belli oranda kalite sapmaları, üretim hataları normal olduğundan üretim denetim, kalite kontrol elemanlarının istihdamı söz konusu olmaktadır. Ancak zararın veya kusurun niteliği, oluş biçimi, yüksekliği olağanı aşan nispette ise bu takdirde özen ihlalinden söz edilebilecektir. Olağan olan sayının üzerinde defolu ürün imal eden ya da işini savsaklayarak mutad bir tedbiri almayan ya da yüksek miktarda veya sık kasa açığı veren işçinin hareketi hukuka (dış özene) aykırıdır.

Özenin ölçüsünü belirleyen diğer bir objektif unsur da işçinin işi yaptığı sıradaki maddi ve manevi koşullardır; bu koşullar, işçinin iş görme kabiliyetini, zihni ve bedeni melekelerini, ondan beklenebilecek dikkat ve gayreti iyi ya da kötü yönde etkileyebilir. İşverenin işçiye sağladığı, ifanın gerçekleştirildiği çalışma şartları işçiden beklenebilecek özeni belirleyen objektif, sözleşmeye ait unsurlardan biridir.

İşveren tarafından özenin mahiyetine uygun tedbir ve hareketler için gereken malzeme, araç gereç, eleman, eğitim bilgilendirme vb... imkanlar temin edilmişse, işçi gayret ve dikkatini, performansını dağıtmayacak, bozmayacak ve belki de onu iyi şekilde motive edecek çalışma ortamı, iş temposu altında çalışıyorsa bu imkanlara uygun ölçüde özen işçiden beklenebilir. Buna karşın işveren işçiye sağladığı imkanları aşan ölçüde özen bekleyemez; işçinin emeğini sözleşme gayesine uygun kullanabilmesi sadece kendi gayret ve çalışmasına değil, emeğin sözleşme gayesini gerçekleştirirken sahip olduğu hareket genişliği ve kabiliyetlerini hayata geçireceği alt yapı ile işçinin

---

<sup>28</sup> Bu hali, işçinin tam bir özen ile düşmeyebileceği, ama insani yetmezliklerden dolayı hata riski taşıyan işlerden ayırmak gerekir. Bu tür, kusura yatkın vinç operatörlüğü, muhasebecilik, şoförlük gibi işlerde işçinin kusurlu hareketi ile hukuka aykırılık oluşur, ancak kusur ve tazmin borcu; işin temposu, diğer maddi ve manevi koşullar, zarar miktarı, zarar riski, zarar ihtimalinin yoğunluğu, kıdem, yaş, kusursuz çalıştığı süre gibi diğer unsurlar da dikkate alınarak daha hafif tayin edilebilir veya tamamen ortadan kaldırılabilir. Zarar veya kusurla karşılaşılması nitelikleri gereği olan işlerde ise orta düzeyde bir işçi ne kadar özenli hareket ederse etsin hataya düşmesi olağandır. Zarara yatkın işler hakkında; Soyer, İşgörmeye syf.135-145 ve mesleki rizikolar hakkında; Gümüş, Özen syf.308.

emeğini kullanmak durumunda kaldığı maddi ve manevi şartlara dahi bağlıdır<sup>29</sup>.

Somut durumda işçinin çalıştığı iş temposu beraberinde olağan olarak kusurlu hareketleri, zarar veya zarar tehlikesini getiriyorsa bu ölçüler içinde işçi özen borcuna aykırı davranmış sayılamaz; işveren üretim hızını, çalışma temposunu arttırırken bu tempo altında belli ölçüde üretim kayıplarını da göze almış demektir. Aynı şekilde işveren, şoförlük yapan işçisine olağan günlük sefer süresinin üstünde araç kullandırıyor, şoförün yorgunluk, uykusuzluk, dikkatsizlikten doğan hatalarını özensizlik olarak değerlendirmesi genel itibariyle zor olacaktır. Sadece bu ölçüde dikkat isteyen işlerde değil, her tür işte, kanuni fazla mesaiyi aşkın çalışıldığı, düzenli ara dinlenmesi yapılmadığı, yıllık izin, hafta tatili, genel tatil ve özellikle sosyal yönü kuvvetli olan dini bayramlarda çalışmak zorunda kalındığı takdirde işçiden beklenebilecek özen, verim-performans normalin altında olacaktır<sup>30</sup>.

Temel faaliyetin yürütümü bakımından yeterli işgücü istihdam etmeyen işverenin işçiden bekleyebileceği özen ve verim uygun oranda istihdam ile yapılan emsal işe göre daha düşük olacaktır; buna karşın işçi, işini ifa bakımından geniş bir vakte sahipse, işin temposu emsal bir işe göre azsa, iş çok sayıda işçi tarafından görülüyor ve işçilere düşen iş yoğunluğu, iş temposu olağanın dahi altındaysa, bu imkanlar dahilinde işçiden beklenecek özen daha üst seviyede olacaktır.

İşçinin çalıştığı maddi ve manevi ortam, işyerinde maruz kaldığı olumsuzluklar ondan beklenen özeni etkiler; gözlük olmaksızın kaynak yapmak durumunda kalan işçinin hem kendini korumaya çalışması hem de işini yapması sırasında kaynak yapılan yeri kaydırmayacak kadar dikkat göstermesi beklenmeyebilir veya havasız yahut aşırı sıcak ya da aşırı soğuk

<sup>29</sup> Y. 9. HD 24.06.2004 tarih 2004/3740E. ve 15625K. sayılı kararın metnindeki ifadeden anlaşıldığı kadarıyla Yüksek Mahkeme, yaptırılan işin standartlara uygun olmamasının işçinin performansını olumsuz etkileyeceği ön kabulü ile iş standartlarına uygun olmadığı takdirde işçinin performans düşüklüğünün sorgulanamayacağı kanaatindedir. <sup>29</sup> “İşyerinde iş ve sosyal güvenlik mevzuatının hükümlerine aykırı uygulamalar ölçüt alınan performans ve verimlilik standartlarını geçersiz kılar. ... gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması ve benzeri hallerde işçinin performansının düşüklüğünden ve verimsizliğinden söz edilemez.”; Uzun-Çelik, Seminer syf.78

<sup>30</sup> “İşyerinde iş ve sosyal güvenlik mevzuatının hükümlerine aykırı uygulamalar ölçüt alınan performans ve verimlilik standartlarını geçersiz kılar. ... gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması ve benzeri hallerde işçinin performansının düşüklüğünden ve verimsizliğinden söz edilemez.”; Uzun-Çelik, Seminer syf.78

ortamda yapılan çalışmalarda işçilerin normalin altında dikkat ve gayret göstermesi, yeterli verimi yakalayamaması olağan karşılanabilecektir. Kırık, eski, yetersiz malzeme veya araç gereç ile yapılacak işlerde özenin ölçüsü düşebilir.

## **b) İŞ GÖRME BORCU VE HUKUKİ BAĞIMLILIK UNSURU**

Hizmet ilişkisi emeğin kirası olmakla<sup>31</sup> işçinin işverene tahsis ettiği işgücünün işe uygun tarzda işverenin tasarrufuna hazır tutulmasını gerektirir. Bu, “kiralananı akitten maksut olan kullanmağa salih bir halde kiracıya teslim etmek ve kira müddeti zarfında bu halde bulundurmak”<sup>32</sup> mükellefiyetinin iş sözleşmesindeki yansımasıdır.

İşçi, işveren tarafından kendisine yapma edimine konu herhangi bir iş tevdi edilmese de ifaya hazır bulunmalıdır. Hazır bulunmak işverenin emekten faydalanmasını temin edecek her tür tutum, fiil, tavır, maddi ve manevi vasfı ifade etmektedir. Fiilen iş görmeksizin iş görmeye hazır bulunma dahi temel faaliyetin devamlılığını sağlamaktadır. İşçinin, emek tahsisi gereği olarak emeğini işe müsait halde buldurması, iş görme edimini sözleşmeye uygun tarzda yerine getirilebilmesi için işgücünü her tür olumsuzluktan (ayıptan) koruması da gerekir. Tahsis keyfiyeti iş görmeye hazır bulunmak yanında işverenin yönetim hakkına tabi olmayı da ifade eder.

Hizmet ilişkisine konu işin yürütümünü ve riskini üstlenen işveren olmakla iş hakkındaki inisiyatif ve tasarruf yetkisini de elinde bulunduran odur. Rizikoyu ve yürütme yükünü taşıyan işveren iş ve temel faaliyet bakımından yönetim hakkına sahiptir; iş ve işin hedef aldığı temel faaliyet hakkındaki kararlar ve tasarruflar işveren ya da yetki verdiği kişiler tarafından görülür. Yönetim hakkı salt temel faaliyetin idaresi yetkisi değildir; işin yürütümü bakımından işverene değişen koşullara ayak uydurma esnekliği de sağlamaktadır. İşveren temel faaliyetin tüm unsurları üzerinde bu yetkiye sahip olduğu gibi emek unsuru bakımından da bu yetkiyi taşımaktadır.

---

<sup>31</sup> Roma Hukuku'nun bu yöndeki anlayışı hakkında; Girard, Droit Romain syf.603 vd.; İslam Hukuku ve Osmanlı son dönem hukukunun bu yöndeki anlayışı hakkında; Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye m.404 vd.. Her iki hukukun bu yöndeki anlayışının değerlendirilmesi; Bardakoğlu, İslam Emek syf.170-177, 190

<sup>32</sup> BK m.249-250



İşçi emeğini işe ve temel faaliyete tahsis etmekle emeğini yönetim hakkına sahip işverenin emir ve tasarrufu altına koymuş olmaktadır. İşveren bu yetkisini faaliyetin nitelikleri, bundan doğan ihtiyaç ve zorunluluklar, faaliyetin düzgün ve verimli yürümesi gayesi ile, bir başka deyişle işin gerekleri ile sınırlı olarak kullanabilir. Bu yetki işverene hizmet ilişkisinde değişiklik yapma hakkı vermektedir; bu değişiklikler işçi bakımından çalışma şartlarında<sup>33</sup> önemli ve esaslı farklılaşma neticesi doğurmuyorsa işçiyi bağlamaktadır; eğer işveren çalışma şartlarında esaslı değişikliklere gidecekse bunların geçerli olması için işçinin rızası gerekmektedir<sup>34</sup>.

İşveren, ister temel faaliyette değişikliğe yönelik olsun ister işin günlük yürütümünü hedef alsın, işçiler üzerindeki yönetim hakkını genel olarak ve prensipte emir ve talimatları aracılığıyla kullanmaktadır. Talimatlar genel nitelikte tüm çalışanlara yöneltilebileceği gibi münferit nitelikte işçilerin şahsına münhasır olarak da yöneltilebilir. Bu talimatlar doğrudan işin yürütümüyle ilgili olabileceği gibi temel faaliyetin ve asli menfaatin korunmasına da yönelik olabilir; işin yapılış tarzı (araç gerecin, malzemenin ve hammaddenin kullanımı, iş görmenin yöntemi, usulü, yeri, iş görme edimine yönelik fiil ve hareketler gibi), işin ve özellikle temel faaliyetin düzenlenmesi (çalışma saatleri ve süresi, izinler, molalar gibi) doğrudan işi ilgilendirmekteyse de işçinin işyerindeki ve kimi durumlarda işyeri dışındaki tavır ve davranışları gibi doğrudan iş görme edimine yönelik olmamakla beraber temel faaliyete ve asli menfaate tesir edebilecek hususlar da talimata konu olabilirler. Bunların bazıları iş görme yöntemine yönelik (teknik talimatlar) ise de diğer kısmı da işçinin kişilik alanına müdahale (kişisel talimatlar) niteliği taşımaktadır.

<sup>33</sup> Çalışma koşulları kavramı için; Çelik, İş Hukuku syf.98-104

<sup>34</sup> “İşveren tek taraflı tasarrufla bu sözleşmeye aykırı şekilde işlem yapması, işyeri ünvanlarında değişikliğe gitse dahi mümkün değildir.” Y. 9. HD. 05.04.2005 tarih 2004/14491E. 2005/12175K. Çalışma ve Toplum 2005/3 syf.291; “İşyerinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik yaratmamak koşuluyla işveren işçinin çalışma şartlarını değiştirmesi, işverenin yönetim hakkı ile ilgilidir. Ancak çalışma koşullarındaki esaslı değişiklik işçinin yazılı kabulüne bağlıdır.” Y.9.HD. 28.09.2005 tarih 2005/177E. ve 31540K. Çalışma ve Toplum 7 syf.150; aynı yönde Y.9.HD. 14.09.2005 tarih 2005/21940E. ve 29885K. Çalışma ve Toplum 7 syf.170, Y.9.HD. 13.09.2005 tarih 2005/28871E. ve 29768K. Çalışma ve Toplum 7 syf.183, Y.9.HD. 25.10.2005 tarih 2005/18642E. ve 34530K. Çalışma ve Toplum 9; ayrıca Çelik, İş Hukuku syf.103 ve 193. Esaslı değişiklik kavramı çalışma koşullarının işçi aleyhine ağırlaştırılması olarak özetlenebilir; Y.9.HD., 16.03.2005 tarih 2005/9-88E. ve 157K., 21.12.2005 tarih 2005/14209E. ve 40453K.

Yönetim hakkı işverene, talimat hakkının yanında işçi üzerinde denetim hakkını da tanımaktadır; işveren işçilerin kanunlara ve sözleşmeye, genel ve özel talimatlara, işverenin ve temel faaliyetin menfaatine uygun olarak ve aykırı düşmeden davrandığını denetleme hakkına sahiptir. Bu sadece bir hak değil, ayrıca işveren bakımından koruma yükümleri dahilinde bir borçtur. İşveren, denetim hakkı çerçevesinde işçinin özen yükümlerini yerine getirip getirmediğini, özen ölçüsünü ihlal edip etmediğini, işçinin verim, performans ve yeterliliğini murakabe edebilir.

İşçi, işverenin yürütüm sorumluluğu ve yetkisi altındaki bir temel faaliyete bağlı olarak iş görmekle aralarındaki hukuki ilişkiyle bağlantılı faaliyet ve davranışları bakımından bu ilişkinin gereği olarak işverenin yönetimi ve denetimi altına girmiş olmaktadır. İşçi, işverenin yönetim ve talimatlarına uygun ve bağlı olarak iş görür; bu hukuki bağımlılık özellikle işçinin kişisel alanını ilgilendiren talimatlar bakımından yoğunluk kazanır. Hizmet ilişkilerindeki bağımlılık unsuru birçok hukuki sonucu beraberinde getirir; işçinin netice sorumluluğunun bulunmaması, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu, ücretin hukuken güvence altına alınması gibi.

Temel faaliyete tüm unsurları ile hakim olan işverenin sahip olduğu yönetim hakkı, işçi üzerinde talimat, denetim gibi yetki ve sorumlulukları beraberinde getirmektedir. İşveren, talimatlar ile iş görme borcunu ve beraberinde özen yükümünü şekillendirebilir; denetim yetkisi ile işçinin çalışmasını, iş görürken özen ile hareket edip etmediğini denetleyebilir. İşçinin talimatlara uygun iş görmesi, bunlara uyması sözleşme gereği olduğundan özen yükümünün de bir parçasıdır; işçi, kendisine bildirilen talimatları özen ile uygulamalıdır. Hatta işçinin talimata ihtiyaç olan bir durumda talimat alamadığı takdirde izlemesi gereken yöntemi seçmesi bile özen ile yerine getirmesi gereken bir husustur.

İş sözleşmesinde, birbirinden kesin çizgilerle ayrılamayan, ama birbirinden ayrı incelenmesi gereken iki asli borçtan bahsedilebilir; emek tahsisi ve iş görme. Emek tahsisi, işçinin emeğini temel faaliyetin ve işverenin emri, yönetimi altına sokması, bunlar için ve bunlara uygun olarak hazır ve nazır tutması, zamanını ve iş gücünü bunlara ayırması yükümlerini ifade eder ve her zaman müspet bir fiili gerektirmeyebilir. İş görme ise bir yapma edimi olarak işçinin temel faaliyet içinde kendisine düşen faaliyeti yerine getirmesi

ameliyesidir. Her iş görme iyi kötü emek tahsisi teşkil eder, ama her emek tahsisi iş görme oluşturmaz. Müdahale edilecek durumun ortaya çıkması ihtimaline karşı itfaiyecilerin, sağlık personelinin, güvenlik görevlisinin herhangi bir iş görmeksizin işyerinde, iş görmeye hazır halde beklemesi dahi istihdamlarındaki menfaati temin eder, müdahaleyi gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde ise emek tahsisinin gereği olarak iş görme ediminin yerine getirilmesi ile menfaat elde edilebilecektir.

Emek tahsisi-iş görme arasındaki bağlantı çok farklı görünüşler alabilir, ama işçiye yüklenen özen borcu yapma edimleri bakımından önem taşımakta, asli edimi nitelendirmekte olduğundan emek tahsisi bakımından emek tahsisi-iş görme borçlarının örtüştüğü oranda geçerli olmaktadır.

İşe devam, emek tahsisi gereği olup yapma edimi olmadığından ve iş görme borcunun ön şartı olduğundan devamsızlık, gereği gibi ifadan ziyade hiç ifa etmeme niteliğindedir; burada özenli ifa değil ifa etmemenin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı meselesi söz konusudur. Devamsızlık, şartları olduğu takdirde ifa engeli niteliği kazanabilirse de<sup>35</sup> burada özen borcunun ihlal edilip edilmemesi değil, devamın mazerete dayanıp dayanmadığı, mazeretin mahiyeti, devamsızlığın süresi ve sıklığı önem taşır. Devama özen gösterilmesi ise sadakat yan borcu gereği olup dürüstlük kurallarında kaynağını bulan ve ortalama, dürüst bir vatandaştan beklenebilecek nitelikte olmalıdır, BK m.321'in çizdiği esaslara tabi özen borcundan değildir.

İşçinin, işverenin vereceği emir ve talimatlara uyması emek tahsisi gereğidir, ancak işin görülme tarzı, yöntemi ile ilgili ve edim fiili gerektiren teknik talimatlar işin ve özen yükümünün bir parçası iken temel faaliyetin düzenlenmesi ile ilgili işçinin kişiliğini ilgilendiren talimatlara uyulması salt emek tahsisi gereğidir ve özen yükümüne tabi değildir; disiplinin sağlanması ile ilgili davranış borcu yükleyen işçinin kişiliğini ilgilendiren talimatlar ise itaat borcunun<sup>36</sup> gereği olup emek tahsisi gereğidir.

<sup>35</sup> İK m.25/II-g ve III, IV. Devamsızlığın haklı sebep olması hakkında değerlendirme ve Yargıtay kararları için; Akyiğit, Kıdem syf.306 vd., syf.445 vd.,

<sup>36</sup> Talimat kavramı ve itaat borcu hakkında; Süzek, İş Hukuku, syf. 60-67; Çelik, İş Hukuku syf.103 ve 122-124 ve müeyyideleri hakkında; Süzek, İş Hukuku, syf.274

İşçinin işgücünü, zihni ve bedeni melekelerini iş görme borcuna uygun tutması, temel faaliyete bağlı ya da harici sebeplerle oluşan değişim ve değişikliklere uyarlayabilmesi, mesleği ile ilgili gelişmeleri takip edebilmesi emek tahsisi borcunun gereği olup doğrudan iş görme borcunun niteliğine tesir ettiklerinden özen yükümü dahilinde değerlendirilmelidirler.

### **c) İŞVERENİN GÖZETİM BORCU VE İŞÇİNİN SADAKAT BORCU**

İşverenin işçi üzerindeki bu yoğun yetkisi, işçinin işverene sağladığı katma değer, aralarındaki hukuki ve ekonomik bağımlılık, işverenin yönetim hakkına sahip olması ve temel faaliyet ile iş bakımından riski ve tasarruf yetkisini taşıyor oluşu ve diğer taraftan işçi ile aralarında sözleşme ilişkisi olmakla genel davranış ve dürüstlük kurallarının taraflara yüklediği sosyal ve ahlaki yükümlülükler işverene işçiyi koruma ve gözetme borcu yüklemektedir. Denetim yetkisi bu borcun yerine getirilmesini sağlayacak araçlardan biridir. Ama işveren denetimin ötesinde çok daha esaslı ve fiili tedbirler ile işçiyi her tür maddi ve manevi tehlikelerden, zararlardan korumak zorundadır. Bu çerçevede gözetim borcu gereği işveren, işçinin şahıs ve mal varlığı değerlerini korumak ve özellikle işçinin kişiliğine saygı göstermek, vücut bütünlüğünü ve malvarlığını işletme tehlikelerine karşı korumak ve zararlarını tazmin etmek, iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almak, sosyal güvenlik haklarından faydalandırmak sorumluluğu altındadır<sup>37</sup>.

Buna karşın işçinin emeğini işverene tahsis etmiş olması, işverenden sağladığı devamlı ekonomik fayda, bu faydanın işverenin riskini üstlendiği faaliyetin varlığına bağlı olması, işverenle aralarındaki hukuki ve sosyal ilişki işçiye işverenin menfaatlerini gözetme, ona zarar vermekten kaçınma ve onu zararlardan koruma yönünde sadakat ve güvenilir olma borcu yüklemektedir. İşçi, sadakat borcu gereği; işverene dürüst olmalı, davranışları, tutum ve tavırları ile işveren ile aralarındaki güven ilişkisini sarsmamalı veya zedelememeli, işverenin her tür sırrını korumalı, temel faaliyetten beklenen nihai menfaate aykırı faaliyetlerde bulunmamalı, diğer işçileri ve müşterileri rahatsız etmemeli, işverenin itibarını korumalı, işvereni tehlikeler ve önemli hususlarda bilgilendirmeli veya uyarmalı ve taraflar arasındaki sözleşme

<sup>37</sup> Uluşan, Gözetim, syf.7, 25-29, 33, 70-82.

bağının gerektirdiği güven ve yakınlık bağının gerektirdiği tüm tutum, tavır, davranışlar içinde bulunmalıdır<sup>38</sup>.

İşverenin işçiyi gözetme, işçinin işverene sadakat gösterme borçları hukuki ilişkiden kaynaklandığından hizmet ilişkisinin genel niteliklerinin yanında somut ilişkinin de özellikleri bu borçların muhtevasını belirlemede etkili olmaktadır. Ama bu borçlar taraflara hizmet ilişkisinden soyut ve bunun gereklerini aşan mükellefiyetler yüklememektedir. Bu yükümlülükler genel davranış ve ahlak kurallarının hizmet ilişkisine yansımından ibaret olabileceği gibi taraflara sözleşme öncesinde, sözleşme esnasında ve hatta sözleşme sonrasında hukuki ilişkiye konu değerlerin korunması yönünde genel davranış kurallarının ötesinde mükellefiyetler yüklemektedir. İşveren, işçinin emeğini ve bedeni ve manevi varlığını, işçi, işverenin sahip olduğu işi, temel faaliyeti ve bundan beklediği menfaatleri ve şahıs varlığını korumak ve gözetmek borcu altındadır.

İşçinin sadakat borcu, işverenin gözetim borcu gibi yan borç olarak değerlendirilmektedir. Asli borçlar edim menfaatini hedef alan yükümleri ifade ederken yan borçlar edim menfaatinin dışında kalan ama alacaklının diğer menfaatlerini, mal ve şahıs varlığını korumaya yönelik davranış yükümleridir<sup>39</sup>. İşçi işverenin kişiliğine, yakınlarının, çevresindekilerin ve özellikle ailesinin, diğer işçilerin ve müşterilerin kişiliğine saygı göstermek, dürüstlük kurallarına uygun davranmak zorundadır (İK m.25/II-b, c, d). İşçi temel faaliyete ve işverenin temel faaliyet dışında kalan maddi menfaatlerine zarar vermemeli, muhtemel zararlara karşı onu uyarmalı, gerektiğinde zarardan korumalıdır. İşçi herhangi bir şekilde işverene zarar verdiği takdirde bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür (BK m.96-108, m.41-60, m.321). Kaldı ki aralarında bir borç ilişkisi bulunmasa dahi bir kimse diğer bir kimseye kusuru ile hukuka aykırı bir fiil ile veya kasten ahlaka aykırı bir fiil ile zarar vermemeli, verdi ise bu zararı tazmin etmelidir (BK m.41-60).

Yan borçlar borç ilişkisi dışındaki genel davranış kurallarında temellerini buluyorlarsa da bunlara kaynak olan sözleşme ilişkisi ve sözleşme ilişkisinin

---

<sup>38</sup> Yavuz, Borçlar Özel, syf.244-245; Süzek, İş, syf.276; Çelik, İş Hukuku syf.124-126. Sadakat borcuna aykırılık (1475 s. İK m.17/II-d, 4857 s. İK m.25/II-e) ve Yargıtay kararları ışığında değerlendirilmesi hakkında; Akyiğit, Kıdem syf.426 vd.

<sup>39</sup> İnal, Borç syf.79

gerektirdiği taraflar arasındaki güven bağıdır; bu güven bağı sürekli edimli borç ilişkilerinde ve özellikle kişisellik unsuru ağır basan hizmet ilişkisinde daha çok önem kazanmaktadır. Yan borçlar genel davranış kuralları ile örtüşse de mükellefe daha yoğun, daha geniş, daha kuvvetli bir sorumluluk yükler; her şeyden önce haksız fiil değil, akdi sorumluluk söz konusudur. Bir kimsenin sokaktan geçerken bir dükkanda gördüğü yangına müdahalesi ve hatta yangını ihbar etmesi, can tehlikesi yoksa ahlaki bir görev olarak kalacaktır; örnekte konu edilen dükkanda çalışan bir işçi bakımından ise ahlaki değil, akdi bir yükümlülüğten bahsedilecektir.

Asli borç-yan borç ayırımı bakımından peşinen yükümlerin tasnifini yapmak mümkün değildir, somut bir hizmet ilişkisi bakımından yan borç olan davranış bir başka hizmet ilişkisi bakımından asli borç niteliğinde olabilir. Doğrudan sözleşme konusu (taahhüt edilen) işin niteliğini etkileyen aykırılıklar BK m.321 anlamında özen yükümünün konusu iken temel faaliyete, işverene zarar veren aykırılıklar kapsamını ve niteliklerini dürüstlük kurallarında bulan davranış yükümlerinin konusu olacaktır.

Terzinin yanında çalışan elemanın değerli bir elbiseyi tamir esnasında hasara uğratması ile müşteriye verdiği zarar BK m.100 çerçevesinde değerlendirilebilir ve işin niteliğiyle ilgili iken, aynı elemanın müşterinin üstüne kumaş boyası dökerek elbisesine verdiği zarar BK m.55 çerçevesinde ve yan borcun ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Müşteriye verilen zarar ayrıca işverenin itibarını zedelemiş olabilir ki itibarın zedelenmesine ilk örnekte olduğu gibi görülen işin niteliği sebep olmuşsa özen yükümü kapsamında değerlendirilecek, ikinci örnekte olduğu gibi işçinin davranışları sebep olmuşsa sadakat borcu ve dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilecektir. İşçinin doğrudan işverenin itibarını zedelediği hallerde de aynı esas geçerli olur; marka tanıtım sorumlusunun yaptığı reklam-tanıtım kampanyası ile markaya zarar vermesi halinde özensiz ifadan söz edilir. Buna karşın özel okul müdürünün evli velilerden biri ile gönül ilişkisine girmesi işveren okulun itibarını zedeleyecek boyutta olmakla beraber ihlal edilen iş görme edimi değil, sadakat borcudur; BK m.321'in esasları değil, dürüstlük kuralları dikkate alınacaktır.

İşçi, işverene ait ve hatta işverenin olmasa da onun sorumluluğu altındaki malları, maddeleri, eşyaları, araç gereci zarara uğratmaması genel olarak davranış yükümünün gereğidir; ne var ki bir bekçi, güvenlik görevlisi bakımından bunları korumak başlı başına asli borçtur. İşçi kullandığı araç gerece zarar vermemeli, onu korumalıdır, bu yüküm araç gerecin kullanımı, bakımı, korunması işçinin işinin parçası olduğu nispette davranıştan ziyade ifaya ait bir husustur.

Bazı aykırılıklar hem asli edim borçlarını hem edim fiili gerektirmeyen davranış yükümlerini ihlal edebilir<sup>40</sup> ki her iki ihlalin tespitinde farklı kriterler geçerlidir; işçinin işe sarhoş ya da alkollü gelmesi<sup>41</sup> işin niteliğini, verimi etkilemesi yönünden özen borcu dahilinde, iş sağlığı ve güvenliğini, işyeri disiplinini etkilemesi yönünden dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilir.

Sadakat borcu esasen işçi-işveren arasındaki güven bağından kaynaklanan bir yan borçtur; ancak bazı işler bakımından güven unsuru işin bir parçası, emek tahsisi ve iş görmeden beklenen menfaati temin eden asli bir unsurdur ve işin niteliğini etkiler. Nitekim veznedarın, muhasebecinin işi paraların tahsili, tediyesi, muhafazası ve benzeri işlemler ile bu işlemlerin kayıt altına alınması olmakla tüm bu işlerin gerçeğe ve kanuna uygun, doğru dürüst, işverenin haklarını gözetir tarzda yapılması bir davranış borcu olmaktan öte sözleşme konusu işin gereği gibi görülmesinin şartlarıdır; bu edimler özen yükümüne tabidir.

<sup>40</sup> İşyerinin deposunda görevli iken kendi sorumluluğundaki sadece doktorlara verilen ilaçlardan bir miktarını işyerinin yetkililerinin izni olmaksızın taşeron firmanın mühendisine veren işçinin bu hareketi (Y. 9. HD. 31.05.2001 tarih 2001/6737E., 9154K. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi) işverenin işçinin hem ifa kabiliyetine hem de kişiliğine olan güvenini zedelemektedir. Aynı şekilde depo sayım şefi olarak çalışan işçinin sayım anında deponun ayrı bölümlerinde bir kısım malları saklaması (Y. 9. HD. 20.01.1998 tarih 1997/16497E. 1998/190K. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi ), işçinin işverenin mıcır alımı için verdiği peşin parayı kullanımda tutup mıcır taksitle alması (Y. 9. HD. 29.01.1991 tarih 1990/9536E. 1991/630K. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi ), işçinin sorumluluğu altındaki malların kaybolması (Y. 9. HD. 02.04.1997 tarih 1997/648E. 1997/6556K. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi ), gece bekçisinin korumakla görevli olduğu malzemelerin bir kısmının nöbeti sırasında çalınması (Y. 9. HD. 06.05.1992 tarih 1992/95E. 1995/5040K. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi), işçinin şirket harcamalarında kullanılmak üzere verilen kredi kartı ile bankadan para çekerek özel harcamalarında kullanması (Y. 9. HD. 19.02.2001 tarih 2000/18625E. 2001/2807K. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi ) ile işçinin hem sorumlu olduğu işi ifa kabiliyeti hem de kişiliği bakımından ciddi güven kayıpları söz konusudur. Yüksek Mahkeme tüm bu kararlarda güven kaybını o derece ciddi addetmektedir ki yukarıdaki örneklerin hepsinde haklı sebebin ve tazminatsız fesih hakkının varlığını kabul etmektedir. Nitekim tüm bu olaylarda aykırılıklar ağır kusura dayanmakta ve önemli zararlara yol açmış bulunmaktadır.

<sup>41</sup> İçki ve uyuşturucu madde kullanma yasağının 1475 s. İK m.77 (4857 s. İK m.84) çerçevesinde değerlendirilmesi ve örnek Yargıtay kararları için; Akyiğit, Kıdem syf.420 vd.

Bu tür, güvenin esaslı olduğu işlerde, işçi bakımından güvenilir olmak asli borç niteliği taşır ve yan borç olmadığından işin niteliğine göre ve daha sıkı tayin edilir; normal olarak kumara ya da alkole düşkünlük güven ilişkisini ciddi biçimde zedelemeyebilir, ama işçiye malvarlığı, para ya da can emanet edildiği takdirde güven bağı ciddi ve önemli surette zayıflamış kabul edilebilir. Güvenilir olmak, asli borç niteliği kazandığı takdirde, özünde emek tahsisi gereği olmakla beraber; edim fiiline ve neticesine, hedeflenen akdi menfaate tesir ettiği nispette özen yükümüne tabidir.

#### **d) ÜCRET BORCU VE EKONOMİK BAĞIMLILIK UNSURU**

Hizmet ilişkisinde emeğin tahsis edilmesinin karşılığı ücrettir ve bu hukuki ilişkinin zorunlu unsurudur. İşçi fedakarlık ettiği emek ve zaman ile işverene sağladığı işgücü ve fayda karşılığında bir bedeli umar; her tür menfaat bedel olarak düşünülebilirse de kişinin zaman ve emek sermayesini belli bir faaliyete vakfetmiş olmasından dolayı bu tür hukuki ilişkilerde bu menfaatin emek sahibinin asgari hayat standardını temine yönelik olması gerekir; hukuki ilişkinin niteliği gereği nakdi ya da aynı olması gereken bu bedel ücrettir<sup>42</sup>.

Ücret işçinin hayatını idamesine, günlük ve zorunlu ihtiyaçlarını karşılamasına yarayan bir gelirdir. Temel faaliyetin riskinin işveren üzerinde olması ve işçinin netice sorumluluğunun bulunmaması hususları emeğin tahsisi gereğini yerine getiren işçinin ücret alacağına asli menfaatin gerçekleşmesi, işin ayıpsız tamamlanması, fiilen çalışılması<sup>43</sup> gibi vakıalardan soyut olarak hukuken güvencede bulunması hukuki sonucu doğurmaktadır.

İşgücünü ve zamanını işverene ayırarak sahip olduğu en önemli ve değerli şahıs ve mal varlığı değerini temel faaliyet için harcayan işçi bunun karşılığında hayatını idame etmek için gerekli olan geliri elde etmekte, bu da onu işverene ve temel faaliyete ekonomik yönden bağımlı kılmaktadır. Hukuk düzenlerini işçi tarafını korumaya sevk eden, işçinin zayıf olarak görülmesine

<sup>42</sup> Ancak, 4857 s. İş Kanunu m.32 uyarınca ücret nakit paradır.

<sup>43</sup> BK m.325, işverenin temerrüdü; İşçi iş görmeye hazır olduğu halde işveren haksız olarak ifayı kabul etmezse işçinin çalışmamakla tasarruf ettiği değer mahsup edilmek suretiyle işçiye ücreti yine de ödenir. Parça başına ya da götürü, akort gibi ücretin sonuca göre tahakkuk ettirildiği sözleşme ilişkilerinde işçi kendisine yeterince iş verilmesini isteme hakkına sahiptir; işçiye verilecek yeterince iş bulunamazsa bu durumda ücret zamana göre hesaplanır.



sebeup olan unsurlardan biri bu ekonomik bağımlılıktır. Ancak ekonomik bağımlılık somut bir hizmet ilişkisinde fiilen çok zayıf kalabileceği gibi iş görenin hukuken bağımsız olduğu farklı türde iş görme edimli somut bir sözleşmede de iş gören bakımından fiilen çok kuvvetli olabilir. Hizmet ilişkilerini diğer emek temelli sözleşmelerden ayıran en önemli farklılık ekonomik bağımlılıktan ziyade işçinin işverene olan hukuki bağımlılığıdır.

#### e) KİŞİSELLİK UNSURU

Emek ve bağımlılık unsurları beraber mütalaa edildiğinde kişisellik unsurunun hizmet ilişkilerinde etkili olduğu anlaşılacaktır. Nitekim iş sözleşmesinin kuruluşunda, şartlarının oluşmasında, icrasında işçinin şahsiyeti önem taşır; işçinin kişiliği, mizacı, yetenekleri, bilgi ve tecrübesi, güvenilirliği gibi şahsiyetini oluşturan unsurlar istihdamında, ona verilen sorumluluk ve görevlerde, işverene karşı olan özen borcunun tespitinde, kendisine verilen talimatlarda, çalışma şartlarında gidilecek değişikliklerde ve benzeri hususlarda belirleyici olurlar.

Buna karşın hukuki ilişkinin esasında ve genel itibariyle fiili durumda, işçi bakımından işverenin niteliklerinden ziyade çalışma koşulları önem taşır. İş sözleşmelerinde işçinin mükellefiyetleri muayyen bir temel faaliyeti ve asli menfaati hedef alır ve bunlara bağlı olarak şekillenir, nitelik kazanır. İş görme ediminin karşılığı olan aynı ya da nakdi nitelikteki ücretin ise kimin tarafından ifa edildiği önem taşımaz. Bu son durum sebebiyle iş sözleşmesi işçi bakımından edim konusuna (iş, temel ve alt faaliyet, akdi menfaat) bağlı (intuitus rei) olarak şekillenir.

İşveren bakımından ise kişi (emeği sunan taraf) unsuru (intuitus personae) belirleyici rol oynar<sup>44</sup>. Bu son nitelik sebebiyle emek tahsisi borcunun devri, üçüncü kişilerce ifası, külli ya da cüzi intikali mümkün değildir. İş sözleşmesindeki kişisellik unsuru, bu unsurun hakim olduğu diğer hukuki ilişkilerin aksine mutlaktır; “borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir” (BK m.67) genel kuralı ya da “hilafı mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmağa mecbur olup

<sup>44</sup> Intuitus personae özelliği ve iş sözleşmesine ve fesih sebeplerine etkisi hakkında; Güzel, Seminer 2004 syf.42-44

başkasına devredemez” (BK m.320/f.1) özel hükmü iş sözleşmesindeki kişisellik unsurunu açıklamaya yeterli gelmez. İş sözleşmesinde asli borç olan emek insan şahsiyetinin bir parçasıdır, sözleşmeye konu olan her emek doğrudan ait olduğu şahıs bakımından sonuç doğurur. Diğer iş görme sözleşmelerinin aksine edim konusu ne bir eserdir ne de bir işin yürütümüdür, doğrudan emeğin kendisidir, her emek de muayyen bir şahsa özgüdür; emeğin tahsisi adeta ferdiyle muayyen bir borçtur. Diğer yandan, taraflar arası güven ilişkisi, dinlenme ve izin hakları, işverenin gözetim, denetim, koruma yükümlülükleri ile ilgili aldığı tedbirler esas itibariyle müşahhas işçiye bağlıdır. Yine hukukun işçiyi korumaya yönelik getirdiği sözleşmeye ilişkin hükümler ve sosyal güvenlik, toplu iş hukuku, bireysel iş hukuku gibi işçileri kamu hukuku korumasına alan mevzuat müşahhas, somut işçileri hedef almaktadır. Bu sebeplerle işverene tahsis edilen her münferit emek ayrı bir hukuki ilişki meydana getirir.

İşveren, aralarında sözleşme ilişkisi bulunan işçisinden başkasının hizmetini, işbu işçinin yerine geçmek üzere kabul ederse belki işçi ifa borcundan muvafakatin kapsamı içinde ve bu süre boyunca kurtulur, ama işçinin yerini alan yeni emek sahibi ile de işveren arasında ayrı bir sözleşme kurulmuş olur<sup>45</sup>. Bu süre boyunca da önceki işçi ile işveren arasındaki sözleşme durumdan aksi anlaşılmıyorsa askıda kalır.

İşçi hizmeti ifa sırasında yardımcı şahıs kullandığı takdirde dahi bu yardımcı şahıs ile işveren arasında bir hukuki ilişki mevcut olabilir; ancak bu hukuki ilişkinin sözleşme niteliğini kazanabilmesi için yardımcı olarak kullanılan kişi ile işverenin iradelerinin esaslı unsurlar bakımından birleşmesi ve böyle bir hizmet ilişkisini hedef alması gerekir; eğer işveren, işçisine böyle bir yardımcı kullanması, seçmesi için yetki vermişse ya da bu somut durumdan anlaşılıyorsa, temsil yetkisine sahip işçinin iradesi işverenin iradesi kabul edilecektir<sup>46</sup>; yine de bir sözleşmeden bahsedilemiyorsa bu durumda şartları mevcutsa işverenin genel hükümlerden ve özellikle haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden doğan sorumluluğuna başvurulabilecektir. İşçi, işverenin rızası hilafına yardımcı tutmuşsa, bu başlı başına sözleşmenin şahsen ifası

---

<sup>45</sup> Süzek, İş, syf.265-266

<sup>46</sup> Aksi görüşte, Süzek, İş, syf.266; “... taraflar ... ifa yardımcısının kullanılmasını kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda ifa yardımcısı ile işveren arasında bir iş akdi kurulmuş sayılmaz.”

yükümlülüğünün ihlalidir<sup>47</sup>. İşçinin işini ifa bakımından yardımcı şahıs tutması sözleşme gereği ise, işçinin yardımcı şahıs seçmesi dahi özen yükümünün kapsamında değerlendirilmelidir.

Özen borcu, kişisellik unsuru doğrultusunda her bir işçi bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Nitekim her bir işçi ile işveren arasında müstakil birer sözleşme mevcuttur. Kaldı ki aynı işyerinde ve aynı işte, aynı sözleşme şartları ile aynı objektif özen seviyesine bağlı olarak çalışılıyor olsa bile her bir işçinin sorumlu olduğu özen ölçüsü subjektif kıstasa bağlı olarak farklılık arz edebilir.

İstihdam konusu iş; ruhsat, ehliyet, diploma, sınav gibi kamusal nitelikte bir imtiyaza dayanan ya da ustalık, özel bilgi, tecrübe gerektiren, her halde isteyen herkesin yapamayacağı bir meslek ise istihdam edilen meslek erbabı kişinin, bu meslek gereklerini karşıladığı, bu mesleği ifada gereken objektif özeni orta düzeyde bir meslek adamı kadar yerine getirmesi gerektiği varsayılır<sup>48</sup>. Ancak her meslek alanının uzmanlık dalları, bu meslek içinde ihtisaslaşma, belli hususlarda tecrübe, kabiliyet, bilgi yönünden odaklaşma sözkonusu olmaktadır; işveren işçinin ilgili meslekteki uzmanlığını, emsal meslektaşlarına göre bilgi derecesinin, mesleki tecrübe, bilgi ve becerilerinin daha yüksek olduğunu dikkate alarak onu istihdam etmişse subjektif unsur esas olacak, işçiden beklenen özenin ölçüsü ilgili uzmanlık bakımından ortalama bir meslek erbabından daha yüksek olacaktır. Hatta vasıfsız bir iş için işveren, işçiyi, vasıfsız bir başka işçiye göre daha tecrübeli, daha becerikli olduğu için istihdam ediyorsa o işçiden beklenebilecek özen ortalamanın üstünde olacaktır.

Bu noktada işçinin ortalamadan daha yüksek özen yükümü altına girip girmediği, işverenin beklemeye hakkı olan özen ölçüsünün tespiti bakımından

<sup>47</sup> Bir üçüncü kişinin işçiye yardım etmesi işverenin menfaatinden çok ağırlıklı olarak işçinin menfaatine, onun iş yükünü azaltmak maksadına yönelik sosyal saikli bir hareket ise, özünde işçiye yardım amaçlı ise iş sözleşmesinden bahsedemeyiz; nitekim iş sözleşmesi ivazlı bir hukuki ilişkidir. Yargıtay'ın verdiği bir kararda kapıcının karısının, tüm işi yüklenmeksizin bazı işlerde kapıcıya yardım etmesi eşe yardım niteliğini taşıdığından kapıcının karısının iş akdinin tarafı haline gelmediği hukuki sonucuna varılmıştır. (Süzek, İş, syf.266 dipnot 6)

<sup>48</sup> "... vekaletteki güven unsuru, vekilin kişiliğinin taşıdığı önem, özellikle resmi bir sınav sonucu alınan belgelere dayanılarak icra edilen ve uzmanlığı gerektiren işlerin görülmesinde, subjektif kıstasa dayanma olanağını, hemen hemen ortadan kaldırmıştır. ... (vekil) bilgi ve yeteneklerindeki müvekkilce farkına varılması gerekli eksikliği ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamalıdır." Tandoğan, Özel Borç II syf.411

tarafının ortak iradelerinin tespiti gerekmektedir. İşçinin ortalamanın üstünde özen göstermesi açıkça öngörülmüşse, işçinin ruhsat, ehliyet, diploma, tecrübe, ihtisas gibi özellikleri kendisinden istenmiş ve bunun üzerine istihdam edilmiş ise, kendisine işyerindeki emsal işçiye göre daha yüksek ücret veriliyorsa ortak iradelerin daha yüksek özen ölçüsünü hedeflediği kabul edilebilir. Buna karşın işçinin diğer emsal işçilerle aynı düzeyde ya da düşük ücret alması halinde özen ölçüsünün sarahaten yüksek belirlenmiş olması gerekir<sup>49</sup>.

Ne var ki her halükarda işçinin sorumlu olduğu özen ölçüsü şahsi kapasitesini aşamaz; nitekim işçinin yapabileceğinden fazlasını taahhüt etmesi BK m.20 uyarınca imkansız ve BK m.19 uyarınca kanuna aykırıdır. İmkansızdır; çünkü işçi vasıflarını aşan bir özen taahhüt etmekle fiilen gerçekleştirmesi ya da gerçekleştirse bile süreklilik kazandırması mümkün olmayan bir sorumluluk altına girmiştir. Tıbbi tahsil ve yeterliliğe sahip olmayan kişinin bir hekim düzeyinde tıp mesleği icra etmesi ya da az seviyede yabancı dil bilen hukuki formasyonu olmayan birinden hukuki metinleri layıkıyla tercüme etmesi beklenemez. Hukuka aykırıdır; çünkü BK m.321 işçinin sorumluluğunu işverenin bildiği veya bilmesi (ya da öğrenmesi) gerektiği kadarıyla sınırlamakta, dolayısıyla işverene işçinin kötü ifasına onun eksiklik ve yetersizliğini bildiği ya da bilmesi gerektiği ölçüde katlanma mükellefiyeti yıkılmaktadır. Aksi, işçinin sonuç borcu altına girmesi, hatta bu sonuç kendi iradesi ve gayreti dışında kalacağından işverenin sözleşme gayesini temin etmesi anlamına gelecektir ki iş sözleşmesinde temel ve alt faaliyetlerin riski işverene aittir; işçi kendine düşen faaliyeti görmekten fazlasını, hele de işletme rizikosunu üstlenemez. Diğer yandan işçinin kendisini aşan bir işte hata yapması sözleşmeye aykırılık kabul edilse dahi, özen yükümlüsü yapmadıkları için değil, yapabilecek oldukları için kınanabileceğinden işçi kusurlu sayılamaz<sup>50</sup>. Buna karşın işçi kendisinde olmayan hususları

<sup>49</sup> Ücret, işçinin yaptığı işin, temel faaliyete yaptığı katkının, temel faaliyetteki konumunun karşılığıdır. Sonuçtan bağımsız, salt işçinin gayretine, çalışmasına ve hatta çalışmaya dahi emeğini tahsis etmiş olmasına bağlı olarak tahakkuk eder. Ücret, taraflar arasında geçerli olan özen yükümlününün de karşılığı ve göstergesidir, nitekim, özen, işçinin iş görme borcuna ait, onu niteleyen asli bir unsurdur (Soyer, İşgörüme syf. 120). BK m.98/f.1 c.son'a kıyasen düşük ücretin daha az sorumluluk gerektirdiği sonucuna varılabilir, bununla beraber işveren daha yüksek ücret alan işçiden daha yüksek özen beklemekte haklıdır; İnal, Borç syf. 159

<sup>50</sup> Acemi olan ya da ehil olmayan işçinin zarardan sorumlu tutulamayacağı ve sözleşmesinin tazminatsız feshedilemeyeceği hakkındaki Yargıtay kararları; Çelik, İş Hukuku syf.121 dipnot 14 -15

kendisinde varmış gibi gösterirse hileden dolayı sorumludur<sup>51</sup>; işçinin hile, aldatma sayılabilecek bir hareketi ya da hareketsizliği olmasa dahi işveren işçide gerekli vasıflar bulunmadığı için hata hükümlerine dayanabilir.

#### **f) SÜREKLİLİK NİTELİĞİ**

İş sözleşmesine hususiyetini veren ve bu sözleşmeye özgü hukuki sonuçlar doğuran bir diğer husus, iş sözleşmesini iş sözleşmesi yapan emek tahsisi suretiyle iş görme asli ediminden beklenen menfaatin, edimin zamana yaygın olmasına bağlı olmasıdır; iş sözleşmeleri sürekli edimli borç ilişkilerindedir.

İşçinin emeğini işverenin ve dolayısıyla temel faaliyetin hizmetine, faydasına sunması işçiyi zaman bakımından işverene bağımlı kılar; bu bağımlılık işin ve dolayısıyla temel faaliyetin ve bundan beklenen asli menfaatin istikrarını ve devamını sağlar. İşçinin bağımlı olduğu sürenin kısa ya da uzun olması önemli değildir; bu süre yıllarla, aylarla da ölçülebilir, günler saatlerle de ölçülebilir, yeter ki temel faaliyetin devamlılığı, istikrarı sağlansın. Aslında sadece işçinin edimi değil, işverenin ücret borcu da işçi bakımından sürekli bir menfaatin devamını sağlamaktadır; ücret bir gelir olmakla işçinin geçiminin devamlılığını, istikrarını temine yarar ve bunun devamlı, düzenli olması ile işçinin ücretten beklediği menfaat gereği gibi karşılanır.

Temel menfaatin sürekliliği ve iş sözleşmesinin sürekli edimli borç ilişkisi oluşu beraberinde çeşitli hukuki sonuçları getirmektedir.

Zamanın değiştirici etkisi sözleşmenin devam ettiği süreç boyunca temel faaliyette, işte, işçide, işverende, işyerinde, ekonomide ve diğer unsurlarda farklılaşmaya sebep olabilir; başlangıçtaki, iş sözleşmesinin kuruluşundaki taraflar arası menfaat dengesi bozulur. Ahde vefa ilkesi ani edimli sözleşmelerde esas itibarıyla sözleşmenin başlangıcındaki şartlara, taahhütlere mutlak olarak uyulmasını gerektirir; iş sözleşmelerindeki zamanın değiştirici etkisi ise ahde vefa ilkesinin bu sözleşmeler bakımından farklı yorumlanmasına sevk eder. İş sözleşmelerinde şartların, taahhütlerin aynen tutulması değil, başlangıçta kurulan menfaat dengesinin korunması esastır.

<sup>51</sup> Hile (işçinin işvereni yanıltması) ve 1475 s. İK m.17/II-a (4857 s. İK m.25/II-a) çerçevesinde değerlendirilmesi hakkında; Akyiğit, Kıdem syf.414-416. İşçinin işe girerken sabıkasını gizlemesi gibi; Y.9.HD. 16.12.1998 tarih 1998/16858E. ve 18293K.

Bu durum yönetim hakkının kaynağı olduğu gibi bu hakka dayalı olarak alınacak tedbir ve tasarrufların mahiyetini ve sınırlarını da belirler. Zamanın değiştirici etkisi sebebiyle işveren işçi aleyhine değişikliklere gidebileceği gibi işçi lehine ücret başta olmak üzere çalışma koşullarında iyileştirme de yapmak durumunda kalabilir. İşveren, sözleşmenin kurulduğu andakinden daha yüksek özen ölçüsü talep etmek durumunda kalabileceği gibi zamanla işçiden beklenen özenin kapsamı da değişebilir. İşverenin işçiye mesleki eğitim vermesi, ona yeni kişisel gelişim ve mesleki imkanlar sağlaması, maddi veya manevi engelleri kaldırması ya da bunların kendiliğinden kalkması, çalışanın kıdemli olması, zamanla tecrübe kazanması gibi haller işçiden beklenen özen ölçüsünün artmasına sebep olabilir. Buna karşın işçinin mesleki gelişim imkanı bulamaması, mesleki yenilikleri ve bilgileri takip edememesi, maddi ve manevi koşulların bozulması, sözleşme konusu işin farklılaşması gibi hallerde işçiden beklenebilecek özen ölçüsü azalabilir. İşçinin el yordamı ile yaptığı işin makine ile yapılmaya başlanması, kağıt kalem kullanılarak yapılan işin bilgisayar ortamında yapılması gibi hallerde özenin mahiyeti ve çoğu durumda özenin ölçüsü değişecektir.

Zamanın değiştirici etkisi sözleşmenin şartlarında değişikliğe sebep olması yanında taraflara sözleşmeyi sona erdirmeye (fesih) hakkı da verebilir; işçinin, değişen özen borcuna ayak uyduramaması, verimsizliği veya yeni özen borcunu hakkıyla yerine getirmede yetersiz kalması, işveren aleyhine ifa engeli niteliği kazanabilir. Özen borcu değişmese dahi işçinin şahsında sonradan meydana gelen sakatlanma, hastalanma, depresyon, yaşlanma gibi değişiklikler sebebiyle işçinin özen borcunu yerine getirmede yetersiz kalması veya motivasyon kaybı, isteksizlik, kötüniyet taşıma, kötü yaşam tarzı gibi sebeplerle bir süre sonra verimsiz çalışması mümkündür.

İş sözleşmesinde asli edimin zamana yayılması ve edimin yapma edimi olması, maddi varlığının olmaması, zamanın geri alınamaması olguları beraber edimin kalıcı olarak tüketilmesi sonucu doğurmaktadırlar. Özen borcuna aykırı bir ifa en azından kaybedilen zaman bakımından tekrarlanamaz.

İş sahibi tarafından tüketilen emek tahsisi, daha özelde yapma edimi işçi bakımından fedakarlık teşkil edip işveren lehine sonuç doğurduğundan ve

geri alınmadığından fiili bir durum meydana gelir. İptal edilebilirlik, kısmi butlan gibi sözleşme sakatlıklarının varlığı halinde icra edilen iş görme ediminin iadesi mümkün olmadığından ancak ileriye etkili hükümsüzlük ya da sona erme düşünülebilir. Geçerli bir sözleşmenin bulunmadığı mutlak butlan ya da yokluk halinde ise ortaya çıkan bu fiili durum çeşitli hukuki sonuçları beraberinde getirir; kimi hukukçular bu fiili durumun fiili bir sözleşme ilişkisi kurduğu ve sözleşmeye ilişkin hukuki sonuçları doğurduğu görüşündedir. Ancak, Türk-İsviçre Hukuk sisteminde fiili sözleşme müessesesini kabule ilişkin ya da onu destekler herhangi bir hüküm yoktur. Bu sebeple genel hükümlerden faydalanılabilir; hükümsüzlükle oluşan fiili durum haksız fiil, vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiye edilebilir. İş sözleşmesinde sadakat ve koruma yükümleri diye özetleyebileceğimiz yan borçlar ise bu tür fiili hizmet ilişkilerinde dahi bulunmakla beraber kaynakları sözleşme değil, taraflar arasındaki sosyal münasebet ile genel davranış ve dürüstlük kurallarıdır. Bu tür iş görme ilişkilerinde akdi bağ bulunmadığından özen yükümünün kaynağı dürüstlük kurallarıdır; BK m.321 doğrudan değil, kıyasen uygulanabilir.

## BÖLÜM II- ÖZEN BORCUNUN İHLALİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

### A) İŞÇİNİN ÖZEN BORCUNU İHLALİ VE SORUMLU OLDUĞU ÖZEN ÖLÇÜSÜNÜN TESPİTİ

#### 1) ÖZEN BORCUNUN İHLALİ KAVRAMI

Borca aykırılık borç ilişkisinden doğan asli veya yan borçların borçlu tarafından yerine getirilmemesi ya da getirilememesi, alacaklının sözleşmeden beklediği menfaati hiç veya hakkıyla elde edememesi hallerini tanımlayan bir üst kavramdır(BK m.96-108). Borca aykırılık ile ya ifa mümkün olduğu halde borç hiç veya zamanında ifa edilmemiştir, ya borcun ifası imkansız hale gelmiştir, ya da borçlu kötü ifada bulunmuştur<sup>1</sup>. Hukuk düzeni borca aykırılıktan mağdur olan taraf lehine tazminat ve dönme (veya fesih) hakkı tanıyarak mağduriyetinin kaldırılmasını sağlamaktadır.

İşçinin emeğini iş görme borcuna uygun tutmaması, çalışmaması, devamsızlığı, görevini yapmaması (İK m.25/I-a, 25/II-g, h) hiç ifa etmeme, ademi ifa, temerrüt halleri; işçinin sağlık durumundan ya da bir başka sebepten dolayı çalışmaması, iş görme borcunu gereği gibi yerine getirememesi (İK m.25/I-b, 25/III, 25/IV, m.18/I) imkansızlık halleri; işçinin iş görme ve sadakat borçlarına aykırı davranışları, iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmemesi (İK m18/I, 25/II-a, b, c, d, e, ı) sözleşmenin kusurlu ihlali halleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Borcun ihlali halleri işverene tazminat ve sözleşmeyi sona erdirme hakkı vermektedir. Tazminat hakkı ile işveren, bir ihtimal, ihlalin yol açtığı malvarlığındaki aleyhe değişimi eski hale getirebilirse de ihlalin doğurduğu güven kaybının<sup>2</sup> veya işçinin ifa kabiliyetindeki zafiyetinin<sup>3</sup> yol açtığı maddi

<sup>1</sup> Tekinay, Borçlar syf. 851; Oğuzman, Borçlar syf.281

<sup>2</sup> İhlal ile işçinin ifa kabiliyetine veya kişiliğine olan güven zedelenmiş ise işverenin menfaatlerinin ileriye dönük tehlikeye girdiğinden, işverenden ifayı kabule devamın dürüstlük kuralları gereği beklenemeyeceğinden ve işveren aleyhine manevi bir ifa engeli olduğundan söz edilebilir.

<sup>3</sup> İfa kabiliyetinin akdi menfaati sağlamak imkanını kaybetmesi halinde menfaat dengesi işveren aleyhine bozulmakta, işverenin ifayı kabulü beklenilmez olmaktadır.



veya manevi ifayı kabul engellerinden kurtulmasını sözleşmeyi fesih hakkı temin edecektir. Her borca aykırılık ifa engeli olarak değerlendirilemez, bir borca aykırılığın ifa engeli olması için menfaat dengesine, sözleşmenin devamına olumsuz tesiri olması gerekir. Bu bakımdan sözleşmenin kusurlu ihlalinin ve ifa imkansızlığının işverenin katlanmasını beklenilmez kılacak ağırlıkta olması, bu ölçüde uzun sürmesi veya taraflar arasındaki güven ilişkisini zedelemesi, sözleşmeden beklenen menfaati tehlikeye düşürmesi gerekir.

İş sözleşmesinin ihlali, işverenin hakkını kısmen veya tamamen elde edemediği (BK m.96) halleri ifade eder. Özen borcunun ihlali ise; işçinin, işverenin beklemeye hakkı olan özen ölçüsünü temin etmemesi veya edememesi halini ifade eder. Özen ihlalinin ve ihlalin ağırlığının tespiti bakımından her şeyden önce işçinin sorumlu olduğu özenin ölçüsü tespit edilmelidir.

## **2) ÖZEN ÖLÇÜSÜ VE TESPİTİ**

Özen ölçüsü; işçinin yükümlü olduğu işin (faaliyetin) somut sözleşmedeki akdi menfaati temin edebilmesi için gerekli olan asgari iç ve dış özen ile azami iç ve dış özen arasındaki işçiye düşen, ondan beklenen, işverenin beklemeye hakkı olan özen seviyesini ifade eder.

Sübjektif ve objektif kıstaslara göre belirlenen özen ölçüsü, işçinin ifa kalitesini belirleyen bir göstergedir. İşletmelerde uygulanan performans değerlendirme uygulamaları, işçinin en düşükten en yükseğe kadar muhtemel davranış ve başarı seviyeleri arasında hangi seviyeyi yakaladığını belirlemeye çalışmaktadır<sup>4</sup>.

Özen ihlali iki ayrı surette işverenin bilinç sahasına ulaşabilmektedir. İşçinin özen borcunun gereği olan edimleri terki, ihmali, eksik yerine getirdiği öğrenilmiş, tespit edilmiş olabilir ki bu durumda çoğunlukla dış özen ihlali ağır basmakta ve iç özen ihlalinin de göstergesi olmaktadır; gerekli tedbirlerin alınmaması, asli görevlerin ihmali, yan edimlerin asli edime uygun olarak

---

<sup>4</sup> Performans değerlendirme uygulamaları ve amaçları hakkında; Eraslan/Algün, Performans syf.95-98; ayrıca kısa bir değerlendirme için Uzun-Çelik, Seminer syf.76-77.

yerine getirilmemesi, kaçınılması gereken ticari, mesleki riskleri almak, inisiyatif kullanamama, çabuk karar alamama işini kaytarma. Doğrudan dış veya iç özen ihlali tespit edilememekle beraber işçinin ifa ettiği faaliyetin sonucu, özen ile ifadan beklenen neticeden daha aşağıysa, sonuç özen ihlalinin göstergesi olmaktadır; emsal işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışmak, önceden gösterilen mutad verimden sapma, işverenin çizdiği performans hedef veya tanımlarını yakalayamama, yeterli performans ve çalışmayı göstermeme, işleri geciktirme, müşterilerin memnuniyetinin azalması, müşterilerden ve amirlerden gelen şikayetler, sorumlu olunan işlerin temel faaliyetin menfaatine uygun olarak tamamlanamaması, yapılan işlerde görülen hataların kabul edilebilirin üstüne çıkması. İlkinde davranış ve özenin kusurlu ihlali ön plana çıkarken, ikincisi ile yetersizlik ve özenin kusursuz ihlali ön plana çıkmaktadır.

İşveren, temel faaliyet ve emek üzerindeki geniş hak ve yetkilerini kullanarak işçinin ifa keyfiyetini takip ve tespit edebilir. Ancak, işçinin mesleki vasıf ve bilgisi, uzmanlığı için istihdam edildiği işlerde veya işçinin geniş inisiyatife sahip olduğu, özellikle vekaletle dayanan işlerde işverenin bilinci çoğunlukla işin iyi surette yürütülüyor veya kötü surette yürütülüyor olmasıyla sınırlı kalmaktadır; zaten takibi güç veya mesleki, teknik bilgi gerektiren bu tür faaliyetlere işverenin gereği gibi vakıf olması, üçüncü kişilere denetletirmesi ekseriyetle beklenemez. Yine bu tür faaliyetlerde, talimat ve denetim hakkının işlevi, yönetim hakkının fiilen kullanımı sınırlı kaldığından, işin neticesinde işverenin katkısı, kusuru da sınırlı kalmaktadır.

Buna karşın, başta vasıfsız işler olmak üzere, işçinin faaliyetinin, ağırlıklı olarak temel faaliyetin akışı içinde ve yönetim hakkının etkisinde, özellikle talimatlarla şekillendiği, ifa edildiği, yürüdüğü durumlarda işverenin gözetme, denetim, talimat verme, uyarma yükümleri, iş görme ve özen borcunda, dolayısıyla hukuka aykırılık ve kusur unsurunun belirlenmesinde etkili olmaktadır. Bu muhtevadaki işlerde işçi, verilen genel nitelikteki bir talimatı aksatmış, yerine getirmemişse kusur derecesi (basit unutkanlık, savsama, kasıt) netleşmediği gibi çoğunlukla hukuka aykırılıktan dönmek mümkün ve menfaat kaybı yoktur; temerrüdün hafif kusura veya haklı bir mazerete dayanmadığının netleşmesi, fesih hakkının hukuki, sosyal gayesinden

saparak işçinin fesih gibi ağır bir yaptırımla cezalandırılmaması<sup>5</sup> için, işverenin işçiye “yapmakla ödevli bulunduğu görevleri” hatırlatması gerekmektedir. İşçi, “kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar” ederse, emek tahsisi-işgörme borcundan kaçınmasını gerektiren haklı bir mazeret bulunmadıkça temerrüt oluşur (BK m.101-108) ve işverene haklı sebeple (derhal) fesih hakkı doğar (İK m.25/II-h). Hatırlatma, borçlu temerrüdündeki ihtar (BK m.101) ve mehil tayini (BK m.106 ve m.107) mecburiyetlerini karşılamakta olup işçiye edimi belirlemeye veya hatırlatmaya lüzum yoksa ve uyarılmasının somut durumda faydasız kalacağı, işvereni zor durumda ve aşırı risk altında bırakacağı anlaşılıyorsa işverenin ihtarda bulunması beklenemez<sup>6</sup>; mesela ihmal mesleki hata oluşturuyorsa, işin güvenliği tehlikeye düşmüşse, işçinin kusuru ve ifa kabiliyetindeki zaaf açığa kavuşmuşsa ihtar şartı aranmadan ihlalin ağırlığına bakılır<sup>7</sup>.

## **B) ÖZEN BORCUNUN İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI**

### **1) MUHTEMEL SONUÇLARI<sup>8</sup>**

<sup>5</sup> “Davacının hizmet süresi ve olayın oluş şekli itibarıyla verilen cezanın fiille orantılı olması gerekir. Kaldı ki davacının bu eylemi doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış olmadığı gibi işverene bir zarar da vermemiştir.” Y.9.HD. 03.04.2005 tarih 2004/24264E. 2005/13004K. Tekstil İşveren sayı 310 syf.42

<sup>6</sup> “Mütemerrit borçluya süre tayin etmek ona aynen ifayı gerçekleştirmesi için verilmiş son bir şanstır. Fakat bazı özel hallerde alacaklıyı böyle bir süre tayinine mecbur bırakmak, ya kuru bir şekilcilik olur, ya da alacaklının menfaatlerini açıkça zedeler.” Tekinay, Borçlar syf.949

<sup>7</sup> “Belli yerlerdeki saatleri kuran ama kapıdaki bekçi kulübesinde oturmayıp görev yerini terk etmek suretiyle personel odasında televizyon seyreden güvenlik görevlisinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde yasaya aykırılık yoktur.” Y.9.HD. 08.12.2003 tarih 2003/19608E. ve 20354K. Tekstil İşveren sayı 298 syf.39. Bu olayda bekçi, davranışının sözleşmeye aykırılığının farkında ve kasten işliyor(kusurun ağırlığı) ve bu davranış sözleşme konusu işin en esaslı edim fiilinin yerine getirilmemesi anlamına gelmektedir(ihlalin ağırlığı). Bu davranış ile işyerinin güvenliği tehlikeye düşmüştür(ihlalin sonucu-zarar tehlikesi). “İşyeri halı fabrikası olup yangın çıkmasına çok müsait olduğu ve sigara içilmeyeceği anlamında asılan çeşitli levhalarla önceden ihtar edilmesine rağmen davacı işçi işyerinde ve çalışma saatinde sigara içmekle işyerinin güvenliğini tehlikeye atmış bulunmaktadır. Davacının hizmet akdi haklı olarak feshedildiğinden davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz.” Y.9.HD. 14.06.2001 tarih 2001/7903E. ve 10179K. [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), 06.07.2005. “... davacı işçi tarafından bu iş için ayrılmış özel bölüm dışında sigara içilerek işyeri güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğü dosya içeriği ile sabittir. Davalı işverence işçinin iş sözleşmesinin feshi haklı bir nedene dayanmaktadır.” Y.9.HD. 02.11.2004 tarih 2004/1834E. ve 24692K. Tekstil İşveren sayı 307 syf.39; bu kararlarda sigara yasağı levha ile ve özel bölüm tahsisi ile işçilere hatırlatılmış olduğundan ihtar lüzum görülmemiştir. Son kararda, sigara içilen alanda parlayıcı madde bulunmadığı, ama bu yerin yakınındaki strafoların bulunduğu bölüme sigaranın atılması durumunda yangın tehlikesinin var olduğu, yakınlarda gaz odası bulunduğu karardan anlaşılmaktadır.

<sup>8</sup> Kötü ifa, yani özen yükümüne aykırılık ücretten indirim hakkı doğurmaz (ayrıntılı bilgi için; Soyer, İşgörme syf.151-154); şartları varsa tazminat ya da fesih hakkı doğurur; işçiye sonuç değil, sebep olduğu zarar yıkılabilir. Bu sebeple bu bölümde tazminat hakkının üzerinde durulmuştur.

İşçi, asli (edim) borçlarının ifasıyla ilgili olarak sözleşmeye aykırı ifadan dolayı bu aykırılığa yönelik bilinç ve iradesi ile işverenin zararına sebep olmuşsa, bu durum işveren lehine tazmin ve tazminat hakkı<sup>9</sup> doğurur.

Buradaki zarar işçinin asli borçlarını hiç ya da gereği gibi ifa etmemesinden kaynaklanmakta olan işverenin haklı ve gerçek veya umulabilir makul bir menfaatinin kaybı, işverenin malvarlığındaki eksilme ya da artmama, kısaca işverenin ifadaki zaaf yüzünden, sözleşmeden beklediği menfaate tam olarak ya da hiç kavuşamaması anlamına gelmektedir; mahrum kalınan kazanç, maruz kalınan aşırı veya fazladan masraflar ya da hammadde giderleri, üretimin durması veya gecikmesinden doğan ticaret veya işletme zararları, genelde BK m.100 dolayısıyla ve bazen BK m.55 dolayısıyla işverenin tahrik edilen sorumluluğu ve benzerleri bu tür zararlardan sayılırlar.

Zararın sorumluluğunun işçiye yıkılabilmesi için işçinin kusuru ile yol açtığı hukuka aykırı durumun illi olarak bu zarara sebebiyet vermiş olması gerekir. Bu takdirde işçinin BK m.96-108 ve BK m.98/f.2'nin yaptığı yollama ile BK m.41-60 arasındaki hükümlere göre zararı tazmin borcu doğar. İşveren, kendisinin tazminat alacağı ile işçinin ücret alacağını BK m.122 uyarınca takas etmek istediği takdirde BK m.123/b.2, BK m.333 ve m.157, İİK m.83 ve m.83/a ile İK m.35 hükümleri devreye girecektir; bunun dışında işçinin tazmin borcu ile ilgili genel hükümlerden farklı bir mesele yoktur.

Bu noktada gerek BK m.96 ve m.98 gerekse BK m.321 işçinin ağır olsun hafif olsun her kusurdan sorumlu olduğunu hükme bağlamıştır; dolayısıyla işçinin kusurunun derecesinin düşük olması onu sorumluluktan kurtarmaz; zaten, ücretin saklı kısmı ile ilgili yasal hükümleri saymazsak işçinin tazminat yükümlülüğü bakımından ekonomik zayıflığı, hukuki ve teknik bağımlılığı dikkate alınarak korunması yönünde özel hükümler getirilmemiştir. Ancak işçinin tazminat borcunun miktarının tespitinde BK m.43/f.1, m.44 ve m.52 ile özen yükümünün ölçüsünü belirleyen BK m.321 hükümleri hakime tazminatın miktarını düşük belirleme, bundan indirim yapma ya da bunu tamamen kaldırma yetki veya mükellefiyeti tanımaktadır. Ne var ki BK m.99 uyarınca işçi her zaman sorumsuzluk anlaşması ile hafif kusurdan muaf tutulabilir.

---

<sup>9</sup> Soyer, İşgörme syf.145-151 ve diğer sonuçları için syf.151-158.

Tazminat hakkı, mevcut durumda meydana gelen halihazırdaki olumsuzluğun düzeltilmesini, eski halin ihyasını amaçlamaktaysa da, özen ihlalinin sebep olduğu halihazırda devam eden veya ileriye yönelik devam edeceği ya da tekrarlanacağı riski taşıyan olumsuzluğun işverene veya temel faaliyete zarar vermesini önlemekten, işverenin sözleşmeyi devam ettirmekle üstlenmek zorunda kalacağı makul ölçünün üstündeki güçlük veya riskten kurtulmasını sağlamaktan uzaktır. Özen ihlalinin işveren aleyhine sebep olduğu akdi olumsuzlukları ya da işverenin işçinin ifa kabiliyetine olan güven kaybını veya sözleşmenin devamına yaptığı olumsuz tesirin neticelerini karşılayacak en köklü sonucu iş sözleşmesinin sona ermesi veya işverence sona erdirilmesidir.

## **2) İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ İHTİMALİ**

İş sözleşmeleri sürekli edimli borç ilişkileri olmakla ani edimli sözleşmelerin tersine ifa ile sözleşme amacı tamam olmamakta, aksine ifanın devamlılığı (istikrar unsuru) sözleşmeden beklenen menfaatleri temin etmektedir<sup>10</sup>. Ancak sözleşmenin kurulması kadar sona ermesi de taraflar bakımından bir ihtiyaç, bir gereklilik, her şeyden önce bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır; nitekim irade serbestisi ve hukuki güvenlik sadece sözleşmenin kurulması ve icrası aşamalarında değil, sonlandırılması, tasfiyesi aşamalarında da söz konusudur. Ani edimli sözleşmelerde taraflar tam ifanın hukuki ilişkisinin sonunu getireceğini, beklenen menfaatin yerine gelmesi ile herhangi bir başka hukuki olaya ya da işleme gerek kalmadan o münferit borç ve borç ilişkisinden kurtulacaklarını bilirler. Sürekli edimli borç ilişkilerinde ise ifa tarafları hukuki bağımlılıktan kurtarmadığından başka bir harici hukuki olaya ya da işleme ihtiyaç vardır. Özen borcunun ihlalinin iş sözleşmesinin sona ermesinde oynayabileceği rolleri her ihtimal bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir.

Tarafların katılımı olmadan gerçekleşen bir hukuki olayla hukuki ilişki kendiliğinden sona erebilir. Kendiliğinden sona erme hallerinde sonradan meydana gelen olay sözleşmeyi konusuz bırakmaktadır. İşçinin ölümü<sup>11</sup> sözleşmenin karşılıklı edimlerinden biri olan emek unsurunun ve taraflardan

<sup>10</sup> Sürekli edimli borç ilişkilerinde istikrar unsuru hakkında; Seliçi, Sürekli syf.32-34

<sup>11</sup> İşçinin ölümünün iş sözleşmesine tesiri hakkında; Süzek, İş syf.397, Seliçi, Sürekli syf.81

birinin hukuki varlığının ortadan kalkması olmakla sözleşmenin işçinin şahsına bağlı olmasından ve emek asli değerinin külli ya da cüzi intikali mümkün olmamasından dolayı sözleşmeyi konusuz bırakmakta ve hukuki ilişkinin sona ermesi sonucunu doğurmaktadır<sup>12</sup>. Ölüm ile, işçinin asli borçlarını ve özellikle özen borcunu yerine getirmesi mutlak (kesin) ve daimi (kalıcı) olarak imkansızlaşmakta ve sözleşmeyi ayakta tutan emek unsuru tartışmasız surette ortadan kalkmaktadır.

Ancak her imkansızlık hali kendiliğinden sona erme sonucu doğurmaz<sup>13</sup>. Temel faaliyette ya da emek tahsisinde ortaya çıkan imkansızlık halinin doğrudan hizmet ilişkisini sona erdirmesi için bu halin mutlak ve kalıcı olması, her iki tarafın da risk ve sorumluluk alanı dışında kalması gerekir ki ölüm durumundaki kadar bir başka durumda bu nitelikler tartışmasız ve açık değildir. İmkansızlık halinin geçici ya da devamlı olma veya mutlak ya da kısmi olma nitelikleri tarafların menfaatine, münferit hizmet ilişkisinin hususiyetlerine, bu durumdan olumsuz etkilenen taraf ya da tarafların iradesine bağlı olduklarından hizmet ilişkisini doğrudan sona erdiren bir sebep olmaktan çok, imkansızlık halini ifa engeli olarak düşünmek gerekir. Sakatlık<sup>14</sup> hali ömür boyu kalıcı, iyileşmesi imkansız olsa dahi emek tahsisine engel olabilecek kesinlikte bir imkansızlığa yol açmamakta, somut sözleşmenin ve işin şartlarına bağlı olarak ifa engeli taşıyabilmekte, sözleşmenin sona ermesi ise kendiliğinden gerçekleşmemekte, taraf iradelerine bağlı kalmaktadır. Bitkisel hayatta ya da komada olan işçinin bu hali asli borçlarının yerine getirilmesi bakımından mutlak imkansızlık arz etse de geçici olup olmadığı, ne kadar süreceği ve ne kadar sürerse daimi kabul

<sup>12</sup> İşverenin ölümü ise mutlak bir kendiliğinden sona erme sebebi değildir; hizmet ilişkisinde işçi bakımından esas olan iş şartları olmakla ve onun bağımlılığı işverenin şahsından çok temel faaliyete ilişkin olmakla sözleşme ilişkisinin devamlılığı işveren şahsına değil, temel faaliyetin varlığına bağlıdır; temel faaliyeti işverenin şahsı teşkil ettiği takdirde onun ölümü mutlak ve devamlı bir maddi imkansızlık teşkil etmekle sözleşme konusuz kalacak ve kendiliğinden sona erecektir.

<sup>13</sup> Sürekli Borç ilişkilerinde imkansızlık hakkında; Seliçi, Sürekli syf.90-104 ve İş sözleşmelerinde ifa imkansızlığı hakkında; Soyer, İşgörme syf.184-211

<sup>14</sup> “İşçinin çalışmaya başladıktan sonraki hastalık ya da sakatlığı sonucu işgöremez duruma düşmesi, sözleşme ile yükümlenmiş olduğu işgörme edimini ifa edememesine neden olur. Bu durum, Borçlar Hukukunda ... sonraki imkansızlık olarak görülmektedir. Borçlanılan edimin sonradan ortaya çıkan olaylar nedeniyle objektif ve sürekli olarak mümkün olmamasına sonraki imkansızlık denir... kaza, mücbir sebep gibi dıştan ya da akıl hastalığı, hastalık gibi ... işçinin şahsından doğan nedenlerden meydana gelebilir.” Caniklioğlu, Hastalık Sakatlık syf.105 ve bu durumun iş sözleşmesine yansımaları hakkında aynı eser syf.106 vd.. Hastalık ve sakatlık kavramları arasındaki fark hakkında aynı eser syf.15; “... hastalıkta kural olarak tedavi ihtiyacı içinde olma ve bu tedavi sonucunda iyileşebilirlik esas iken, sakatlıkta iyileşememe, yani kalıcılık söz konusudur.”

edilebileceği, sonucunda eski iş görme kabiliyetinin kazanılıp kazanılmayacağı tartışmalı olduğundan, sözleşmenin sona ermesi için taraf iradelerinin müdahalesi gerekmektedir.

Sözleşmenin sona ermesi tarafların daha önceden kararlaştırdıkları muayyen bir olaya bağlanabilir. Bu hukuki olay hizmet ilişkisi bakımından vade niteliğinde olacaktır. Bu vadeye kadar geçecek sürenin dolmasıyla sözleşme herhangi bir başka hukuki işleme gerek kalmadan sona erecektir. Her iki taraf hukuki ilişkinin ne zaman sona ereceği hususunda aynı öngörü içindedir ve bu ortak öngörü sözleşmenin sona erme şartları bakımından taraflara hukuki güvence temin etmektedir<sup>15</sup>.

Bir hizmet sözleşmesinin belirli süreli sayılması için bu öngörünün daha baştan kesin olarak bilinen bir süreyi kapsamaması mı gerekiyor, yoksa vadenin, yani sona erme anının anlaşılabilir, belirlenebilir olması yeterli mi, bu husus Borçlar Kanunu'nda açık değildir. BK m.338 "muayyen bir müddet için yapılmış" olması şartından bahsederken sürenin belirliliği üstünde durmaktadır; tarafların iradesi belirli bir süre hakkında açıkça (sarahaten) birleşmiştir. Bu süre sözleşme konusu "işin maksut olan gayesinden anlaşılmakta" olabilir ki bu durumda süre hakkında zımni bir anlaşmadan bahsedilebilir. Bu noktada denebilir ki "gaye" çoğu zaman belirli ve kesin bir süreden ziyade bir vadeyi, sona erme sebebi olacak olayı beraberinde getireceğinden, Kanun bir hizmet ilişkisini belirli süreli saymak için vadenin belirli olmasını yeterli görmektedir. Belirli süreli hizmet ilişkisinde her iki taraf da vade geldiğinde ya da bir başka ifade ile söz konusu hukuki olay gerçekleştiğinde sözleşmenin sona ereceği hususunda mutabık ve hazırlıklıdır; hukuki güven bu hukuki olayın belirliliği ile temin edilmiştir. İş Kanunu belirli bir sürenin kararlaştırılması yanında sürenin objektif koşullara da bağlanabileceğini açıkça öngörmektedir (İK m.11/f.1 c.2). Böylece bir iş sözleşmesinin belirli süreli sayılması için muayyen bir süreye bağlanması şart olmayıp gerçekleştiği an tartışma taşımayan, ihtilafsız bir vadeye bağlanması

---

<sup>15</sup> Belirli süreli sözleşmeler hakkında; Seliçi, Sürekli syf.66-80; Süzek, İş syf.395-396; Çelik, İş Hukuku syf.81-87

yeterli olmaktadır<sup>16</sup>. Kararlaştırılan vade geldiğinde iş sözleşmesi, tarafların müdahalesine gerek kalmadan son bulacaktır.

İşçinin verimsiz çalışması, performans düşüklüğü, daha az iş çıkarması, sakatlığı, formunu kaybetmesi gibi özen borcunu ihlali halleri vade kabul edilemezler. Bunlar belirsizlik ve nisbilik taşıdıklarından tartışmalı ve sübjektiftirler; taraf iradelerine bağlı olmalarının yanında tesadüfi ve ani olaylara dayanmaktadırlar. Kaldı ki, belirli ve kesin nitelik kazansalar dahi asli borçlarla ve ifa ile ilgili olduklarından vade ile ilgili değil, borca aykırılık hakkındaki hükümlere tabidirler. İşçinin belirli bir yaşa basana kadar çalışmasının kararlaştırılması, yaş olgusunun vade niteliğine sahip olması ve işçiye bu zamana kadar hukuki güvence sağlanmış olması sebebiyle geçerlidir. Ancak emeklilik olgusu, taraf iradelerine bağlı ve yeterli kesinlik taşıyor olması sebebiyle vade kabul edilemez.

İş sözleşmesi belirli süreli değilse ya da belirli süreli ise dahi kararlaştırılan vadeden önce sona erdirilmek isteniyorsa ancak tarafların müdahalesi ile sona erdirilebilir. Bu müdahale hukuki ilişkinin sona ermesi yönünde taraflardan birinin ferdi iradesinin diğer tarafa açıklanması ya da her ikisinin ortak iradesinin teşekkülü ile gerçekleşir. Bu müdahale tarafların birbirlerine yönelttikleri tek taraflı ya da iki taraflı, hukuki ilişkiyi sonlandırma hukuki sonucunu hedef alan ve hukuk düzeninin bu maksat sebebiyle sona erme hukuki sonucunu tanıdığı irade beyanı ile gerçekleşmekle her halükarda hukuki işlem niteliğinde ortaya çıkmaktadır.

Hukuk düzeninin aradığı şartlara uyulduğu takdirde her hizmet sözleşmesi hukuki işlem ile sona erdirilebilir ki belirsiz süreli sözleşmelerde hukuki ilişkinin hukuki işlem ile sona ermesi kuraldır. Herhangi bir hukuki ilişki tarafların anlaşması ile her zaman sona erdirilebilir. Hizmet ilişkileri bakımından da sona erdirme sözleşmesine engel bir yasal hüküm bulunmamaktadır. İşçinin özen borcunu ihlali hali tarafları hukuki ilişkiye son verme sözleşmesine sevk eden bir saik olabilir. Buna karşın, iş sözleşmeleri bakımından mevzuat ve uygulamanın taşıdığı işçiyi koruyucu yaklaşım sona erdirme sözleşmesinin iş sözleşmeleri bakımından uygulama alanını diğer

---

<sup>16</sup> Belirli süreli borç ilişkilerinde vadenin niteliği ve çeşitleri hakkında; Seliçi, Sürekli syf.66-71



sözleşme ilişkilerine nispetle oldukça daraltmakta ve hukuki geçerliliğini tartışmalı kılmaktadır.

Yasal mevzuat iş sözleşmelerinin işveren ya da işçiden biri tarafından tek taraflı sonlandırılması ve hukuki sonuçları üzerine kurulmuştur. Tek taraflı sonlandırma bu hukuki sonuca yönelik bir irade beyanı ile gerçekleşir ki fesih diye adlandırılan bu hukuki işlem bozucu yenilik doğuran nitelikte olup dayanağını öncelikle ve genel manada sözleşme özgürlüğünde (irade muhtariyetinde) bulmaktadır; bir hukuk kişisi sözleşme akdetme hakkına sahip olduğu gibi hukuk düzeninin kabul ettiği sınırlar içinde bu sözleşme ilişkisine son verebilme hakkına da sahip olabilmelidir. Hukuk düzeni işçi yönünden bu hakkı mutlak olarak tanıırken, işveren yönünden kimi hizmet ilişkileri bakımından bu temel hakkın saf (serbest) halini fesih için yeterli görürken kimi hizmet ilişkilerinde bu hakkın gerekçelendirilmesini, bir başka deyişle bir ifa engeline dayandırılmasını aramaktadır. Diğer taraftan hizmet ilişkisinin her iki tarafı da sözleşmeye devamı çekilmez kılan bir ifa engeliyle karşılaştıklarında fesih hakkına sahip olmaktadırlar. Özen ihlali, iş sözleşmesinin feshinde somut duruma göre bir saik olabileceği gibi ifa engeli niteliği kazanarak feshe hukuki bir gerekçe de olabilmektedir.

## **C) İŞÇİNİN İŞ GÖRME BORCUNU İHLALİ HALİNDE İŞVERENİN FESİH HAKKI**

### **1) GENEL OLARAK FESİH**

Fesih, ifa engeline dayanıp dayanmamasına, ifa engelinin niteliğine, ihbar eden tarafa göre farklı hukuki hükümlere tabi olmakla beraber ortak bazı özellikler taşımaktadır. Fesih, sürekli borç ilişkisinin taraflarından birinin diğer tarafın katılımı olmaksızın tek taraflı irade beyanı ile mevcut hukuki ilişkiyi ileriye etkili olmak üzere sona erdirmesi hukuki işlemi olup mevcut bir hukuki ilişkiyi ortadan kaldırarak yeni bir hukuki durum meydana getirmekle tek taraflı bozucu yenilik doğurucu hukuki işlem niteliği göstermektedir. Bu tür hukuki işlemlerle ilgili olarak açık ve genel yasal hükümler bulunmamakla beraber mevzuat bazı hukuki müesseseler içinde bazı genel ve özel hükümler koymuştur. Bu hükümlerden doğrudan fesihle ilgili olmayanlar kıyas yolu ile uyarlanarak, kalan hususlarda ise MK. m.1 gereğince kanun boşluğu

doldurmak suretiyle fesih müessesesi hakkında uygulama ve doktrin genel bir yapı oluşturmuştur<sup>17</sup>.

Fesih hakkı sözleşme taraflarına aittir; alacak devredilmişse bile bu hak kendiliğinden devrolmaz. Fesih beyanının hukuki sonuç doğurması için sözleşme taraflarından biri ya da yetkili temsilcileri tarafından kullanılması ve diğer tarafa ya da yetkili temsilcilerinden birine yöneltilmesi gerekir. Muhataba yöneltilen bu beyan ona ulaşma ile hukuki sonuç doğurur. Fesih hukuki sonucunun doğması için irade beyanının bu hukuki sonuca yöneldiğinin açık ve kesin biçimde anlaşılır olması hem tarafların hem de üçüncü kişilerin hukuki güvenliği bakımından gereklidir; hukuki sonuç lehdarın iradesine ve bu iradenin muhataba yönelmesine bağlı olarak hukuk alanında nesnel bir durum meydana getirdiğinden tüm ilgili hukuk kişilerinin, özellikle ve öncelikle muhatabın beyana konu iradeyi ve hedeflediği sonucu yeterli açıklıkta anlayabilmesi hukuki sonucun doğması bakımından şarttır. Bu, beyanın zımni olamayacağı anlamına gelmez, ama anlaşılabilirliği ve açıklığı zedeleyecek, iradenin yöneldiği hukuki sonucun belirliliğini bozacak bir geciktirici ya da bozucu şarta bağlanması halinde irade beyanı fesih hukuki sonucunu doğurmayacak yahut şart geçersiz sayılacaktır. Ancak bu ilke, fesih ihbarının vadeye bağlanmasına engel olmadığı gibi fesih açıklık ve belirliliğini zedelemeyecek surette bir şarta bağlanmasına da engel değildir. Ne var ki fesih bir hukuki işlem olmakla genel itibariyle hukuki işlemlerin geçerliliğine ait genel hükümlere tabidir. Bu itibarla kanunen ya da akdi olarak bir şekil şartına bağlanmadığı sürece fesih beyanı herhangi bir şekle tabi değildir; ama mevcut böyle bir şekil şartına uyulmadığı takdirde geçersiz sayılacaktır. Fesih hakkından vazgeçme ise diğer haklarda olduğu gibidir; vazgeçme fesih ehliyetinin hukuka ve ahlaka aykırı biçimde sınırlandırılması ya da ortadan kaldırılması niteliğinde olamaz, münferit bir fesih ile ilgili ve meşru sınırlar içinde olabilir ve fesih hakkı doğmadan bu haktan vazgeçilemez.

Fesih<sup>18</sup>, ani edimli borç ilişkilerinde söz konusu olan geriye etkili sonuç doğuran dönmenin aksine ileriye etkili olduğundan o ana kadarki sözleşme

---

<sup>17</sup> Bu noktada icap ve kabul gibi yenilik doğurucu hukuki işlemler esas alınmaktadır. Fesih hakkında ayrıntılı bilgi için; Seliçi, Sürekli syf.115-118

<sup>18</sup> Feshin hukuki sonuçları hakkında; Seliçi, Sürekli syf.118-131

ilişkisi geçerli olup bu ilişkiden doğan alacaklar baki kalır ve ifa edilen edimler sebepsiz zenginleşme teşkil etmez. Fesih, hukuk düzeninin öngördüğü müessese ve tasarruflar çerçevesinde hüküm doğurur; mesela hüküm doğurması bakımından belli bir sürenin geçmesi gerekiyorsa fesih beyanı bu sürenin sonunda hüküm doğurur; fesih haklı nedene dayanıyorsa tarafların hakları ve beyanın hüküm doğuracağı an haklı nedenle fesih müessesesinin öngördüğü hükümlere göre belirlenir, haklı nedene dayanan fesih beyanının geçerliliği kanunda öngörülen süre içinde kullanılmasına ve haklı nedenin varlığına bağlıdır. Fesih beyanının irade fesadı sebebiyle hukuki sakatlığı ve iptal edilebilirliği söz konusu olabilir; ancak hukuken geçerli ve hukuki sonuç doğurmuş bir fesih beyanı geri alınamaz. Bir görüş karşı tarafın muvafakati halinde geri alınmanın mümkün olabileceğini savunurken ağırlıklı görüş bir kere hukuk düzeninde sonuç doğuran bir fesih beyanının taraflar irade etseler dahi geri alınamayacağı yönündedir. Ancak taraflar anlaşarak yeniden bir sözleşme ilişkisi kurabilirler, hatta bu sonraki sözleşmenin önceki ilişkinin devamı niteliğinde olmasını ve tüm hak ve borçların aynen ve kaldığı yerden devam etmesini zımnen ve sarahaten kararlaştırabilirler. Hazırlar arasında fesih beyanının ulaşması ve öğrenilmesi aynı anda gerçekleştiğinden hukuki sonuç beyanla doğar. Ama, hazır olmayan birine yapılan fesih beyanı muhatap tarafından öğrenilmeden, bu beyandan önce muhatap tarafından öğrenilen bir başka beyanla geri alınabilir; ancak fesih beyanı bir kere muhatap tarafından öğrenildi mi artık geri alma beyanı hüküm doğurmaz.

Fesih beyanının hüküm doğurması ve hukuki sonuçları dayanılan fesih türüne bağlıdır. İş sözleşmesinin özellikleri, tabi olduğu yasal hükümler ve tarafların kimliği ile fesih lehdarının iradesi dayanılan fesih türünü ve beyanın tabi olduğu hükümleri belirlemektedir. Feshin ifa engeline dayanmasına ya da dayanmamasına göre iki temel fesih türünden söz edilebilir: serbest ve ifa engeline dayalı fesih. İfa engeline dayalı fesih hakkı da, ifa engelinin niteliğine göre iki başlık altında incelenebilir: haklı sebeple fesih ve geçerli sebeple fesih.

## **2) İŞÇİNİN ÖZEN BORCU İHLALİNİN İŞ GÜVENCESİ KAPSAMI DIŞINDAKİ SÖZLEŞMELERDE İŞLEVİ**

Hukuk, belirsiz süreli sürekli edimli borç ilişkilerinin taraflarına herhangi bir ifa engeline (sebebe) dayanmak mecburiyeti olmaksızın hukuki ilişkiyi fesih bildirimini ile serbestçe sona erdirmeye hakkını tanımaktadır<sup>19</sup>; iş sözleşmeleri bakımından da aynı imkan kısmen mevcuttur. Bu imkanın bulunduğu hallerde fesih iradesinin gerekçelendirilmesi aranmaz, gerekçenin varlığı ya da muhtevasının fesih beyanının geçerliliği bakımından önemi yoktur. Salt fesih bildirimini sözleşmenin sona ermesi bakımından yeterlidir.

Serbest fesih, sözleşme taraflarının eşitliğine dayanır. Liberal sistem fesih hakkını sözleşme kurma hakkı gibi ve ona denk bir hak olarak görür, bir hukuki ilişkiyi irade muhtariyeti çerçevesinde serbestçe akdedebilen bir hukuk kişinin aynı serbestiyet çerçevesinde bu hukuki ilişkiyi sona erdirmeye hakkı da vardır. Aynı şekilde irade serbestiyeti gereği bir hukuk kişisini belirsiz süreli bir akitle sınırsız bağlı tutmak kişi hürriyeti ile bağdaşmaz. Diğer taraftan belirsiz süreli bir iş sözleşmesi akdedilirken normal olarak hiçbir hukuk kişisi ömür boyu veya sınırsız bağlı kalmak üzere ya da bu beklenti ile, böyle bir borç ilişkisine girmez, en azından her iki tarafın birden iradesi bu yönde birleşmez, birleşse dahi bir hukuk kişinin sözleşme hürriyetini bir başkasının insafına (iradesine) terki hukuken geçersizdir (MK m.23); dolayısıyla belirsiz süreli sözleşmenin niteliği gereği taraflar bu tür sözleşmeleri serbestçe tek taraflı sona erdirmeye hakkını taşımaktadır.

Ancak serbest fesih hakkının uygulanma alanı, iş sözleşmeleri bakımından oldukça kısıtlanmıştır. Nitekim Borçlar Kanunu'na tabi iş sözleşmelerinin her iki tarafı serbest feshi ihbar hakkına sahipse de İş Kanunu'na tabi sözleşmelerin bir kısmında işverenin fesih hakkı sebebe dayanması şartına bağlanmıştır. İş güvencesi<sup>20</sup> diye adlandırılan sistemde işçinin korunması ve işverenin ahde vefa ilkesini zedeler tarzda fesih hakkını keyfi ve kötüye kullanmasına engel olunması hedeflenmekte, ifa engeli olmaksızın yapılacak bir feshin keyfi ve geçersiz olacağı öngörülmektedir; dolayısıyla iş güvencesine tabi iş sözleşmeleri bakımından serbest fesih hakkı yerini ifa engeline dayalı fesih hakkına bırakmaktadır. Bütün hizmet ilişkilerinde işçi tarafı serbest feshi ihbar hakkına sahipken işveren tarafı iş güvencesi

<sup>19</sup> Seliçi, Sürekli syf.132; Oğuzman, Fesih syf.159

<sup>20</sup> İş güvencesi kavramı hakkında; Kutal, Seminer 2001 syf.15-18, Çelik, İş Güvencesi syf.9-11 ve İş güvencesinin Türk Hukuku'ndaki gelişimi hakkında; Çelik, İş Güvencesi syf.12 vd.

kapsamı dışındaki hizmet ilişkilerinde bu hakkı kullanabilmektedir. Serbest fesih hakkına sahip işveren, işçinin özen borcunu ihlali halinde, sözleşmeye devam etmek istemiyorsa, ihlali ileri sürmek ve ispatlamak zorunda kalmaksızın sözleşmeyi tek taraflı olarak sonlandırabilecektir. Bu noktada özen borcunun ihlali işvereni feshe sevk eden bir saik olmaktadır.

Ne var ki serbest fesih hakkı, lehdar menfaatine mutlak bir yetki değildir; muhatabın menfaatlerini korumak ve tarafların hakları arasında denge kurmak için çeşitli düzenleme ve sınırlamalara tabidir. Fesih müessesesi, ahde vefa ilkesine rağmen irade serbestiyeti lehine taraflardan birinin münferit menfaatlerini kollamak fikrine dayanmaktaysa da hukuk düzeninin ana hedeflerinden biri haklar arasında denge kurmak ve temel hukuk ilkelerini biri için diğerinden vazgeçmeden uygulamak olduğundan diğer tarafı feshe karşı korumak ve ahde vefa ilkesini ayakta tutmak maksadına yönelik tedbirleri de öngörmüştür. Bu tedbirler sözleşmenin mümkün olduğunca adil ve sorunsuz tasfiyesini temin eder. Diğer taraftan hizmet ilişkisinin zayıf tarafı varsayılan işçinin, bu tedbirler vasıtasıyla korunması hedeflenmektedir.

Diğer sürekli edimli sözleşmeler bakımından ortak olan en temel tedbir ihbar süresi ve ihbar tazminatıdır<sup>21</sup>. Feshin doğurduğu ani hukuki değişimin yol açması muhtemel menfi neticelerden muhatabı korumak için hukuk düzeni muhatabın kendisini hukuki değişime hazırlayabilmesi ve ani değişimin muhatap üzerindeki zararlarını hafifletmek gayesiyle muhataba feshin hukuki sonuçları doğana kadar zaman tanımakta, belli bir süre kadar mehil bırakmaktadır. Fesih ihbarı bu süre kadar önceden yapılmalıdır; bu süreye riayet etmeden yapılmışsa da hukuki sonuçlarını bu sürenin geçmesi ile doğurur (BK m.340-341 ve İK m.17). İhbar süresi diye adlandırılan bu sürede sözleşme aynı şartlarla devam eder, ancak işveren bu süre boyunca işçiye iş arama izni tanınmalıdır. Eğer fesih beyanında bulunan taraf ihbar süresine uymaz ise bu süreye denk düşen ücreti karşı tarafa ödemelidir; ihbar tazminatı ihbar süresine uyulmaması sebebiyle muhatabın uğrayacağı zarara karşılık götürü bir tazminattır. Serbest fesih hakkını kullanan işveren, haklı sebebe dayanmaksızın sözleşmeyi sona erdirmek istiyorsa, işçiye yönelttiği bu iradesi ihbar süresi kadar sonrası için hüküm doğurur. İhbar süresi içinde

---

<sup>21</sup> İhbar süresi ve tazminatı hakkında; Süzek, İş syf.401-405, 414-416; Çelik, İş Hukuku syf.178-188

sözleşmesini feshettiği işçiyi çalıştırmayan işveren, ihbar tazminatı ödemekle yükümlüdür.

İşçiyi iş sözleşmesinin sona ermesine karşı koruyan diğer bir tedbir kıdem tazminatıdır<sup>22</sup>. İş sözleşmesinin, işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışına dayalı olarak haklı sebep ile feshi hali hariç olmak üzere, işverence feshi veya haklı sebep ile işçi tarafından feshi hallerinde işçi, işyerindeki kıdemine ve ücretine nispetle bir miktar tazminata hak kazanır. Kıdem tazminatı ile bir taraftan sözleşmenin feshi zorlaştırılarak işçiye iş güvencesi sağlanmakta, diğer taraftan da işçinin işveren menfaatine sunduğu emek tahsisi ve işletmeye kattığı artı değer ödüllendirilmekte, tarafların sözleşmeye bağlılığı arttırılmakta, sözleşmenin feshi ile düzenli gelirden mahrum kalan işçiye işsiz kalacağı süre için gelir sağlanmaktadır.

İş sözleşmesi, işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı hareketlerine dayanılarak haklı sebeple işveren tarafından feshedilmesi ve işçi tarafından haklı bir sebebe dayanılmaksızın feshedilmesi halleri hariç olmak üzere herhangi bir surette sona erdiği takdirde, işçi sosyal güvenlik sistemi dahilinde, belli süre boyunca belli miktarda bir ödeneğe hak kazanır (4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu m.51). Böylece, hizmet ilişkisinin feshi üzerine işçinin karşılaştığı işsiz kalma riski sosyal boyutu nedeniyle sözleşme hukuku dışına çıkılarak kamu hukuku çerçevesinde devlet tarafından da karşılanmaya çalışılmaktadır; işsizlik sigortası işsizlik sosyal riskinin sosyal güvenlik sistemi içinde hafifletilmesini hedeflemektedir<sup>23</sup>.

Hukuk, tüm bu tedbirlerin yanında, işverenin, işçinin sözleşmesini kötü niyetli olarak feshi halinde, kötü niyet tazminatı ile bir taraftan işçinin maddi ve manevi zararını karşılamaya, bir taraftan da kötü niyetli feshi ve bu keyfiyetle feshe giden işvereni cezalandırmak istemiştir.

Taraflar feshi ihbar hakkını kullanırken "... dürüstlük kuralına uymak zorundadır" (MK m.2/f.1); tüm diğer haklarda olduğu gibi feshi ihbar hakkının "... açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz"(MK m.2/f.2). 4857

---

<sup>22</sup> Kıdem tazminatı hakkında; Süzek, İş syf.549 vd.; Çelik, İş Hukuku syf.258 vd.; Akyiğit, Kıdem syf.25-37

<sup>23</sup> İşsizlik sigortası hakkında; Süzek, İş syf.591 vd., Kutal, Seminer 2001 syf.30

sayılı İş Kanunu'nun veya 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun dışında kalan hizmet sözleşmeleri bakımından da işverenin fesih hakkını kötüye kullanması halinde genel hükümler geçerlidir; ancak İş Kanunu ve Sendikalar Kanunu işverenin serbest feshi ihbar hakkını kötüye kullanmasını özel hükümlerle düzenlemiştir<sup>24</sup>.

İşverenin serbest feshi ihbar hakkına sahip olduğu iş sözleşmelerinde işveren serbest fesih hakkını kötüye kullanarak sözleşmeyi sona erdirdiği takdirde, İK m.17/f.6 uyarınca ihbar süresinin üç katı tutarında kötü niyet tazminatı ödemek zorunda kalır. Bu hakkın kötüye kullanılması feshin geçersizliğine sebep olmaz, sözleşme sona ermiş, fesih tüm hukuki sonuçlarını doğurmuştur; ama hukuk hakkın kötüye kullanılmasını himaye etmemesinin sonucu olarak fesih hakkının kötüye kullanılmasını götürü nitelikte bir tazminat ile müeyyidelendirmiş, hem işçinin maddi ve manevi zararını karşılamayı hem de işverenleri hukuka aykırı davranmaktan men etmeyi hedeflemiştir. Hakim, dava dosyasının içeriğinden feshin kötü niyetli yapıldığını tespit etse dahi fesih her şeye rağmen hüküm doğurduğundan bunun tek başına hukuki bir sonucu olmayacaktır; nitekim talep olmaksızın maddi nitelik taşıyan kötü niyet tazminatına hükmedemez. Ancak, bu hususta usulüne uygun bir talep varsa kötü niyetli feshi değerlendirir ve talep doğrultusunda yaptırıma bağlar. Kötü niyet tazminatı teknik anlamda bir tazminat değildir, daha çok medeni nitelikte bir cezadır<sup>25</sup>; nitekim yasal olarak işçinin fesihten zarar gördüğünü ispatlaması beklenmediği gibi zarar görmüş olması da aranmamaktadır.

1475 sayılı İş Kanunu'nda kötü niyet tazminatının düzenlendiği m.13/f.4, kötü niyet teşkil eden bazı durumları "işçinin sendikaya üye olması, şikayete başvurması gibi sebepler" diyerek özetlemiş, Yargı ise bu örneklemelerden yola çıkarak belirli bir kıstası esas alan bir uygulama yerleştirmiştir. Bu maddenin yerini alan 4857 sayılı İş Kanunu m.17/f.6 herhangi bir kıstasa işaret etmediği gibi örneklemede de bulunmamıştır; ancak madde gerekçesinde o zamana kadar Yargı uygulaması ile kötü niyet teşkil ettiği yerleşik içtihat halini alan bazı fesih sebepleri sayılmakta olduğundan eski

---

<sup>24</sup> Fesih hakkının kötüye kullanılması hakkında; Süzek, İş syf.418-429; Çelik, İş Hukuku syf.189-192 Engin, İşletme syf.16 vd.; Akyiğit, Kıdem syf.335 vd.

<sup>25</sup> Süzek, Fesih syf.163

anlayışın yeni Kanun ile de korunmak istendiği anlaşılmaktadır. Eski Kanunun lafzı, yeni Kanunun gerekçesi ve şimdiye kadar süre gelen yerleşik Yargı uygulaması dikkate alındığında Türk Hukuku'nda işverenin fesih hakkını kötüye kullandığını tespit bakımından serbest feshi ihbar hakkının sosyal gayesinden saptırılması, farklı maksatla kullanılması kıstasının esas alındığı, bu kıstasın feshin işletme yararına uygunluğu kıstası ile denetlendiği görülmektedir<sup>26</sup>. İşverenin, işçinin sendikal haklarını kullanması, kanuni bir greve katılması, iş sözleşmesinden doğan haklarını korumak için işveren aleyhine dava açması veya Bölge Çalışma, SSK gibi mercilere şikayette bulunması, temel hak ve özgürlüklerini kullanması, özel hayatındaki fiil ve davranışları, mahkemede işveren aleyhine de olsa şahitlik yapmak gibi hukuken sorumlu olduğu fiillerde bulunması sebepleriyle ya da işçinin kıdem tazminatı, yıllık izin gibi bir hakkının doğumuna engel olmak için ya da işçinin itibarına, manevi bütünlüğüne zarar verecek tarzda ya da sözleşmenin uzun süreceği güvenini verdikten ve işçiyi çeşitli fedakarlıkların altına soktuktan sonra ya da daha ucuza işçi çalıştırmak için, özellikle çok sayıda işçi çıkarıp yerlerine yeni işçilerin alınması durumunda ya da kadrolaşma amacıyla feshe gidilmesi hallerinde hakkını kötüye kullandığı kabul edilmektedir.

Feshin kötü niyetli olduğunun ispatı olağan dışı olan bu durumu iddia eden işçiye düşmektedir<sup>27</sup>. Feshe sebep olduğu iddia edilen durumun varlığı ispat bakımından yeterli olmayıp bu durum ile fesih arasında bir bağın olduğunun da ispatlanması ya da en azından anlaşılması gerekmektedir. Ancak yargı iddiasını ispat bakımından zayıf konumda olan işçiye kolaylık tanımakta, işverenin niyetini tespit hususunda kötü niyet teşkil eden durum ile fesih arasında zaman ve sonuç bakımından yakınlık gördüğü takdirde kötü niyetli feshin varlığına kanaat getirmektedir. İşveren feshin iddia edilen sebebe değil de meşru bir sebebe dayandığını ispatlayabilirse bu fiili karineyi ve kötü niyet iddiasını çürütebilecektir.

Meşru sebepler, işletmenin ekonomik ve teknik gerekleri ile işçinin hafif kusuru veya mesleki yetersizliğine dayanan, haklı sebep teşkil edecek ağırlıkta olmayıp ihbar süresi tanıyarak feshe imkan veren fesih sebepleridir<sup>28</sup>. İşçinin

---

<sup>26</sup> Fesih hakkının kötüye kullanılması kıstasları hakkında; Süzek, Fesih syf.74 vd.

<sup>27</sup> Kötü niyetli feshin ispatı hakkında; Süzek, Fesih syf.199 vd.

<sup>28</sup> Meşru sebep kavramı ve meşru sebepler; Süzek, Fesih syf.110-130



özen yükümlerini hafif kusuru ile ihlal etmesi veya özen ölçüsünü yakalamakta yetersiz kalması halinde, işverenin fesih hakkını bu olgulara dayandırarak kötü niyet iddiasından kurtulması mümkündür.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu m.31/f.6 ve f.7 ile ister İş Kanunu'na ister diğer kanunlara tabi olsun hizmet ilişkisinin serbest feshi ihbarının işçinin sendikal haklarına engel olunması ya da kısıtlanması maksadıyla kötüye kullanılması halinde işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere kötü niyet tazminatının özel düzenlemesi olan sendikal tazminata hükmedilir<sup>29</sup>. Kötü niyet tazminatının aksine sendikal tazminat talebinde ispat yükü işverene düşmekle işveren sendikal sebebin bulunmadığını ispat durumunda kalmaktadır. Bu ise çoğunlukla meşru bir sebebin varlığını kanıtlamak suretiyle olacaktır. Bu noktada denebilir ki, meşru sebep, kötü niyet tazminatı bakımından kötü niyeti gösteren fiili karineyi çürütmeye hizmet ederken sendikal tazminat talebi bakımından daha çok ispat yükünün yerine getirilmesi rolü üstlenmektedir.

Somut durumda, işvereni feshe sevk eden saikler içinde hem kötü niyet teşkil eden hem de meşru sebep teşkil eden olgular rol oynamış olabilir. Bu durumda, feshin kötü niyetli mi meşru mu olduğunu takdir ederken birbirine zıt bu iki fesih sebebinden en çok rol oynayanını, en önemli ve en etkili olanını tespit etmek ve değerlendirmek gerekir. Bu açıdan, mesela kötü niyet arz eden sebep olmasaydı da işverenin feshe gideceği ya da meşru sebebin başkaca işçiler bakımından da söz konusu olup onlar için kullanılmadığı anlaşılırsa meşru sebebin veya kötü niyetin ağır bastığı söylenebilir. İşçi, üretim akışını engelleyecek ölçüde yavaş çalışıyorsa sendikaya üye olmuş olmasının ya da fazla mesai ücretlerini talep etmiş olmasının fesih iradesinde daha az belirleyici olduğu, özen borcu ihlalinin işvereni feshe sevk ettiği düşünülebilir. Ancak, sözleşmesi feshedilen işçi kadar veya belki de ondan daha da yavaş çalışan ve sendikaya üye olmayan ya da fazla mesai ücreti talep etmeyen işçilerin sözleşmelerinin feshedilmediği anlaşılıyorsa, kötü niyetin ağır bastığı sonucuna varılabilir. Diğer yandan, işçinin sendika

---

<sup>29</sup> İşçi sendikal tazminatı değil de kötüniyet tazminatını talep etmişse taleple bağlılık gereği şartları bulursa bile sendikal tazminata hükmedilemez, buna karşın sendikal tazminat kötü niyet tazminatını da kapsadığından sendikal tazminatın şartları bulunmasa da şartları varsa kötü niyet tazminatına hükmedilebilir.

üyeliğinin eski olması ya da işçinin açtığı dava veya idari şikayetin işveren aleyhine sonuçlanmaması halinde, feshin kötü niyetli yapılmadığı sonucuna varılabileceği gibi, kötü niyetli feshe karine teşkil etseler bile ileri sürülen ve varolan meşru sebep karşısında bu olguların rollerinin zayıf kalacağı düşünülebilir.

### **3) ÖZEN BORCU İHLALİNİN İŞVERENE SAĞLADIĞI GEÇERLİ VE HAKLI SEBEPLE FESİH HAKKI**

#### **a) ÖZEN Borcunun İhlalinin Fesih Sebebi Niteliği Kazanması**

Zamanın değiştirici etkisi iş sözleşmesinin kurulduğu andaki menfaat dengesini sözleşme aleyhine bozabilir. Taraflardan kaynaklanan veya harici sebeplerle, kimi zaman taraflardan birinin borca aykırı hareketine ya da kusuruna bağlı olarak sözleşmenin devamı, sözleşme şartlarının uygulanması, sözleşmeden beklenen menfaatlerin temini maddi ve/veya manevi boyutta güçleşebilir, imkansızlaşabilir veya dürüstlük kuralları gereği taraflardan beklenilmez hale gelebilir.

Sözleşmenin kurulmasına ve ayakta kalmasına temel olan menfaat dengesini teşkil eden unsurlardan işverenin menfaat alanını ilgilendiren en önemlisi, işçiye düşen özen borcu ve işçiden beklemeye hakkı olan özen ölçüsüdür. Gerek işçinin kusurlu hareketi ile gerek işçinin sorumluluk alanındaki dahili olsun harici olsun ifa kabiliyetinin zayıflaması, kaybı veya yetersiz kalması neticesi doğuran bir hukuki olgu ile, sözleşmenin başındaki menfaat dengesi işveren aleyhine değişebilir.

Sözleşmenin dayandığı edimler ve menfaatler arası dengenin bozulması, bir başka ifadeyle işlem temelini çökmesi neticesi doğuran bu sebepler iş sözleşmesi bakımından ifa engelleridir. İşverenin yönetim hakkı, tarafların sözleşmede esaslı değişikliğe gitmesi<sup>30</sup>, askı hali ve ücretsiz izin uygulaması<sup>31</sup> ifa engellerini aşmakta yetersiz, maksattan uzak kalabilir,

<sup>30</sup> İş sözleşmesinde esaslı değişiklik hakkında; Süzek, İş syf.269-270 ve 496-500; Çelik, İş Hukuku syf.193; Engin, İşletme syf.94-102

<sup>31</sup> İş sözleşmelerinde ücretsiz izin ve askı hali uygulamaları hakkında; Süzek, İş syf.373-394, Engin, İşletme syf.105-109

dürüstlük kurallarına veya hukuka aykırı, taraf iradelerine ya da menfaatlerine aykırı düşebilir. Bu takdirde hizmet ilişkisinin sona ermesi en uygun çözüm olacaktır. İş sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi hallerinin de çok sınırlı sayıda olduğu düşünüldüğünde sözleşmenin sonlandırılması taraf iradelerine kalmaktadır. Taraflar her zaman anlaşarak sözleşmeyi sonlandırabilirler de taraf iradelerinin uyuşmasının zorluğu ve iş hukukunun bu duruma getirdiği dar yaklaşım yanında ifa engelinin daha çok taraflardan birinin menfaat alanını olumsuz etkilemesi ve o tarafa tek taraflı sonlandırma yetkisi vermesi dikkate alındığında, anlaşarak sonlandırmanın uygulama alanının ne kadar dar kalacağı anlaşılabilir. Bu noktada menfaat dengesinin bozulmasından olumsuz etkilenen tarafın, menfaat dengesini bozan olguya dayanarak sözleşmeyi tek taraflı fesih imkanı bulunmaktadır.

Tazminat hakkının doğumu için özenin hem maddi hem manevi unsurunun ihlali şart olduğu gibi bir de işveren aleyhine zarar bulunmalıdır. Buna karşın borca aykırılığın fesih sebebi kabul edilmesi için illa zararın doğması şart değildir; zarar tehlikesi bulunması yeterlidir. Üstelik özen ihlalinin işvereni ileriye dönük olarak ifa zorluğu ya da maddi veya manevi ifa imkansızlığı içine düşürmesi için hem dış özenin hem de iç özenin ihlal edilmesi de şart değildir; işçinin kusuru dışında dış özeni temin etmekte yetersiz kalması ya da dış özenin ihlal edilmesi beklenmeksizin iç özeni sağlayamayacağını anlaşılması ifa engeli teşkil edebilirler.

Diğer yandan ihlalin ifa engeli niteliği kazanması ve haklı veya geçerli sebep olarak değer kazanabilmesi noktasında ihlalin sözleşmeye olan menfi tesirinin ağırlığının tespiti ve buna paralel olarak ihlalin ve engelin ağırlıklarının tespiti gerekmektedir<sup>32</sup>; bu noktada zarar ise yegane veya esaslı kriter değildir.

---

<sup>32</sup> "... davacı site içerisinde görevi icabı dolaşmakta iken telsizin odasından bir başkası tarafından alınıp birkaç gün sonra bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacının hizmet süresi, olayın oluş şekli itibarıyla verilen cezanın fiille orantılı olması gerekir. Kaldı ki davacının bu eylemi doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış olmadığı gibi işverene bir zarar da vermemiştir. Bu durumda davacının ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin kabulü gerekir..." Y.9.HD. 03.04.2005 tarih 2004/24264E. 2005/13004K. Tekstil İşveren sayı 310 syf.42. "... tebliğ edilen ihtar yazılarına göre ... alarm sistemi kullanma talimatı ve vezne çalışma kurallarına aykırı hareket ederek çalıştığı vezneye bazı kimseleri aldığı ... işveren(in) herhangi bir zarara uğramadığı gibi feshe gerekçe yapılan olayda davacının vezne konuştuğu kişi işyerinin güvenlik elemanı (olup) ... fesih ile gerçekleşen eylem arasında orantısızlık mevcut (olmakla) ... (fesih) ağır bir sonuçtur." Y.9.HD. 14.11.2005 tarih 2005/8457E. ve 35763K. Çalışma ve Toplum 9.

## b) HAKLI SEBEPLER

İfa engeli, sözleşmenin şartlarını veya menfaat dengesini taraflardan biri için o derece olumsuz etkileyebilir ki ifa engeli o taraf bakımından hukuki ilişkiye devamı çekilmez kılar. Bu tarafın ahde vefa ilkesine bağlılığı dürüstlük kuralları gereği beklenilemez olur ve diğer tarafın sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) kuralına dayanması dürüstlük kurallarına aykırı düşer. Ahde vefa kuralı devreden çıkmakla belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşme süresine, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ihbar süresine riayet zorunluluğu da ortadan kalkmaktadır; bu tür ifa engelleri "... iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren ..." hallerden olmakla bu haklı (muhik) sebebe dayanan taraf "... bir ihbara lüzum olmaksızın her vakit akdi feshedebilir." (BK m.344).

Asıl olan, fedakarlık gerektirse bile sözleşmenin başında kararlaştırılan akdi şartların uygulanmasıdır. Bu sebeple tarafların sözleşme kurulduğu anda mevcut şartların yanı sıra ileride sorumluluk alanlarında kalacak, özellikle borçlandıkları edimle ilgili, muhtemel ve beklenir değişiklik ve tehlikeleri de göz önüne almaları gerekir. Bu nitelikteki, hizmet ilişkisinin bağitlanmasının ardından, sözleşme kurulurken öngörülebilir ve olağan olan riskler ortaya çıktığı takdirde, öngörülebilir ve olağan düzeyin üstünde ağır bir külfet ve ifa engeli oluştursalar bile rizikoyu üstlenmiş taraf bakımından ahde vefa ilkesini devre dışı bırakmaya yeterli kabul edilemezler; dolayısıyla haklı sebep sayılmazlar. Bir ifa engelini haklı sebep sayılabilmesi için söz konusu ifa engelini, feshe dayanak yapacak tarafın risk ve sorumluluk alanının dışında kalması gerekir. Ancak öyle durumlar söz konusu olabilir ki ifa engeli belli bir düzeye kadar taraflardan birinin, belli bir düzeyden sonra diğer tarafın risk ve sorumluluk alanında kalabilir. Bir ifa engelini taraflardan biri bakımından haklı sebep kabul edilebilmesi için sorumluluk ve risk alanının dışında kalması yeterli değildir, menfaat dengesinin o taraf aleyhine ağır derecede bozulmuş olması da gerekir.

BK m. 344 hangi hallerin haklı sebep<sup>33</sup> teşkil edeceği konusunda açıklık taşımamakla beraber 4857 s. İş Kanunu m.24'de işçi lehine, m.25'de işveren

<sup>33</sup> Haklı sebepler hakkında; Oğuzman, Fesih syf.42-48; Süzek, İş syf.500; Çelik, İş Hukuku syf.218-220 ve işveren lehine haklı sebepler Süzek, İş syf.503-516; Çelik, İş Hukuku syf.225-236

lehine haklı sebep teşkil eden halleri öngörmüş ve tasnif etmiştir<sup>34</sup>. Bir kısım haller işçinin sağlık durumuna dayanmakta olup ifa imkansızlığına yol açan ya da işçinin sağlığını, canını tehlikeye sokan sebeplerdir (İK m.24/I ve m.25/I); ikinci kısım sebepler ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller olup iş ilişkisinin taraflara yüklediği borçların ihlalini oluşturan kusurlu fiil ve davranışlardır (İK m.24/II ve m.25/II); üçüncü kısım haller tarafların asli edimlerini ifa etmesini imkansız kılan zorlayıcı sebeplerdir (İK m.24/III ve m.25/III, IV).

Haklı sebeplere dayanan işveren, ister iş güvencesine tabi olsun ister olmasın, işçiye ihbar süresi tanımaksızın sözleşmeyi derhal feshetme hakkına sahiptir<sup>35</sup>. İşveren haklı sebebe dayanarak iş güvencesi kapsamındaki sözleşmelerin feshinde aranan geçerli sebep ileri sürme yükümünü de yerine getirmiş olmaktadır<sup>36</sup>.

### **c) İŞ GÜVENCESİ, GEÇERLİ SEBEPLER VE FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ**

Geçerli sebepler<sup>37</sup>; haklı sebep kuvvetinde, o derece ağır ve ciddi olmamakla beraber işin yürüyüşünü ciddi ve önemli ölçüde zora sokan, güçleştiren,

<sup>34</sup> “(İş Kanunu’nda) işveren tarafından hangi hallerde sözleşmenin haklı olarak feshedileceği ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. İşçinin kendisinden beklenen performansı göstermemesi haklı fesih nedeni olarak öngörülmemiştir. Personel yönetmeliğinde, bu gibi durumlarda işverene fesih hakkı tanınmış olmasının bir önemi bulunmamaktadır.” Y.9.HD 06.11.2001 tarih 2001/11445E. ve 17320K. [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), 06.07.2005

<sup>35</sup> “... işin özenle yapılmaması ve bunun belirli ölçüde bir zarara yol açması ya da işin hatırlatmaya rağmen yapılmaması halinde sözleşmenin 25.madde uyarınca derhal ve tazminatsız olarak feshi de mümkündür.” Çelik, İş Hukuku syf.122

<sup>36</sup> “Haklı nedenle iş sözleşmesini fesheden işverene karşı açılan işe iade davasında işverenin 26’ncı maddedeki 6 işgünlük süreyi geçirdiği ve 19’uncu maddedeki usule uymadığı gerekçesiyle işe iade kararı verilemez. Söz konusu durumda ayrıca feshin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığı araştırılmalıdır.” Y.9.HD. 24.02.2004 tarih 2003/22581E. 2004/3229K. Tekstil İşveren sayı 301 syf.37 “4857 s. Yasanın 26’ncı maddesinde düzenlenen hak düşürücü süreler aynı yasanın 24 ve 25. maddelerindeki fesih nedenleriyle (diğer bir ifadeyle haklı fesih sebepleriyle) ilgilidir. Ancak haklı fesih ve ilgili sebeplere dayanılarak yapılan fesih işlemine karşı 4857 sayılı Yasanın 18-21. maddeleri gereğince feshin geçersizliğine ve işe iadeye ilişkin dava açılması halinde anılan yasanın 26. maddesindeki hak düşürücü sürenin geçmesi sonuca etkili değildir. Bu nedenle mahkemece tarafların delilleri toplanarak sonuca gidilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulü hatalı olup hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y.9.HD. 06.12.2004 tarih 2004/10560E. ve 26027K. Tekstil İşveren sayı 309; ayrıca, feshi konu olayın mahkemece önce haklı fesih sebebi niteliği sonra geçerli sebep niteliğinin sorgulanarak sonuca göre karar vermek gerektiği hakkında Y.9.HD. 11.04.2005 tarih 2005/7441E. ve 12936K. Çalışma ve Toplum 7 syf.260<sup>36</sup> Geçerli sebepler hakkında; Süzek, İş syf.442-465, Ulucan, İş Güvencesi syf.39-42 ve geçerli kabul edilmeyen sebepler hakkında; Süzek, İş syf.465-467, Alpagut, Seminer 2001 syf.88 vd.

<sup>37</sup> Geçerli sebepler hakkında; Süzek, İş syf.442-465, Ulucan, İş Güvencesi syf.39-42 ve geçerli kabul edilmeyen sebepler hakkında; Süzek, İş syf.465-467, Alpagut, Seminer 2001 syf.88 vd.

sözleşmeye devamı işveren bakımından makul ölçüler içinde beklenilmez, faydasız, anlamsız, güç kılan veya haklı sebep kuvvetinde olsalar dahi işverenin risk ve sorumluluk alanında kalan ifa engelleridir<sup>38</sup>. Geçerli sebebin ortaya çıkması ile taraflar arasındaki menfaat dengesi bozulmakta, işvereni istihdama sevk eden asli menfaat, istihdamdan beklediği fayda ya kalmamakta ya da aşırı derecede zora girmektedir.

Serbest fesih hakkında işverenin feshe giderken herhangi bir gerekçe getirmek zorunda olmadığı, sadece kötü niyet iddiasını çürütmek için dayandığı gerekçeyi ileri sürmek ve kanıtlamak durumunda olduğu anlatılmıştı. Bu gerekçenin ise işletme yararına uygun bir sebep olması gerektiği açıklanmıştı. Kanun koyucu, işçi de işveren gibi serbest fesih hakkına sahip ve hatta kötü niyet tazminatı gibi bir yükün altına sokulmamış dahi olsa, bu durumun işçiyi zayıf konumundan kurtarmadığını görmüştür.

Gerçekten de fesih işçiye, işverene nazaran daha fazla zarar vermektedir; işveren işyerinden ayrılan işçinin yerine bir başkasını bulabilmekte, bir süre temel faaliyeti onsuz yürütebilmekte ise de işçi, düzenli gelirini ve alıştığı sosyal ortamı kaybetmekte, iş piyasasının durumuna ve bulabilirse yeni işinin özelliklerine göre uzun veya kısa bir süre aynı hayat standardını yakalayamamaktadır. Feshin işçi üzerindeki olumsuz ekonomik ve sosyal etkilerini dikkate alan kanun koyucu, işçinin keyfi, lüzumsuz fesihlerden ve gayri meşru baskılardan korunabilmesi için kötü niyet tazminatı kurumundan daha koruyucu, iş ilişkisinde ahde vefa ilkesini ön plana çıkaran ve istikrarı hedefleyen, işçiye iş güvencesi sağlayan bir sistem getirmek ihtiyacı hissetmiştir. Bu ihtiyaç üzerine, bu sefer işletme yararı kıstasını esas alan, işverene meşru bir sebebe dayanma mükellefiyeti yükleyen iş güvencesi sistemini getirmiştir<sup>39</sup>. İş güvencesi sisteminde işverenin fesih hakkını kullanabilmesi için fesih iradesini gerekçelendirmesi mutlak olarak şarttır.

<sup>38</sup> "... geçerli sebepler İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde 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 içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebeplere dayandığı kabul edilmelidir." Y.9.HD. 02.05.2005 tarih 2005/12359E. ve 15192K. Tekstil İşveren sayı 312 syf.44; aynı esasların tekrar edildiği bir diğer karar Y.9.HD. 13.01.2005 tarih 2004/31588E. 2005/641K. Toprak İşveren

<sup>39</sup> İş güvencesinin temelleri hakkında; Ulucan, İş Güvencesi syf.19-24, Süzek, İş syf.430-433, Güzel, Seminer 2004 syf.15-22, Taşkent, Seminer 2001 syf.63 vd.

Fesih hakkının doğduğunu düşünen işverenin fesih sebebini tespit etmesi, böyle bir sebep yoksa ya da fesihten başka tedbirlerin fesihten beklenen menfaati temin edeceği anlaşılıyorsa fesihten vazgeçmesi, aksi halde fesih sebebini niteliğine uyan fesih müessesesini seçerek hukuka ve usule uygun şekilde iş ilişkisini sonlandırması gerekir. Fesih sebebi ister haklı sebep ister meşru-geçerli sebep olsun iş sözleşmesinin devamı bakımından bir ifa engeli teşkil ederek sözleşmenin başındaki menfaat dengesinin işveren aleyhine bozulmasına, işlem temelinin çökmesine, sözleşmeden beklenen maksadın elde edilmesinin makul ölçülerin üstünde zora girmesine, sözleşmeye devamın makul ölçüler içinde işverenden beklenilmez olmasına yol açmaktadırlar.

4857 sayılı İş Kanunu m.18 ile yasal genel sebepler öngörmüş, bu genel sebepler içinde kabul edilebilecek somut sebeplerin geçerli fesih müessesesi bakımından meşru gerekçe olabileceğini, bunların dışındaki ve hele de İK m.18/f.3'de sayılan gerekçelerle veya gerekçe olmaksızın yapılan fesihlerin geçerli olmayacağını, bir başka deyişle hüküm doğurmayacağını hükme bağlamıştır. İşveren, iş güvenceli sistemde işletme yararı bakımından gerekli, ciddi, önemli, makul nitelikte ifa engellerine dayanmak, fesih için BK m.344 ve İK m.25 anlamında haklı veya İK m.18 anlamında geçerli bir sebebi esas almak zorundadır. Kanun, geçerli sebepleri iki kaynağa bağlamaktadır: temel faaliyet ve emek. İşveren, ya işletmenin, işyerinin veya işletmenin gereklerine ya da işçinin yeterliliği veya davranışlarına bağlı bir sebebe dayanacaktır (İK m.18).

İşletme gerekleri<sup>40</sup> kavramı, temel faaliyetin devamlılığı, verimliliği, asli menfaatin sağlanması ile ilgilidir. İşletme gereklerine dayanan fesihlerde işveren, iş gücü fazlasına dayanmakta, işverenin, feshe maruz kalan işçinin münferiden veya temel faaliyetin genelindeki istihdam fazlasından dolayı emeğine ihtiyacı kalmamaktadır. İhtiyacın kalmaması iki temel kaynağa bağlı olarak ortaya çıkmaktadır; biri işletmenin uğradığı ekonomik, üretimle ilgili geçici sayılamayacak güçlükler, işletme riskleri ki bunlar işletme dışından kaynaklanan sebepler olup ya üretimin, emek ihtiyacının düşmesine yol açar ya da işvereni bu yönde karar almaya zorlar ve diğeri işletme verimliliğinin

---

<sup>40</sup> İşletme gereklerinin geçerli sebep olması hakkında; Güzel, Seminer 2004 syf.58-60

sağlanması amacıyla işverenin aldığı işletmesel kararlardır ki bunlar işletme içi sebepler olup bunlar dolayısıyla ya işçinin faaliyetine, işgücüne ihtiyaç kalmaz ya da işçinin emek varlığı kendisine düşen faaliyet bakımından yeterliliğini kaybeder<sup>41</sup>. İşletmesel kararlarla iş görme borcunun mahiyeti ve işçiye düşen özen ölçüsü değişebilir. İşçinin ifa kabiliyeti, bu yeni değişime uymadığı takdirde işverenin yeterlilik sebebine dayanması söz konusu olabilir<sup>42</sup>.

Yeterlilik<sup>43</sup>, işçinin, iş görme borcunu ve/veya özen borcunu ifa imkanını kısmen veya tamamen kaybetmesi, ifa kabiliyetinin kendisinde veya faaliyette meydana gelen değişiklik sebebiyle ifa kabiliyetinde ortaya çıkan zafiyet veya imkansızlık halini ifade eder. İşçinin hastalığı, uğradığı kaza, ailevi yükümlülükleri gibi işe devamını ve iş görme borcunu ifasını sekteye uğratan olaylar<sup>44</sup> yanında işçinin bedeni veya fikri emeğinin akdi menfaati temin edememesi sonucu doğuran zihni veya bedeni rahatsızlıkları ve yetersizlikleri, mesleki yetersizlikleri geçerli sebep teşkil eden olgulardandır. Sorumlu tutulmasa bile objektif olarak işçinin kendisinden kaynaklanan ve işin gereği gibi sürdürülmesini engelleyen haller yeterlilik sebebi dahilinde değerlendirilebilirler. Bu açıdan, işçinin özen ölçüsünü yakalamasına engel olan objektif haller özen borcunun ihlali teşkil etmekle beraber işverene geçerli sebeple fesih hakkı tanıyabilmektedirler.

Davranışlar<sup>45</sup>, işçinin, sadakat veya özen borcunu kusurlu olarak ihlal etmesinden doğan fesih sebepleridir. İşverenin, işçinin kişiliğine ve/veya ifa irade ve kabiliyetine olan güveni sarsılmakta, taraflar arasındaki güven bağı

<sup>41</sup> Engin, İşletme syf.37; ayrıca yazar madde gerekçesinde de geçen işyeri içi ve işyeri dışı sebepler ayırımına alternatif olarak işverenin iradesinin esas alındığı ve Alman Hukuku'nda da geçerli olan ifayı kabul engellerine (ekonomik gerekçelere) dayanan bağlı işveren kararı ve işverenin sübjektif takdirine dayanan kurucu işveren kararı ayırımını yapmaktadır. Kurucu işveren kararları işletmede verimliliğin sağlanmasına yönelik olup işçinin işinin ya da işi ifa tarzının değişmesine sebep olabilir.

<sup>42</sup> "... bilirkişi heyet incelemesinde, yeni teknoloji ürünlerini kullanan davalı kurumun, bakım ve onarım gibi asli işleri için nitelikli teknisyene ihtiyacı olduğu, davacı gibi ilkökul mezunu olan teknik ve hizmet elemanlarına ihtiyacı kalmadığı ... saptama(sı) işletmenin ve işyerinin gereklerine dayalı geçerli bir nedendir." Y.9.HD. 19.09.2005 tarih 2005/29403E. ve 30420K. Çalışma ve Toplum 7 syf.154; bu kararda işçinin niteliklerinin işverenin işletmesel kararları neticesinde yetersiz kalması işletme kaynaklı kabul edilmekteyse de eklemek gerekir ki aynı zamanda işçinin şahsından ve yeterliliğinden de kaynaklanan bir geçerli sebep söz konusudur.

<sup>43</sup> İşçinin yeterliliğinin geçerli sebep olması hakkında; Güzel, Seminer 2004 syf.44-53

<sup>44</sup> Y.9.HD. 28.04.2005 tarih 2004/31892E. 2005/14992K. ile işçinin uzun süreli ve sık raporlar alması, fiilen çalıştığı gün sayısının rapor olduğu gün sayısının altında kalması geçerli sebep olarak kabul edilmiştir.

<sup>45</sup> İşçinin davranışlarının geçerli sebep olması hakkında; Güzel, Seminer 2004 syf.53-58



zarar görmektedir. İşçinin işverenin talimatlarına uymaması, meslek sırlarını açıklaması, bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemesi, işverenin mallarına zarar vermesi asli ve yan borçların ihlali hallerini teşkil etmekle davranış sebeplerine örnek gösterilebilir. Özen yükümünün gerektirdiği fiil ve tutumu kusurlu olarak yerine getirmeyen işçinin bu davranışı geçerli sebep niteliği taşıyabilecektir.

İfa engeli niteliğini tayin bakımından özen borcunun kusurlu ihlali ile özen borcunun imkansızlaşması veya aşırı güçleşmesi durumlarını ayırmak gerekir<sup>46</sup>. Özen borcunun imkansızlaşması, kusurlu ya da kusursuz olarak işçinin şahsi vasıf veya kabiliyetlerinin işin hakkıyla görülmesine yeterli olmaması veya bunun mümkün gözükmemesidir. Bu noktada ifa engeli, emek tahsisi ve iş görme borçlarını bir arada tehdit etmektedir ve objektif niteliktedir. Yetersizlik iki temel sebeple ortaya çıkabilmektedir; işçinin şahsi vasıf ve yeteneklerini kaybetmesi veya iş şartlarındaki, işin niteliğindeki değişikliklerden dolayı işçinin şahsi vasıf ve yeteneklerinin işe uyumunu, yeterliliğini kaybetmesi. İK m.25/I ve III, IV, bu tür ifa engelinin en ileri aşamasını, hiç ifa edememeyi ifade etmekte ve işçinin risk alanında kalmaktadırlar<sup>47</sup>. Bu derece ifaya engel teşkil etmemekle beraber iyi surette ifaya da müsaade etmeyen veya imkansızlık seviyesine ulaşılar dahi işverenin de risk alanında kalan engeller geçerli sebep kabul edilecek ve yetersizlik kavramı içinde değerlendirilecektir. Aynı şekilde İK m.25/II'deki aykırılıklar ölçüsünde ağır olmamakla beraber sözleşmenin devamının işverenden beklenilmez kılacak ölçüde iş sözleşmesini ihlal eden işçinin kusurlu davranışları geçerli sebep kabul edilecektir.

İşçinin özen borcunu kusurlu ihlali objektif niteliklerinden kaynaklanabilir; ama işverenin verim düşüklüğünü tespit ve ispat etmiş olması, bu sebebe dayanmış olması yetersizlik sebebine dayanmasına gerek bırakmamaktadır. Buna karşın yetersizlik fesih sebebine dayanabilmesi için işverenin illa da ifa

<sup>46</sup> "... işçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenler ... onun şahsı ve kişilik özelliklerinden kaynaklanan ...(fesih sebepleridir). ... Fesih nedeni işçinin iradesinden bağımsız bir biçimde ortaya çıkmış ise onun kişiliğinden kaynaklanan bir fesih nedeni var demektir.... Buna karşılık işçinin iradesinin etkili ve belirleyici olduğu durumlarda onun davranışlarından kaynaklanan bir fesih nedeni söz konusu olacaktır." Güzel, Seminer 2004 syf.45

<sup>47</sup> "İşçinin hastalık süresi ihbar önellerini altı hafta aşan bir süreye ulaşmış ise iş akdinin feshinde ihbar tazminatı ödenmez." Y.9.HD. 26.02.2004 tarih 2003/14140E. 2004/3421K. Tekstil İşveren sayı 301 syf.42

engelinin verime olumsuz tesiri olana kadar beklemesi aranmaz; işçinin sakatlığını ve bunun ifa kabiliyetine olumsuz etkisini veya işçinin sağlık ve güvenliğini, işin güvenliğini tehdit etmekte olduğunu ortaya koyması yeterlidir.

Geçerli sebep niteliğinde kabul edilebilecek bir ifa engelinin varlığı tek başına yeterli değildir. İş güvencesinin tesis amacı; ahde vefa ilkesinin hakim kılınması, işçinin işletme yararı bulunmayan keyfi, lüzumsuz feshlerden korunmasıdır. Hukukun temel amacı olan haklar, menfaatler arası dengenin temini işlevi, iş güvencesinde işverenin fesih hakkı ve yönetim hakkı ile ahde vefa ilkesi ve işçinin istikrarlı, insanca bir hayat için çalışma hakkı arasında sağlanacaktır. İfa engeli ortaya çıksa da asıl olan sözleşmenin ayakta tutulmasıdır; fesih ifa engelinin sonucu değil, ifa engelinden kurtulmak için işverenin başvurabileceği tedbirlerden biridir. İfa engelinin ortadan kaldırılması, menfaat dengesinin tekrar sağlanması öncelikle düşünülecek yoldur; fesih son safhada (*ultima ratio*) ve son çare olarak düşünülmelidir<sup>48</sup>.

İfa engeli, feshinden başka surette aşılabiliyorsa fesih haklı, geçerli kabul edilemez. Feshin son çare olması, işverene yönetim hakkı çerçevesinde makul, beklenebilir tüm tedbirleri almasını, menfaat dengesi makul ölçüler içinde temin edilemediği takdirde son yol olarak feshe gitmesini gerektirmektedir. İşverenin feshe son çare olarak başvurmaması, geçerli sebep niteliğinde bir ifa engeli bulursa dahi geçerli bir sebep olmaksızın feshe gidilmiş olduğu anlamına gelir; fesih geçersizdir ve geçersiz feshin hukuki sonuçları doğar<sup>49</sup>.

İhlalin işçinin vasıf ve kabiliyetlerindeki objektif yetersizlikten kaynaklandığı anlaşılırsa, feshin bağlı olduğu ilkeler ve son çare ilkesi buna göre şekillenecektir. Feshin son çare olması ilkesi gereği özellikle işçiye başka iş

---

<sup>48</sup> Feshin son çare olması hakkında; Süzek, İş syf.449-451; Ulucan, İş Güvencesi syf.43-44; Güzel, Seminer 2004 syf.75-80; Çelik, İş Güvencesi syf.28

<sup>49</sup> Yargıtay feshin son çare olması ilkesini yoğun ve ciddi biçimde uygulamaktadır. Y.9.HD.'nin bu husustaki kararları: 07.02.2005 tarih 2004/1609E. 2004/3300K.Tekstil İşveren sayı 307 syf.41-42, 16.05.2005 tarih 2005/3899E. 2005/16747K. Tekstil İşveren sayı 310 syf.42-43, 02.05.2005 tarih 2005/11207E. ve 15432K Çalışma ve Toplum 7 syf.240, 08.07.2003 tarih 2003/12442E. ve 13123K. Çimento İşveren syf.30, 21.04.2005 tarih 2005/10825E. ve 14175K. Çalışma ve Toplum 6, 13.02.2006 tarih 2005/37239E. 2006/3456K. Çalışma ve Toplum 9, 15.09.2005 tarih 2005/26848E. ve 30152K. Çalışma ve Toplum 9, 23.01.2006 tarih 2005/39145E. 2006/943K. Çalışma ve Toplum 9.

teklif edilmesi<sup>50</sup>, ücretsiz izin verilmesi, sağlık raporu alması için süre tanınması, mesleki eğitime tabi tutulması işverenden beklenebilir. İfa engeline, işçinin yetersizliğinin değil de özen borcunu kusurlu ihlalinin ağır bastığının tespiti halinde ise, feshin son çare olması ilkesi daha sınırlı kalacaktır. Özenin kusurlu ihlali, işçinin sorumlu olduğu ve yeterli olduğu kabul edilen özen ölçüsü dahilinde onun kusuru ile gerçekleştiğinden, ayrıca mesleki eğitime tabi tutulması gereğinden bahsedilemez.

Emek unsurunda ortaya çıkan ruhi ve bedeni rahatsızlıklar için uygun sağlık birimine sevk, ücretsiz izin gibi tedbirler düşünülebilirse de bunlar yetersizlik kavramı dahilinde değerlendirilebilirler. Ancak yoğun iş temposu, aşırı yük, iş stresi gibi sebeplerden kaynaklanan verimsizlik, meslek hataları, performans düşüklüğü benzeri ihlallerde kusur netleşmediğinden ve bu tür aksaklıklar işletme riski içinde kaldığından ve bu olumsuz durum geçici, makul ölçüler içinde aşılabılır olduğundan ifa engeli oluşmamıştır. Bu durumda işçinin eski ifa kabiliyetini kazanabilmesi için yıllık iznini kullandırma, ücretli veya ücretsiz izin verme, çalışma saatlerini azaltma gibi<sup>51</sup> tedbirlere başvurulmalıdır. Bu tedbirlere rağmen ifa kabiliyetinin uzun süre eski haline dönmemesi ve işçinin kendisinden beklenen özen ölçüsünü yakalayamaması mümkündür. Bu takdirde, ki bu durum işletme riski, mesleki risk dahilindedir, işveren yetersizlik veya verimsizlik sebeplerine dayanabilir.

Feshin son çare olması ilkesi, bozulan menfaat dengesinin tekrar tesisi maksadına yöneliktir. İşveren, bu ilke çerçevesinde fesihten daha hafif tedbirler alma, böylece sözleşmeyi, sorumlu olduğu alanda meydana gelen değişikliklere uyarlama mükellefiyeti altındadır. Bu yükümün gereği alınacak tedbirler çoğu zaman esaslı değişiklik niteliğinde olacaktır. İşçi, menfaat dengesinin kurulmasına yönelik makul ve gerekli bir değişikliği kabul etmediği

<sup>50</sup> “(Yabancı dil bilmeyen ihracat asistanı) Davacının işyerindeki başka bir işte çalışmayacağı da kanıtlanmamıştır. (İşe iade talepli) Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi hatalı ...” Y.9.HD. 2005/14175K.

<sup>51</sup> Özen yükümünün ihlalinin teşkil eden fesih sebebi niteliğindeki davranışların varlığı halinde, disiplin cezası feshin son çare olması ilkesinin gereği olarak düşünülemez. Nitekim, işçiye disiplin cezasının verilmesi davranışın “toplumun menfaatine dokunulduğu” durumlarda haklı görülür ve işverenden beklenebilir; bu sebeple özen yükümünün ihlali gibi iş görmesinin niteliğini ilgilendiren, “sadece işverenin menfaatlarını ihlal eden hizmet sözleşmesine ilişkin bir yükümlülüğün ihlalinin mevcut olması durumunda disiplin cezasının verilemeyeceği” söylenebilir. Disiplin cezası ve ultima ratio ilkesi hakkında; Başbuğ, Disiplin syf.61-63

ve işverenden başkaca bir makul tedbir de beklenemeyeceği takdirde işverenin varolan, gerçek ve ciddi bir geçerli sebebe dayanma hakkı vardır.

Feshin son çare olması ilkesini, işverenin sorumluluk alanı dahilinde ve kendisinden beklenebilecek, makul ölçüler içinde cari kabul etmek gerekir. İşverenin sorumlu olduğu ya da olmadığı veya makul kabul edilebilecek tedbirlerin tespitinde, hizmet ilişkisinin temelinde varolan ilkeler esas alınacaktır. Özellikle bu ilkeler içinde, işverenin girişim özgürlüğü ve yönetim hakkı ile dürüstlük kuralı belirleyici olacaktır. Bu noktada, özenin kusurlu ihlali halinde feshin son çare olması ilkesi sınırlı kalmaktadır. Nitekim bu ihlal, işçinin kusuru ile taahhüt ettiği iş sözleşmeye uygun ifa etmemesi anlamına geldiğinden ve kimse hukuka aykırı hareketine dayanarak hak iddia edemeyeceğinden, somut durumların ekseriyetinde işverenden sözleşme şartlarını değiştirmesini beklemenin dürüstlük kurallarına uymadığı ve menfaat dengesi aleyhine bozulan tarafın durumunu hakkaniyete aykırı olarak daha da ağırlaştırmak anlamına geleceği söylenebilir. İşçinin özen borcunu yerine getirmesinin, özen ölçüsünü yakalamasının aşırı güçleşmesi ya da imkansızlaşması halinde işverenden işçinin değişen ifa kabiliyetine göre üretim şeklini değiştirmesini veya yeni bir iş açmasını beklemek çoğu durumda yönetim hakkına ve hatta girişim özgürlüğüne aşırı müdahale anlamı taşıyacaktır.

#### **d) ÖZEN BORCUNU İHLAL EDEN DAVRANIŞLARIN NİTELENDİRİLMESİ VE SAVUNMA USULÜ**

Haklı sebep kabul edilebilecek özen ihlalinde işçinin kusuru veya ihlalin olumsuz etkisi ağırdır. Geçerli sebep kabul edilebilecek özen ihlalinde bu derece ağır olmamakla beraber özen borcunun hafif kusurla ihlali, işin gereği gibi ifa edilmemiş olması söz konusudur<sup>52</sup>.

Özen ihlalinin haklı veya geçerli sebep niteliği kazanması için her halükarda ifa engeli niteliği taşıması zorunludur. Dolayısıyla işverenin, işçinin ifa kabiliyetlerine olan güveninin ileriye dönük olarak etkilenmiş olması aranır. Bunun için de öncelikle işçinin borçlu olduğu özen ölçüsü dahilinde bir

---

<sup>52</sup> Haklı sebep-geçerli sebep ayırımı için; Süzek, İş syf.457-459; Çelik, İş Hukuku syf.203

aykırılıktan bahsedebilmemiz gerekir; özen ölçüsü dahilinde bir hukuka aykırılık veya kusur bulunmuyorsa ihlal ve ifa engelinden bahsedilemez<sup>53</sup>.

Özen ihlalinin somut durumun getirdiği tesadüfi, insani yetmezliklere bağlı geçici bir durum olmaması gerekir<sup>54</sup>. Her işçinin ara sıra ya da nadiren işlemesi mümkün hafif kusurlu ifa zaafı olağan, affedilebilir ve işletme riski dahilinde kabul edilebilir; işveren bir başka işçiyi de istihdam etse bu tür ihlallerin ortaya çıkması her zaman mümkündür<sup>55</sup>.

İfa engelinin fesih hakkı kullanıldığı sırada geçerliliğini koruyor olması gerekir; ihlalden sonra uzun bir süre geçmiş ve ihlalin tekrar ihtimali de görülüyorsa, ileriye dönük olarak tehdit oluşturmayan bir ihlali işverenin fesih hakkına esas alması kabul edilemez. Nitekim bu takdirde fesih hakkına dayanak alınabilecek üstün menfaat, sözleşme üzerindeki etkisini, varlığını, geçerliliğini kaybetmiştir.

Haklı-geçerli sebep ayırımında esas olarak çekilmezlik – beklenilmezlik kıstası yol gösterecektir. Bir başka ifadeyle diyebiliriz ki ifa engelinin ağırlığı ve işlem temeline olumsuz etkisi, hukuki niteliğinin tespitinde esas alınır.

İhlalin ağırlığını belirleyen öncelikli husus işçinin kusurunun, kınanırılık durumunun derecesidir. İşçi, en basit, asgari, ama esaslı özen ölçüsünü yerine getirmediği takdirde kusuru ağırdır<sup>56</sup>; ağır kusur işverenin işçiye, onun ifa kabiliyetine olan güvenini yıkar ve haklı sebep teşkil eder. Kasıt ve savsama (şuurlu ihmal) ve ağır ihmal ile özen borcu ağır surette ihlal edilmiş olur. İşçinin yerine getirmediği özen bu derece aşıkır<sup>57</sup> ve kınanır değilse kusur hafif ve ihlal geçerli sebep kabul edilir. Olağan, makul ölçüler içinde ve

<sup>53</sup> İşçiye yüklenebilecek özen ölçüsü işin niteliğine göre yetersiz kalırsa bu noktada yetersizlik fesih sebebi ortaya çıkmaktadır. Ancak bu yetersizlik, işverenin sorumluluk alanında kabul edilebilecek işin niteliğindeki değişmeden kaynaklanıyorsa işverenin fesihten önce eski menfaat dengesini kurmaya yönelik esaslı değişiklik, mesleki eğitim gibi çareleri araştırması, son safhada başka makul çare hayata geçirilemeyecekse feshe başvurması gerekir.

<sup>54</sup> “Süreklilik göstermeyen işçinin hastalık, ailevi sorunlar veya mevsimsel koşullara bağlı olarak ortaya çıkan geçici nitelikteki verim düşüklüğü geçerli neden olarak kabul edilmeyebilir.” Uzun-Çelik, Seminer syf.78

<sup>55</sup> “İşçiye veya işletmeye ilişkin aksaklıklar her zaman ortaya çıkabilir ve sürekli borç ilişkisine giren işveren, işletmesel riskleri baştan itibaren göze alır. Tipik işletme riskine işveren katlanmak zorunda olduğundan, geçici ifa engeline fesih hakkı doğmaz. Bu nedenle, işverenin fesih hakkının doğumu için ön koşul ifayı kabul engelinin sürekli olmasıdır.” Engin, İşletme syf.46

<sup>56</sup> Tekinay, Borçlar syf. 495

<sup>57</sup> Tekinay, Borçlar syf. 496

işçiden beklenen özen ölçüsünü ihlal eden hafif kusurlu özensiz ifa sonucunda işin güvenliği tehlikeye düşmemiş, ciddi bir zarar veya zarar tehlikesi oluşmamışsa, bu hafif ihlalin ifa engeli teşkil edebilmesi tekrar etmiş olmasına veya tekrarı tedirginliği bulunmasına bağlıdır; işçinin uyarılması, bilgilendirme ve hatırlatma yapılması suretiyle kusurun tekrarının, kusurun sözleşmeyi ve asli menfaati ileriye dönük olumsuz etkilemesinin önüne geçilmeye çalışılmalıdır. Hafif de olsa sık tekrarlanan veya ihtarla rağmen tekrar edilmiş olan hafif kusurlu özen ihlalleri ifa engeli teşkil edebilirler. Tek başlarına hafif kusurlu kabul edilebilecek ihlallerin bir arada bulunması veya böyle bir ihlalin tekrar etmiş olması veya sık tekrarlanması ağır kusur teşkil edebilir.

Sadece kusurun ağırlığı değil, özen ihlalinin sonucunda meydana gelen zarar veya zarar tehlikesi de işverenin sözleşmeye devamını beklenilmez veya katlanılmaz kılabilir. Özen ihlalinin ifa engeli niteliği kazanabilmesi için zarar oluşması aranmaz ve zararın parasal miktarı esaslı değildir. Parasal miktarın büyüklüğü ihlalin boyutunu belirleyen kıstaslardan biri olabilir, ama sözleşmeye devamı beklenilmez kılmak bakımından belli bir miktardan bahsedilemez; işin niteliği, temel faaliyetin niteliği, taşıdığı işletmesel riske nispeten miktarın işverenin güvenini sarstığından bahsedilebilir. Önemli olan ihlalin müeyyideye bağlanması değil, işverenin sözleşmeden beklediği menfaatin ileriye dönük olarak korunmasıdır; bunun için de çok yüksek miktarda bir zarar bile fesih sebebi kabul edilmeyebileceği gibi az bir zarar ya da sadece zarar tehlikesi dahi ifa engelinden bahsetmek için kafi gelebilir. Bu açıdan İK m.25/II-i'da bahsi geçen "işçinin otuz günlük ücreti" kıstası iş görme borcunun ihlalinin doğan zararlarda doğrudan uygulanabilir değildir<sup>58</sup>. Bu hüküm işverenin sorumluluğu, mülkiyeti veya zilyetliğinde bulunan malvarlığına verilen zararlara ilgili olup işçinin yan borç niteliğindeki işverene zarar vermeme davranış yükümlerini ihlaliyle alakalıdır ve kasıt ve

---

<sup>58</sup> Hüküm ile ilgili eleştiriler hakkında; Soyer, İşgörme syf.155 vd., Oğuzman, Fesih syf.67 vd.

ağır ihmalle (savsama) verilen zararları kapsamaktadır; dolayısıyla doğrudan özen borcunun ihlali hallerini düzenlememektedir<sup>59</sup>.

İşçinin ihmali hafif dahi olsa sonucunda ciddi bir zarar veya zarar tehlikesi ortaya çıkmışsa işverende güven kaybı olduğu, sözleşmeye bağlı kalmasının beklenemeyeceği kabul edilebilir<sup>60</sup>. Kaldı ki, işin taşıdığı risk, tehlike özen ölçüsünün de yüksek olmasına sebep olur ve bir başka durumda insani, önemsiz sayılabilecek bir ihmal bu iş bakımından kınanır, affedilmez nitelikte olabilir. Diğer yandan, ister hafif ister ağır kusura bağlı olarak ortaya çıksın tekrarında ciddi, ağır tehlike bulunan özen ihlallerinin işçinin ifa kabiliyetindeki veya iradesindeki, bilgi yetersizliği, tembellik, inisiyatif alamama, çabuk karar verememe, işiyle yeterince ilgilenmeme, gerekli gayret ve dikkati gösterememe gibi bir zaaftan kaynaklandığı anlaşılıyorsa işverenden bu kusuru göz ardı etmesi, işin güvenliğini riske atması beklenemez. Nitekim bu durumda işverenin iş sözleşmesinden beklediği menfaat ileriye yönelik olarak olağanın üstünde riske girdiğinden, işverenin işçinin ifa kabiliyetine olan güveni önemli ölçüde olumsuz etkilenmiştir. Mesleki yeterliliklerine, uzmanlıklarına, üstün şahsi vasıf ve kabiliyetlere sahip olduklarına güvenilerek istihdam edilen işçiler bakımından veya işçi-işveren arasında vekalet ilişkisi bulunan iş sözleşmelerinde veya ihlal sonucu oluşan ya da oluşması muhtemel zararın kolayca eski hale getirmeye uygun olmadığı insan sağlığı ve güvenliğinin, işverenin itibarının söz konusu olduğu durumlarda ihlalin sonucu, bir başka deyişle arz ettiği zarar ya da zarar tehlikesi, kusurun ağırlığı kadar önem taşımaktadır. Bu durumlarda

<sup>59</sup> Yargıtay aksi görüştedir ve zararın kaynağına değil, işçinin kusur oranı ve sorumlu olduğu zararın miktarının ücretine olan oranına bakmaktadır. Bu husustaki Y.9.HD. kararları; 07.06.2005 tarih 2004/24966E. 2005/20475K. "... işyerinde keşif yapılmış ve alınan teknik bilirkişi raporunda da kasten zarar verme durumunun söz konusu olmadığı ancak davacının dikkatsiz ve tedbirsiz çalışması sonucu civatanın değirmen içine kaçarak hasara neden olduğu açıklanmıştır. ... davacı işçinin kusur oranı belirlenmemiştir. ... kusur oranı belirlenmeli, buna göre davacının sorumluluğunun 30 günlük ücreti tutarını aşması halinde istek konusu ihbar ve kıdem tazminatlarının reddine karar verilmelidir." Aynı şekilde "şoför olarak çalıştığı sırada bir trafik kazası olayına karışmış" (03.07.2001 tarih 2001/6901E. ve 11240K.) veya tarafından "hatalı kapak üretildiği" tespit edilmiş (27.06.2001 tarih 2001/8433E. ve 11002K.) veya "taraf tanıkları(nın) 1800 metrelik kumaşın yanlış boyanmasına ... neden olduğunu bildirdikleri" (28.12.1998 tarih 1998/17109E. ve 19254K.) veya "uzun süreden beri kullandığı vincin bir başka üretim aracına çarpmasına neden olmuş" (12.04.2005 tarih 2004/18432E. 2005/12959K.) işçinin sadece kusurunun varlığı ve zararın miktarı sorgulanmaktadır. Ayrıca, Akyiğit, Kıdem syf.470 vd.'daki değerlendirmeler ve Yargıtay kararları.

<sup>60</sup> "İşçinin kendi isteği ve savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi" (İK m.25/II-ı) haklı fesih sebebi olarak öngörülmüştür. İşçinin kendi işini deneyimsiz, yetersiz bir başka işçiye yaptırması gibi; Y.9.HD. 13.04.2005 tarih 2004/19728E. 2005/13022K. 1475 s. İK m.17/II-h değerlendirilmesi ve ilgili Yargıtay kararları için; Akyiğit, Kıdem syf.468 vd.

işverenden feshe gitmezden önce işçiye bir şans daha vermesi, ihtarda bulunması da beklenemez<sup>61</sup>.

Ne var ki, işçinin davranışlarından ya da veriminden kaynaklanan bir geçerli sebebe dayanılıyorsa, fesihten önce işçinin ifa engeli hakkındaki savunmasının sorulması, alınması zorunludur. Savunma, olayın tespitinden çok feshe gitmeden başka bir tedbirin mümkün olup olmadığının araştırılmasına, işçinin mesele karşısındaki tavrının ve ifa engelini aşmaktaki niyet ve gayretinin ortaya çıkarılmasına, ifa engelini nitelik ve kuvvetinin, muhtemel tesirlerinin tespitine yarar. Savunma, işletme kararının gerçeğe, kanuna, ahde vefa ilkesine uygun verilmesini temine yarayan bir prosedür olup işverenin ahde vefa ve *ultima ratio* ilkesine uymak konusundaki iyi niyetine, keyfilikten uzak ve dürüstlük kurallarına uygun tavrına delalet eder, aksi, yani savunma alınmaması ise feshin keyfi ve *ultima ratio* (son çare) ilkesine aykırı olduğuna karine teşkil eder, savunma alınmaksızın yapılan fesih başkaca daha hafif tedbirler sorgulanmadan yapılmış demektir (İK m.19/f.2 ilk cümle)<sup>62</sup>.

İfa engelinin tespiti bakımından işverenin dayandığı olgu ve olayların zarar veya zarar tehlikesi arz etmesi, özen ölçüsünü ihlal etmiş olması, işçiye yüklenebilir olması, işverenin risk ve sorumluluk alanındaki bir aksaklık veya kusurdan kaynaklanmamış olması, geçici ve göz ardı edilebilir veya olağan olmayıp ileriye dönük ifa kabiliyetine olan güveni olumsuz etkilemiş olması gerekir. İşveren, işçinin savunmasını alarak tüm bu unsurları değerlendirmek, ortaya çıkan olumsuzluğun kaynağını bulmaya çalışmak durumundadır. Bu değerlendirmeyi yapmaksızın bunun acısını doğrudan işçiden çıkarması, basiretli, makul, dürüst, taahhütlerine bağlı bir işverenin başvurmayacağı bir yoldur.

---

<sup>61</sup> “İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” (İK m.25/II-h) ihlalinin haklı sebep niteliği taşımasının şartı olarak hatırlatma-uyarma unsuru öngörülmektedir. Ancak, kanaatimizce, yukarıda saydığımız ve işçinin ihmal ettiği görevinin ve ihmaldeki kusurunun açıklığa kavuştuğu veya yapılması gerekenin işçiye hatırlatılmasına gerek olmadığı ve hatanın tekrarında işin güvenliğinin tehlikeye gireceği durumlarda ihtar aranmasında hukuki yarar yoktur. Hatırlatma unsuru ve madde (1475 s. K. m.17/II-g) hakkında; Akyiğit, Kıdem syf.461 vd.

<sup>62</sup> Savunma hakkında ayrıntılı bilgi için; Güzel, Seminer 2004 syf.83-86



İşveren, olumsuz duruma arızı olguların sebep olduğunu anlarsa işçi nezdinde bir ifa engeli olmadığından fesihten vazgeçecektir<sup>63</sup>. İşveren, olumsuzluğa temel faaliyetin yürütümündeki aksaklığın sebep olduğunu tespit ederse bu aksaklığı giderecek, feshin son çare olması ilkesi gereği mümkün olduğunca fesihten kaçınarak, ifa engelini daha hafif tedbirlerle aşmaya çalışacaktır. Mesela iş temposunu düşürecek, yeni istihdam açacak, üretim tarzını değiştirecek, işçileri bilgilendirecek, mesleki eğitim verecek, postaları değiştirecek ve bu şekilde uzatılabilecek ihtimaller silsilesi dahilinde olumsuzluğu giderecektir.

Haklı sebebin varlığı halinde<sup>64</sup> feshin son çare olması ilkesi ve çözüm arama yükümlülüğü söz konusu olmadığından, işletmeden kaynaklanan geçerli sebeplerde ifa engelini aşmada işçinin yönetim hakkına müdahale imkan ve hakkı olmadığından, işçinin yetersizliği hallerinin işçinin objektif niteliklerinden kaynaklanmakta olup taraf irade ve müdahalelerinin işçinin niteliklerini değiştirmesinin beklenemeyeceğinden bu üç ifa engeli çeşidi bakımından savunma zorunluluğu getirilmemiştir.

Savunma usulünün geçerli sebeple fesih bakımından geçerlilik şartı olduğu, tüm diğer unsurlar tamam dahi olsa işçinin savunması alınmamışsa feshin geçersiz sayılacağı genel kabul görmektedir<sup>65</sup>. Ancak, savunma usulünün geçerli sebebe dayalı fesih müessesesindeki işlevi ve tüm ifa engelleri bakımından şart olmaması dikkate alındığında, geçerli sebep teşkil eden işçinin davranışı veya veriminin ispatlandığı ve yazılı fesih beyanında da buna dayanıldığı durumlarda, işçi tarafından işverenin hakimiyet sahasında

---

<sup>63</sup> "... performans eksikliği varsa bunun arızı mi, yoksa sürekli mi olduğu ... saptanmalı ..." Y. 9. HD 24.06.2004 tarih 2004/3740E. ve 15625K., Tekstil İşveren sayı 305 syf.43.

<sup>64</sup> İK m.19/f.2 c.son. "İş sözleşmesi işverence 4857 sayılı Yasa'nın25/II maddesine dayanılarak feshedildiği durumlarda işçinin savunmasının alınması aranmaz. Fesih geçerli nedenlere dayandığına göre işe iade isteğinin reddi gerekir." Y.9.HD. 31.01.2005 tarih 2004/31628E. 2005/2540K.; Çelik, İş Hukuku syf.209. Ayrıca Y.9.HD. 27.04.2005 tarih 2005/10261E. ve 14718K. <sup>64</sup> Savunma usulü ves feshine etkisi hakkında; Süzek, Fesih syf.469 vd.; Çelik, İş Hukuku syf.209. 1475 s. Kanun'a 4773 s. Kanun ile eklenen iş güvencesi hükümleri bakımından savunma usulü; Çelik, İş Güvencesi syf.38-39. "... davalı işverenin fesih için işçinin davranışı veya verimine dayanmasına rağmen savunmasını almadığı anlaşılmaktadır. Feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmesi gerekir. Y.9.HD. 27.04.2005 tarih 2005/10261E. ve 14718K.

<sup>65</sup> Savunma usulü ve feshine etkisi hakkında; Süzek, Fesih syf.469 vd.; Çelik, İş Hukuku syf.209. 1475 s. Kanun'a 4773 s. Kanun ile eklenen iş güvencesi hükümleri bakımından savunma usulü; Çelik, İş Güvencesi syf.38-39. "... davalı işverenin fesih için işçinin davranışı veya verimine dayanmasına rağmen savunmasını almadığı anlaşılmaktadır. Feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmesi gerekir. Y.9.HD. 27.04.2005 tarih 2005/10261E. ve 14718K.

kalan herhangi bir çözüm ya da çözülmesi gereken ve feshe sebep olan ifa engeline yol açan bir sorun ileri sürülüyor veya durumdan böyle bir sorun anlaşılamiyorsa, esasa etkili bir eksiklikten bahsedilemeyeceğinden feshin geçerli olduğu sonucuna varmak gerekir. Diğer yandan fesih bildirimine itiraz ile ilgili İK m.20 ve geçersiz feshin sonuçlarını hükme bağlayan m.21 geçersiz feshi tanımlarken savunma alınmamasının doğrudan geçersizlik sonucunu doğuracağına ilişkin herhangi bir doğrudan ya da dolaylı ifade taşımamaktadır. Üstelik, tek taraflı bir hukuki muamelenin ve fesih gibi sözleşme kurma hakkı ile neredeyse denk nitelikte bir özgürlüğün sözleşmenin diğer tarafının katılımına bağlanması geçerlilik şartı kabul edilemez kanaatindeyiz.

Savunmanın belli bir şekil şartı yoktur, savunma istenmesi ve savunma alınması İK m.109 anlamında doğrudan hukuki sonuç doğurmaya yönelik bir irade beyanı (bildirim) de kabul edilemeyeceğinden savunma bakımından yazılılık ispat şartından bahsedilemez. Ne var ki savunmanın işverence talep edilmesi, talepte feshe konu olabilecek ifa engelinden bahsedilmesi ve işçinin bu talebe karşı tavrı olgularının ispatındaki zorluk dikkate alındığında savunmanın tüm aşamalarının yazılı şekle bağlanmasında ispat hususunda büyük fayda olduğu açıktır. Savunmada ifa engelinden bahsetmek gerekmeğe de ortada fesih iradesi ve belki de niyeti bile bulunmadığından fesih ihtimalinden bahsetmek şart değildir.

İşçinin savunma sorulmasına karşı tavrı savunma usulünün tamam olması bakımından önem taşımaz; işçi cevap vermeyebilir, ifa engelini ve kusurunu inkar ve itiraz edebilir, kabul edebilir, mazeret veya gerekçe ileri sürebilir, işverenin kusurundan söz edebilir ya da bir başka tepki gösterebilir, ama savunma yerine gelmiştir. İşçi savunmasında ifa engelini sebeplerinden bahsetmişse veya engelin nasıl aşılacağı ya da zayıflatılacağı hususunda yol göstermişse, ifa engelini kendisi ile ilgili olmadığını, feshin ya da kendi gayretinin ifa engelini aşmaya yardımcı olamayacağını ifade etmişse işveren bunları dikkate almak zorundadır. İşverenin yönetim hakkını aşırı derecede kısıtlamayan çözüm yolları, makul ve gerçek öneri ve tespitler dikkate alınmalı, fesih yine de zorunlu ise veya her tür tedbir alınmasına karşın ifa engeli feshi gerekli kılıyorsa bu yola başvurulmalıdır; aksi halde ifa engeli

bulunmadığı ya da feshin son çare olarak düşünülmediği gerekçeleri ile fesih geçersiz kabul edilecektir. Ancak, işverenin yönetim hakkının aşırı biçimde kısıtlanması, işverenin makul olanın ötesinde zaman veya para harcaması, makul olanın üstünde çaba harcaması, işçinin makul olmayan taleplerine boyun eğmesi beklenemez. Savunma talebine yapıcı cevap vermeyen ya da tespit ve mazeretlerini ileri sürmeyen işçinin daha sonra dava aşamasında çeşitli olay ve olgular ileri sürmesi halinde, bunların işverence yeterince bilindiğini ya da bilinebileceğini ortaya koymadığı takdirde, bunları feshin geçersizliğine gerekçe yapamaz; nitekim böyle bir durum dürüstlük kurallarına ve iş güvencesinin işçiyi kayırmaktaki ve savunma zorunluluğu getirmekteki amacına aykırı düşer.

Savunmanın fesih beyanından önce yerine getirilmesi gerekir; bu, hem kanunun lafzının hem savunma müessesesinin amacının bir sonucudur. Savunma fesih iradesi oluştuktan, ama yöneltirmeden önce yerine getirilebilir, oluşan hukuki bir sonuç yoktur, irade her zaman savunmanın sonucuna göre değiştirilebilir. Ancak, somut bir durumda, mesela fesih konusunda alınmış bir yönetim kurulu kararı var ve bu karardan sonra alınan savunmanın baştan savma, yasak savmak için alındığı anlaşılıyorsa, irade oluştuktan sonraki süreçte alınan savunmanın işverenin keyfiliğine ve feshi son çare olarak düşünülmediğine emare olarak görülmesi ve diğer unsurlarla beraber feshin geçersizliğine kanaat oluşturması mümkündür.

İş güvencesinde öngörülen savunma alma zorunluluğu bu işletmesel kararın fesihten başka tedbirlere yönlendirilmesini sağlamayı, işverenin iradesinin hukuka uygun olarak şekillenmesini amaçlar ve işverenin bu kararı verirkenki iyi niyetini ve kararın keyfi olmadığını göstermeye yarar. Bir ifa engeli savunma alınmaksızın geçerli sebeple feshe dayanak alınmışsa bu durum feshin keyfi olduğuna, işverenin fesih kararının hukuka aykırı olmasına ve feshin geçersizliğine yol açabilmektedir. Haklı sebeple fesihte, ifa engeli, haklı sebep niteliğini, işverenin ya da işçinin iradi bir katılımı olmaksızın kendiliğinden ve objektif olarak taşımakla ayrıca bir nitelendirmeye ihtiyaç göstermez; dolayısıyla savunma müessesesinin haklı sebeple feshin keyfiliği ya da geçerliliği ile ilgisi yok denecek kadar azdır; savunma alınmaması varolan bir haklı sebebin ifa engeli niteliğini ve sözleşmeye yaptığı ağır menfi

tesiri ortadan kaldırmaz. Haklı sebep bakımından savunma alınması sadece ifa engelinin tespiti ve öğrenilmesi açısından faydalı olacaktır ki haklı sebebin mevcut olmamasından doğan sorumluluk bunu feshe dayanak yapan taraftadır. Diğer yandan haklı bir sebepten dolayı hukukun kendisine tanıdığı yetkiye dayalı olarak feshe giden ve işlem temeli aleyhine çökmüş bir hukuki ilişkiden kurtulmak isteyen işverenin savunma almamış olmasından dolayı ayrıca keyfilik karinesi altında bırakılması tutarlı kabul edilemez.

## SONUÇ

İşverenin iş sözleşmesinden beklediği asli menfaat işçinin taahhüt ettiği işi özen ile ifa etmesi suretiyle tamam olur. Özen ile ifa, BK m.321'de hukuki mesnedi bulmakta olup sadece edim fiili gerektiren işgörme asli borcuna ilişkindir. Özen yükümü işgörme borcunu niteler, bu borcun somutlaştırır. Özen yükümü aynı zamanda işçiye yeni görev ve ödevler yükleyen, dolayısıyla asli veya yan edimleri belirleyen bir kaynaktır. Hukuki temelini genel davranış kurallarında değil sözleşmede, tarafların ortak iradesinde bulur.

Özen iki unsurdan müteşekkildir; maddi unsur ki edimin hukuka (sözleşmeye) aykırı olmasını ifade eder ve manevi unsur ki işçinin bilinç ve iradesinin kınanabilirliğini (kusurunu) ifade eder.

Özen borcunu somutlaştıran kavram özen ölçüsü (derecesi) olup iki temel kıstasa göre belirlenir; sözleşme konusu işin gerekleri ve işçinin şahsı. Taraflar özen ölçüsünü serbestçe belirleyebilirler de hiçbir zaman bu, işçinin kabiliyetlerini aşamaz.

Özen borcunun ihlali ile işveren asli menfaatten eksik, yetersiz, kötü surette istifade eder. Bunun bir sonucu işverenin tazminat hakkına sahip olmasıdır ki sadece meydana gelen zararın eski hale getirilmesi işlevi görür. Ne var ki işverenin menfaati zararın giderimi ile sınırlı değildir. Devamlılığından menfaati olduğu risk ve sorumluluğunu üstlendiği temel faaliyetin iyi surette yürütülmesi, geleceğe dönük makul ölçülerin ötesinde aşırı risklerden, tehlike ve tehditlerden temel faaliyetin korunması ve temel faaliyeti üzerindeki gereksiz yüklerden kurtarılması girişim ve irade özgürlüğünün sonucu olarak kendisi için hak teşkil eder. Bu hakkın gereği olarak da ifa kabiliyetine veya ifa bilinç ve iradesine güvenini kaybettiği işçiyi istihdama devam etmesi beklenemez.

Özen ihlalinin bu şekilde menfaat dengesini bozmasından kaynaklanan ifa engeli niteliği, işçiden ve kusuru ile borca aykırı fiilinden kaynaklanmakta olup iş güvencesi sınırlaması altındaki işverenin fesih hakkına dayanak teşkil edebilir.

İş güvencesi işverenin haklı veya geçerli bir sebebe dayanmadan feshe gitmesini geçersiz saymaktadır. Özen borcunun ihlali işveren lehine fesih sebebi niteliği kazanabilmektedir. Özen ölçüsünün ve özen ihlalinin tespiti, bunun işverenin işçinin ifa kabiliyetine olan güvenine olan olumsuz etkisi, ihlale sebep olan kusurun derecesi, ihlalin sonucu, fesih sebebinin haklı mı geçerli mi olduğunu tayinde dikkate alınacaktır.

## KISALTMALAR

b.	:	Bent
BK.	:	Borçlar Kanunu
c.	:	Cümle
E.	:	Esas (sayılı)
f.	:	Fıkra
İİK.	:	İcra İflas Kanunu
İK.	:	İş Kanunu
K.	:	Karar (sayılı)
m.	:	Madde
MK.	:	Medeni Kanun
s.	:	Sayı
SSK.	:	Sosyal Sigortalar Kurumu
syf.	:	Sayfa
vd.	:	ve devamı
Y.	:	Yargıtay
HD.	:	Hukuk Dairesi

## KAYNAKÇA

### A) GENEL YAPITLAR

- A. Von Tuhr, Borçlar Hukuku Cilt 1-2, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983
- A. Koç, Çalışma Hayatında Yeni Dönem, İstanbul, Beta Basım, 2004
- B. Kuru/R. Arslan/E. Yılmaz, Medeni Usul Hukuku-Ders Kitabı, Ankara, Yetkin Yayınları
- C. Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, Beta Basım, 2000 (Borçlar Özel)
- H. Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1987 (Özel Borç II)
- K. Tunçomağ, İş Hukuku Cilt 1, İstanbul, 1981
- Mess, Akıllı Kitap İş Güvencesi, İstanbul, Türk Metal Sanayicileri Derneği, 2003-2005
- M. K. Oğuzman – M. T. Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi
- M. K. Oğuzman / N. Barlas, Medeni Hukuk, İstanbul, Beta Basım
- M. Uçum, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003
- N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, Beta, 2004 (İş Hukuku)
- P. F. Girard, Manuel Elementaire de Droit Romain, 2003, Dalloz (Droit Romain)
- R. Kurt, İş Hukuku ve Sosyal Sigorta Mevzuatında Usul ve Esaslar, İstanbul, İSMMMÖ, 2004
- S. S. Tekinay / S. Akman / H. Burcuoğlu / A. Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993 (Borçlar)
- S. Süzek, İş Hukuku, İstanbul, Beta Basım, 2005 (İş Hukuku)
- T. Esener, İş Hukuku, Ankara, AÜHFY, 1973

### B) UZMANLIK YAPITLARI



- A. Başbuğ, Türk İş Hukuku'nda Disiplin Cezaları, Ankara, TES-İş Eğitim Yayınları, 1999 (Disiplin)
- D. Ulucan, İş Güvencesi, İstanbul, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento Ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 2003 (İş Güvencesi)
- E. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999 (Kıdem)
- E. M. Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, İstanbul, Beta Basım, 2003 (İşletme)
- E. T. Kaplan, İşverenin Fesih Hakkı, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1987
- F. Andaç, İşsizlik Sigortası, Ankara, TÜHİS, 1999
- İ. Uluhan, İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, İstanbul, Kazancı, 1990 (Gözetme)
- K. Arıcı, İşsizlik Sigortası, TES-İŞ Eğitim Yayınları, Ankara, 1999
- M. A. Gümüş, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, Beta Basım, 2001 (Özen)
- M. K. Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955
- N. Caniklioğlu, Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, Beta, 2002 (Hastalık Sakatlık)
- N. Çelik, İş Güvencesi, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları no.2003/3 (İş Güvencesi)
- Ö. Seliçi, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976 (Sürekli)
- S. Süzek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, Kazancı Yayınları, 1976
- Ş. Akyol, Dürüstlük Kuralı Ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995
- T. Erdut, İnsan Kaynakları Yönetimi Ve Endüstri İlişkilerinde Değişim, İzmir, Türkiye Ağır Sanayi Ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, 2002
- U. Aydın, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2002
- V. Başpınar, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004 (Özen)

## C) TEZLER

G. M. Derindere, İş Sözleşmelerinin Feshi Ve Hukuki Sonuçları, 2005  
(Çalışma ve S. G. Bakanlığına sunulmuş rapor)

M. P. Soyer, İşçinin İşgörme Borcu, İzmir, Ege Üniversitesi İktisat Fakültesi  
Doktora Tezi, 1979 (İşgörme)

T. İnal, Türk Hukukunda Borç Kaynakları, Borca Aykırılık Ve Sonuçları,  
Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 1992  
(Borç)

## D) MAKALELER

E. Eraslan/O. Algün, İdeal Performans Değerlendirme Formu  
Tasarımında Analitik Hiyerarşi Yöntemi Yaklaşımı, Gazi Üniversitesi Müh.  
Mim. Fak. Der. Cilt 20, No.1, 95-106, 2005

## E) SEMİNERLER

A.Güzel, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve  
Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Sendikalara Yasası  
Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul Barosu-  
Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları, 2004 (Seminer 2004)

B. Uzun-N. Çelik katkısıyla, Yeni İş Yasası Semineri, İTO Yayın no.2004-  
31 (Seminer)

M. Kutal/S. Taşkent/G. Alpagut/F. Şahlanan/M. Uçum/Ü. Narmanlıoğlu/P.  
Soyer/M. Ekonomi, İktisadi Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile  
İşçinin Feshe Karşı Korunması, GSÜ-İstanbul Barosu 2001 Yılı  
Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, İstanbul (Seminer 2001)

A. Bardakoğlu, İslam'da Emek ve İşçi-İşveren Münasebetleri, İstanbul,  
1986, Ensar Neşriyat

## F) SÜRELİ YAYINLAR

Çalışma ve Toplum

Çimento İşveren

Tekstil İşveren

Toprak İşveren

## **İŞÇİNİN ÖZEN BORCU VE**

## **ÖZEN BORCUNU İHLALİN HUKUKİ SONUÇLARI**

**S. GÖKHAN KAZANCI**

### **GENİŞ ÖZET**

İş sözleşmesinde asli edim iş görme edimidir. İş görme edimi, işi üstlenen kişinin fikri ve bedeni beceri, yeterlilik, güç, bilgisinden oluşan emek unsurunu kullanarak fikri ve/veya bedeni fiil, hareket, faaliyette bulunmak suretiyle iş sahibi kişinin bir ihtiyacını karşılaması olgusudur. Edim fiilinin karşıladığı ihtiyaç iş sahibinin sözleşmeden beklediği akdi menfaati teşkil eder. İşçi olarak adlandırılan gerçek kişilerin ihtiyaç (iş) sahibinin hizmetine sundukları emekleri sayesinde temel faaliyeti oluşturan işlerin, alt faaliyetlerin sürekliliği ve temel faaliyetin işlerliği, devamlılığı dolayısıyla bu temel faaliyetle hedeflenen nihai (asli) menfaat temin edilebilir. İşverenin, bir başka deyişle temel faaliyetin ve alt faaliyetin sahibinin sözleşmeden beklediği (akdi) menfaat için (alt faaliyetin) temel faaliyet ve nihai menfaat faydasına görülmesi, yürümesi, işlenmesi, devam etmesi, sonuçlanması vb.; işin nihai menfaat doğrultusunda ifasıdır. İşçinin borcu sonuç borcu değildir, vasıta borcudur; işverene karşı faaliyetin ya da temel faaliyetin amacına ulaşacağı veya faaliyetin işverenin beklediği sonucu ya da faydayı temin edeceği taahhüdü altına girmez. İşçinin taahhüdü, işverenin beklediği ya da beklemeye hakkı olan menfaati temin için gereken çalışmayı, gayreti, dikkati vb... göstermek, kısaca gerekli özeni sarf etmektir. İşveren, işçinin işini özenle ifa etmesi dışındaki tüm diğer sebeplerin riskini ve inisiyatifini taşımaktadır.

İş gören konumundaki işçi, edim fiilinin ifadan beklenen akdi menfaati tam olarak sağlaması için sözleşme konusu işi özen ile ifaya mecburdur. Özen borcu BK m.321 ile işçiye yüklenmiş olan ve edim maksadından ve

sözleşmenin niteliğinden doğan bir borçtur. Bu borç işçinin asli edimi ifade borçlu olduğu maddi ve manevi niteliği belirlemektedir. Temel faaliyetin sahibi olan işverenin semere ve zararları üstlenmesi işin gereğidir; bunun aksine olarak, temel faaliyetin yükünün, sonuca varmada sadece bir amil olan işçinin üzerine yıkılması hukuken kabul edilemez. Özen yükümü hakkında, temel faaliyetin riskinin işçinin üzerine yıkılması anlamına gelebilecek taraflar arasındaki anlaşmalar geçersizdir.

Özen borcunun esası, sözleşmedir, genel davranış ve dürüstlük kuralları değil; BK m.321'deki hüküm de işçinin taahhüt ettiği işle ilgili olduğundan doğrudan iş görme ve özen borcundan doğan sorumluluğu ilgilendirmektedir. Bu hükümle getirilen esas ve kıstaslar işçinin genel davranış ve dürüstlük kurallarına dayanan sadakat borcu gibi edim fiilinden bağımsız borçları bakımından doğrudan uygulanabilir değildir. Nitekim, genel davranış ve dürüstlük kurallarından doğan bir davranış borcu işçinin şahsı ileri sürülerek daha düşük varsayılamaz. Özen, hukuki güvenliği, işverenin sosyal ve ekonomik emniyetini, genel menfaatlerini korumaktan çok onun sözleşmeden beklediği menfaatin teminatıdır.

Özen borcu, iş görmeye ilişkin tüm edimler bakımından geçerli olup işin ayıpsız, nitelik ve nicelik olarak sözleşmeye, sözleşme amacına uygun olarak görülmesini temin eder. Özen kavramı, hukuki anlamında, sözleşme ilişkisi bakımından sözleşme amacını, menfaatini gerçekleştirmeye yönelik irade ile tutumu, fiili tanımlar. Bu noktada, özen borcu iki unsur ile incelenebilir; dış ve iç özen. Dış özenin ihlali, iş görenin işini ifası sırasında yapması gerekeni gereken nitelik ve nicelikte ya da hiç yapmaması veya yapmaması gerekeni yapması ile oluşan sözleşme ilişkisine aykırı durumu, kısaca hukuka (sözleşmeye) aykırılık unsurunu ifade ederken, iç özen ihlali ise iş görenin bir maddi aykırılığa farkındalığından, bilinç ve iradesinden dolayı kınanabilirlik durumunu, kısaca kusur unsurunu ifade eder. Hukuka aykırılık ile fiil ve hareketin hukuk düzenine uygun olup olmadığı, kusur ile bu fiil ve hareketin hukuk öznesine yüklenebilirliği kastedilmektedir.

Özenin mahiyeti başlı başına işçinin özen borcunu belirlemede yeterli gelmez, işçinin fiil ve iradesinin mahiyete uygunlukta yakalaması gereken seviye özen borcunun sınırlarını çizer. Özenin ölçüsü, işçinin işi ifa sırasında

göstereceği gayret ve dikkatte, alacağı tedbir ve işleyeceği fiil ve hareketlerde zorlaması, ulaşması gereken noktayı, aşamayı ifade eder. Özen ölçüsü (derecesi) somut sözleşmedeki ve somut durumdaki özen borcunu belirler; özen nasıl ki iş görme borcunun içini doldurmakta, özen ölçüsü de özen borcunun içini doldurmaktadır. Dolayısıyla özen borcunun ihlali, özen ölçüsünün ihlali demektir. Özen ölçüsü bu anlamda sadece kusuru değil, hukuka aykırılık unsurunu da belirlemektedir. Nitekim özen ölçüsü sözleşmenin bir parçasıdır, işçinin ifa sorumluluğunun çerçevesini çizer ve bu çerçeve içinde kalan edim fiilleri akde (hukuka) aykırılık teşkil etmez.

“İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi...” ilke olarak “akde göre tayin olunur”(BK m.321/f.2 c.2); sözleşmeyi oluşturan tüm unsurlar ve hükümler özenin derecesinde belirleyici olabilirler. Taraflar arasında hak ve borç olan tüm hususlar tarafların ortak iradesine dayanır. Sadece açıkça kararlaştırdıkları değil zımnen mutabakata vardıkları ya da kastettikleri hukuki müessesenin gereği olan hususlar da bu ortak iradede sayılır ve taraflar arasında hakim olur. Özen ölçüsünü tayinde iki temel kıstasa başvurulabilir; ilk olarak borçludan soyut olarak işin niteliğinin esas alındığı objektif kıstas ve ikinci olarak somut sözleşme bakımından borçlunun şahsının esas alındığı sübjektif kıstas.

Objektif kıstas dikkate alındığında sözleşme gereği işçiye veya iş görme yükümlüsü borçluya düşen görevin, işin özelliklerinin ve niteliklerinin ve somut durumdaki maddi ve manevi koşulların gerektirdiği dürüst, makul, ortavasat düzeyde bir kimseden beklenen tüm gayret ve itina gösterilmelidir. Sözleşme konusu bir meslek, bir sanat ise bu mesleğin, sanatın genel kabul görmüş kuralları; meslek kuruluşlarının, devletin, o mesleğin genel kabul görmüş otoritelerinin düzenleme ve uygulamaları; yasal mevzuat; meslek etiği; müdebbir, orta bilgi ve kabiliyette bir meslek erbabının göstermesi gereken gayret ve dikkat objektif özen ölçüsünün belirlenmesinde esastır.

Özen ölçüsünü belirleyen ikinci unsur işçinin (iş görenin) sahip olduğu “malumatı derecesi ve mesleki vukufu” ile “istidat ve evsafı” (BK m.321/f.2 c2) bir başka deyişle işçinin şahsıdır. Kanun, işçinin şahsına ilişkin, bilgisi, uzmanlığı, mesleği, tahsili, ehliyet ve ruhsatları, tecrübesi, yetenek ve becerileri, bedeni ve ruhi yapısı, mizacı, karakteri, eğilimleri, nitelikleri gibi

hususların işverenin bildiği ya da bilmesi gerektiği nispette özen ölçüsünde belirleyici olabileceğini eklemektedir.

Sözleşmeden, gerek sözleşme öncesi müzakerelerden gerek ücret, işin niteliği gibi sözleşme şartlarından, işverenin, işçinin (iş görenin) özelliklerine önem vermediği anlaşılıyorsa bu takdirde objektif unsur ön plana çıkar. Ancak, somut bir olayda ihlalin ve özen ölçüsünün tespiti bakımından her iki kıstasın da dikkate alınması gerekmektedir. Öncelikle işin niteliği bakımından asgari ve azami dış ve iç özen, daha sonra hizmetin görüldüğü maddi ve manevi koşullar göz önüne alınarak ortalama kişiye yüklenebilecek asgari ve azami ölçüler arasında kalan özen derecesi tespit edilmelidir. İkinci aşamada dikkate alınacak işçinin (iş görenin) şahsının, sübjektif unsurun ise, belirli bir faaliyette bulunabilme iktidarı ile kişilik yapısı ve manevi değerleri ifade etmekle objektif ölçülere göre belirlenmiş özen ölçüsünü genişletip daraltabileceği gibi objektif özen ölçüsüne tesir etmeyecek olması da muhtemeldir.

İş görme borcunun ve dolayısıyla özen borcunun konusu olan faaliyet (iş) özen borcunu belirleyen öncelikli unsurdur. İşin niteliği ve işin yapıldığı (edimin ifa edildiği) maddi ve manevi koşullar, işçinin sorumlu olduğu özen yükümünün mahiyetini ve derecesini belirleyen temel unsurlardır. İşin vasıflı vasıfsız olması, bedeni veya fikri emek yoğun olması, uzmanlık gerektirmesi, bir meslek alanına ya da dalına ait olması, ağır ya da tehlikeli olması, özel kanunlara tabi olması ve benzeri hususlar özenin kapsamında etkili olurlar. İşçi-işveren arasında vekalet ya da temsil ilişkisi varsa işin ve özen yükümünün kapsamında bu hukuki müesseseler etkili olur. İşçinin sorumlu olduğu işi düzenleyen, sınırlandıran yasal kaynaklar veya mesleki normlar varsa işin bunlara uygun görülmesi gerekir.

Sözleşme konusu iş esasen özen yükümünün içeriğini belirlemekle beraber, bu işin niteliği bazı durumlarda ortalama-vasat bir kişiden beklenebilecek özeni yukarı veya aşağı çekebilir. İşin taşıdığı güçlük, zorluk, önem, incelik, risk ve tehlike daha yüksek bir özen gerektirebilir, bu nitelikte işler işçiden beklenecek özen ölçüsünün yüksek olmasına sebep olur. İşin taşıdığı güçlükler ve işveren bakımından önemi arasındaki denge, özen ölçüsünü belirlemede dikkate alınmalıdır. İş vasıflı ise esas alınacak olan herhangi bir

kişinin değil bu işin gerektirdiği bilgi, beceri ve tecrübeye sahip olduğu varsayılan uzman kişinin standartlarıdır. İşin niteliği belli oranda zarar veya kusur riskini taşıyorsa bu ölçüler içinde kalan kusurlu hareketler veya verilen zararlar hukuka aykırılık teşkil etmez. Bu tür işlerin bünyesinde bulunan kusur veya zarar potansiyeli işverenin sorumluluk alanında kalmakta, işletme rizikosu teşkil etmektedir. İşçinin sebep olduğu zararın veya kusurun niteliği, oluş biçimi, yüksekliği olağani aşan nispette ise bu takdirde özen ihlalinden söz edilebilecektir.

Özenin ölçüsünü belirleyen diğer bir objektif unsur da işçinin işi yaptığı sıradaki maddi ve manevi koşullardır; bu koşullar, işçinin iş görme kabiliyetini, zihni ve bedeni melekelerini, ondan beklenebilecek dikkat ve gayreti iyi ya da kötü yönde etkileyebilir. İşçinin tabi olduğu çalışma şartları, iş temposu, teknik alt yapı, araç gereç ve benzeri unsurlar işçiden beklenebilecek özenin ölçüsünün etkilemektedir.

İş sözleşmesinin kuruluşunda, şartlarının oluşmasında, icrasında işçinin şahsiyeti önem taşır; işçinin kişiliği, mizacı, yetenekleri, bilgi ve tecrübesi, güvenilirliği gibi şahsiyetini oluşturan unsurlar istihdamında, ona verilen sorumluluk ve görevlerde, işverene karşı olan özen borcunun tespitinde, kendisine verilen talimatlarda, çalışma şartlarında gidilecek değişikliklerde ve benzeri hususlarda belirleyici olurlar. Her münferit emek ayrı bir hukuki ilişki meydana getirir, bu sebeple özen borcu her işçi bakımından müstakil olarak değerlendirilmelidir.

Bu noktada işçinin ortalamadan daha yüksek özen yükümü altına girip girmediği, işverenin beklemeye hakkı olan özen ölçüsünün tespiti bakımından tarafların ortak iradelerinin tespiti gerekmektedir. Ortak iradelerin, açık bir sözleşme hükmünün varlığı dışında, ortalamadan yüksek özen ölçüsünü hükme bağlamış olduğu; ruhsat, ehliyet, diploma, tecrübe, ihtisas gibi özellikleri üzerine istihdam edilmiş olması, işyerindeki emsal işçiye göre daha yüksek ücret veriliyor olması gibi sözleşme şartlarından anlaşılabilir.

İşçinin sorumlu olduğu özen ölçüsü taraflar anlaşsalar dahi şahsi kapasitesini aşamaz. Böyle anlaşmalar imkansızdır; çünkü işçi vasıflarını aşan bir özen taahhüt etmekle fiilen gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirirse bile süreklilik kazandırması mümkün olmayan bir sorumluluk altına girmiştir. Hukuka aykırıdır; çünkü BK m.321 işçinin sorumluluğunu işverenin bildiği veya



bilmesi (ya da öğrenmesi) gerektiği kadarıyla sınırlamaktadır. Böyle anlaşmaların geçerli kabul edilmesi demek işçinin sonuç borcu altına girmesi olacaktır ki bu durum iş sözleşmesinin esasına aykırıdır. Diğer yandan işçinin kendisini aşan bir işte hata yapması sözleşmeye aykırılık kabul edilse dahi, özen yükümlüsü yapmadıkları için değil, yapabilecek oldukları için kınanabileceğinden işçi kusurlu sayılamaz

Zamanın değiştirici etkisi sözleşmenin devam ettiği süreç boyunca temel faaliyette, işte, işçide, işverende, işyerinde, ekonomide ve diğer unsurlarda farklılaşmaya sebep olabilir ahde vefa ilkesinin bu sözleşmeler bakımından farklı yorumlanmasına sevk eder. İş sözleşmelerinde şartların, taahhütlerin aynen tutulması değil, başlangıçta kurulan menfaat dengesinin korunması esastır İşveren, sözleşmenin kurulduğu andakinden daha yüksek özen ölçüsü talep etmek durumunda kalabileceği gibi zamanla işçiden beklenen özenin kapsamı da değişebilir.

İşçinin işgücünü, zihni ve bedeni melekelerini iş görme borcuna uygun tutması, temel faaliyete bağlı ya da harici sebeplerle oluşan değişim ve değişikliklere uyarlayabilmesi, mesleği ile ilgili gelişmeleri takip edebilmesi emek tahsisi borcunun gereği olup doğrudan iş görme borcunun niteliğine tesir ettiklerinden özen yükümü dahilinde değerlendirilmelidirler.

Hizmet ilişkisine konu işin yürütümünü ve riskini üstlenen işveren iş ve temel faaliyet bakımından yönetim hakkına sahiptir. İşçi emeğini işe ve temel faaliyete tahsis etmekle emeğini yönetim hakkına sahip işverenin emir ve tasarrufu altına koymuş olmaktadır. İşveren bu yetkisini işin gerekleri ile sınırlı olarak kullanabilir. İşveren, işçiler üzerindeki yönetim hakkını genel olarak ve prensipte emir ve talimatları aracılığıyla kullanmaktadır. İşveren, talimatlar ile iş görme borcunu ve beraberinde özen yükümünü şekillendirebilir. İşçinin talimatlara uygun iş görmesi, bunlara uyması sözleşme gereği olduğundan özen yükümünün de bir parçasıdır; işçi, kendisine bildirilen talimatları özen ile uygulamalıdır. Hatta işçinin talimata ihtiyaç olan bir durumda talimat alamadığı takdirde izlemesi gereken yöntemi seçmesi bile özen ile yerine getirmesi gereken bir husustur.

İşçi, işverenin yürütüm sorumluluğu ve yetkisi altındaki bir temel faaliyete bağlı olarak iş görmekle aralarındaki hukuki ilişkiyle bağlantılı faaliyet ve

davranışları bakımından bu ilişkinin gereği olarak işverenin yönetimi ve denetimi altına girmiş olmaktadır.

Emek tahsisi, işçinin emeğini temel faaliyetin ve işverenin emri, yönetimi altına sokması, bunlar için ve bunlara uygun olarak hazır ve nazır tutması, zamanını ve iş gücünü bunlara ayırması yükümlerini ifade eder ve her zaman müspet bir fiili gerektirmeyebilir. İş görme ise bir yapma edimi olarak işçinin temel faaliyet içinde kendisine düşen faaliyeti yerine getirmesi ameliyesidir. Her iş görme iyi kötü emek tahsisi teşkil eder, ama her emek tahsisi iş görme oluşturmaz.

İşçiye yüklenen özen borcu yapma edimleri bakımından önem taşımakta, asli edimi nitelendirmekte olduğundan emek tahsisi bakımından emek tahsisi-iş görme borçlarının örtüştüğü oranda geçerli olmaktadır. İşe devam, emek tahsisi gereği işin görülme tarzı, yöntemi ile ilgili ve edim fiili gerektiren teknik talimatlar işin ve özen yükümünün bir parçası iken temel faaliyetin düzenlenmesi ile ilgili işçinin kişiliğini ilgilendiren talimatlara uyulması salt emek tahsisi gereğidir disiplinin sağlanması ile ilgili davranış borcu yükleyen işçinin kişiliğini ilgilendiren talimatlar ise itaat borcunun gereği olup emek tahsisi gereğidir.

İşçinin işgücünü, zihni ve bedeni melekelerini iş görme borcuna uygun tutması, temel faaliyete bağlı ya da harici sebeplerle oluşan değişim ve değişikliklere uyarlayabilmesi, mesleği ile ilgili gelişmeleri takip edebilmesi emek tahsisi borcunun gereği olup doğrudan iş görme borcunun niteliğine tesir ettiklerinden özen yükümü dahilinde değerlendirilmelidirler.

İşçinin işverenin menfaatlerini gözetme, ona zarar vermekten kaçınma ve onu zararlardan koruma yönünde sadakat göstermesi ve güvenilir olması sadakat borcu gereğidir. Sadakat borcu esasen işçi-işveren arasındaki güven bağından kaynaklanan bir yan borçtur ve işçiye edim menfaatinin dışında kalan ama alacaklının diğer menfaatlerini, mal ve şahıs varlığını korumaya yönelik davranış yükümleri yükler. Davranış yükümleri bakımından BK m.321'in esasları değil, dürüstlük kuralları dikkate alınacaktır.

Doğrudan sözleşme konusu (taahhüt edilen) işin niteliğini etkileyen aykırılıklar BK m.321 anlamında özen yükümünün konusu iken temel faaliyete, işverene zarar veren aykırılıklar kapsamını ve niteliklerini dürüstlük kurallarında bulan davranış yükümlerinin konusu olacaktır.

Özen borcunun ihlali işçinin, işverenin beklemeye hakkı olan özen ölçüsünü temin etmemesi veya edememesi, dolayısıyla işverenin sözleşmeden beklediği menfaati hiç veya hakkıyla elde edememesi halini ifade eder. Özen ölçüsü; işçinin yükümlü olduğu işin (faaliyetin) somut sözleşmedeki akdi menfaati temin edebilmesi için gerekli olan asgari iç ve dış özen ile azami iç ve dış özen arasındaki işçiye düşen, ondan beklenen, işverenin beklemeye hakkı olan özen seviyesini ifade eder. Özen ölçüsü, işçiden beklenen ifa kalitesini belirleyen bir göstergedir.

İşveren, denetim hakkı çerçevesinde işçinin özen yükümlerini yerine getirip getirmediğini, özen ölçüsünü ihlal edip etmediğini, işçinin verim, performans ve yeterliliğini murakabe edebilir.

Özen ihlalinin tespiti işçinin özene aykırı fiil, tutum, ihmalinin belirlenmesi ile ya da işçinin faaliyetinin sonucu özenli ifadan beklenen neticeden sapsmıssa bu sonucun ortaya koyulması ile mümkün olabilir. İşveren, temel faaliyet ve emek üzerindeki geniş hak ve yetkilerini kullanarak işçinin ifa keyfiyetini takip ve tespit edebilir.

Buradaki zarar işçinin asli borçlarını hiç ya da gereği gibi ifa etmemesinden kaynaklanmakta olan işverenin haklı ve gerçek veya umulabilir makul bir menfaatinin kaybı, işverenin malvarlığındaki eksilme ya da artmama, kısaca işverenin ifadaki zaaf yüzünden, sözleşmeden beklediği menfaate tam olarak ya da hiç kavuşamaması anlamına gelmektedir; mahrum kalınan kazanç, maruz kalınan aşırı veya fazladan masraflar ya da hammadde giderleri, üretimin durması veya gecikmesinden doğan ticaret veya işletme zararları, genelde BK m.100 dolayısıyla ve bazen BK m.55 dolayısıyla işverenin tahrik edilen sorumluluğu ve benzerleri bu tür zararlardan sayılırlar. Tazminat hakkı, mevcut durumda meydana gelen halihazırdaki olumsuzluğun düzeltilmesini, eski halin ihyasını amaçlamaktaysa işverenin sözleşmeyi devam ettirmekle üstlenmek zorunda kalacağı makul ölçünün üstündeki güçlük veya riskten kurtulmasını sağlamaktan uzaktır. Bu faydayı temin edebilecek yöntem iş sözleşmesinin sona ermesidir.

Özen borcunun ihlali hali imkansızlık hali oluştursa bile ölüm olayı hariç kendiliğinden sona erme sonucu doğurmaz. İşçinin verimsiz çalışması, performans düşüklüğü, daha az iş çıkarması, sakatlığı, formunu kaybetmesi

gibi özen borcunu ihlali halleri tartışmalı ve sübjektif olduklarından vade kabul edilemezler ve belirli iş sözleşmesinin kurulmasında objektif sebep teşkil etmezler. Sözleşmenin sona ermesi bakımından tarafların sona erdirme iradesi gerekmektedir. İş sözleşmesinin sona ermesi tarafların anlaşması ile mümkünse de sonuçlarının müphemliği uygulama alanını daraltmakta olduğundan işçinin özen ihlali durumunda iş sözleşmesinin işverence tek taraflı sona erdirilmesi uygulamada en sık rastlanan haldir.

İş güvencesi kapsamı dışındaki sözleşmelerde özen borcunun ihlali hali işvereni feshe sevk eden bir saik ve kötüniyet iddiasından kurtaran bir meşru sebep niteliğindedir. İhlalin ağırlığına göre haklı sebep kabul edilmesi ve işverene derhal fesih yetkisi vermesi mümkündür.

İş güvencesi sisteminde işverenin fesih hakkını geçerli olarak kullanabilmesi için fesih iradesini gerekçelendirmesi mutlak olarak şarttır. İş güvencesi kapsamındaki sözleşmeler bakımından özen borcunun ihlali geçerli ya da haklı sebep niteliği kazanabilir

İhlalin ağırlığı ve menfaat dengesine olumsuz etkisi, fesih sebebinin haklı sebep ya da geçerli sebep niteliğini belirler. İhlal ile işverenin işçinin ifa kabiliyetine olan güveni sarsılmakta ya da zedelenmektedir; işverenin sözleşmeye devamı beklenilmez ya da çekilmez olmaktadır. Geçerli sebeplerden yeterlilik, ifa kabiliyetinin kendisinde veya faaliyette meydana gelen değişiklik sebebiyle ifa kabiliyetinde ortaya çıkan zafiyet veya imkansızlık halini, davranışlar özen yükümüne aykırı fiil ve tutumları ifade eder.

İfa engelinin (fesih sebebinin) ortadan kaldırılması, menfaat dengesinin tekrar sağlanması öncelikle düşünülecek yoldur; fesih son safhada (*ultima ratio*) ve son çare olarak düşünülmelidir. Feshin son çare olması, işverene yönetim hakkı çerçevesinde makul, beklenebilir tüm tedbirleri almasını, menfaat dengesi makul ölçüler içinde temin edilemediği takdirde son yol olarak feshe gitmesini gerektirmektedir.

Üniversite : Galatasaray Üniversitesi  
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Anabilim Dalı : Özel Hukuk Anabilim Dalı  
Program : Özel Hukuk - Tezli  
Tez Danışmanı : Doç. Dr. Murat ENGİN  
Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans – Şubat 2005

## ÖZET

### İŞÇİNİN ÖZEN BORCU VE ÖZEN BORCUNU İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

S.GÖKHAN KAZANCI

Bağımlılık, kişisellik, süreklilik özellikleri çerçevesinde şekillenen iş sözleşmesinde işçi emek tahsisi suretiyle işgörmeye edimini yüklenmiştir. İşçi, borçlandığı işgörmeye edimini özen ile ifa etmelidir. Özen yükümü işgörmeye asli borcunu nitelendirir. İşçinin şahsen ifa ettiği faaliyet, işverenin yönetim hakkı dahilinde yürüttüğü kendi risk ve sorumluluk alanındaki temel faaliyetin devamlılığını sağladığı gibi temel faaliyetten beklediği menfaatin gerçekleştirilmesinde de işlev görür; bu akdi menfaatin hakkıyla temini ise özen borcu ile mümkün olmaktadır. BK m.321’de özen borcu düzenlenmekte olup bu hüküm edim fiillerine ilişkindir, salt emek tahsisi veya salt davranış yükümleri bakımından doğrudan uygulama alanı bulamaz. Özen borcu, işin niteliği (objektif) ve işçinin şahsı (sübjektif) kıstaslarına göre tayin edilen özen ölçüsü ile somutlaşır. Özen ölçüsü her bir münferit işçi bakımından müstakil olarak, tarafların hukuki ilişkideki ortak iradeleri ve sözleşmenin başında kurulan menfaat dengesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. İşçinin özen borcunu ihlali ile işverenin beklemeye hakkı olan özen ölçüsü temin edilmemekte ya da edilememektedir. Özen borcunun ihlali zarara sebep olduğu takdirde işveren tazminat hakkına sahiptir. Özen borcunun ihlali, ister işçinin kusurlu fiilinden ister imkansızlıktan kaynaklansın, işverenin işçinin ifa kabiliyetine olan güvenini zedelediği veya sarstığı takdirde işveren lehine iş güvencesi haricindeki sözleşmelerde sözleşmeyi fesih saiki, iş güvencesi dahilindeki sözleşmelerde fesih sebebi teşkil etmektedir. İhlalin ağırlığı ve menfaat dengesine olumsuz etkisi, fesih sebebinin haklı sebep ya da geçerli sebep niteliğini belirler. Geçerli sebeplerden yeterlilik, ifa kabiliyetinin kendisinde veya faaliyette meydana gelen değişiklik sebebiyle ifa kabiliyetinde ortaya çıkan zafiyet veya imkansızlık halini, davranışlar özen yükümüne aykırı fiil ve tutumları ifade eder.

Anahtar Kelimeler : İş sözleşmesi, temel faaliyet, asli menfaat, iş güvencesi, ifa engeli, feshin son çare olması, haklı-geçerli sebep, emek tahsisi-işgörmeye, davranış yükümleri, özen borcu, özen ölçüsü, özenin ihlali, verim-performans, yeterlilik.

Bilim Dalı Sayısal Kodu : 411